

Recurso 32/2019**Resolución 314/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 2 de octubre de 2019

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ANDALUZA DE INSTRUMENTACIÓN, S.L.** contra las resoluciones de 9 de enero de 2019 del órgano de contratación por las que se adjudican, respectivamente, los lotes 1, 2 y 3 del contrato denominado “Suministro de un ICP masas con digestor de microondas, un cromatógrafo de gases masas/masas triple cuadrupolo y un cromatógrafo de líquidos masas/masas triple cuadrupolo para la red de laboratorios de la Agencia Agraria y Pesquera de Andalucía”, convocado por la citada Agencia, entidad adscrita a la actualmente denominada Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible (Expte. 2018/21621), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 3 de julio de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y 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 850.055,19 euros.

SEGUNDO. 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento, el 9 de enero de 2019 el órgano de contratación dictó tres resoluciones de adjudicación, una por cada uno de los tres lotes en que se había dividido el objeto del contrato. El lote 1 se adjudicó a la entidad PERKINELMER ESPAÑA, S.L. (P.E., en adelante), el lote 2 a THERMO FISHER SCIENTIFIC, S.L.U. (THERMO, en adelante) y el lote 3 a BRUKER ESPAÑOLA, S.A. (BRUKER, en adelante)

Las resoluciones de adjudicación de los lotes 2 y 3 se publicaron en el perfil de contratante el 10 de enero de 2019 y la del lote 1, tras la rectificación operada en la misma, fue publicada el 31 de enero de 2019. Asimismo, el 10 de enero de 2019 fueron remitidas a la entidad ANDALUZA DE INSTRUMENTACIÓN, S.L, las resoluciones de adjudicación de cada uno de los tres y el 31 de enero se le remitió la resolución de corrección de error en la resolución de adjudicación del lote 1.

CUARTO. El 31 de enero de 2019, ANDALUZA DE INSTRUMENTACIÓN S.L. (ANDALUZA DE INSTRUMENTACIÓN, en adelante) presentó en el Registro del Tribunal recurso especial en materia de contratación contra las resoluciones de adjudicación de los tres lotes.



QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 1 de febrero de 2019, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe relativo al recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación solicitada fue recibida en el Registro de este Tribunal, complementándose con posterioridad en los términos que obran en el expediente.

SEXTO. Habiendo solicitado la entidad recurrente vista del expediente en la sede de este Tribunal a los efectos de completar su escrito de recurso, el 2 de mayo de 2019, tras diversos requerimientos dirigidos al órgano de contratación respecto a la motivación de la confidencialidad de la oferta de una de las entidades licitadoras, se celebró el acto de vista del expediente. Con posterioridad, el 6 de mayo de 2019 tuvo entrada en el Registro del Tribunal escrito de ampliación del recurso, del que se dio traslado al órgano de contratación, quien presentó informe sobre el mismo el 17 de mayo de 2019.

SÉPTIMO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 16 de mayo de 2019, se dio traslado a los interesados del recurso interpuesto y de su posterior escrito de ampliación, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. En el citado plazo presentaron alegaciones al recurso THERMO y BRUKER, esta última entidad, tras la vista del expediente celebrada en la sede de este Tribunal el 5 de junio de 2019.

OCTAVO. En la tramitación del recurso se han cumplido con carácter general los plazos legales, salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

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

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, en los términos previstos en el artículo 44 de la LCSP.

El recurso se interpone contra las resoluciones de adjudicación de cada uno de los lotes (tres en total) de un contrato de suministro cuyo valor estimado global asciende a 850.055,19 euros y que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.”*

La disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que *“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de



la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.”

Las resoluciones de adjudicación de los lotes 2 y 3 se publicaron en el perfil de contratante el 10 de enero de 2019 y la del lote 1, tras la rectificación operada en la misma, fue publicada el 31 de enero de 2019. Asimismo, el 10 de enero de 2019 fueron remitidas a la entidad recurrente las resoluciones de adjudicación de cada uno de los tres lotes.

Por tanto, el plazo del recurso contra la adjudicación de los lotes 2 y 3 inició su cómputo, de conformidad con las normas señaladas, a partir del día siguiente a la fecha del envío de la notificación que fue el 10 de enero; mientras que el cómputo del plazo para recurrir la adjudicación de lote 1 comenzó a partir de la recepción de su notificación por parte de la recurrente.

No obstante, en cualquiera de los casos, el recurso contra las tres resoluciones de adjudicación presentado en el Registro del Tribunal el 31 de enero de 2019 se ha interpuesto dentro del plazo legal.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita de este Tribunal que se declare la nulidad y subsidiariamente, la anulabilidad de las tres resoluciones de adjudicación impugnadas, acordando que se proceda a una nueva adjudicación de los tres lotes a las ofertas por ella realizadas. Funda su pretensión en amplios y extensos motivos que serán examinados en este fundamento de derecho y en los siguientes.

Al ser su pretensión principal la nulidad de las tres adjudicaciones, estima que las



diversas infracciones cometidas suponen que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (artículo 39.1 de la LCSP en relación con el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre), si bien subsidiariamente, insta la anulabilidad por considerar que también existe desviación de poder en los términos del artículo 48.1 de esta última norma. En cualquier caso, de estimarse eventualmente el recurso, el efecto en la licitación examinada sería el mismo pues la nulidad o anulabilidad de las resoluciones impugnadas conllevaría la continuación del procedimiento y en su caso, el dictado de nuevas resoluciones de adjudicación.

Comenzamos, pues, con el examen de los motivos del recurso. ANDALUZA DE INSTRUMENTACIÓN aduce que ha existido lo que denomina “ocultismo” e ilegalidad en las actuaciones del procedimiento. En tal sentido, esgrime lo siguiente:

1. Algunas empresas licitadoras solo presentaron un sobre n.º 3 *“documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas”*, vulnerando lo dispuesto en el apartado 9.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), no pudiendo saberse si dentro del mismo había un sobre 3 por cada lote o estaban los anexos de oferta económica de los tres lotes de forma conjunta. La mesa de contratación decidió, en un principio, que no podían abrirse estos sobres sin indicar qué empresas habían actuado de este modo incorrecto y lo más grave, a juicio de la recurrente, fue que *“posteriormente y sin justificación alguna se procedió a solapadamente abrir los sobres y no resolver la cuestión que la propia mesa había planteado (...)”*.

2. El informe técnico, de 23 de agosto de 2018, sobre valoración de las ofertas con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor advirtió de una posible contaminación en las muestras del lote 3 entregadas a los licitadores. La mesa acordó poner este hecho en conocimiento del órgano de contratación a efectos, bien del desistimiento del procedimiento respecto al lote 3, bien de la retroacción del procedimiento a la fase de entrega de las muestras. No obstante, el órgano de contratación acordó continuar el



procedimiento de adjudicación de los tres lotes, siendo plenamente consciente de la posible contaminación de las muestras.

Por su parte, el órgano de contratación se opone a tales alegatos con los argumentos que obran en su informe al recurso y que se irán exponiendo a continuación.

Para analizar la concurrencia o no de las irregularidades procedimentales detectadas por la recurrente, hemos de comenzar analizando la última de ellas tomando en consideración las siguientes actuaciones que obran en el expediente remitido:

1. El informe técnico de 23 de agosto de 2018 valoró las ofertas a los distintos lotes con arreglo al criterio sujeto a juicio de valor “evaluación memoria técnica” ponderado con hasta 8 puntos. Respecto al lote 3 (cromatógrafo de líquidos masas/masas triple cuadrupolo), el citado informe concluía que *“una vez recibidos y analizados los resultados a partir de las memorias presentadas por las empresas licitadoras ofertantes a este lote y la cuantificación de los analitos de la muestra facilitada, se pone de manifiesto que no pueden determinarse todos los analitos al no estar algunos de estos diluidos en exceso, y se han detectado y cuantificado analitos no presentes en las muestras (aflatoxinas B2, B1 y G1) como consecuencia de una posible contaminación de las mismas, imposibilitando la ponderación de este criterio de adjudicación. En este sentido, ante los hechos manifestados y teniendo en cuenta las consecuencias derivadas de la posibilidad de adquirir un equipo que no se ajuste a las necesidades analíticas de nuestros centros (Laboratorio de Producción y Sanidad Animal de Córdoba), los técnicos que suscriben el presente informe proponen dejar desierto el presente lote”*.

