

**Recurso 377/2019**

**Resolución 184/2020**

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

Sevilla, 1 de junio de 2020.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **THERMO FISHER SCIENTIFIC, S.L.U.** contra el acuerdo, de 17 de septiembre de 2019, de la mesa de contratación por el que se declara la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Arrendamiento de un cromatógrafo de gases con detector de masas de triple cuadrupolo, para el Laboratorio de Salud Pública de Almería, y de un cromatógrafo de líquidos de alta resolución, acoplado a espectrómetro de masas/ masas en tándem de triple cuadrupolo, para el Laboratorio de Salud Pública de Jaén. Lotes 1 y 2.” (Expt. 80/2018), promovido por la Consejería de Salud y Familias, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, se publicó el 18 de junio de 2019 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y el 22 de julio de 2019 en el Diario oficial de la Unión Europea 2019/S 139-341731.



El valor estimado del contrato asciende a 535.537,20 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

**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.** Mediante acuerdo de 17 de septiembre de 2019, la mesa de contratación declara la exclusión de la entidad THERMO FISHER SCIENTIFIC, S.L.U. (en adelante THERMO FISHER) del procedimiento de licitación a los lotes 1 y 2 del contrato citado en el encabezamiento.

**CUARTO.** El 3 de octubre de 2019 tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad THERMO FISHER, contra el citado acuerdo de exclusión de su proposición. En su escrito de recurso, la recurrente solicita, entre otras cuestiones, la suspensión del procedimiento de licitación.

**QUINTO.** Por la Secretaría del Tribunal, mediante comunicación de fecha 4 de octubre de 2019, se da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, solicitud que fue reiterada el 5 de noviembre de 2019. La documentación solicitada fue aportada el 12 de diciembre de 2019.

**SEXTO.** Por Resolución de este Tribunal, de 22 de octubre de 2019, se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.



**SÉPTIMO.** Mediante escritos de la Secretaría de este Tribunal de 30 de enero de 2020, se dio traslado del recuso al resto de empresas licitadoras, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose recibido ninguna en el plazo referido.

**OCTAVO.** La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

### **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.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de suministro con un valor estimado de 535.537,20 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el acuerdo de exclusión de la licitación adoptado por la mesa de contratación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.



**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) 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:*

*c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción».*

En el supuesto analizado, el contenido del acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación fue comunicado por correo electrónico a la recurrente el 18 de septiembre de 2019. Así, el recurso presentado en el Registro electrónico de este Tribunal el 3 de octubre de 2009 ha sido formalizado, conforme a lo previsto en la norma expresada, dentro del plazo legal.

**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en el siguiente fundamento de derecho.

La recurrente solicita que, previos los trámites oportunos, se anule el acuerdo de exclusión y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al mismo, permitiéndole continuar en el procedimiento.

La recurrente, en los antecedentes de hecho de su escrito de recurso, antes de exponer los motivos del mismo, expone que la convocatoria de esta licitación ya fue publicada en noviembre de 2018, si bien por resolución de 20 de diciembre del mismo año se ordenó retrotraer las actuaciones del expediente de contratación. Sin embargo, la recurrente dice no entender que el órgano de contratación no desistiera del procedimiento, cuando las modificaciones efectuadas en el PPT no se corresponden con la evolución tecnológica que motivó la citada resolución del órgano de contratación. Es por ello, que cuestiona la actuación del órgano de contratación y considera oportuno poner estos hechos de relieve y solicitar al Tribunal que se pronuncie sobre ellos.

A continuación, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación el contenido de las actuaciones realizadas por la mesa de contratación por las que se decide excluir la oferta de la entidad ahora recurrente.



