

Recurso 354/2021

Resolución 332/2021

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

Sevilla, 16 de Septiembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COMERCIAL RAFER, S.L.** contra la resolución de exclusión en el procedimiento de licitación, de 29 de junio de 2021, y contra la resolución de adjudicación, de fecha 5 de julio de 2021 a favor de FOSS IBERIA, S.A.U, del Lote 6, del contrato denominado “Contratación para la adquisición de equipamiento técnico para la red de laboratorios de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, (expediente de contratación 2020-913119), convocado por la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 22 de febrero de 2021, se publicó el anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil del contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, para la adquisición mediante procedimiento abierto ordinario del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 756.335,62 euros. En dicho día los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil.

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

Con fecha 19 de abril de 2021 se celebró la primera mesa de contratación en la que se procedió a la apertura del sobre electrónico n.º 1 y calificación de los documentos contenidos en él. Examinada la documentación presentada por las empresas licitadoras, se comprobó que la documentación era correcta y completa, a excepción de la aportada por la empresa IZASA SCIENTIFIC, S.L.U. , que no aportaba el Anexo II-A de Datos básicos de la persona licitadora, para ninguno de los lotes a los que licitaba. Tras serle requerida la subsanación, ésta la cumplimentó, de tal modo que en fecha 26 de abril de 2021, se reunió nuevamente la mesa y tras la aprobación del acta, procedió al examen de la



documentación aportada por IZASA SCIENTIFIC, S.L.U., que fue considerada correcta, por lo que formuló el acuerdo de admisión de la empresa.

A continuación, se procedió a la apertura de los sobres nº 3 electrónicos, de “Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas”, dando lectura de las ofertas presentadas por las empresas licitadoras. Las ofertas presentadas para el lote 6 fueron las de la adjudicataria, y la de la entidad excluida, aquí recurrente.

De la valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmulas la oferta con mejor relación calidad-precio para el lote 6 resultó ser la de la entidad recurrente, de tal modo que la mesa acordó requerirle la documentación previa a la adjudicación conforme a la cláusula 10.7. del PCAP, la cual fue presentada por ésta.

En cuanto al motivo de la posterior exclusión estimamos necesario reflejar lo sucedido:

1. Con fecha 19 de mayo de 2021 la mesa de contratación se reunió nuevamente y tras la aprobación del acta de la anterior sesión, procedió entre otras cuestiones, al examen de la documentación previa a la adjudicación presentada por la empresas COMERCIAL RAFER, S.L. (RAFER) para el lote 6. Examinada la documentación, la mesa estimó en un primer momento que la documentación aportada era correcta.
2. Posteriormente, en el examen de la documentación por parte del vocal de la mesa, técnico del órgano proponente de la licitación del contrato, observó que en la ficha aportada el producto a suministrar pudiere no cumplir los requisitos de solvencia por no serle atribuible la condición exigida de ser “automático”. Cumple mencionar que existe un informe técnico de fecha 14 de mayo de 2021 emitido por el servicio proponente del contrato donde se expresaba que la solvencia no resultaba acreditada. La razón estribaba en que de la documentación aportada no se podía concluir que el equipo pudiera efectuar la totalidad del proceso de extracción de grasas e hidrólisis de forma automática, como establecen los requerimientos mínimos indicados en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) de este expediente.
3. Requerido por el órgano de contratación la entidad recurrente volvió a presentar justificación de dichos extremos, lo que dio lugar al informe de fecha 26 de mayo de 2021 emitido por el Servicio de Coordinación de Laboratorios en relación a la solvencia técnica de RAFER para el lote 6 concluyendo que el equipo ofertado por la empresa no cumplía los requerimientos mínimos indicados en el PPT ya que éste exigía (apartado 2.6) que el equipo de extracción de grasas e hidrólisis fuera automático, y en el ofertado por RAFER *“existen determinados elementos del procedimiento no automatizados: transferencia de crisol, adición de ácido y de agua de lavado y ajuste de llaves para vacío”*.
4. Una vez recibida la justificación, la mesa la estima insuficiente, y en la misma fecha acuerda proponer su exclusión, de tal modo que acordaba requerir la documentación previa a la adjudicación a la siguiente empresa, FOSS IBERIA,



S.A.U, (FOSS). La exclusión fue acordada mediante resolución de la Dirección Gerencia de la Agencia, de fecha 29 de junio, siendo notificada a la licitadora y publicada en el perfil del contratante de aquélla el 30 de junio de 2021.

