

Recurso 278/2021

Resolución 341/2021

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

Sevilla, 23 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **THERMO FISHER SCIENTIFIC, S.L.U.** contra la resolución, de 28 de mayo de 2021, del órgano de contratación por la que se excluye su proposición del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Adquisición de equipamiento técnico para la red de laboratorios de la Agencia Agraria y Pesquera de Andalucía” (Expediente CONTR 2020 913119), respecto del lote 1, convocado por la la Agencia Agraria y Pesquera de Andalucía, ente adscrito a la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, 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 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 756.335,62 euros.

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.



Mediante resolución, de 28 de mayo de 2021, el órgano de contratación excluye la proposición de la entidad THERMO FISHER SCIENTIFIC, S.L.U., respecto del lote 1.

SEGUNDO. El 15 de junio de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad THERMO FISHER SCIENTIFIC, S.L.U. (en adelante entidad THERMO FISHER) contra la citada resolución de 28 de mayo de 2021, respecto del lote 1.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 15 de junio de 2021, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 22 de junio de 2021.

Por Resolución de 24 de junio de 2021 de este Tribunal se acuerda denegar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, respecto del lote 1, solicitada por la recurrente.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la entidad AB SCIEX SPAIN. S.L. (en adelante AB SCIEX).

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.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto del lote 1, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de la proposición de la entidad ahora recurrente por ser su oferta anormal o desproporcionada, en un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública,



por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, no consta que la resolución de 28 de mayo de 2021 de exclusión de la oferta de la ahora recurrente le fuese efectivamente notificada. No obstante, aun computando desde la fecha de su dictado, el recurso presentado el 15 de junio de 2021 en el registro de este Órgano, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) y g) de la LCSP.

QUINTO. Preferencia ex lege en la tramitación del recurso.

El presente recurso especial goza de preferencia, en todo caso, para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en 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; habida cuenta que el citado recurso se interpone contra un acto recaído en el procedimiento de adjudicación de un contrato cofinanciado por la Unión Europea (Fondo Europeo de Desarrollo Regional -FEDER- Tasa de cofinanciación: 80%), según consta en el perfil de contratante.

SEXTO. Fondo del asunto. Alegaciones o argumentos de las partes.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, que se circunscriben al alegato contra la exclusión de la oferta de la ahora recurrente.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de 28 de mayo de 2021, en la que se contiene la exclusión de su oferta, solicitando a este Tribunal que, con estimación íntegra del mismo, *«se anule el acuerdo de exclusión de THERMO FISHER; - se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a dicha exclusión, permitiendo a THERMO FISHER continuar en el procedimiento.»*.

En dicha resolución de 28 de mayo de 2021, del órgano de contratación se resuelve *«Excluir en el procedimiento de licitación para el LOTE 1 a la empresa THERMO FISHER SCIENTIFIC, S.L.»*. En el cuerpo de la citada resolución, en su antecedente quinto se indica que *«Con fecha 19/05/2021 la mesa de contratación se reunió nuevamente y tras la aprobación del acta de la anterior sesión, procedió entre otras cuestiones, a la valoración del informe de fecha 13/05/2021 emitido por el servicio proponente sobre la justificación de la oferta anormalmente baja presentada por la empresa THERMO FISHER SCIENTIFIC, S.L. que concluía que la empresa no había presentado justificación alguna*



para este lote, al aportar en su lugar la de otro lote diferente. Por tanto, y en virtud del artículo 149 LCSP, la mesa acordó su exclusión.».

Como se ha expuesto, el recurso combate la exclusión de la oferta de la entidad THERMO FISHER, ahora recurrente, incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada. En dicho escrito, en aras a su defensa la recurrente esgrime en resumen lo siguiente: *«lo ocurrido no es más que un mero error humano cometido por THERMO FISHER que, en el momento de remitir los seis justificantes de baja temeraria requeridos [lotes 1, 2, 3, 4, 5 y 9], insistimos que, por error, incluyó dos veces el perteneciente al Lote 9 en vez de remitir el correspondiente al Lote 1. Es por lo anterior que nos sentimos con la libertad de poder afirmar que la decisión adoptada por el Organismo que excluye nuestra proposición sin permitir a THERMO FISHER subsanar la falta cometida, es a todas luces desproporcionada.»*. Acto seguido, tras señalar determinada jurisprudencia relativa al principio antirformalista, afirma que *«debió solicitarse por parte del Organismo subsanación a THERMO FISHER toda vez que, en ningún caso, tal subsanación supone una modificación de nuestra oferta. Simplemente, al haberse cometido un error en la remisión de las justificaciones por duplicarse la del Lote 9 y omitir sin mala fe la correspondiente al Lote 1, como decimos, el Órgano de contratación debió requerirnos a los efectos de remitir la justificación omitida sin tener que llegar a la drástica y excesiva decisión de excluirnos por cuanto sí se atendió en plazo la solicitud de justificación de todos los lotes.»*.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso en lo que aquí interesa indica que *«la concesión de un plazo de subsanación como argumenta y defiende la empresa recurrente, equivaldría a una ampliación del plazo de presentación de la justificación en perjuicio del resto de licitadores que sí presentaron su documentación correcta y en plazo, lo que atenta contra uno de los principios básicos de la contratación administrativa, el principio de igualdad de trato (...), en virtud del cual se exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes, favoreciendo así el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública. Es exigible que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas y que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores. Acoger las alegaciones de la empresa recurrente supondría permitir que algunas empresas contaran con plazo adicional, una ventaja frente a los otros licitadores. En tal sentido, éste plazo no es meramente referencial. Se trata, en definitiva, de fijar un plazo que delimite el período de tiempo en el que puede llevarse a cabo una actuación, en este caso del contratista. Todo ello con la única o principal preocupación de garantizar la seguridad jurídica, a favor de todos los licitadores.*

