



Recurso nº 769/2016

Resolución nº 818/2016

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

En Madrid, a 14 de octubre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. G.J.J., obrando en nombre y representación de PROMEGA BIOTECH IBERICA, S.L., contra la resolución de fecha 27 de julio de 2016 de la Mesa de Contratación del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (MAGRAMA) por la que se acuerda la exclusión de la empresa recurrente de la licitación en el expediente de contratación 2015000000104 que tiene por objeto la compra de "Diversos reactivos para la detección de polimorfismos puntuales de ADN (SNPs) y reactivos para la detección de organismos modificados genéticamente (OMG) en el Laboratorio Central de Veterinaria durante los años 2016 y 2017" Lote 1 seguido por el procedimiento abierto ordinario con un presupuesto de licitación del mencionado Lote de 36.400,00 € (IVA excluido) el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Que con fecha 24 de Mayo de 2016 fue publicado en la Plataforma de Contratación del Estado el Anuncio de Licitación de Suministros para el Procedimiento Abierto para el expediente 201500000104 siendo el objeto del contrato "Diversos reactivos para la detección de polimorfismos puntuales de ADN (SNPs) y reactivos para la detección de organismos modificados genéticamente (OMG) en el Laboratorio Central de Veterinaria durante los años 2016 y 2017 " con 9 lotes.

Segundo. Que con fecha 28 de Junio de 2016 la empresa recurrente presentó la documentación integrante de su oferta optando a los lotes 1,7 y 9.

En dicha documentación constan dos albaranes de entrega de muestras correspondientes a los lotes 7 y 9 el día 23/6/2016 en el Laboratorio Central de Veterinaria.

Tercero. Que mediante la comunicación de la notificación del expediente 201500000104 para el LOTE 1 dictada el pasado 27 de julio de 2016, comunicada por fax el día 3 de Agosto de 2016, se excluye la oferta al lote 1 por no haber presentado las muestras exigidas en el punto 14.2.2 de Solvencia Técnica del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el citado procedimiento.

Cuarto. La recurrente presenta escritos en los que anuncia que interpone recurso especial en materia de contratación contra la exclusión que le ha sido notificada y por el que efectivamente interpone el recurso.

Acompaña a su escrito de recurso (documento anejo nº 3) un albarán de entrega de ciertas muestras al Laboratorio Central de Veterinaria fechado el día 21/03/2016, en el que no se hace ninguna mención al Lote 1.

Quinto. En fecha 29 de agosto de 2016 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

Sexto. El día 2 de septiembre de 2016 este Tribunal resolvió conceder la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación en lo relativo al lote 1, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, instada por la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Argumentos de las partes

1.- Del recurrente

La empresa recurrente considera que es nulo el acuerdo recurrido, por el que se la excluye de la contratación, por considerar que la muestra entregada el 21/3/2016 en el Laboratorio Central de Veterinaria se refería a los productos que integran el Lote 1, considerando que cumple con las exigencias del punto 14.2.2. del Cuadro de Características del PCAP en relación con su solvencia técnica.

2. De la Administración

Las razones en las que se apoya la Administración para excluir a la recurrente de la contratación se encuentran fundamentalmente recogidas en informe del Director Adjunto del Laboratorio de Genética Molecular de fecha 12 de agosto de 2016.

Las razones para la exclusión pueden sintetizarse como sigue:

- La recepción de muestras entregadas voluntariamente por las empresas en el laboratorio al margen de un procedimiento concreto de contratación se hace para proporcionar transparencia y garantizar la concurrencia a futuros procedimientos de contratación, evitando las limitaciones a la libre competencia en el mercado de reactivos que supondría ceñirse exclusivamente al reactivo de una sola empresa determinada.
- Estos análisis se hacen al margen de cualquier contratación y no suponen ningún compromiso comercial. Se trata de muestras gratuitas que permiten pocos análisis, cuyos resultados son poco representativos, aunque dan una idea aproximada de su funcionamiento.
- Al ser esta información insuficiente, en determinados procedimientos abiertos y cuando se trata de reactivos de especial relevancia, para determinar la solvencia técnica se exige en los pliegos –como en este caso- la entrega y valoración de muestras para un mayor número de ensayos que sean significativos.
- Estas muestras ad hoc son independientes de las que las empresas hayan podido proporcionar voluntariamente con anterioridad.
- La empresa recurrente no entregó las muestras ad hoc pedidas para el Lote 1, razón por la cual es procedente su exclusión.

