

Recurso 273/2022
Resolución 397/2022
Sección tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 28 de julio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CIVAGEN, S.A.**, contra el acuerdo, de 17 de junio de 2022, de exclusión tácita o implícita de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Suministro de tracto sucesivo de reactivos, productos químicos, material fungible y cesión de equipamiento principal y auxiliar, así como su mantenimiento, para la realización de determinaciones de anatomía patológica, en los centros sanitarios de la provincia de Huelva» (Expte CCA.687ZUH8), respecto de la agrupación 2 (lotes 13 y 14), convocado por el Hospital Universitario Juan Ramón Jiménez de Huelva, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 de octubre de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 4.039.911,94euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Con fecha 17 de junio de 2022, se celebra la quinta sesión de la mesa de contratación, en la que los miembros de la misma aceptan la aclaración presentada en plazo, por parte de la empresa HOLOGIC IBERIA, S.L y acuerdan dar traslado a la comisión técnica de la documentación del sobre electrónico nº3, correspondiente a la documentación técnica. Asimismo, según consta en el acta correspondiente a dicha sesión, se especifica el importe de las ofertas económicas de las empresas licitadoras que han sido admitidas, no encontrándose entre ellas la entidad CIVAGEN, S.A..

Por otra parte, con fecha 24 de junio de 2022, se publica, en el perfil de contratante, el acta correspondiente a la quinta sesión, junto con la documentación que había quedado suspendida en la sesión anterior, es decir, el informe de la valoración de las ofertas, conforme a criterios de evaluación no automáticos.



Con fecha 30 de junio de 2022, se celebra sexta sesión de la mesa de contratación, en la que, en primer lugar, se aprueba el informe de criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas y, a continuación, se clasifican las ofertas de los distintos licitadores, en orden decreciente de puntuación. Asimismo, se acuerda proponer la adjudicación a las empresas clasificadas en primer lugar, para cada lote y agrupación de lote, tal y como se detalla en el acta y el anexo publicados en el perfil de contratante, con fecha 12 de julio de 2022.

Con fecha 6 y 7 de julio de 2022, respectivamente, las empresas ZMWAY IBERICA, S.L.U y ROCHE DIAGNOSTICS, S.L.U solicitan el acceso al expediente y, con fecha 11 de julio, se les comunica que podrán examinarlo, en la central provincial de compras de Huelva, el día 14 de julio de 2022.

SEGUNDO. Con fecha 7 de julio 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad CIVAGEN, S.A. (en adelante la recurrente) contra el citado acuerdo, de 17 de junio de 2022, de exclusión tácita o implícita de su oferta.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano el 18 de julio de 2022.

A continuación, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostentan legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión tácita o implícita de la proposición de la entidad ahora recurrente, en un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

En este sentido, la exclusión de la oferta -aunque sea un acto tácita o implícitamente comprendido en el acuerdo de la mesa formalmente recurrido- es susceptible de recurso especial independiente conforme a lo estipulado en el citado artículo 44.2 b) del nuevo texto legal contractual.



CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación.

Con carácter previo al análisis de fondo del recurso, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, el contenido de las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de contratación, para a continuación entrar a analizar la controversia suscitada por la recurrente que combate la exclusión de su oferta pues con fecha 17 de junio de 2022, se celebra quinta sesión de la mesa de contratación, en la que los miembros de la mesa aceptan la aclaración presentada en plazo, por parte de la empresa HOLOGIC IBERIA S.L y acuerdan dar traslado a la comisión técnica de la documentación del sobre electrónico nº3, correspondiente a la documentación técnica de las empresas licitadoras que han sido admitidas.

Asimismo, según consta en el acta correspondiente a dicha sesión, se especifica el importe de las ofertas económicas de las empresas licitadoras que han sido admitidas no figurando como se ha expuesto la de la entidad recurrente.

2. Alegaciones de las partes.

a) Alegaciones de la recurrente.