2. La mesa de contratación, en su sesión de 28 de agosto de 2018, a la vista del informe técnico, acordó *“poner en conocimiento al órgano de contratación este hecho para que determine si, o bien acuerda el desistimiento del procedimiento del lote 3, lo que permitiría continuar con el procedimiento de adjudicación de los lotes 1 y 2, o bien retrotraer el procedimiento a la fase de entrega de las muestras a las empresas licitadoras para que puedan aportar de nuevo la memoria con los resultados exigidos en los pliegos, lo que paralizaría todo el procedimiento de adjudicación ya que, tal y como se ha hecho constar anteriormente, debido a que algunas empresas licitadoras a varios lotes solo han presentado un sobre tres, no se puede saber si dentro del mismo hay un sobre 3 por cada lote al que se licita o están los anexos de*



oferta económica de todos ellos de forma conjunta, por lo que la apertura de los mismos podría dar lugar a tener información relativa al sobre 3 con carácter previo a la emisión del informe técnico, lo que conllevaría la exclusión de la oferta del procedimiento de licitación.

En consecuencia, la mesa acuerda suspender el acto público de apertura del sobre 3”.

3. El 6 de septiembre de 2018, se emite nuevo informe técnico con objeto de aclarar las conclusiones del inicial respecto al lote 3. En el mismo se indica que “los técnicos que suscribieron el referido informe propusieron el desistimiento del citado lote, al detectar que las empresas licitadoras que presentaron memorias con los resultados analíticos de las muestras suministradas, coincidían en determinar la presencia de analitos ausentes en las muestras, a tenor de lo indicado en informe de fecha 27 de junio de 2018, por el Laboratorio de Producción y Sanidad Animal de Córdoba, encargado de elaborar las muestras facilitadas a las empresas licitadoras.

En este sentido, el comité técnico que suscribió el informe objeto de aclaración concluyó como posibilidad más plausible para este hecho la contaminación durante la elaboración de las muestras, hipótesis que necesitaría de confirmación mediante el contraste de resultados en el laboratorio de referencia a nivel nacional (Centro Nacional de Alimentación) con objeto de posibilitar una valoración correcta, veraz y sin contradicciones de los parámetros de repetitividad, reproducibilidad, linealidad y exactitud de la totalidad de los analitos contenidos en las muestras.

Por otra parte, también aclaramos que los resultados del análisis de contraste permitirán, tal y como indicamos en la secuencia de hechos que a continuación exponemos, evaluar a las empresas licitadoras en el presente concurso con los resultados ya presentados sin volver a realizar muestras nuevas (...).”

4. Con apoyo en el citado informe aclaratorio, el órgano de contratación acordó, el 14 de septiembre de 2018, la continuación del procedimiento de adjudicación de los tres lotes, y de ese modo, tras los informes de ensayo de las muestras por parte del Centro Nacional de Alimentación, adscrito a la Agencia Española de consumo, seguridad alimentaria y nutrición (AECOSAN), se valoraron los resultados ofrecidos por los licitadores, obteniendo la oferta de la recurrente al lote 3 la mejor puntuación en el criterio sujeto a juicio de valor (6,3 puntos).



Pues bien, a la vista de las actuaciones expuestas, no puede darse la razón a la recurrente cuando manifiesta que el órgano de contratación, siendo consciente de la posible contaminación de las muestras, decidió sin justificación alguna continuar con el procedimiento, sin atender a las posibilidades de desistimiento o de sustitución de las muestras planteadas por la mesa. La decisión de continuar está amparada en un informe técnico aclaratorio emitido por el Servicio de Coordinación de Laboratorios en el que se proponía enjuiciar los resultados de los análisis presentados a la licitación por los interesados solicitando una prueba de contraste en un laboratorio de referencia nacional.

Conforme al artículo 152.4 de la LCSP, el desistimiento del procedimiento debe estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. En consecuencia, si técnicamente era posible salvar los resultados de los análisis presentados por los licitadores acudiendo a una prueba de contraste para así hacer posible la valoración de las ofertas al lote 3 con arreglo al criterio de adjudicación analizado –y ello, sin tener que retrotraer el procedimiento ni sustituir las muestras entregadas-, la decisión de continuar con la adjudicación del lote 3 no puede reputarse contraria al precepto legal señalado, ni arbitraria, injustificada o vulneradora del principio de igualdad. Antes al contrario, resulta proporcional y respetuosa con la obligación que subyace respecto a la adjudicación de los contratos, salvo concurrencia de alguna de las causas legales que lo impidan -que no es el caso-.

De otro lado, ANDALUZA DE INSTRUMENTACIÓN también denuncia ocultismo e ilegalidad en el procedimiento por el hecho de que, inicialmente, la mesa de contratación decidiera no abrir los sobres nº 3 de aquellas empresas que presentaron sus ofertas a los distintos lotes en un único sobre y luego, sin indicar de qué empresas se trataba, los abriera sin justificación alguna.

Tampoco puede acogerse este alegato de la recurrente. Como señala el informe al recurso, en el clausulado del PCAP no se ha encontrado previsión alguna sobre la



obligación de aportar tantos sobres número 3 como lotes a los que se licite. Es más, con carácter general, tratándose de una única licitación y de un solo contrato -aunque fraccionado en lotes-, lo normal es que los sobres de los licitadores recojan conjuntamente la documentación de los distintos lotes a que se licita, pues la circunstancia de que los lotes sean objeto de licitación y adjudicación independiente no obliga a presentar la documentación relativa a los mismos en sobres también independientes (es decir, la del lote 1 en sobres distintos a la del lote 2 y así sucesivamente). Así las cosas, en el supuesto analizado no existe infracción de la legislación contractual ni del PCAP por el hecho de que algunas empresas hayan presentado en un mismo sobre 3 la documentación relativa a los criterios automáticos de los diversos lotes licitados.

Además, la decisión de la mesa de suspender el acto de apertura de los sobres 3 hasta que estuviera culminada la valoración técnica de las ofertas en los tres lotes estaba plenamente justificada y era necesaria para evitar, en el caso de presentación de ofertas a varios lotes en un único sobre 3, el conocimiento del contenido de este sobre respecto al lote 3 (documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas) antes de la valoración de las proposiciones a dicho lote con arreglo al criterio sujeto a juicio de valor establecido en el PCAP. Al respecto, debe tenerse en cuenta la incidencia antes expuesta en este mismo fundamento de derecho respecto a dicha valoración, por lo que, una vez resuelta tal incidencia en los términos que también han quedado expresados más arriba y acordada la continuación del procedimiento por el órgano de contratación, ningún inconveniente legal existía para proceder a la apertura de los sobres 3 de las distintas empresas.

Asimismo, el hecho de que no se mencionara por la mesa qué empresas introdujeron en un único sobre 3 su oferta a varios lotes no es una omisión ilegal ni determinante de ocultismo y carece de relevancia jurídica, habiéndose procedido por igual a la apertura de todos los sobres 3 tras la resolución de la incidencia en la valoración de las ofertas al lote 3.



Procede, pues, la desestimación de los dos alegatos analizados en este fundamento.

SEXTO. En los restantes motivos del recurso, que serán analizados conjuntamente con los que constan en el escrito de ampliación al mismo, ANDALUZA DE INSTRUMENTACIÓN impugna la exclusión de su oferta en los tres lotes, así como la indebida adjudicación de dichos lotes a las tres empresas que, respectivamente, resultaron adjudicatarias.