Tampoco, en base a estos razonamientos, podemos entender, como indica la empresa recurrente, que el mero envío del archivo justifica la viabilidad de la oferta (“se atendió en plazo la solicitud de justificación”) y que el error incurrido fue una mera equivocación, cuestión ésta fuera de lugar por cuanto es THERMO FISHER, la obligada a atender a satisfacción el requerimiento de la Mesa de contratación con el cuidado y la diligencia debida, no



pudiendo imputar al “formalismo” de la Mesa las consecuencias aciagas de un error cometido por la propia empresa.».

Concluye el informe al recurso señalando que el defecto en la presentación de la justificación de la baja anormal se debe exclusivamente a la actuación de la empresa recurrente, no siendo predicable la subsanación, ni, por ende, el otorgamiento de un plazo a tales efectos, pues, tal y como la mesa apreció, no estamos ante un déficit formal de la justificación sino que ésta es manifiestamente inidónea e inexistente y, por ello, insubsanable.

Por último, la entidad interesada AB SCIEX se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidas.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

Vistas las alegaciones de las partes, procede el análisis de la controversia. En este sentido, ha de darse la razón al órgano de contratación cuando en su informe al recurso afirma que el defecto o el error cometido en la presentación de la documentación acreditativa de la viabilidad de su oferta se debe exclusivamente a la actuación de la entidad THERMO FISHER.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el procedimiento de contratación previsto en la LCSP es, con carácter general, un procedimiento de concurrencia competitiva en cuyo seno hay plazos procedimentales que afectan simultáneamente a todas las entidades licitadoras, como el caso del plazo para presentar ofertas, y otros plazos, como el que establece el primer párrafo del artículo 149.4 de la citada LCSP, que sólo afectan en principio a una de las entidades licitadoras, que tiene que llevar a cabo una determinada actuación concreta. En el caso de que un plazo afecte a varias licitadores, que han de llevar a cabo una misma actuación, la ampliación del plazo a una única licitadora sería contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la LCSP y en el derecho comunitario. En cambio, en el caso de que un plazo afecte a una única empresa licitadora, que tiene que llevar a cabo una actuación determinada, debe entenderse que, aunque una ampliación del plazo no supondría necesariamente una vulneración de aquellos principios, es obligado tener en cuenta que hay otras empresas licitadoras con una expectativa legítima de poder llegar a ser adjudicatarias en el caso de que la licitadora no cumplimente el mencionada trámite que prevé el primer párrafo del artículo 149.4 de la LCSP, de tal suerte que debe entenderse que dicho trámite se configura como de carácter preclusivo por su naturaleza.

Así, la relevancia del trámite que regula el precepto legal señalado -la viabilidad de una oferta incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada-, el que el plazo otorgado sea suficiente, las actuaciones que la entidad licitadora ha de llevar a cabo y la diligencia que debe guiar su actuación del licitador, así como las



expectativas de otras licitadoras de llegar a ser adjudicatarias, son circunstancias que aconsejan considerar que este trámite tiene un carácter preclusivo, salvo en los supuestos en los que el órgano de contratación a la vista de la documentación presentada entienda de forma justificada que debe pedir aclaraciones o documentación complementaria, circunstancias que no concurren en el supuesto examinado.

En sentido similar se ha pronunciado el Informe 5/2011, de 28 de octubre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares.

En definitiva, en el supuesto examinado no es posible otorgar un nuevo plazo para que THERMO FISHER aporte la documentación que no presentó en el momento procedimental en que le fue exigida, ni por tanto su subsanación, pues como afirma el órgano de contratación no estamos ante un déficit formal de la justificación de la viabilidad de la oferta, sino que ésta es manifiestamente inidónea e inexistente y, por ello, insubsanable. El error es solo imputable a la citada entidad que debió haber observado la diligencia debida.

Procede, pues, desestimar en los términos reproducidos el recurso interpuesto.

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 **THERMO FISHER SCIENTIFIC, S.L.U.** contra la resolución, de 28 de mayo de 2021, del órgano de contratación por la que se excluye su proposición del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Adquisición de equipamiento técnico para la red de laboratorios de la Agencia Agraria y Pesquera de Andalucía” (Expediente CONTR 2020 913119), respecto del lote 1, convocado por la la Agencia Agraria y Pesquera de Andalucía, ente adscrito a la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible.

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

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

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de



conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