Posteriormente, mediante resolución de la Dirección Gerencia de esta Agencia, de 5 de julio de 2021, se adjudicó el lote 6 y se notificó el 8 de julio a las entidades licitadoras, incluida la recurrente, siendo publicada en el perfil del contratante el 9 de julio.

SEGUNDO. El 21 de julio de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente contra la resolución de exclusión en el procedimiento de licitación, de 29 de junio de 2021, y contra la resolución de adjudicación de fecha 5 de julio de 2021 a favor de FOSS respecto al lote 6.

Posteriormente, el mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación el 21 de julio de 2021, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 6 de agosto de 2021.

Con fecha 11 de agosto de 2021, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a FOSS para que formulara las alegaciones que considerase oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido, el 19 de agosto. Las alegaciones de FOSS señalan:

“Foss Iberia S.AU quiere dejar constancia que el suministro ofertado por COMERCIAL RAFAER en cuanto al equipo de Hidrólisis Velp Modelo HU6, NO CUMPLE CON LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS del Pliego de Prescripciones técnica (PPT) abajo detallado. NO puede considerarse Equipo Automático NI desatendido de usuario, por requerir de una GRAN Manipulación Humana”.

Con relación al apartado 2.6 señala que *“las etapas necesarias en equipo de Hidrólisis HU6 del fabricante Velp, para completar el proceso de hidrólisis ácida en muestras del ámbito de la alimentación humana:*

- 1- El operario tiene que precalentar al menos 10 min, acción que requiere su intervención.*
- 2- Después el operario debe de añadir el ácido (HCL) en cada tubo de reacción muestra por muestra y manualmente.*
- 3- Seguido, el operario debe de homogenizar cada tubo de reacción que ya incorpora la muestra, el ácido HCK y la Celite o similar, también de forma manual.*
- 4- Una vez colocadas las muestras el operario debe de rellenar manualmente, con Celite y arena de cuarzo o similares, cada uno de los 6 vasos cilíndricos de vidrio donde posteriormente se recibirá la muestra hidrolizada, además de colocar las llaves inferiores a estos cilindros, en su posición adecuada “abiertas”, siempre de forma manual.*
- 5- Seguido el operario debe de hacer descender los tubos de reacción de forma manual para que comience el calentamiento de los mismos.*



- 6- Pasados unos 30 min de calentamiento, el operario debe añadir agua manualmente a cada tubo de reacción.
- 7- Al completarse la hidrólisis, el operario debe elevar manualmente los tubos de reacción para detener el calentamiento y continuar con el resto de las etapas.
- 8- Seguido el operario debe proveer de vacío al sistema para que la muestra se transfiera del tubo de reacción al cilindro de vidrio que después irá al sistema de extracción, dicha transferencia desde su inicio hasta su final se controla de forma manual.
- 9- Una vez transferida la muestra, el operario debe pasar agua de forma manual para neutralizarla, requiere por tanto medir el pH manualmente tantas veces sea necesario, y tubo por tubo, hasta conseguir un pH neutro.
- 10- Finalmente las muestras neutralizadas en los cilindros se separan manualmente una por una para llevarlas a secado, previo a la extracción”.

Asimismo indica, a efectos de justificar la resolución de adjudicación de 5 de julio de 2021, y en respuesta a las dudas que plantea RAFAER respecto del producto ofertado por FOSS que “...el suministro ofertado por Foss Iberia S.A.U ...puede considerarse EQUIPO AUTOMÁTICO Y DESATENDIDO DE USUARIO, tanto para la unidad de Hidrólisis ácida como la unidad de extracción de grasas. La unidad de hidrólisis modelo HYDROTEC es 100% automático, y totalmente desatendido de usuario, el analista solo tiene que pesar la muestra y utilizar uno de los 9 programas que dispone en memoria. No necesita ningún ajuste antes de comenzar ni durante el proceso de la hidrólisis, basta con colocar las muestras y cerrar la tapa, abrir el grifo de agua y usar el programa”. Prosigue señalando que su suministro cumple con el PPT porque “la adición del ácido la hace automáticamente el equipo y no el usuario como en el equipo Comercial Rafer. No necesita sistema de vacío externo. La adición de agua para el proceso de lavado y ajuste del pH a neutro se programa automáticamente en función de la dureza del agua la realiza el equipo y no el usuario. De esta forma y durante las 2 h aproximadamente que dura el proceso de hidrólisis utilizando HYDROTEC de Foss Iberia S.A.U, el usuario NO INTERVIENE en ningún momento y el proceso de Hidrólisis ácida se realiza enteramente de FORMA AUTOMÁTICA. Una vez terminado el proceso de hidrólisis, y para cumplir con las exigencias analíticas de la Norma EN ISO/IEC 17025, para la determinación de grasas en muestra de alimentación humana, el operario debe de transportar el crisol siempre manualmente del equipo de hidrólisis a una estufa para su secado y posteriormente al extractor de grasa”, señalando que es ese precisamente el único paso no automático justificado en dicha norma, por lo que su producto ofertado sí cumple.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

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

SEGUNDO. Legitimación.