La oferta de la recurrente fue la mejor valorada en el conjunto de los criterios de adjudicación respecto a los tres lotes del contrato, obteniendo 93,68 puntos en el lote 1; 93,18 en el lote 2 y 93,30 en el lote 3. No obstante, en cuanto al lote 1, incurrió en presunción de anormalidad siendo finalmente rechazada su proposición y respecto a los lotes 2 y 3, la recurrente fue requerida para presentar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, siendo también excluida en ambos lotes por no justificar adecuadamente la solvencia técnica exigida en los pliegos. Como se ha indicado, los tres lotes fueron adjudicados a otros licitadores.

Llegados a este punto y para un mejor entendimiento de la extensa controversia suscitada, vamos a agrupar los motivos del recurso en función de los lotes a que se refieren. Comenzamos, pues, con el **lote 1**, cuyos motivos se analizarán en este fundamento y en los dos siguientes.

La recurrente esgrime, en primer lugar, que el Anexo XII del PCAP (parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja) establece que el criterio para la consideración de una oferta anormalmente baja es que *“la oferta equivalente quede por debajo del importe resultante de multiplicar el precio base de licitación del suministro objeto de contratación por el porcentaje medio de los costes de estructura y beneficio industrial estimados para la determinación del referenciado precio”*.

Aduce que de este modo los costes de estructura y beneficio industrial, en lugar de ser



obtenidos por los presentados en las ofertas de las empresas licitadoras, han sido estimados por el órgano de contratación *a priori*, sin tener en cuenta la dimensión, la estructura, la estrategia organizativa y el resto de parámetros que determinan para cada empresa cuáles son sus costes de estructura y beneficio pretendido correspondientes a las ofertas presentadas. Concluye, pues, que se trata de una estimación *a priori*, en lugar de una valoración objetiva de los parámetros correspondientes a cada oferta.

Pues bien, no cabe acoger este alegato en la medida que encierra una impugnación indirecta del pliego que no puede admitirse en el presente recurso contra la adjudicación. La recurrente debió impugnar el PCAP en el plazo legalmente establecido si consideraba que era inadecuado o incorrecto el parámetro objetivo establecido en su Anexo XII para la consideración de una oferta como anormalmente baja. Al no constar que lo haya hecho y haber presentado oferta, el pliego fue aceptado incondicionalmente por la recurrente constituyendo ya ley entre las partes.

El criterio expuesto viene siendo reiterado por este Tribunal. Se cita, por todas, la Resolución 34/2019, de 14 de febrero, en la que indicábamos “(...) *la regla general es que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda” y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente habría de estar ahora al contenido de los mismos.*

La única excepción a esta regla es que el vicio o irregularidad afectante a los pliegos no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por un licitador normalmente diligente y razonablemente informado, siendo en un momento posterior de la licitación cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego en la medida que esta propicia una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato”.

En el supuesto examinado, no concurre la excepción señalada, toda vez que la supuesta irregularidad denunciada por la recurrente respecto al Anexo XII del PCAP pudo advertirse tras el momento de aprobación y publicación del citado pliego, dada



la redacción clara y precisa del anexo en cuestión, sin que en este momento quepa ya impugnación alguna.

SÉPTIMO. En segundo lugar, ANDALUZA DE INSTRUMENTACIÓN esgrime una serie de argumentos para fundamentar el indebido rechazo de su oferta al lote 1. En tal sentido, sostiene que justificó adecuadamente la viabilidad de la misma y combate el informe técnico del Servicio de Coordinación de Laboratorios (SCL, en adelante) señalando lo siguiente:

1. Que en la documentación justificativa de su oferta advirtió expresamente que el “*precio de salida*” -entendemos que se refiere al precio de licitación- era superior al de mercado, indicando el informe técnico del SCL que para la conformación del precio de licitación se habían utilizado presupuestos de cuatro empresas especializadas, entre ellas de la recurrente, mientras el Anexo I de la memoria justificativa obrante en el expediente solo señala que, para la determinación del precio de licitación del Lote 1, se han considerado los precios de tres empresas de las que no se indican los nombres y por tanto, se desconoce quiénes son, siendo en cualquier caso los precios de licitación muy elevados en comparación con los precios de mercado.

2. Que el informe del SCL es impreciso y “tendencioso” cuando afirma que aportó una “relación heterogénea y dispar” de productos suministrados a otras empresas, siendo precisamente lo contrario, pues presentó una relación detallada y concreta, incluyendo los costes de cada equipo. Asimismo, ante el requerimiento de información más detallada, aportó más documentación, si bien la mesa de contratación, sin tenerla en cuenta, acordó la exclusión de su oferta por estimarla anormal.

3. Que se ha producido una actuación ilegal pues hay dos informes técnicos sobre la oferta desproporcionada de la misma fecha (8 de octubre de 2018) y mismo firmante aunque con distintas rúbricas, con ocho párrafos iguales y tres desiguales que hace



pensar que no se han hecho al mismo tiempo y que un informe venía a sustituir al otro. A su juicio, solo se puede explicar este hecho mediante la *“posterior redacción de un nuevo informe, al que se le pone el mismo título, la misma fecha, el mismo firmante, pero distinta firma, que se incorpora posteriormente al expediente cuando se avisa del recurso, y que se "olvidan" de quitar el que inicialmente había”*.

4. Que su oferta no está basada en hipótesis o prácticas inadecuadas como señala el artículo 149.6 de la LCSP, sino que es una oferta avalada por otras adjudicadas y realizadas a plena satisfacción; y que no se cumple con la tramitación legal ya que la mesa ha acordado la exclusión de la oferta en lugar de elevar propuesta al órgano de contratación.

En el informe al recurso, el órgano de contratación manifiesta que la recurrente se limitó, en la justificación de su oferta, a ofrecer un listado de productos con determinación de la baja que ofrecía en el precio y que el informe del SCL ya advertía que los productos que se presentaban no eran plenamente equiparables a los que constituían el objeto del contrato de suministro. Además, tampoco se incluía en los precios la garantía ampliada, ni el mantenimiento preventivo, instalación o puesta en marcha de los equipos. Concluye, pues, el órgano de contratación en su informe al recurso que la justificación presentada por la recurrente *“se limitaba a fijar unos precios sobre unos productos, pero no incluyendo el digestor de microondas Anton Para Multiwave 7000, ni tampoco las garantías y mantenimientos que había ofrecido, siendo así imposible, de acuerdo con el informe emitido, considerar acreditada la posibilidad de cumplir con la totalidad de lo ofrecido al precio ofertado”*.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Así, respecto al alegato de que el precio de licitación era superior al de mercado, debemos indicar que dicho precio fue el establecido en los pliegos y demás documentos de la licitación, sin que conste ninguna previa objeción al mismo por parte de la recurrente, que lo aceptó plenamente al presentar su oferta y no puede ahora esgrimir sin más razonamiento



que el mismo es elevado para de este modo intentar justificar la baja por ella ofertada. En este extremo, los pliegos constituyen ley entre las partes.

El resto de alegaciones de la recurrente para justificar la viabilidad de su oferta incurso en presunción de anormalidad son afirmaciones genéricas y apreciaciones particulares en respuesta al contenido del informe del SCL. Así, manifestaciones tales como que presentó una relación detallada y concreta de productos suministrados a otras empresas o que su oferta no está basada en hipótesis o prácticas inadecuadas no son suficientes para desvirtuar el criterio técnico del SCL que, en principio, y salvo prueba de error, ausencia de motivación o arbitrariedad, está amparado por el principio de discrecionalidad técnica, como reiteradamente hemos manifestado en nuestras resoluciones. Así, en la Resolución 306/2018, de 31 de octubre, indicábamos que *“(...) es doctrina reiterada de este y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales que en la determinación de si una oferta anormal o desproporcionada está o no suficientemente justificada rige el principio de discrecionalidad técnica. En tal sentido, las Resoluciones 34/2015, de 3 de febrero, 82/2016, 21 de abril, 294/2016, de 18 de noviembre, 75/2017, de 21 de abril, 92/2017, de 12 de mayo y 120/2017, de 9 de junio, de este Tribunal, reproduciendo el contenido de la 121/2013, de 11 de octubre, señalan que «(...) el informe técnico en que se apoya la mesa de contratación y posteriormente, el órgano de contratación al asumir la propuesta de aquella, sí contiene las razones que avalan la decisión adoptada, sin que este Tribunal aprecie en las mismas error, criterio arbitrario ni desviación de poder que lleve a sostener la superación de los límites de la discrecionalidad técnica que opera en este ámbito, pues no se olvide que, en última instancia, estamos ante una cuestión de apreciación técnica por parte un servicio especializado»”.*

Finalmente, el alegato vertido sobre la existencia de dos informes técnicos prácticamente iguales de la misma fecha y firmante pero distinta firma, que hace suponer que uno de ellos se incorporó posteriormente al expediente cuando se conoció la existencia del recurso, es una cuestión a ventilar, en su caso, en otra sede, debiendo circunscribir nuestro conocimiento a si, en efecto, el criterio técnico del SCL cuando concluye que la recurrente no aporta la información necesaria y requerida para justificar la baja ofertada supera los límites de la discrecionalidad técnica incurriendo en error, insuficiente motivación, arbitrariedad o desviación de poder.



