



Recurso nº 638/2016

Resolución nº 708/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 16 de septiembre de 2016

VISTO el recurso interpuesto por D. F. E. S., en representación de la mercantil LABORATORIO DR. F. ECHEVARNE ANÁLISIS S.A., contra la Resolución de la Jefatura Central de Tráfico del Ministerio del Interior, de 28 de junio de 2016 por la que acuerda la adjudicación a la empresa GENERAL LAB SAU del contrato del "Servicio de análisis cuantitativo de drogas y alcohol en muestras de fluido oral y de sangre a conductores", (Expediente 0100DGT027005), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por parte de la Dirección General de Tráfico del Ministerio del Interior (en lo sucesivo, la DGT o el órgano de contratación) se convocó, mediante anuncio publicado entre otros medios en el BOE nº 249, del día 17 de octubre de 2015, la licitación para la contratación por procedimiento abierto y tramitación ordinaria anticipada, del Servicio de análisis cuantitativo de drogas y alcohol en muestras de fluido oral y de sangre a conductores. El valor estimado del contrato se cifra en 5.236.000 euros y el plazo de ejecución 12 meses susceptible de ser prorrogado por otro plazo igual de 12 meses. El presupuesto base de licitación (sin IVA) es de 2.618.000 euros. Se presentaron y fueron admitidas 5 ofertas.

Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP) y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, tratándose de un contrato de servicios de carácter administrativo y sujeto a regulación armonizada conforme a los arts. 10, 13.1, 16.1. a) y 19.1. a) del RDL 3/2011.



Tercero. El recurso interpuesto el 14 de julio de 2016, fue presentado en el Registro de este Tribunal y fue precedido del anuncio previo previsto en el artículo 44.1 del RDL 3/2011 presentado en el propio Registro de la Dirección General de Tráfico previa imposición por correo certificado el día 8 de julio de 2016.

Cuarto. Se ha remitido al Tribunal el expediente administrativo así como con fecha 22 de julio de 2016 se ha emitido por el órgano de contratación el informe previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011 de 14 de noviembre.

Quinto. La Secretaría del Tribunal comunicó el 29 de julio de 2016 a los restantes interesados la existencia del recurso conforme a lo dispuesto en el art. 46.3 del RDL 3/2011 de 14 de noviembre, habiéndose presentado alegaciones por el adjudicatario, SYNLAB DIAGNÓSTICOS GLOBALES SA (antes GENERAL LAB, SAU).

Sexto. Interpuesto el recurso, con fecha 28 de julio de 2016 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado primero del artículo 41.1 del TRLCSP.

Segundo. La recurrente, LABORATORIO DR. F. ECHEVARNE ANÁLISIS SA está legitimada al haber presentado una oferta en la licitación referida por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El acto que es objeto de recurso es el acuerdo de adjudicación de la licitación de referencia, por considerar el recurrente, que a pesar de que su oferta fue la tercera mejor valorada, sin embargo el órgano de contratación debió considerar que no procedía adjudicar el contrato ni a la primera, (GENERAL LAB, SAU) ni a la segunda (UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, en adelante USC, pues considera que GENERAL LAB, SAU retiró su oferta al no cumplir el requerimiento de aportación de los medios técnicos y humanos estatuidos en la



cláusula 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPTP) y a su vez la USC debe ser excluida por no aportar clasificación exigida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

Cuarto. De conformidad con los artículos 40.2.c) y 40.1.b) del TRLCSP el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios de la categoría 25 (servicios de salud) del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado es superior a 209.000 euros es susceptible de recurrirse mediante el recurso especial en materia de contratación.