La ostenta la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora, respecto del lote 6 en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Objeto del recurso.

El recurso se interpone contra las resoluciones de exclusión y de adjudicación de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a cien mil euros (importe total, IVA excluido, 756.335,62 euros), convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que los actos recurridos son susceptibles de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) y c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición del recurso.

Conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, la resolución de exclusión fue notificada el 30 de junio de 2021 y la de adjudicación el 8 de julio, y publicadas en el perfil de contratante el 30 de junio y el 9 de julio de 2021 respectivamente, de este modo el recurso presentado el día 21 de julio se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.

QUINTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el Anexo I del PCAP (y el informe del órgano de contratación), de tal modo que de acuerdo con el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues éste expresa que lo tendrán siempre que “*se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos*”.

SEXTO. Sobre el fondo del asunto: acerca del cumplimiento por la recurrente de los requisitos previos exigidos en el PPT.

El motivo de la impugnación por RAFTER se fundamenta en una pretendida indebida exclusión de ésta, señalando que “*resulta completamente contrario a derecho, la exclusión tardía de COMERCIAL RAFTER, por cuanto el análisis de la adecuación técnica presentada ya se realizó con la apertura del Sobre 3 y su correspondiente clasificación. A mayor abundamiento debemos decir que, incluso, formaba parte de la Mesa de Contratación que valoró y clasificó las ofertas el Jefe de Departamento de laboratorios, (...), y nada dijo en ese momento. Sin embargo, semanas más tarde, firmó dos informes considerando que la oferta presentada no reunía los requisitos del PPT*”.



Argumenta que el art. 125.1 LCSP establece el contenido del PPT, señalando que éstos *“pliegos deben incluir instrucciones de orden técnico que debe reunir el suministro a facilitar, tales como la definición de su calidad, sus características mínimas, su rendimiento, etc...”*. Señala a su vez que *“la comprobación del cumplimiento de las prescripciones técnicas y de la solvencia exigida corresponde a la mesa de Contratación, de conformidad con lo establecido en el art. 22.1.a) del 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. Es cierto que, de conformidad con lo establecido en el art. 150.2 LCSP, es posible retrasar la comprobación de los requisitos de solvencia técnica del suministro ofertado por el adjudicatario. Pero no debemos olvidar que esta comprobación posterior tan sólo será posible en aquellos supuestos en los que los requisitos exigidos se hayan acreditado mediante declaración responsable”*.

Señala que *“RAFER acreditó el cumplimiento de las especificaciones técnicas del PPT desde el momento de la presentación del Sobre 3 (vid. Memoria técnica aportada y Documento: Lote 6 SER 158. Extractor automático HU6” así como Documento denominado VELP SER157 esp (sic) aportado en el Documento 2, no aportando una declaración responsable de cumplimiento de las mismas. Asimismo reconoce que “la aportación de una descripción y fotografías del equipo ofertado no se realizó mediante declaración responsable en el Sobre 3, sino que fueron aportados documentos acreditativos a tal efecto. De conformidad con lo expuesto, no procedía una nueva revisión del cumplimiento de estos requisitos, con independencia de que estos documentos volvieron a aportarse”*.

Reconoce que su recurso no se fundamenta en doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales, dado que señala a continuación que *“no nos encontramos ante un caso, habitualmente tratado en impugnaciones de los Tribunales Administrativos de Contratos, en el que se exige la aportación de muestras para comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el PPT, nos estamos refiriendo a la aportación de simples fotografías y una descripción del equipo que fueron introducidos en el Sobre 3 y que, resultaron analizados, para clasificar a los contratistas (que por otro lado, tan sólo eran dos, en el Lote 6)”*.

Sin mayor fundamento se ha de resaltar, por su contundencia, lo que expresa cuando señala que *“no debemos olvidar que esta comprobación posterior tan sólo será posible en aquellos supuestos en los que los requisitos exigidos se hayan acreditado mediante declaración responsable”*.