Para tal menester, deben tenerse en cuenta las siguientes actuaciones practicadas en el procedimiento:

1. ANDALUZA DE INSTRUMENTACIÓN presentó, a requerimiento de la mesa, justificación de su oferta al lote 1, emitiéndose el 27 de septiembre de 2018 informe del SCL en el que se concluye que *“la citada empresa no justifica suficientemente ni desglosa razonada y detalladamente el bajo nivel de precios ofertados, o de costes, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita los servicios prestados, las soluciones técnicas adoptadas, las condiciones de trabajo y las restantes condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, por lo que solicita se le requiera información detallada y justificada de la totalidad de costes incluidos en la conformación de su oferta (costes ICP detallando el modelo, microondas, garantía ampliada, mantenimiento preventivo, instalación y puesta en marcha de los equipos) que permitan concluir si el importe de la oferta presentada por Andaluza de Instrumentación S.L permite realizar la prestación completa a contratar (...).”*

2. Tras un nuevo requerimiento de información en los términos del anterior informe, la recurrente presentó nueva justificación, a la vista de la cual el 8 de octubre de 2018 el SCL emitió informe técnico señalando que *“la citada documentación indica que la oferta económica que realiza la empresa Andaluza de Instrumentación S.L. se fundamenta en los precios ofertados a otros clientes sin desglosar los costes parciales para la determinación del precio de cada uno de los conceptos que conforman su oferta, indicando de forma global el importe ofertado y el descuento realizado sin que se justifique ni desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios ofertados (...). Se presenta solo una relación heterogénea y dispar de productos suministrados a empresas públicas y privadas, sin detalle ni descripción suficiente, lo que no añade valor alguno a la justificación. Además se presentan dos certificados de diferentes modelos (ICP MASAS 7800 e ICP MASAS 7900) de suministros equiparables a una parte de los equipos objeto del contrato, sin incluir los costes del digestor de microondas, garantía ampliada, mantenimiento preventivo, instalación y puesta en marcha de los equipos y con precios significativamente diferentes entre ambos equipos, lo cual impide el cotejo entre los precios de ambos equipos y la comparación con la oferta presentada(...).”*

Las actuaciones descritas ponen de manifiesto que la recurrente tuvo oportunidad de completar la inicial justificación de viabilidad de su oferta al lote 1, pues al primer



escrito presentado con tal finalidad se añadió el solicitado posteriormente. Tal previsión de aclaración o complemento de la justificación inicial, aun no prevista en el artículo 149 de la LCSP, ha redundado en una mayor oportunidad ofrecida a la recurrente para probar que, pese a la baja ofertada, su oferta era viable.

Pese a lo anterior, el informe de 8 de octubre de 2018 -sin tener que acudir al otro de igual fecha más ampliado sobre el que la recurrente vierte su alegato de actuación ilegal- ya concluye que no se ha justificado suficientemente la baja ofertada y lo hace sobre la base de esa información ampliada suministrada por ANDALUZA DE INSTRUMENTACIÓN, S.L., motivando el por qué dicha información no acredita “*el bajo nivel de los precios ofertados*”, motivación y juicio de valor que no desvirtúa la recurrente en su escrito de recurso donde se limita a relacionar la información y/o documentación que aportó y a verter su particular apreciación sobre la viabilidad de la proposición que formuló.

En definitiva, la presunción *iuris tantum* de acierto y razonabilidad en que se funda el criterio técnico del SCL no ha sido destruida en el recurso, al no quedar probado que concurra en el mismo error, arbitrariedad o motivación insuficiente. Como ya indicábamos en la Resolución 306/2018, de 31 de octubre, “(...) *no en vano dice el artículo 152.4 del TRLCSP [actualmente, artículo 149 de la LCSP] que el órgano de contratación considerará la justificación efectuada por el licitador y los informes técnicos emitidos por el servicio correspondiente, a fin de estimar si la oferta puede o no ser cumplida. Queda claro, pues, el margen de discrecionalidad técnica que rige en esta materia, resultando de aplicación la ya conocida y reiterada doctrina jurisprudencial que ha sido invocada por este Tribunal en muchas de sus resoluciones. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324) señala que “(...) la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción iuris tantum solo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional*



sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”».

Por último, la circunstancia de que haya sido la mesa de contratación, en sesión de 11 de octubre de 2018, y no el órgano de contratación quien acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente contraviene, en efecto, lo dispuesto en el artículo 149.6 de la LCSP, conforme al cual es el órgano de contratación quien debe excluir la proposición si estima, a la vista de la justificación efectuada por el licitador y de los informes técnicos solicitados, que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales. No obstante, tal infracción, por sí sola, no puede invalidar todo el procedimiento, debiendo entenderse que el órgano de contratación convalida esa actuación incorrecta al aceptar la exclusión y adjudicar finalmente el lote 1 a otra empresa. Al respecto, el artículo 52.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, dispone que *“Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado”*.

Procede, pues, desestimar el motivo de recurso analizado.

OCTAVO. En otro de sus alegatos, la recurrente cuestiona que la entidad adjudicataria del lote 1, P.E., haya acreditado adecuadamente la solvencia técnica exigida en los pliegos.

En lo que aquí interesa, el Anexo XVI (Solvencia técnica) del PCAP establece que la solvencia técnica se acreditará mediante *“Relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de los tres últimos años, atendiendo a tal efecto a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos CPV, indicando su importe, fechas y destinatario publico o privado de los mismos, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes.*



Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.

Acreditación de realización de al menos dos suministros de análogas características técnicas, empleados para el análisis de las matrices caracterizadas para cada equipo en el Pliego de Prescripciones Técnicas (Solo se tendrán en cuenta equipos con régimen de trabajo en rutina) y ejecutados de conformidad. Se entiende por suministro de análogas características aquellos ICP Masas con digestor de Microondas, Cromatógrafo de Gases Masas/ Masas Triple cuadrupolo o Cromatógrafo de Líquidos Masas/Masas Triple cuadrupolo que técnica y funcionalmente sean equiparables a los ofertados conforme a los pliegos que rigen la presente contratación, con importe superior al 60% del presupuesto de licitación, excluido IVA, para cada lote (...).”