Quinto. El recurso cumple todos los requisitos previstos en el artículo 44.4 del TRLCSP. En cuanto al plazo para recurrir, presentado el recurso el 14 de julio de 2016, en el Registro de este Tribunal y siendo la única fecha de notificación del acuerdo recurrido que consta en el expediente de 28 de junio de 2016, procede concluir que el recurso se interpone en plazo previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Para abordar el fondo del asunto, es preciso tener en cuenta, tal como expone el recurrente, que este Tribunal estimó parcialmente dos recursos especiales que se interpusieron en el ámbito de este procedimiento de licitación contra una previa adjudicación a favor de SYNLAB DIAGNÓSTICOS GLOBALES SA dictando las resoluciones nº 447 y 449/2016 de 10 de junio, y en ambos casos se acordó la estimación parcial por un defecto formal de motivación sin entrar en el fondo de las cuestiones planteadas, debido a que se apreció que las numerosas incidencias acaecidas en el procedimiento, en el que se llegaron a proponer hasta tres adjudicaciones (en la actualidad con la que se impugna ahora ya son cuatro) no quedaban ni siquiera explicadas en el acuerdo de adjudicación lo que conducía a una cierta indefensión de los restantes licitadores no adjudicatarios. Fueron ambas resoluciones de este Tribunal (y no ningún acuerdo posterior del Órgano de Contratación como parece entender el recurrente) las que anularon la adjudicación del contrato. En este sentido, el actual recurrente, incluso formuló un recurso de aclaración, para asegurarse que las resoluciones dictadas dejaban sin prejuzgar los motivos o defectos de fondo alegados, recurso que sin perjuicio de ser desestimado dio lugar a una resolución del Tribunal confirmando que las dos resoluciones antes citadas no impedían volver a plantear los motivos de fondo sobre los que no llegó este Tribunal a pronunciarse en el fallo de sus resoluciones. Por esta razón carece de fundamento la alegación del adjudicatario referida a que se trata de cuestiones ya resueltas por este Tribunal, sin perjuicio de que en las



dos citadas resoluciones se apuntaran algunas consideraciones del Tribunal sobre las cuestiones planeadas.

Expuesto lo anterior procede analizar los motivos de impugnación del recurso; por una parte se achaca al adjudicatario el incumplimiento de tres requisitos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante PPTP), y por otra parte se alega respecto del segundo mejor valorado (la Universidad de Santiago de Compostela, en lo sucesivo USC) que debió ser excluida por no acreditar estar en posesión de la clasificación requerida por el PCAP para acreditar la solvencia del licitador.

Empezando por los motivos que afectan a SYNLAB DIAGNÓSTICOS GLOBALES S.A., se alegan tres incumplimientos del compromiso de aportar determinados medios técnicos referidos en la cláusula 4 del PPTP:

1º) Disponer de un sistema manual o robotizado para realizar extracciones de muestras de fluido oral en fase sólida o líquida, almacenadas en colectores de muestras, que permita la extracción por cada análisis de, al menos, 0,3 miligramos de fluido oral del colector de muestras, independientemente de la marca comercial de éste.

2º) Poseer la certificación UNE-EN ISO/IEC 17025:2005 sobre "criterios generales para la acreditación de laboratorios de ensayo y calibración", acreditada por la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) o bien por cualquier otra entidad miembro de la Cooperación Europea para la Acreditación (EA).

3º) Participación con experiencia durante cuatro años en, al menos, dos controles de calidad externos (proficiency test) de análisis cualitativos y cuantitativos de drogas y fármacos en muestras de fluido oral.

Antes de entrar en análisis de cada uno de estos tres requisitos técnicos, conviene aclarar que aunque se encuentran exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, formalmente se encuentran incorporados en el propio PCAP por remisión del apartado 7.4 del PCAP que dispone: Compromiso de adscripción de medios personales o materiales. Conforme a lo indicado en el artículo 64.2 del TRLCSP, en este contrato se exige que los licitadores se comprometan a la adscripción de medios contemplados en el apartado 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas.



En consecuencia se trata de una serie de medios técnicos que no constituyen requisitos de solvencia, sino requisitos adicionales a la solvencia exigida a cada licitador, pues el art. 64.2 del TRLCSP establece: Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los Pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los Pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223. f), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.”.