Argumenta en primer lugar, una infracción del artículo 157.1 de la LCSP, al señalar que no se ha motivado la decisión de no estar admitida. En segundo lugar, la empresa señala una nueva infracción de otro artículo de la LCSP, en concreto, del artículo 138.1, indicando que no se publicó el acta correspondiente a la cuarta sesión.

b) Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso realiza un relato fáctico de las actuaciones realizadas y finaliza manifestando: *«consta en el acta correspondiente a la sesión 5ª de la mesa de contratación (ver índice documento 186), se especificaron las ofertas económicas de las empresas licitadoras admitidas a la licitación, teniendo en cuenta que, el informe de valoración de las ofertas, conforme a criterios de evaluación no automáticos, elaborado por los miembros de la Comisión Técnica designada al efecto, de 5 de mayo de 2022, excluye a la empresa CIVAGEN, S.A, porque, citando textualmente el motivo señalado en la página 26 del citado informe: “Presenta una propuesta que incluye un analizador no automático, exigiendo varios pasos manuales y diferentes equipamientos, contraviniendo los requisitos establecidos en el punto 7.12 del Pliego de Prescripciones Técnicas (Equipo para la dispersión, recogida y transferencia celular de fácil manejo totalmente automatizado desde la introducción del vial hasta la obtención del portaobjetos), motivando su exclusión del proceso de evaluación” (ver índice documento nº 183).».*



Sobre la circunstancia de que no se publicó el acta correspondiente a la cuarta sesión, en el portal de licitación electrónica de la Junta de Andalucía-SIREC manifiesta que:

“A este respecto, hay que aclarar que nos encontramos ante un expediente electrónico creado en el periodo de transición hacia la contratación electrónica en el Servicio Andaluz de Salud, lo que no ha sido óbice para la publicación de todas las actuaciones de la licitación a través del Perfil de Contratante de la Junta de Andalucía garantizado, de este modo, los principios de libertad de acceso a esta licitación, publicidad y transparencia del expediente, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, de los que se hace eco el artículo 1 de la LCSP, dando, así, publicidad a todas las actuaciones realizadas a lo largo de la licitación, en las mismas condiciones de igualdad, a todas las empresas licitadoras, a través del referido perfil (ver índice documento 174). Por tanto, no se ha producido indefensión de ninguno de los licitadores en este procedimiento de adjudicación”.

Por lo anterior, el órgano de contratación solicita que sea desestimado el recurso especial.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Prima facie, y por cuestiones metodológicas, es preciso analizar la alegación de la recurrente en la que manifiesta que no se publicó el acta correspondiente a la cuarta sesión. Sin embargo, la misma consta publicada en el perfil de contratante en el apartado «K.2. Información Adicional» con la denominación de «Acta Mesa Contratación (.2021) (681.27Kb)» que contiene un fichero nombrado como «Acta Mesa 13.5.22 138.2021», que al no tener la extensión «.pdf» no permite su apertura, para lo cual es necesario poner dicha extensión pudiéndose entonces acceder al mismo, que contiene el acta de la cuarta sesión, sin que ello puede cifrarse como irregularidad invalidante, pues la misma obedece a un error del órgano de contratación en la extensión del citado fichero.

Procede ahora entrar en el fondo de la controversia, que se centra en analizar la falta de motivación denunciada por la recurrente respecto a la exclusión de su oferta acordada de manera tácita o implícita por la mesa de contratación en la sesión de 17 de junio de 2022.

En cuanto a la notificación de la motivación de la decisión de la exclusión en los lotes 13 y 14 del expediente, consta en el acta correspondiente a la sesión quinta de la mesa de contratación (documento 186), se especificaron las ofertas económicas de las empresas licitadoras admitidas a la licitación, teniendo en cuenta que, el informe de valoración de las ofertas, conforme a criterios de evaluación no automáticos, de 5 de mayo de 2022, que consta publicado en el perfil de contratante el 24 de junio de 2022, manifiesta que la entidad recurrente ha de excluirse de la agrupación 2, citando textualmente: *«Presenta una propuesta que incluye un analizador no automático, exigiendo varios pasos manuales y diferentes equipamientos, contraviniendo los requisitos establecidos en el punto 7.12 del Pliego de Prescripciones Técnicas (Equipo para la dispersión, recogida y transferencia celular de fácil manejo totalmente automatizado desde la introducción del vial hasta la obtención del portaobjetos), motivando su exclusión del proceso de evaluación» (folio 183).*».