De la documentación obrante en el expediente, resultan los siguientes hechos:

- En el acta de la mesa de contratación celebrada el 14 de noviembre de 2018, se acordó que P.E. debía subsanar la documentación acreditativa de su solvencia técnica. A tal efecto, se indicaba que dicha empresa “*presenta dos certificados expedidos por la empresa Aquimisa S.L. y el Servicio Central de Apoyo a la Investigación (SCAI) de la Universidad de Córdoba que acreditan que ambas empresas disponen de equipos de análogas características técnicas (ICP masas con digestor de microondas) con regímenes de trabajo en rutina en las matrices indicadas en los pliegos que rigen la presente contratación; sin embargo, el importe de los equipos certificados es inferior al 60% del presupuesto de licitación, dado que no se valoran en dichos certificados conceptos ofertados como los mantenimientos preventivos y garantía ampliada. Dado que la documentación remitida es insuficiente para acreditar el requisito de solvencia técnica conforme a lo exigido en los Pliegos que rigen la presente contratación, deberá incrementar el alcance de su justificación aportando nuevos certificados que acrediten los requisitos exigidos.*”

- Tras la presentación por parte de P.E. de la documentación para subsanar, se emite informe técnico por el SCL el 27 de noviembre de 2018 en el que se señala que la “(...) la documentación remitida complementa los certificados presentados originalmente por la empresa licitadora mediante declaración expresa del empresario por la parte correspondiente a los costes derivados de los mantenimientos correctivo y preventivo imputables al ICP masas



Nexlon 350 (análogo ofertado) y al digestor de microondas Milleston modelo ultrawave de la siguiente forma:

-Certificado expedido por Aquimisa S.L:

- *Certificado original: 150.000,00 euros.*
- *Declaración expresa del empresario: 96.231,10 euros.*
- *Cuantía total certificada: 246.231,10 euros.*

-Certificado expedido por la Unidad de Espectrometría de masas y cromatografía del Servicio Central de Apoyo a la Investigación de la Universidad de Córdoba.

- *Certificado original: 149.750,00 euros.*
- *Declaración expresa del empresario. 107.971,80 euros.*
- *Cuantía total certificada: 316.171,80 euros.*

-Precio de licitación: 386.060,77 euros.

- *Requisito de solvencia técnica: 60% * Precio de licitación: 231.636,46 euros.*

Como conclusión, entendemos desde este Servicio que la documentación remitida es suficiente para acreditar el requisito de solvencia técnica.”

- La mesa de contratación asume el criterio del citado informe y propone la adjudicación a P.E., dictándose posteriormente resolución de adjudicación a su favor.

Expuestos los antecedentes, procede analizar los alegatos de las partes. La recurrente sostiene en su recurso y posterior escrito de ampliación que P.E. no acreditó adecuadamente “el trabajo en rutina” a través de los certificados aportados -requisito establecido en el PCAP al señalar la solvencia técnica exigida a los licitadores– ni que el importe de los equipos certificados fuese superior al 60% del presupuesto de licitación.

En concreto, refiriéndose al certificado expedido por la Unidad de Espectrometría de masas y cromatografía del Servicio Central de Apoyo a la Investigación de la Universidad de Córdoba, manifiesta en su recurso que, atendiendo a la definición de trabajo en rutina acotada por los propios técnicos del SCL, “no parece posible que pase



por alto el mismo Servicio de Coordinación que acota la definición que puede ser mediante una maquinaria vendida para un proyecto de investigación de una Universidad (...) Y, que como es de sobra conocido una maquina que se dedica a un proyecto de investigación no trabaja en rutina”. Asimismo, insiste sobre tal extremo en su escrito de ampliación señalando lo sorpresivo que resulta el hecho de que “el órgano de contratación no haya puesto voluntad alguna en conocer la verdadera naturaleza del trabajo realizado por este Servicio [se refiere al Servicio Central de Apoyo a la Investigación de la Universidad de Córdoba]” cuando en la acreditación de su solvencia técnica para el lote 2, el SCL “se tomó las molestias de contactar con el responsable de la compra del equipo”.

Asimismo, respecto al precio de los equipos certificados, la recurrente manifiesta que “es cuanto menos curioso que el órgano de contratación acepte, como justificación de que el precio del suministro justificativo de la solvencia técnica es mayor al 60% del precio de licitación, mediante (sic) una declaración de la propia empresa licitadora del valor del mantenimiento, cuando lo que se solicita son certificados de terceros (...). Es inconcebible que una empresa se certifique a sí misma (...)”.

A tales alegatos se opone el órgano de contratación en los informes emitidos sobre el recurso y su escrito de ampliación.

Pues bien, como antes señalamos, el Anexo XVI del PCAP exige para la acreditación de la solvencia técnica la realización de al menos dos suministros de análogas características que tengan “régimen de trabajo en rutina”, se utilicen para el análisis de las matrices caracterizadas para cada equipo en el pliego y cuyo importe sea superior al 60% del presupuesto de licitación.

En lo que se refiere al trabajo en rutina (requisito cuestionado en el recurso respecto al certificado aportado por P.E. expedido por la Unidad de Espectrometría de masas y cromatografía del Servicio Central de Apoyo a la Investigación de la Universidad de Córdoba), el informe del órgano de contratación señala que se trata de un aspecto esencial en la adquisición del equipamiento destinado a los laboratorios de la Agencia, dado el volumen de trabajo, por lo que un equipo que no garantice este régimen no justificaría las necesidades de dichos centros. Asimismo, el citado



informe indica que “(...) el Servicio Central de Apoyo a la Investigación (SCAI) es un órgano que permite a los investigadores de las Universidades y Organismos Públicos de Investigación, así como a un creciente número de empresas, disponer de aquel equipamiento de alto coste necesario para el desarrollo de sus líneas de investigación. La naturaleza y objeto de este Servicio es la de proporcionar una adecuada infraestructura científico-técnica como soporte para los centros de investigación o empresas que realicen actividades de i+d+i; actúa, por tanto, como un centro que presta servicios analíticos a entidades que se lo requieren y no como un centro de investigación tal y como indica Andaluza de Instrumentación S.L. en sus alegaciones. No obstante, el Instituto de Ciencias de Materiales de Sevilla, que certificó los equipos de Andaluza de Instrumentación S.L., está formado por grupos de investigación del Consejo Superior de Investigaciones Científicas y de la Universidad de Sevilla y tiene como objetivo único contribuir al desarrollo científico dentro de los Planes de Investigación Autonómicos, Nacionales y los equivalentes europeos, y no presta servicios remunerados a otros centros de investigación. Es decir, todo su trabajo se circunscribe al ámbito de la investigación y los equipos asociados a los distintos departamentos difícilmente funcionarán en régimen de trabajo en rutina por la propia definición de las tareas asociadas a estos centros”.

Expuesta, pues, la controversia en torno al régimen de trabajo en rutina del equipo certificado por el Servicio Central de Apoyo a la Investigación de la Universidad de Córdoba, se advierte que el alegato de la recurrente carece de fundamento o prueba que lo avale, tratándose de una apreciación que no va acompañada de razonamiento técnico o documento que la corrobore. Frente a ello, nos encontramos con que, si bien la solvencia técnica de P.E. fue objeto de subsanación, no tuvo que serlo respecto al requisito técnico aquí cuestionado, de donde se colige que, siendo el trabajo en rutina un requisito esencial del suministro objeto del contrato, ninguna duda se planteó a la mesa ni al SCL sobre su cumplimiento. A lo anterior, se une la justificación que se ha transcrito en el informe al recurso sobre la naturaleza y finalidad del Servicio Central de Apoyo a la Investigación que expide el certificado cuestionado, por lo que a falta de otra prueba que desvirtúe el criterio técnico del SCL respecto al cumplimiento de aquel requisito, hemos de concluir que dicho criterio es correcto.

Por otro lado, en cuanto al importe de los equipos certificados, la recurrente discute



que el mismo pueda justificarse atendiendo a una declaración de la propia empresa licitadora. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el Anexo XVI del PCAP, siguiendo los postulados del artículo 89.1 a) de la LCSP, ofrece dos posibilidades de acreditación de los suministros realizados, a saber, certificados expedidos por una entidad pública y certificados expedidos por un destinatario privado. Asimismo, prevé que, a falta de estos últimos, los suministros se podrán acreditar mediante una declaración empresarial.

En el supuesto analizado, no se discute que P.E. aportó dos certificados, uno expedido por una empresa privada (ALQUIMIA, S.L) y otro por una entidad pública (Servicio Central de Apoyo a la Investigación (SCAI) de la Universidad de Córdoba). La circunstancia de que, tras el plazo de subsanación concedido, la adjudicataria complementara la información ofrecida por dichos certificados mediante su propia declaración no cabe estimarla contraria a la ley ni al pliego. Si estos admiten la declaración empresarial, aunque sea en última instancia, para acreditar la solvencia técnica empresarial, debe entenderse tal declaración como posible cuando, como sucede en este caso, solo lo es a los efectos de completar la información relativa al precio en los certificados inicialmente aportados.