Asimismo, podemos deducir como otro motivo de su impugnación, cuando dice que la exclusión iría contra el sentido de un supuesto abordado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 214/2020 que acerca de la posibilidad de excluir a un licitador de una licitación por no cumplir los requisitos exigidos del PPT señala que viene a reconocer que *“solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión”*. Sin embargo cumple mencionar que ello resulta valorado por la propia mesa en su informe, como más adelante se abordará.



Es decir, en conclusión viene a fundamentarse el recurso en la vulneración del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3. de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, así como del artículo 150.1. y 2. LCSP, por haberse excluido a la empresa por incumplimiento de los requisitos técnicos del PPT tras haber sido admitida previamente y haber sido propuesta como adjudicataria, habida cuenta de que en el sobre 3 se había incluido la documentación relativa al equipo ofertado. Por otro lado, se fundamenta el recurso en que entiende que el suministro ofertado por RAFAER cumple con las especificaciones técnicas del PPT. Por último, que el suministro ofertado por la empresa adjudicataria incumple tales especificaciones.

Una vez examinadas las alegaciones vertidas en el informe del órgano de contratación, las cuales se oponen al recurso por los motivos que en el mismo se recogen, interesando la inadmisión o desestimación del recurso, pasamos a continuación a pronunciarnos sobre el fondo del recurso.

1. Sobre la exclusión.

En primer lugar, y abordando las alegaciones vertidas, cumple mencionar en primer lugar contestando a los argumentos de la recurrente, que compartimos la alegación realizada por el órgano de contratación, de que éste optó, debidamente, por limitarse en la fase de calificación previa a solicitar a las personas licitadoras la declaración responsable contenida en el DEUC de que cumple todos los requisitos de selección requeridos de acuerdo con lo previsto en el artículo 140.1 de la LCSP, y la cláusula 9.2 del PCAP, y que ello es conforme a Derecho.

Por otro lado, interesa señalar que, de conformidad con el artículo 150.2. LCSP, y la cláusula 10.7. del PCAP, ésta última expresaba la forma de acreditación de la solvencia técnica, que debía hacerse *“tal y como consta en el Anexo XV del PCAP...”*.

Proseguía expresando que *“podrá acreditarse por los medios que se señalan a continuación, que tienen carácter **acumulativo** ¹:*

➤ *Una relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de como máximo, los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos.*

Todos los suministros efectuados, incluidos en la citada relación, 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 sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

¹ La negrita es nuestra.



....

➤ *Descripción y fotografías del equipo ofertado, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la AGAPA, donde se indique, conforme a lo descrito en el pliego de prescripciones técnicas:*

- *Denominación del suministro (marca, modelo).*
- *Descripción técnica indicando los valores y características que definan el equipo.*
- *Denominación comercial.*
- *Denominación del fabricante.*
- *Codificación del distribuidor (en su caso).*
- *Declaración de que el equipo cumple todas y cada una de las especificaciones establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.”*

En este sentido, estimamos que la aportación por parte de la recurrente de la descripción debería haberse realizado sin haberle sido requerida por parte del órgano de contratación, aportándolo de forma completa con el sobre 3, habida cuenta del contenido que debía tener el mismo, de acuerdo con lo establecido en el PCAP (ya examinado) y conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 150 LCSP.

Interesa señalar que el artículo 74 LCSP dispone que:

“1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.”

A la vista de ello, y fundamentado en el artículo 157.6 de la LCSP debe tenerse en cuenta que *“la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión.”*

Procede traer a colación la resolución 242/2019, de 25 de julio, de este Tribunal, en la que se reconocía la posibilidad de que por parte de la mesa de contratación se revisara la propuesta de adjudicación inicial advertido el error cometido (en aquél caso un error en la valoración de la oferta conforme a los criterios sujetos a juicio de valor), y en la que con invocación del artículo 157 de la LCSP, antes citado, señalaba que:

“Por tanto, antes de la adjudicación, es posible la corrección de defectos apreciados durante el proceso de licitación. Así lo reconoce expresamente el artículo 44.3 de la LCSP cuando señala que <<Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho(>>”