Por este motivo el propio PCAP en su cláusula 4.2 reitera que la solvencia se acreditará por los medios establecidos en los apartados 7.1, 2 y 3 del cuadro de características, sin aludir al apartado 7.4 en el que por tanto se reflejan (no medios de solvencia) sino medios técnicos que los empresarios previamente solventes en un procedimiento abierto han de comprometer en la ejecución del contrato. Se trata por tanto de cualidades no del empresario o del licitador sino de la oferta concreta que se presente. Es más, podría darse el caso que el licitador no dispusiere de tales medios en el momento de presentar la oferta pero si en el momento anterior a ser adjudicatario, (o sea en el plazo de 10 días desde que se le comunica su propuesta o que su oferta es la mejor puntuada), razón por la que se le exige en la oferta únicamente el compromiso o promesa de aportar los citados medios técnicos, y razón por la que no se evalúa su disponibilidad en el momento de calificar su solvencia. Atendiendo a que los medios de solvencia exigibles a los licitadores son los tasados por el TRCSP, así como que el procedimiento elegido es un procedimiento abierto, no cabe exigir bajo la apariencia de medios técnicos a adscribir en la ejecución del contrato lo que en realidad son condiciones de solvencia, es decir características previas, o cualidades inherentes o intrínsecas del propio licitador con independencia de su oferta o que siempre concurren con el licitador cualquiera que sea su oferta. Y esto es lo que ocurre con el requisito o medio técnico referido en apartado 4.1.4 del PPTP, sobre la participación con experiencia durante cuatro años en, al menos, dos controles de calidad externos (proficiency test) de análisis cualitativos y cuantitativos de drogas y fármacos en muestras de fluido oral. Se trata de un requisito propio de la solvencia técnica o profesional necesariamente previo a la presentación de la oferta cuya exigencia supone no un requisito adicional a la solvencia, sino un requisito propio de solvencia exigido en contra del sistema o de los medios tasados del TRLCSP, por lo que su exigencia resulta contraria a derecho teniéndose por no puesta la cláusula del



PPTP que la contiene, no debiendo olvidarse que el órgano de contratación antes que por sus propios Pliegos se encuentra vinculado por la Ley, y que no puede establecer en ellos requisitos de solvencia al margen de los establecidos por la propia ley, aunque se haga bajo la apariencia de medios técnicos de la oferta de adscripción obligatoria.

Tal como se apuntó en la resolución de este Tribunal nº 369/2016, en el recurso interpuesto también por LABORATORIO DR. F. ECHEVARNE ANÁLISIS SA: “el requisito de la experiencia en la participación en controles de ensayos al que se refiere la cláusula 4.1.4 del PPT, afecta no a la ejecución del contrato, es decir a los medios personales y técnicos o al método de ejecución, sino a la propia aptitud de la empresa o cualidades técnicas que acreditan su aptitud para la ejecución, es decir afecta realmente a la solvencia, por lo que el momento en que se puede ser exigido este requisito no es el momento posterior a la propuesta de adjudicación sino la fase previa a la valoración de las ofertas, es decir a la valoración de los propios licitadores: su capacidad y solvencia técnica. Por esta razón la exigencia de dicho requisito al propuesto como adjudicatario deviene contraria a derecho, máxime cuando la solvencia exigida se ha definido por una determinada clasificación que ha sido debidamente aportada por el licitador.

La comprobación de la solvencia de los licitadores se corresponde con una de las dos fases del procedimiento para la adjudicación de los contratos, de conformidad con el artículo 44 de la Directiva 18/2004. De acuerdo con este precepto, la primera fase tiene por objeto verificar la aptitud de los operadores económicos admitidos al procedimiento de contratación, y se tiene que llevar a cabo por parte de los poderes adjudicadores de conformidad con los criterios de capacidad económica y financiera y de conocimientos o capacidades profesionales o técnicas, y la segunda consiste en la adjudicación del contrato, que debe realizarse basándose en los criterios de adjudicación establecidos.

De conformidad con esta previsión legal, la experiencia de los licitadores es uno de los elementos que se pueden tener en cuenta para evaluar su capacidad para realizar la prestación de que se trate y, por lo tanto, es en la fase de verificación de la aptitud de las empresas, y no en la fase de valoración de las ofertas, en la que se debe tener en cuenta, como así puso de manifiesto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de ahora en adelante, TJUE), en la Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (Asunto C-31/1987, Beentjes), entre otras.”.