Procede, pues, desestimar el motivo analizado en este fundamento.

NOVENO. A continuación, procede examinar aquellos motivos del recurso en los que se combaten las adjudicaciones de los lotes 2 y 3.

En primer lugar, la recurrente impugna su exclusión en ambos lotes. Al respecto, señala que, tras haber presentado la documentación previa a la adjudicación, la mesa de contratación le requirió la aportación de más documentación relativa a la solvencia técnica de los Lotes 2 y 3, y en concreto:

- Certificación justificativa del uso en rutina de los equipos certificados (solo para el Lote 2).
- Certificación justificativa de que los equipos se emplean para el análisis de las



matrices descritas en el pliego de condiciones técnicas.

-Documentación acreditativa que permita comprobar la veracidad de la relación de suministros facilitada.

A continuación, la recurrente describe pormenorizadamente la documentación que aportó en contestación al requerimiento formulado y afirma que con ella *“se cumple de manera exhaustiva con el requerimiento de la Mesa y se justifica de forma más que evidente la solvencia técnica de esta mercantil (...)”*.

(...) Es evidente que cuando la Mesa requiere justificar el trabajo en rutina, y con muestras del sector agroalimentario, está pidiendo esas dos cuestiones técnicas; sin embargo, la Mesa las mezcla con un tema ajeno cual es la propuesta económica, pero entendemos que de una forma ilegal; hay algo que parece evidente, la maquinaria tendrá o no unas características técnicas para cumplir técnicamente con las condiciones del pliego y ese será motivo de exclusión o no; pero excluirlas por razón del corte de la oferta económica que se hizo en otra contratación distinta, donde se desconocen el resto de condiciones es una clara actuación prescindiendo del procedimiento establecido y, en todo caso, con desviación de poder”.

Por último, discute que no se le haya admitido documentación relativa a contratos celebrados con la Universidad de Sevilla y con la Fundación para la Investigación Biosanitaria de Andalucía Oriental (FIBAO) por estar presentados en fotocopias. Afirma que así se le notificaron los contratos y que, en cualquier caso, el órgano de contratación podía haberse comunicado con aquellas entidades para confirmar la veracidad de los suministros. Concluye, así, que su exclusión ha sido irregular y caprichosa.

En el informe al recurso, el órgano de contratación se opone a tal alegato manifestando que el examen del informe del SCL de 23 de octubre de 2018 revela que no acreditó la solvencia técnica con arreglo al PCAP.

Pues bien, se trata de analizar si la exclusión de la recurrente por no acreditación de la solvencia técnica exigida en el Anexo XVI del PCAP fue o no ajustada a derecho. Debemos recordar que el citado Anexo requiere la *“Acreditación de realización de al menos dos suministros de análogas características técnicas, empleados para el análisis de las*



matrices caracterizadas para cada equipo en el Pliego de Prescripciones Técnicas (Solo se tendrán en cuenta equipos con régimen de trabajo en rutina) y ejecutados de conformidad. Se entiende por suministro de análogas características aquellos ICP Masas con digestor de Microondas, Cromatógrafo de Gases Masas/ Masas Triple cuadrupolo o Cromatógrafo de Líquidos Masas/Masas Triple cuadrupolo que técnica y funcionalmente sean equiparables a los ofertados conforme a los pliegos que rigen la presente contratación, con importe superior al 60% del presupuesto de licitación, excluido IVA, para cada lote (...)”.

Hemos de partir del dato de que ANDALUZA DE INSTRUMENTACIÓN fue requerida para la subsanación de la documentación inicialmente aportada y tras el análisis conjunto de toda ella (la inicial y la aportada tras el requerimiento), el 23 de octubre de 2018 el SCL emitió informe técnico donde se recoge la documentación aportada en cada lote. Asimismo, hemos de reiterar que una lectura del PCAP nos permite constatar que, para acreditar la solvencia técnica en cada lote, los dos suministros (como mínimo) de análogas características debían reunir tres requisitos conjuntos: trabajo en rutina, servir para el análisis de las matrices caracterizadas para cada equipo en el PPT y ser de un importe superior al 60% del presupuesto de licitación.

Empezando con el lote 2, nos encontramos con que el requerimiento de subsanación formulado lo fue en los siguientes términos “*certificación justificativa del uso en rutina de los equipos certificados (solo para el lote 2)*” y “*certificación justificativa de que los equipos se emplean para el análisis de las matrices descritas en el Pliego de Condiciones Técnicas*”. Por su parte, el informe del SCL emitido el 23 de octubre de 2018 señala que los dos certificados inicialmente aportados por la recurrente fueron emitidos por COOSUR, S.A. y el Instituto de Ciencia de Materiales de Sevilla (CSIC). En el caso de este último, del citado informe se desprende que inicialmente no quedaba caracterizada la matriz de trabajo y que desde el CSIC se indicó al SCL que “*la matriz no se corresponde con la descrita en los pliegos que rigen la presente contratación*”.

Asimismo, si nos atenemos a la descripción que hace la propia recurrente de los documentos que aportó en fase de subsanación, comprobamos que en ninguno se



menciona el requisito de que el suministro análogo tenga un valor superior al 60% del presupuesto de licitación, requisito que, insistimos, debe acreditarse en concurrencia con los otros dos y respecto de cada equipo certificado. Tal extremo se confirma, además, si acudimos al informe del SCL de 23 de octubre de 2018.

Por tanto, partiendo de la premisa de que el PCAP exige la concurrencia de los tres requisitos en cada equipo certificado, hemos de concluir que ANDALUZA DE INSTRUMENTACIÓN, S.L. no ha desvirtuado el criterio del SCL, posteriormente acogido por la mesa de contratación, en cuanto a la insuficiente acreditación del requisito de solvencia técnica para el lote 2 que motivó su posterior exclusión.

Respecto al lote 3 y dado que la recurrente hace un análisis conjunto de su solvencia técnica en este lote con la del lote 2, el alegato del recurso debe correr la misma suerte y por las mismas razones expuestas anteriormente. El triple requisito de los equipos certificados no queda acreditado en la documentación aportada por ANDALUZA DE INSTRUMENTACIÓN.

Asimismo, el resto de argumentos esgrimidos por la recurrente para combatir su exclusión en los dos lotes no puede prosperar. En tal sentido, no puede admitirse el razonamiento de que *“cuando la Mesa requiere justificar el trabajo en rutina, y con muestras del sector agroalimentario, está pidiendo esas dos cuestiones técnicas; sin embargo, la Mesa las mezcla con un tema ajeno cual es la propuesta económica (...)”*. El requerimiento de subsanación de esos dos requisitos (trabajo en rutina y muestras del sector agroalimentario) se predicaba de los equipos inicialmente certificados, sobre la base de que su valor económico sí estaba acreditado. Pero si con la subsanación se aportaron nuevos certificados, obviamente se imponía la comprobación de los tres requisitos, incluido el valor económico de los equipos.

Por último, el motivo de impugnación referido a que no se le ha admitido documentación presentada en fotocopia, pudiendo el órgano de contratación haber contactado con las entidades que certificaron los suministros, tampoco puede



acogerse. En el informe del SCL no consta expresamente que tales documentos fueran inadmitidos por esa razón. Lo que se indica es que *“la documentación remitida no acredita suficientemente la veracidad de la relación de suministros facilitada (...) los contratos presentados no indican el modelo adquirido por lo que no permiten comprobar la analogía con los equipos objeto de contratacion”*, afirmación que no ha sido combatida en el recurso.

Procede, pues, la desestimación del motivo analizado en este fundamento respecto a la exclusión de la recurrente en los lotes 2 y 3 por no acreditar debidamente la solvencia técnica exigida en los mismos.

DÉCIMO. Por último, ANDALUZA DE INSTRUMENTACIÓN combate en su recurso y posterior escrito de ampliación la adjudicación de los lotes 2 y 3 a THERMO y BRUKER, respectivamente, al considerar que ninguna de las citadas empresas acreditaron adecuadamente su solvencia técnica y debieron ser excluidas.