Por otro lado, respecto a la normativa aplicable en materia de contratación a la notificación de los actos de adjudicación, y en concreto a los de las exclusiones de las entidades licitadoras o de sus ofertas, se ha pronunciado este Tribunal en varias ocasiones, por todas en las Resoluciones 111/2017, de 25 de mayo, 174/2020, de 1 de junio y 348/2020, de 22 de octubre.

En este sentido, en lo que aquí interesa, el artículo 151.2.b) de la LCSP impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación a las entidades licitadoras excluidas, indicando entre otras cuestiones los motivos por los que no se haya admitido su oferta. Dice así:



«Artículo 151. Resolución y notificación de la adjudicación.

1. La resolución de adjudicación deberá ser motivada y se notificará a los candidatos y licitadores, debiendo ser publicada en el perfil de contratante en el plazo de 15 días.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 155, la notificación y la publicidad a que se refiere el apartado anterior deberán contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, y entre ella en todo caso deberá figurar la siguiente:

(...)

b) Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, los motivos por los que no se haya admitido su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el artículo 126, apartados 7 y 8, los motivos de la decisión de no equivalencia o de la decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales; y un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario.».

Asimismo, el artículo 44.2 de la citada LCSP en su apartado b) establece que podrán ser objeto de recurso *«Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149».*

En consecuencia, la LCSP establece dos posibilidades de recurso especial contra los actos de exclusión: por un lado, contra el acto de adjudicación y, por otro lado, contra el de trámite cualificado. Estas dos posibilidades son subsidiarias, no siendo por tanto acumulativas, de tal manera que en el caso de que la mesa o, en su caso, el órgano de contratación no notifique de forma individual a la entidad licitadora su exclusión, esta podrá impugnarla en el acto de adjudicación; sin embargo, si se produce la notificación individual a la entidad licitadora de la exclusión de su oferta previamente a la adjudicación del contrato, esta está obligada a recurrirla so pena de dejar firme su exclusión. En este último sentido, se manifiesta el artículo 19.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, cuando dispone que *«Cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión».*

En el presente supuesto, se da la circunstancia de que la exclusión de la recurrente no ha sido notificada de forma individual, ya que solo consta la exclusión de forma tácita o implícita en el acta de la sesión de la mesa de contratación impugnada, en la que efectivamente no se desarrollan los motivos por los que el órgano ha tomado ese acuerdo. Sobre lo anterior, como se ha expuesto, la mesa o el órgano de contratación tiene dos opciones, bien, notificar la exclusión en cuyo caso tendrá que indicar los motivos que han llevado a tomar esa decisión - posibilidad que en este supuesto no se ha dado- o, bien, esperar a la adjudicación del contrato, momento en el que el órgano de contratación está obligado -ex artículo 151.2.b) de la LCSP- a notificar a los licitadores excluidos los motivos por los que no se ha admitido su oferta.

Por tanto, teniendo en cuenta que el recurso pivota sobre la falta de motivación del acuerdo de exclusión y a la vista de que dicha exclusión no ha sido todavía notificada, ni el contrato adjudicado, procede la desestimación



del recurso dado que -como se ha indicado- todavía no había exigencia legal de notificar el acto, de modo que hasta ese momento no nace la obligación de motivar la exclusión, y ello sin perjuicio del recurso que se pueda presentar en su momento contra la adjudicación del contrato o contra la notificación de la exclusión -si esta se produce-, en el supuesto de que se incumpliera la mencionada obligación de motivación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CIVAGEN, S.A.**, contra el acuerdo, de 17 de junio de 2022, de exclusión tácita o implícita de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Suministro de tracto sucesivo de reactivos, productos químicos, material fungible y cesión de equipamiento principal y auxiliar, así como su mantenimiento, para la realización de determinaciones de anatomía patológica, en los centros sanitarios de la provincia de Huelva» (Expte CCA.687ZUH8), respecto de la agrupación 2 (lotes 13 y 14), convocado por el Hospital Universitario Juan Ramón Jiménez de Huelva, adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