Expuesto lo anterior, queda por analizar los dos primeros medios técnicos a adscribir a la ejecución del contrato que el recurrente considera incumplidos por el adjudicatario. Para ello invoca el recurrente un informe interno (de la Subdirección interna de Investigación e Intervención) de 12 de febrero de 2016, en el que se valoran los medios técnicos aportados en la oferta de SYNLAB DIAGNÓSTICOS GLOBALES SA, y se concluye que se incumplen los tres medios técnicos antes referidos. Sin embargo, olvida el recurrente que lo que consta en el expediente es un único informe de 15 de febrero de 2016 en el que se relata la solicitud de aclaraciones sobre la documentación presentada por el propuesto como adjudicatario, y en que tras dichas aclaraciones se concluye respecto del primero de los medios técnicos que el adjudicatario lo cumple debidamente; así, sobre el medio técnico referido a la capacidad de extracción por cada análisis de, al menos, 0,3 miligramos de fluido oral, si bien inicialmente se entendió que no cumplía este requisito sobre la base de la afirmación del licitador de que su sistema permitía una extracción de al menos 0,5 mg, este extremo quedó aclarado por el propio licitador en el sentido de que el sistema del que disponía también podía realizar extracciones de hasta 3 mg por análisis por lo que quedó justificado para el órgano que debía valorar la suficiencia de los medios técnicos. Por tanto, decae el único argumento alegado por el recurrente, basado en el criterio de un informe técnico que en realidad es favorable al cumplimiento por SYNLAB DIAGNÓSTICOS GLOBALES SA de los dos requisitos técnicos.

Sobre el segundo de los medios técnicos, referido a estar en posesión de la certificación de la ISO 17025:2005, el informe citado de 15 de febrero de 2016 constató que SYNLAB DIAGNÓSTICOS GLOBALES SA, disponía de la certificación ISO 15189/2013, que se refería a análisis clínicos de muestras biológicas del cuerpo humano, pero que al ser distinta de la exigida en el Pliego debía considerarse incumplido este requisito. Es evidente que se trató de una consideración meramente formalista, pues no se llegó a valorar si la ISO 15189/2013, permitía constatar el requisito material perseguido por el Pliego, es decir, si se trataba de una acreditación que permite constatar la aplicación o implantación en la actuación del licitador de métodos que garanticen la calidad de forma idónea en relación con el contrato. Pues bien, en este sentido el propio recurrente llega a admitir el carácter equivalente de ambas certificaciones o como dice en sus propios términos que “hay una notable correlación entre ambas normas”, sin perjuicio de destacar una objeción que reputa o que considera esencial referida a la documentación presentada por SYNLAB DIAGNÓSTICOS GLOBALES SA.



Así el recurrente reconoce la equivalencia de ambas normas respecto del objeto del contrato al decir que : “la ISO15189, contempla unos procesos postanalíticos pensados para obtener y/o colaborar al mejor diagnóstico del paciente, y/o control de tratamientos, etc., es decir, parte más clínica de cara a la protección del paciente que no contempla la ISO17025, y precisamente como la analítica que se solicita en esta licitación tiene como objetivo final la seguridad vial, y no la enfermedad del individuo, por ello podemos decir que para este contrato ambas Normas pueden ser equivalentes.”.

Esta apreciación coincide con las alegaciones de SYNLAB DIAGNÓSTICOS GLOBALES SA, quien explica detalladamente como la ISO 15189:2013, es más completa y moderna que la UNE-EN ISO IEC 17025: 2005, y que por tanto desde el punto de vista material o sustantivo cumple con la finalidad exigida en el pliego, poniendo de relieve, como el informe de la Abogacía del Estado del Ministerio del Interior de 5 de abril de 2015 indicó que resultaba más ajustada al contrato, al referirse a laboratorios clínicos y no simplemente a laboratorios de ensayos o calibración, debiendo añadir que es precisamente un análisis clínico de muestras biológicas lo que se pretende en el contrato.

Como indica en sus alegaciones SYNLAB DIAGNÓSTICOS GLOBALES SA, SYNLAB DIAGNÓSTICOS GLOBALES SA, la propia norma 15189:2013, cita literalmente lo siguiente: "Esta norma internacional, basada en las Normas ISO/IEC 17025 e ISO 9001, especifica los requisitos relativos a la competencia y la calidad que son propios de los laboratorios clínicos".

La obtención por parte del licitador de una certificación ISO 15189:2013, y su aportación al procedimiento de licitación acredita una calidad y excelencia técnica de los métodos implantados en sus laboratorios clínicos para cumplir técnicamente con las prestaciones del contrato como mínimo al igual que si aportase la certificación ISO 17025, lo que impide su exclusión por insuficiencia de aportación de los medios técnicos exigidos para la ejecución del contrato. Este requisito, que no es exigido por los Pliegos como requisito de solvencia, sino como obligación contractual esencial al amparo del art. 223 f) del TRLCSP, ha de ser interpretado conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 80 del TRLCSP, conforme al cual: “los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios”. Acreditada la



equivalencia (no necesariamente la igualdad) entre ambas Normas de gestión de calidad ISO y su adecuación respecto del objeto del contrato, procede tener por cumplido el requisito técnico exigido y desestimar el motivo de impugnación.