Al respecto, el 17 de septiembre de 2019, se reúne la mesa de contratación para el estudio de la documentación requerida como subsanación a las empresas licitadoras en la sesión anterior, tomando entre otros el siguiente acuerdo: *“Excluir a la razón social THERMO FISHER SCIENTIFIC S.L.U. del procedimiento (...) ya que a pesar de acreditar la validez de la firma digital, se le requirió además a la entidad que manifestase fehacientemente a qué lote licita del expediente de referencia, y la documentación presentada por la misma sigue sin declarar dicha cuestión, ni en el apartado del DEUC donde se pregunta expresamente, que aparece nuevamente en blanco, ni en ninguna otra documentación presentada por la misma de la que los componentes de la Mesa de Contratación puedan deducir el lote del expediente al que desea licitar la entidad. Tanto en el primer DEUC presentado por la entidad, como en el segundo presentado como subsanación de este, el apartado correspondiente al lote al que se presenta aparece en blanco, y sin embargo, en el apartado “denominación” en el primero aparece sólo lote 2 y en el segundo aparecen los dos (que es simplemente como se le ha denominado al expediente), cuestión esta que produce aún más confusión a los miembros de la Mesa, resultando imposible una deducción clara del lote al que desean licitar.”.*

En lo referente a los motivos por los que la recurrente interpone el presente recurso, alega, que si bien cometió un error al no indicar en el DEUC los lotes a los que licitaba, si tenemos en cuenta que la finalidad de esa información es que el órgano de contratación pueda comprobar si el licitador tiene solvencia suficiente, y que de la cumplimentación del DEUC se desprende que tiene solvencia económica y técnica para licitar a los dos lotes, el error cometido no tiene mayor trascendencia.

Por otra parte, afirma que la mesa de contratación pudo deducir del resto de la documentación presentada por la recurrente el lote o los lotes a los que esta quería licitar, pues remitió el justificante del depósito de su oferta en correo mediante fax y correo electrónico al órgano de contratación, haciendo constar en ambos que licitaba al lote 1 y 2.

En su defensa sostiene que los pliegos son la ley del contrato y en ningún momento estos establecían como motivo de exclusión, la omisión de la mención de los lotes a los que la oferta iba dirigida. Así, alega que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 84 del RGLCAP, y con la doctrina consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución de recursos contractuales, debe tenderse a lograr la máxima concurrencia, sin que se deba desechar una oferta más que por defectos que impliquen incumplimiento de los pliegos o inconsistencias en la oferta que no permitan tenerla por cierta (Sentencia de Tribunal Supremo



de 21 de septiembre de 2004, con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/1993, de 22 de abril).

Así, expresa que aprecia un “desmesurado formalismo” en la decisión de exclusión de su oferta por parte de la mesa de contratación, apelando a lo dispuesto en el artículo 141 de la LCSP, que al regular la presentación de la documentación administrativa no permite excluir directamente a un licitador si se observa un defecto subsanable.

En este sentido, se apoya en la Resolución 470/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que estimaba un recurso interpuesto por un licitador, no habiendo corregido éste el error en el trámite de subsanación concedido por el órgano de contratación.

Por último invoca *“el principio de proporcionalidad (v.g. Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía nº 184/2018, de 14 de junio, entre las más recientes), reconocido por la jurisprudencia europea (Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, asunto T-195/08) y elevado a rango de principio de la contratación en los artículos 18 de la Directiva 2014/24/UE y 132 de la nueva LCSP, exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.”*

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso ratifica el acuerdo de excluir a dicha entidad del procedimiento de licitación del contrato de referencia por considerar aquélla ajustada a derecho, y como salvaguarda de la igualdad de oportunidades del resto de personas licitadoras que han presentado ofertas y han resultado admitidas a la licitación de este contrato, así como en aras del propio interés general, del que la Administración es garante.

Rebate las alegaciones de la recurrente, que volvió a dejar sin cumplimentar el apartado específico del DEUC, tras habersele requerido para ello, y entiende que incluso introduce aún más confusión a los componentes de la mesa de contratación con la redacción del nuevo DEUC, sin que sea posible repetir el trámite de subsanación, ni siquiera en los términos del artículo 22 del RGLCAP, pues la posible aclaración a solicitar no podría ser otra que la ya requerida en el trámite de subsanación.