En este sentido, y fundamentado en que con el sobre nº 3 no se presentaron determinados documentos, requeridos en el PCAP, el órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 95 de la LCSP, requirió a RAFTER dicha documentación no presentada a efectos de aclarar el cumplimiento del PPT en cuanto se consideró que la solvencia técnica requerida en el PPT presentaba ciertas dudas. Ello llevó a elaborar un informe que fue elevado a la mesa, que finalmente motivó debidamente la exclusión, pues una corrección a tiempo de la infracción detectada permite salvar la legalidad de actos posteriores y en particular, de la adjudicación; máxime cuando, en el caso que analizamos, este Tribunal considera, en el sentido expuesto por el órgano de contratación, y por la empresa adjudicataria en su completa respuesta, que la falta de adecuación al PPT del equipo ofertado por RAFTER, en su consideración como “automático” en los términos que allí se recogen y se han expuesto en los antecedentes de hecho, constituye que la propuesta de adjudicación a favor de RAFTER contuviera un error, además inducido por la falta de presentación de esos documentos en su momento, pues deberían haberse presentado con el sobre número 3, tal y como señalaba el anexo XV.

Por ello, estimamos que desde un punto de vista procedimental, no existe ningún vicio que nulidad o anulabilidad que pueda predicarse de la actuación del órgano de contratación.

Desde un punto de vista material, de las razones de la exclusión, cumple advertir que la memoria justificativa aborda la necesidad del equipo a suministrar, basándose en la obligación de garantizar el derecho del consumidor a la información sobre los productos alimentarios, a tenor de lo establecido en los Reglamentos (UE) Nº 1169/2011, de 25 de octubre, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor y el Reglamento (CE) nº 1924/2006 relativo a las declaraciones nutricionales y propiedades saludables en los alimentos. El órgano de contratación basándose en criterios técnicos del Servicio de Laboratorio señala que la grasa es uno de los parámetros fundamentales incluidos entre los ensayos indispensables que dan respuesta a la reglamentación obligatoria indicada en este ámbito, de tal modo que al no tratarse de actuaciones puntuales, sino de análisis rutinarios, ello supone que si no se exige la mayor automaticidad de los equipos demandará una importante inversión en medios humanos a los laboratorios, conllevando un encarecimiento del servicio a prestar, de tal modo que justifica que el PPT tenga esa exigencia. El informe de evaluación de la solvencia técnica de la oferta de la recurrente, elaborado por el Servicio de Coordinación de Laboratorios a petición de la mesa de contratación, concluyó que el uso del equipo ofertado por RAFTER habría requerido realizar de manera manual, varias operaciones.

En el escrito de recurso además no se discute este hecho limitándose a afirmar que *“el hecho de que se requiera una pequeña manipulación humana para introducir determinadas muestras no implica que el equipo no sea automático”*, es decir, admite que no es del todo automático.

En última instancia, es necesario apuntar que una consideración distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas. Es por ello que la admisión del equipo ofertado por la recurrente dadas las características del mismo,



supondría no sólo la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos y con las condiciones previamente fijadas por el órgano de contratación en los pliegos, sino que atentaría gravemente al principio de igualdad, en tanto que la otra empresa licitadora en el lote cuestionado sí ha ofertado un equipo que cumple las exigencias de los pliegos.

2. Sobre el carácter automático del equipo ofertado por FOSS.

Considera la recurrente que el equipo ofertado por FOSS no ha de considerarse automático en los términos de que no necesite manipulación humana alguna durante el proceso. Pero ha de hacerse constar que tras el examen de las prestaciones técnicas del equipo realizado por el Servicio de Coordinación de Laboratorios, con carácter previo a la adjudicación de este lote a la citada empresa, se concluyó que se trata de un equipo que sí dispone de estos procesos automatizados. Asimismo se estima comprensible, como se ha apuntado en los antecedentes de hecho las explicaciones realizadas por FOSS que el mismo sí lo es.

Se trata pues de una oferta que reúne las condiciones y características exigidas en el PPT y cumple los criterios de solvencia técnica establecidos en el PCAP, entre los que se encuentra precisamente el cumplimiento de tales condiciones y características.

Por todo ello, cabe concluir que la exclusión es ajustada a Derecho, tanto desde un punto de vista formal o procedimental, como desde un punto de vista material, a la vista de la explicación realizada en el informe del órgano de contratación, de donde se deduce la inadecuación del equipo, evidenciándose de un modo objetivo, sin necesidad de realizar juicios valorativos la decisión de la mesa de excluir la oferta de RAFER. Todo ello constituye además una manifestación de la llamada "discrecionalidad técnica", cuya legitimidad ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional dado que los órganos de la Administración promueven y aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados, requeridos por la naturaleza de la actividad desplegada por el órgano administrativo, de forma que las modulaciones que encuentra la plenitud del conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en 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.²

Así pues, debemos concluir, que en el caso examinado, se dan todas las circunstancias para considerar ajustada a derecho la forma de proceder de la mesa de contratación, siendo correcta la actuación consistente en la aprobación del nuevo informe de valoración técnica y corrección de la irregularidad cometida sobre la admisión de la solvencia mínima requerida en el PPT, procediendo a su exclusión.