Finalmente, el recurrente realiza determinadas alegaciones veladas sobre la fecha de publicación de la fusión por absorción de la empresa adjudicataria y la titularidad de la certificación de norma ISO aportada a favor de una de las empresas absorbidas, aunque no anuda claramente ninguna consecuencia jurídica que impida tener por aportada dicha certificación. Y es que en realidad no existe ningún vicio como consecuencia de absorción, ya que, los medios técnicos para ejecución del contrato que se exigen conforme al artículo 64.2 del TRLCSP, basta con que se dispongan inmediatamente antes de la adjudicación, cosa que ocurre en el presente caso pues los efectos de una fusión por absorción se producen como mínimo y con carácter general desde la fecha de presentación en el Registro Mercantil de la escritura de fusión, (art. 46 de la Ley 3/2009 de 3 de abril) lo que aconteció con anterioridad a la fecha del anuncio del BORM a la que alude el recurrente.

Por otra parte el segundo motivo de impugnación va referido a la oferta presentada por la USC que fue puntuada en segundo lugar con preferencia a la oferta del recurrente. En este caso se denuncia que la falta de clasificación por dicho licitador debe determinar su exclusión. Aunque la desestimación del primer motivo impide la adjudicación a favor del recurrente, procede examinar este segundo motivo de impugnación aunque conduce nuevamente a su desestimación, ya que la cuestión jurídica que plantea es la interpretación del alcance del artículo 83.1 de la Ley Orgánica de Universidades, LO 6/2001, en relación con el párrafo segundo de la DA 6ª del TRLCSP. Este último dispone que no será necesaria la clasificación a las Universidades Públicas para ser adjudicatarias de contratos en los supuestos a que se refiere el apartado 1 del artículo 83 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre de Universidades. En las resoluciones precedentes de este Tribunal nº 447 y 449/2016, se apuntó un criterio amplio sobre esta cuestión, coherente con el principio de concurrencia, y contraria con una interpretación restrictiva de dicho precepto que fue desterrada por el Tribunal Supremo al interpretar el precedente del artículo 83.1 de la LO 6/2001: "...el cual, sin desconocer la normativa de incompatibilidades que afecta al personal docente de las Universidades distingue por una parte los sujetos que pueden concurrir a suscribir contratos, bien sean Grupos de Investigación, Departamentos, Institutos Universitarios, y los Profesores por medio de aquellos o bien de otras organizaciones (como las



conocidas como OTRI) es decir creadas para facilitar la iniciativa investigadora y la transferencia del conocimiento y por otra parte los contratos a los que pueden concurrir que define entre otros como contratos para la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico. Sobre este contenido se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de octubre de 2005 (refiriéndose a precepto similar de la LRU, Ley 11/1983), en un proceso que analizaba la cuestión desde el punto de vista de la defensa de la competencia para concluir que la asimilación de los trabajos de carácter científico, técnico o artístico con trabajos en el ámbito de la docencia o la investigación que hacen los denunciantes, deducida de las funciones que los artículos 8 y 10 de la LR. U. atribuyen a los Departamentos e Institutos Universitarios, supone una interpretación excluyente que no parece corresponderse con el sentido del texto legal. En consecuencia, cabe considerar que la exención de la clasificación se referiría a ese mismo ámbito que interpretó sin exclusiones el Tribunal Supremo en la sentencia citada.”.

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. F. E. S., en representación de la mercantil LABORATORIO DR. F. ECHEVARNE ANÁLISIS SA, contra la Resolución de la Jefatura Central de Tráfico del Ministerio del Interior, de 28 de junio de 2016 por la que acuerda la adjudicación a la empresa GENERAL LAB SAU del contrato del “Servicio de análisis cuantitativo de drogas y alcohol en muestras de fluido oral y de sangre a conductores”, (Expediente 0100DGT027005).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21.1 *in fine* del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de



noviembre y los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.