Y añade que *“Tampoco se entiende de aplicación, en relación a la proporcionalidad de las actuaciones a la que habría de haberse ajustado en su actuación la Mesa de Contratación, lo establecido en el artículo 132.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ya que el error que reconoce la recurrente puede tener relevancia que afecte a los intereses y pretensiones de otros licitadores, más allá de la propia capacidad de la misma para la ejecución del objeto del contrato”*.

**SEXTO.** Vistas la alegaciones de las partes, procede analizar el fondo de la controversia, comenzando por aludir a la primera cuestión que plantea la recurrente en su escrito de recurso.

En ella se interesa que este Tribunal se pronuncie acerca de la resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud por la que se acuerda la retroacción de las actuaciones del expediente de contratación 80/2018, dictada el 17 de diciembre de 2020, y publicada el 19 de diciembre de 2020 en el perfil de contratante en la plataforma de contratación de la Junta de Andalucía.

En primer lugar, dicha resolución no es un acto susceptible de recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 de la LCSP.. Por otra parte, la citada resolución contenía pie de recurso en el que informaba de la posibilidad de interponer contra la misma recurso potestativo de reposición, conforme a lo dispuesto en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de la interposición del correspondiente recurso contencioso administrativo, conforme a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La recurrente no interpuso recurso alguno contra la misma en el momento procedimental oportuno, por lo que la citada resolución devino firme. Tampoco interpuso recurso contra los pliegos de esta licitación tras la publicación de los mismos, momento en que la recurrente observó, según su criterio, la discrepancia entre la motivación de la resolución de referencia y el contenido de los mismos.

Así las cosas, no procede pronunciamiento de este Tribunal sobre la cuestión planteada, pues, además de haber adquirido firmeza, no es objeto del recurso especial interpuesto ante el mismo.

Respecto a la cuestión a dilucidar, procede analizar-si la actuación de la mesa de contratación al excluir a la ahora recurrente, debe estimarse adecuada en orden a entender cumplidas las exigencias legales y del propio pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP).



El error cometido por la ahora recurrente es ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí sólo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos y, apreciándose teniendo en cuenta exclusivamente los datos contenidos en su oferta, pues el mismo se ha cometido al no cumplimentar la última cuestión de la sección A de la parte II del DEUC, relativo a la indicación del lote o lotes respecto de los cuales el operador económico desea presentar una oferta. Error imputable a la recurrente, consecuencia de no haber observado la diligencia debida en la elaboración de la documentación de su oferta a esta licitación.

A pesar de ello, queda de manifiesto que tanto en el fax como en el correo electrónico que la recurrente remitió al órgano de contratación para anunciar la presentación de su oferta en la oficina de correos se hacía constar literalmente que *“Con relación al Expte. CONTR 2019 0000081547 (Expte 80/18) para el Arrendamiento cromatógrafo de gases y líquido para Laborat:*

*Lote 1: Cromatógrafo de gases con detector de masas de triple cuadrupolo, para el laboratorio de Salud Pública de Almería*

*Lote 2: Arrendamiento de un Cromatógrafo de líquidos de alta resolución acoplado a Espectrómetro de Masas-Masas en tándem de triple cuadrupolo para el Laboratorio de Salud Pública de Jaén.*

*Adjunto les envío comprobante del depósito en Correos, hoy jueves día 5 de Septiembre a las 11,35h, del concurso arriba referenciado.”.*

Por otra parte, en la exposición del órgano de contratación en su informe al recurso se señala que la recurrente al referirse al nombre del contrato comete *“error tipográfico en todas las ocasiones, puesto que quedan cortadas frases siempre en el mismo lugar, pudiera haberse entendido del D.E.U.C. presentado a la licitación en el correspondiente sobre, que, al no aparecer el lote 1 en el apartado correspondiente al título o breve descripción de la contratación del mismo, solo se presentaba al lote 2, posibilidad que queda sin base con la nueva redacción que se da a ese apartado del documento en la subsanación”.* Si bien la mesa de contratación entiende que esto le lleva a mayor confusión, es cierto que la recurrente menciona tanto el lote 1 como el lote 2, aunque no lo haga correctamente ni con la claridad deseada. Y aunque plantea una duda razonable, esta duda podría haberse resuelto interpretando que la recurrente podría querer acudir a ambos lotes.