En lo que se refiere a THERMO alega que, tras presentar la documentación previa a la adjudicación en el lote 2, fue requerida para subsanar, entre otra, la relativa a la acreditación de su solvencia técnica y que tras aportarse la documentación pertinente por parte de THERMO, el SCL la consideró insuficiente pero *“sorprendentemente propone que se proceda a continuar con la tramitación del expediente”*. Ello supone a juicio de la recurrente un trato desigual respecto a ella que fue excluida cuando, tras el requerimiento de subsanación, se consideró que no quedaban justificados los requisitos exigidos en el PCAP.

Asimismo, aduce que, en el caso de THERMO, la mesa acordó requerir un informe aclaratorio al SCL y, sin recibir documentación adicional alguna, dicho Servicio entendió justificada la solvencia técnica de la citada empresa, de modo que *“la misma documentación que sirve para decir que no, ahora sirve para decir que sí”*.

Por su parte, el órgano de contratación y THERMO se oponen a los alegatos con los argumentos que constan en sus respectivos escritos.



Pues bien, para resolver la controversia, hemos de exponer los siguientes datos de interés que se desprenden del expediente de contratación o son admitidos por las partes en sus respectivos escritos:

1. Tras el examen de la documentación previa a la adjudicación, se requirió a THERMO para que aportara la siguiente:

- Documentación acreditativa que permita comprobar la veracidad de la relación facilitada, durante los tres últimos años de equipos incluidos en la relación presentada.
- Respecto al certificado expedido por el Centro Nacional de Alimentos de La Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN), justificación del régimen de trabajo en rutina en las matrices indicadas en los pliegos que rigen la contratación.
- Respecto al certificado expedido por Labs Technological Services AGQ,S.L., importe de venta del equipo y justificación del régimen de trabajo en rutina en las matrices del pliego.

2. Según se indica en el informe del SCL de 13 de diciembre de 2018 (documento 111 del expediente), para atender aquel requerimiento THERMO aportó:

- Certificado expedido por el Centro Nacional de Alimentación de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN), indicando régimen de trabajo en rutina en las matrices indicadas en los pliegos.
- Certificado expedido por DCOOP Sociedad Cooperativa Andaluza de la adquisición de un equipo análogo al ofertado (TSQ 8000), con régimen actual de trabajo en rutina en las matrices establecidas en los pliegos y por un importe superior al 60% del precio de licitación (certificado aportado por primera vez).
- Certificado expedido por la “Direcció General de Salut Pública de la Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública de la Generalitat Valenciana” de la adquisición de un equipo análogo al ofertado (TSQ 8000) con régimen



actual de trabajo en rutina en las matrices establecidas en los pliegos y por un importe superior al 60% del precio de licitación.

El informe del SCL señaló que no quedaba justificada la siguiente documentación:

- Documentación acreditativa que permita comprobar la veracidad de la relación de equipos facilitada.
- Certificados acreditativos de realizar al menos dos suministros de idénticas características: respecto al certificado expedido por AECOSAN, el informe señalaba que *“tras la comprobación realizada por este Servicio, verificamos que el equipo certificado no es análogo al ofertado, ni la matriz en la cual trabaja se corresponde con la indicada en los pliegos”*.

3. En la sesión de la mesa de contratación de 14 de diciembre de 2018, a la vista del informe antes mencionado, se *“acuerda requerir informe aclaratorio”*, emitiéndose por el SCL el 17 de diciembre de 2018 con el siguiente tenor, en la parte que aquí interesa, *“Una vez comprobada y analizada la documentación referenciada en los párrafos anteriores y comprobado que no queda justificada formalmente parte de la documentación exigida en el requerimiento de fecha 5/12/2018 –documentación acreditativa que permita comprobar la veracidad de la relación facilitada, durante los tres últimos años, de equipos incluidos en la relación presentada- desde el Servicio de Coordinación de Laboratorios y atendiendo a la literalidad del requisito de solvencia técnica incluido en los pliegos que rigen la presente contratación, concluimos que la cuestión de fondo requerida queda solventada con la documentación presentada y que por lo tanto se acepta como válida la justificación de la solvencia técnica presentada (...)”*.

4. La mesa de contratación asume el criterio de este informe aclaratorio y propone la adjudicación del lote 2 a THERMO.

Pues bien, expuestos tales antecedentes, hemos de resolver si la actuación de la mesa al considerar finalmente justificada la solvencia técnica de THERMO fue ajustada a derecho, lo que exige examinar si la documentación aportada por dicha empresa, tanto la inicial como la presentada en fase de subsanación, se ajustó en su conjunto a la exigida en el Anexo XVI del PCAP.



Como punto de partida, hemos de volver a mencionar la redacción del Anexo XVI del PCAP (solvencia técnica) porque su correcta interpretación es clave para resolver la controversia. Dice así: *“Relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de los tres últimos años, atendiendo a tal efecto a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos CPV, indicando su importe, fechas y destinatario publico o privado de los mismos, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector publico; cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.*

Acreditación de realización de al menos dos suministros de análogas características técnicas, empleados para el análisis de las matrices caracterizadas para cada equipo en el Pliego de Prescripciones Técnicas (Solo se tendrán en cuenta equipos con régimen de trabajo en rutina) y ejecutados de conformidad. Se entiende por suministro de análogas características, aquellos ICP Masas con digestor de Microondas, Cromatógrafo de Gases Masas/ Masas Triple cuadrupolo o Cromatógrafo de Líquidos Masas/Masas Triple cuadrupolo que técnica y funcionalmente sean equiparables a los ofertados conforme a los pliegos que rigen la presente contratación, con importe superior al 60% del presupuesto de licitación, excluido IVA, para cada lote (...).”

Se comprueba, pues, que el Anexo ha recogido en su primer párrafo (relación de los principales suministros), como medio de acreditación de la solvencia técnica, el descrito en el artículo 89.1 a) de la LCSP. Ahora bien, siendo este el medio de acreditación de dicha solvencia, lo que realmente determina si un licitador tiene el nivel mínimo de solvencia técnica requerido para seguir en la licitación será el cumplimiento del criterio de solvencia establecido en el pliego, que en el supuesto examinado es la realización de al menos dos suministros de análogas características en los términos recogidos en el párrafo segundo del citado Anexo XVI, que hemos transcrito.

Tal diferencia entre medios de acreditación y criterios de solvencia viene recogida claramente en diversos preceptos de la LCSP, y como exponente, el artículo 74.2 de



dicho texto legal dispone que “Los **requisitos mínimos** de solvencia que deba reunir el empresario y la **documentación requerida para acreditar** los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo” (el subrayado es nuestro).

Expuesto lo anterior y circunscribiéndonos al supuesto aquí analizado, para acreditar su solvencia técnica los licitadores solo tenían que aportar certificados o subsidiariamente, una declaración empresarial (art. 89.1 a) de la LCSP y primer párrafo del Anexo XVI del PCAP) sobre la realización de, al menos, dos suministros de análogas características con las demás exigencias previstas -régimen de trabajo en rutina, analizar las matrices caracterizadas en el PPT y tener un importe superior al 60% del presupuesto de licitación, IVA excluido-.

Así las cosas, resulta que THERMO sí acreditó el criterio mínimo de solvencia técnica del PCAP pues aportó dos certificados válidos para justificar la realización de suministros análogos, extremo que se constata en el expediente de contratación y no es objeto de controversia específica en el recurso. Tales certificados son el expedido por DCOOP Sociedad Cooperativa Andaluza de la adquisición de un equipo análogo al ofertado (TSQ 8000), con régimen actual de trabajo en rutina en las matrices establecidas en los pliegos y por un importe superior al 60% del precio de licitación y el certificado expedido por la “Direcció General de Salut Pública de la Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública de la Generalitat Valenciana” de la adquisición de un equipo análogo al ofertado (TSQ 8000) con régimen actual de trabajo en rutina en las matrices establecidas en los pliegos y por un importe superior al 60% del precio de licitación.