Segundo.- Competencia del Tribunal

Este Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto de conformidad con el art. 41.1 TR-LCSP.

Los acuerdos de exclusión de licitadores son susceptibles de este recurso especial de conformidad con lo que dispone el art 40 apartado 2.b) del TR-LCSP.

Tercero.- Legitimación activa

Según el art 42 TR-LCSP:

“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”.

El Art 45.4.a) TR-LCSP complementa al anterior estableciendo que el escrito de interposición del recurso debe acompañarse de:

“a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.”

En el caso que ahora se examina la empresa recurrente era licitadora directamente afectada por un acuerdo de exclusión, concurriendo a través de persona debidamente autorizada para representarla.

Cuarto.- Requisitos de actividad: anuncio del recurso y plazo de interposición.

- **Anuncio del recurso**

El recurso fue anunciado tal y como exige el art 44 apartado 1 y 4.e) del TR-LCSP.

- **Plazo de presentación**

De acuerdo con el art 44.2 TR-LSCP:

“2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el art. 151.4.

El acto administrativo recurrido fue notificado el día 3 de agosto de 2016 y el recurso fue anunciado el día 5 de agosto de 2016 y tuvo entrada en el registro del Órgano de contratación el día 9 de agosto de 2016 , conforme a lo que establece el art 44.3 TR-LCSP¹ .

Por lo tanto, el recurso fue interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, sin que quepa inadmitirlo por esta causa.

Quinto.- Examen del fondo del asunto

La única discrepancia entre la recurrente y la Administración se centra en si se cumplió el requisito de solvencia técnica establecido en el punto 14.2.2. del Cuadro de Características del PCAP.

El mencionado punto tiene, en lo que ahora interesa, la siguiente dicción literal:

“14.2.2 Solvencia Técnica (Art 77 TRLCSP):

Se acreditará por los siguientes medios:

Todos los señalados a continuación:

(...)

- *Aportación de muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad contratante:*

Lote 1. Kits para reacciones de PCR multiplex en tiempo real. Cantidad mínima : 300 unidades

(...)”

Es de sobra conocida nuestra doctrina, proveniente de una consolidada jurisprudencia, sobre que los pliegos, firme por no haber sido recurridos, constituyen la ley que rige el procedimiento de licitación.

La empresa no discute la legalidad de esta exigencia de los pliegos. Simplemente considera que no procede su exclusión porque habría cumplido con la misma mediante la entrega en el Laboratorio Central de Veterinaria de un número reducido de muestras de este producto el día 21/3/2016.

Esta tesis no puede prosperar porque:

- La entrega voluntaria fue hecha antes de que se iniciara el expediente de contratación cuya legalidad estamos examinando.
- No consta que la entrega de 21/03/2016 tuviera por objeto el mismo producto que el que se pide en el Lote 1.

¹ “(...) 3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.”

- Sólo consta que se entregó una unidad (1EA) y no 300, como exige el pliego.
- El pliego claramente exige la entrega de una cantidad mínima de 300 muestras ad hoc, sin que quepa interpretar que ello puede cumplimentarse con entregas voluntarias ajenas a cualquier procedimiento de contratación.
- La propia empresa así lo entendió al aportar con la oferta albaranes de entrega correspondientes a los Lotes 7 y 9.

De este modo, consideramos que el recurso debe ser íntegramente desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar en su integridad el recurso interpuesto por D. G.J.J., obrando en nombre y representación de PROMEGA BIOTECH IBERICA, S.L., contra la resolución de fecha 27 de julio de 2016 de la Mesa de Contratación del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (MAGRAMA) por la que se acuerda la exclusión de la empresa recurrente de la licitación en el expediente de contratación 2015000000104 que tiene por objeto la compra de “Diversos reactivos para la detección de polimorfismos puntuales de ADN (SNPs) y reactivos para la detección de organismos modificados genéticamente (OMG) en el Laboratorio Central de Veterinaria durante los años 2016 y 2017” en lo relativo al Lote 1.

Segundo. Levantar la medida cautelar adoptada, según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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