Esta posible interpretación se refuerza, y hace viable, si consideramos, como afirma la recurrente, que de la cumplimentación del DEUC por la misma se podía observar que, por los datos contenidos en el mismo, la recurrente reunía los requisitos de solvencia económica y financiera exigidos en el anexo XV del PCAP para la licitación a ambos lotes, e igualmente respecto a los requisitos de solvencia técnica contenidos en el anexo XVI.

En definitiva, la opción de no exclusión de la recurrente, ante la viabilidad de su oferta en el momento del procedimiento de adjudicación en que fue excluida, aun cuando avanzado el procedimiento se hubiera evidenciado que la recurrente licitaba a un solo lote, debió ser contemplada por la mesa de contratación, pues la incorrección en la proposición de la recurrente ha de ser calificada como un error material o de carácter puramente formal, al no alterar la oferta.

Por tanto, a juicio de este Tribunal una interpretación antiformalista del pliego en este supuesto, que hubiera permitido admitir la proposición íntegramente respecto a todos los lotes, habría resultado ajustada a derecho, encontrando pleno fundamento en el principio de proporcionalidad y en la existencia de un error material en la cumplimentación del DEUC, que se desprende de la documentación obrante en el expediente.

Ha de tenerse en cuenta que a la vista del criterio jurisprudencial consolidado por el Tribunal Supremo en la Sentencia, de 6 de julio de 2004, dictada en casación para unificación de doctrina -Recurso 265/2003-, una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados actualmente en el artículo 1 de la LCSP, la libre concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (doctrina recogida en las Resoluciones de este Tribunal, entre otras, en la 38/2014, de 3 de marzo, 99/2016, de 13 de mayo, 22/2017, de 27 de enero, 309/2018, de 9 de noviembre y 72/2019, de 14 de marzo).

Partiendo de esta premisa, por último ha de hacerse referencia al principio de proporcionalidad asentado por la jurisprudencia comunitaria -Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre



de 2009, (asunto T-195/08)- y elevado a rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE que exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (v.g. Resoluciones de este Tribunal 323/2016, de 15 de diciembre y 172/2019, de 17 de enero, entre otras). Asimismo, el principio resulta de alcance legal en la nueva LCSP, toda vez que el artículo 132 de la misma dispone que *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.”*

Un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, sin relevancia práctica como en el presente caso, es contrario al principio de la libre concurrencia, así como que por el principio de proporcionalidad los actos de los poderes adjudicadores no deben rebasar los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos,

Constatado por tanto el error material, procede estimar el recurso y en consecuencia anular el acuerdo de la mesa de contratación, de 17 de septiembre de 2019, de exclusión de la proposición de THERMO FISHER, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado, para que por la mesa de contratación se permita continuar en el procedimiento de adjudicación de los dos lotes del contrato, conservando la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción.

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

## **ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **THERMO FISHER SCIENTIFIC, S.L.U.** contra el acuerdo, de 17 de septiembre de 2019, de la mesa de contratación por el que se declara la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado *“Arrendamiento de un cromatógrafo de gases con detector de masas de triple cuadrupolo,*



para el Laboratorio de Salud Pública de Almería, y de un cromatógrafo de líquidos de alta resolución, acoplado a espectrómetro de masas/ masas en tándem de triple cuadrupolo, para el Laboratorio de Salud Pública de Jaén. Lotes 1 y 2. (Expt. 80/2018) y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 22 de octubre de 2019.

**TERCERO.** De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a las personas 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.