Ciertamente, durante el examen de la documentación, el SCL estimó indebidamente que la relación de principales suministros era también un criterio o requisito a tener en cuenta para considerar acreditada suficientemente la solvencia técnica, confusión que, tras ser advertida por la mesa, dio lugar a la aclaración que combate la recurrente y que, pese a no ser muy afortunada en su redacción, resultaba necesaria



para aplicar correctamente los preceptos de la LCSP antes mencionados y el propio Anexo XVI del PCAP.

Finalmente, hemos de señalar que no se advierte el trato desigual invocado por la recurrente en su escrito de impugnación. Al respecto, ya se ha examinado en el anterior fundamento que, si bien ANDALUZA DE INSTRUMENTACIÓN aportó - inicialmente y tras las fase de subsanación- varios certificados de la realización de suministros, ninguno cumplía con el triple requisito fijado en el Anexo XVI del PCAP (trabajo en rutina, utilización de las matrices descritas en el pliego y valor superior al 60% del presupuesto de licitación).

Procede, pues, desestimar el motivo del recurso en que se denuncia la indebida acreditación de la solvencia técnica de THERMO en el lote 2.

UNDÉCIMO. Queda por analizar el último motivo en el que se denuncia la indebida acreditación de la solvencia técnica en el lote 3 por parte de BRUKER.

La recurrente esgrime en su recurso y posterior ampliación al mismo que se requirió a BRUKER relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza y documentación acreditativa, aportando, entre otra, la siguiente documentación:

- Un certificado de la empresa Francisco Soria Melguizo, S.A. acreditando la veracidad del suministro de 3 equipos Maldi-Tof Microflex indicados en la relación facilitada. A juicio de la recurrente, esta empresa no es consumidora final de los equipos sino una distribuidora y como tal no tiene capacidad para acreditar el buen funcionamiento y uso de los equipos adquiridos.
- Declaración de BRUKER sobre suministro e instalación de un equipo AV 500 Mhz a LILLY, S.A., que no puede admitirse, a juicio de la recurrente, al tratarse de “un certificado propio” en terminología por ella empleada y ser LILLY, S.A. una empresa farmacéutica que no tiene relación alguna con las matrices establecidas en el pliego.



Por último, en el escrito de ampliación, la recurrente insiste en que los suministros aportados por BRUKER son distintos a los descritos en el lote 3 y de ocho incluidos en la lista, solo dos pueden considerarse similares o análogos.

En el informe al recurso, el órgano de contratación esgrime que la propia recurrente reconoce que BRUKER presentó una relación en la que refiere dos suministros análogos. Asimismo, señala que los certificados de la empresa Francisco Soria Melguizo S.A.,y Lilly S.A. no fueron considerados por el SCL ni por el órgano de contratación ya que no correspondían a equipos de las características objeto del contrato.

Finalmente, BRUKER se opone al recurso en los términos que obran en su escrito de alegaciones unido a las actuaciones.

Pues bien, la resolución de la controversia exige partir de la premisa expuesta en el anterior fundamento acerca de la diferencia entre requisitos y medios de acreditación de la solvencia técnica. De este modo y como ya hemos indicado, para acreditar su solvencia técnica los licitadores solo tenían que aportar certificados o subsidiariamente, una declaración empresarial (art. 89.1 a) de la LCSP y primer párrafo del Anexo XVI del PCAP) sobre la realización de, al menos, dos suministros de análogas características con las demás exigencias previstas -régimen de trabajo en rutina, analizar las matrices caracterizadas en el PPT y tener un importe superior al 60% del presupuesto de licitación, IVA excluido-.

Sobre la base de lo anterior, la solvencia técnica mínima exigida resultó acreditada por BRUKER en el lote 3 pues aportó al menos dos certificados válidos, según señala el informe técnico del SCL, de 3 de diciembre de 2018, obrante en las actuaciones. Al margen, pues, de la relación de suministros de igual o similar naturaleza que solo se describe en el Anexo XVI como **medio** (que no requisito o criterio) de acreditación de la solvencia y en el que se invierte gran parte de la argumentación del recurso, lo relevante ya hemos visto que son los certificados de al menos dos suministros con los requisitos exigidos en el PCAP.



En este sentido, el informe del SCL, de 3 de diciembre de 2018, dice textualmente que *“la empresa BRUKER ESPAÑOLA, S.A. presentó dos certificados expedidos uno por el Laboratorio de Sanidad y Producción animal de la Comunidad Autónoma de Galicia y otro por Labs Technolological Services AGQ, S.L., que acreditan que (...) disponen de equipos de análogas características técnicas al ofertado con regímenes de trabajo en rutina en las matrices indicadas en los pliegos que rigen la presente contratación y por importe de venta superior al 60% del presupuesto de licitación(...)”*. La citada documentación obra en el expediente remitido al que ha accedido este Tribunal, aun cuando en los citados documentos no se emplee literalmente el término “certifica”, sino el de “informa” por parte de quien los expide.

Procede, pues, desestimar este motivo del recurso relativo a la insuficiente acreditación de la solvencia técnica en el lote 3 por parte de BRUKER.

Finalmente, dado que la recurrente insiste reiteradamente, a lo largo de sus escritos, en la existencia de arbitrariedad e incluso de desviación de poder, hemos de señalar que ciertamente, ha habido incidencias en el procedimiento de adjudicación, pero las mismas no pueden considerarse, a juicio de este Tribunal, irregularidades invalidantes del mismo. Se ha tratado de actuaciones encaminadas a solventar situaciones surgidas durante la licitación (v.g. contaminación de muestras) o a corregir criterios iniciales erróneos (v.g. respecto al criterio de solvencia técnica) antes de la adopción de una decisión ilegal, y todo ello, entendemos, sin vulneración de principios esenciales de la contratación pública -fundamentalmente, el de igualdad- ni de las garantías del procedimiento, no apreciándose arbitrariedad ni desviación de poder en las decisiones adoptadas.

Como ya señalábamos en nuestra Resolución 260/2017, de 29 de noviembre, *“(...) según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, existe desviación de poder cuando una Institución ejerce sus competencias con el fin exclusivo, o al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso (Sentencia de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido/Consejo, apartado 69 y Sentencia de 16 de abril de 2013 dictada -asuntos acumulados C-271 y C-295- en sendos recursos de anulación interpuestos por el Reino de España).*



Asimismo, el Tribunal Supremo ha examinado en numerosas ocasiones los requisitos para el reconocimiento de la existencia de desviación de poder y ha estimado que esta supone la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada y una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza; en definitiva, una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, aunque el fin perseguido sea de interés público, de ahí que sea preciso examinar cada caso concreto, debiéndose demostrar por quien la invoca que el acto impugnado, ajustado a la legalidad extrínseca, no responde en su motivación interior al sentido teleológico de la actividad administrativa, y teniendo en cuenta que, ante la presunción de legalidad del acto, no basta con meras conjeturas o sospechas, debiéndose aportar los datos suficientes para crear en el Tribunal la convicción moral de su existencia. Todo ello, sin que se pueda confundir la desviación de poder con el mayor o menor acierto del acto.

En definitiva, pues, según la jurisprudencia, existe desviación de poder cuando una institución ejerce sus competencias con el fin exclusivo, o al menos determinante, de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento”.

Así pues, en el supuesto examinado, las múltiples incidencias habidas en el procedimiento no son exponente de desviación de poder en los términos transcritos.

Con base en cuanto se ha argumentado el recurso debe ser desestimado

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 **ANDALUZA DE INSTRUMENTACIÓN, S.L.** contra las resoluciones de 9 de enero de 2019 del órgano de contratación por las que se adjudican, respectivamente, los lotes 1, 2 y 3 del contrato denominado “Suministro de un ICP masas con digestor de microondas, un cromatógrafo de gases masas/masas triple cuadrupolo y un cromatógrafo de líquidos masas/masas triple cuadrupolo para la red de laboratorios de la Agencia Agraria y Pesquera de Andalucía”, convocado por



la citada Agencia, entidad adscrita a la actualmente denominada Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible (Expte. 2018/21621).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. 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.

CUARTO. Notificar 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.