Por último, cumple mencionar que basándonos en la propia resolución que cita la recurrente, la 214/2020 de este mismo Tribunal cumple advertir que fundamenta la desestimación de su pretensión la misma cuando señala:

2v.g. sentencias TC 353/1993, de 29 de noviembre, 34/1995, de 6 de febrero, 73/1998, de 31 de marzo, o 40/1999, de 22 de marzo.



“Como señalamos en nuestra Resolución 397/2015, de 25 de noviembre, “(...) hemos de distinguir entre aquellas características técnicas del objeto contractual que son requisitos mínimos necesarios para poder participar en la licitación (v.g. unas determinadas medidas, peso o altura del producto que se desea adquirir, cuyo incumplimiento determinarán que la oferta no sea apta para responder a las necesidades descritas por la Administración) y otro tipo de exigencias del PPT como la aquí analizada, referidas a obligaciones que asume el adjudicatario, cuyo incumplimiento no puede presumirse ab initio.

(...) En tal sentido, también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado. Así, la Resolución 898/2015, de 5 de octubre, de dicho Tribunal, recogiendo la doctrina ya sentada por el mismo, viene a afirmar que en muchos casos el cumplimiento de las prescripciones técnicas debe verificarse en fase de ejecución del contrato, sin que pueda presuponerse ab initio (...). En este punto, sigue señalando la Resolución citada, una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato solo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución y otra bien distinta es que sean admisibles ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador”.

A mayor abundamiento, y al hilo de lo anterior se ha de invocar otra Resolución de este mismo Tribunal, la Resolución 307/2018, de 2 de noviembre³, ante un supuesto similar en el que se planteaba, en sede de valoración de las ofertas, la flexibilización de las características técnicas del PPT para los productos licitados, no admitiéndose, determinando que la mesa debe precisamente ser rigurosa respecto al cumplimiento de la solvencia mínima exigida en el PPT.

En el sentido expuesto, es también abundante y constante la doctrina de los Tribunales de justicia ⁴ y de otros Órganos de recursos contractuales⁵ relativa a que las prescripciones técnicas son requisitos que las ofertas de los licitadores deben cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación, hallándose vinculados a las mismas tanto los licitadores como la propia Administración, quien no puede establecer unas condiciones para luego incumplirlas o relativizar su observancia.

Por último estimamos que la adjudicación es conforme a Derecho pues se concluye que el equipo ofertado por la entidad adjudicataria reúne las condiciones y características exigidas en el PPT y cumple los criterios de solvencia técnica establecidos en el PCAP, entre los que se encuentra precisamente el cumplimiento de tales condiciones y características.

³“(...) los términos del PPT no admiten modulación ni funcionalidad equivalente respecto de los distintos elementos que componen los lotes de la agrupación, por lo que una oferta que no se ajuste a sus requerimientos técnicos supondría una alternativa a las exigencias del pliego que no puede admitirse so pena de vulnerar el principio *lex contractus* -también predicable del PPT conforme a reiterada doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de recursos contractuales- el de igualdad de trato, en perjuicio de aquellas ofertas que sí pudieran adecuarse a tales exigencias y el de seguridad jurídica (...)”.

⁴v.g. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de febrero de 2017 -Roj: SAN 655/2017.

⁵v.g. Resoluciones 149/2017, de 10 de mayo, y 228/2018, de 25 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad e Madrid, Acuerdo 33/2017, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra y Resolución 8/2016, de 11 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.



Por todo ello, procede la desestimación del recurso.

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 COMERCIAL RAFER, S.L. contra la resolución de exclusión en el procedimiento de licitación, de 29 de junio de 2021, y contra la resolución de adjudicación, de fecha 5 de julio de 2021 a favor de FOSS IBERIA, S.A.U, del Lote 6, del contrato denominado “Contratación para la adquisición de equipamiento técnico para la red de laboratorios de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía (LOTE 6), (expediente de contratación 2020-913119, convocado por la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía.

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.

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

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

