

Recurso 326/2021

Resolución 342/2021

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 **BRUKER ESPAÑOLA S.A.** contra la resolución, de 2 de julio 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 de los lotes 1 y 5, convocado por 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 2 de julio de 2021, el órgano de contratación excluye la proposición de la entidad BRUKER ESPAÑOLA S.A., respecto de los lotes 1 y 5.

SEGUNDO. El 7 de julio de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad BRUKER ESPAÑOLA S.A. (en adelante BRUKER) contra la citada resolución de 2 de julio de 2021, respecto de los lotes 1 y 5.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 8 de julio 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 14 de julio de 2021.

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 de los lotes 1 y 5, 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 2 de julio 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 7 de julio 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, respecto de los lotes 1 y 5.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de 2 de julio de 2021, en la que se contiene la exclusión de su oferta, respecto de los lotes 1 y 5, solicitando a este Tribunal que, con estimación íntegra del mismo, se *«declare nula o anule dicha resolución, procediendo a retrotraer las actuaciones al momento anterior a los actos nulos objeto del recurso, para la posterior continuación del proceso de licitación conforme a derecho.»*

En dicha resolución de 2 de julio de 2021, del órgano de contratación, se resuelve *«Excluir en el procedimiento de licitación para los lotes 1 y 5 a la empresa BRUKER ESPAÑOLA S.A. (...)»*. En el cuerpo de la citada resolución, en su antecedente sexto se indica que *«Con fecha 02/06/2021 la mesa de contratación se reunió nuevamente y tras la aprobación del acta de la anterior sesión, procedió a la lectura de los informes de fecha 01/06/2021 del Servicio de Coordinación de Laboratorios, relativos a las empresas que habían incurrido en baja entre otros en los lotes 1 y 5, en virtud de los cuales resultó que BRUKER ESPAÑOLA, S.A. no justifica la anormalidad de sus ofertas para los referidos lotes.»*



Por su parte, en los mencionados informes de 1 de junio de 2021 del Servicio de Coordinación de Laboratorios se indica lo siguiente:

Respecto del lote 1: *«En resumen los argumentos para justificar la viabilidad de su oferta se basan en los siguientes elementos:*

- Comercialización directa de sus propios productos.*
- Optimización de los procesos de fabricación.*
- Servicio Técnico localizado en la proximidad de las plazas de destino de los equipos.*

Hecha la correspondiente evaluación del escrito remitido por la empresa, se emitió un primer informe de fecha 13 de mayo. Reunida la Mesa de contratación con fecha 19 de mayo, acuerda solicitar un informe adicional que motive más ampliamente las conclusiones.

Una vez estudiada la información se considera que no justifica el bajo nivel de los costes incluidos en la oferta presentada por empresa BRUKER ESPAÑOLA, S.A., por valor de 205.000 euros, por los siguientes motivos:

- Los elementos de comercialización directa de sus propios productos, optimización de los procesos de fabricación y servicio técnico localizado en la proximidad de las plazas de destino de los equipos descritos por la empresa justificarían una bajada en los costes indirectos y el beneficio industrial. Sin embargo, el precio ofertado se sitúa por debajo del conjunto de los costes directos de producción, e incluso de los coste directos imputables a la fabricación del suministro estimados en 214.511,21 euros para este equipamiento en la correspondiente Memoria justificativa publicada en la plataforma de contratación como parte de la documentación de este expediente.*
- Para la determinación del precio base de licitación para este lote se realizó una Consulta preliminar al mercado, cuyo resultado fue publicado en la Plataforma de contratación de la Junta de Andalucía con fecha 2 de abril de 2020. En dicha consulta participaron 7 empresas para este lote, entre ellas BRUKER ESPAÑOLA, S.A., que valoró el coste de su equipo por un precio mayor a su actual oferta. Asimismo, el precio ofertado actual está por debajo de todas las valoraciones recibidas durante la consulta para este lote.*
- La empresa no ha aportado documentación relativa a ningún suministro de las mismas características. La licitante ha efectuado un suministro similar al actual a la AGAPA Expediente 2018/021621, por valor de 250.000,00 euros, notablemente superior a su oferta actual.».*

Respecto del lote 5: *«En resumen los argumentos para justificar la viabilidad de su oferta se basan en los siguientes elementos:*

- Comercialización directa de sus propios productos.*
- Optimización de los procesos de fabricación.*
- Servicio Técnico localizado en la proximidad de las plazas de destino de los equipos.*

Hecha la correspondiente evaluación del escrito remitido por la empresa, se emitió un primer informe de fecha 13 de mayo. Reunida la Mesa de contratación con fecha 19 de mayo, acuerda solicitar un informe adicional que motive más ampliamente las conclusiones.



Una vez estudiada la información se considera que no justifica el bajo nivel de los costes incluidos en la oferta presentada por empresa BRUKER ESPAÑOLA, S.A., por valor de 205.000 euros, por los siguientes motivos:

- Los elementos de comercialización directa de sus propios productos, optimización de los procesos de fabricación y servicio técnico localizado en la proximidad de las plazas de destino de los equipos descritos por la empresa justificarían una bajada en los costes indirectos y el beneficio industrial. Sin embargo, el precio ofertado se sitúa por debajo del conjunto de los costes directos de producción, e incluso de los coste directos imputables a la fabricación del suministro estimados en 214.511,21 euros para este equipamiento en la correspondiente Memoria justificativa publicada en la plataforma de contratación como parte de la documentación de este expediente.

- Para la determinación del precio base de licitación para este lote se realizó una Consulta preliminar al mercado, cuyo resultado fue publicado en la Plataforma de contratación de la Junta de Andalucía con fecha 2 de abril de 2020. En dicha consulta participaron 7 empresas para este lote, entre ellas BRUKER ESPAÑOLA, S.A., que valoró el coste de su equipo por un precio mayor a su actual oferta. Asimismo, el precio ofertado actual está por debajo de todas las valoraciones recibidas durante la consulta para este lote.

- La empresa no ha aportado documentación relativa a ningún suministro de las mismas características. La licitante presentó una oferta para un suministro similar al actual a la AGAPA Expediente 2018/021621, por valor de 175.000,00 euros, notablemente superior a su oferta actual.».

1. Argumentos de la recurrente.

En el recurso para cada uno de los lotes impugnados se esgrimen argumentos similares, esto es, la falta de motivación del informe técnico y los relacionados con la consulta al mercado y los suministros anteriores.

En la primera alegación, aun cuando la recurrente esgrime falta de motivación del informe técnico, en realidad lo que cuestiona son los argumentos que se utilizan en aquél para afirmar que la oferta no es viable, que entiende el recurso que son erróneos. En este sentido, señala la recurrente en síntesis, en primer lugar, que la empresa fabricante y la suya pertenecen a la misma organización, tal como explicó en su documento de justificación, teniendo libertad para fijar sus políticas de precios, en función de las circunstancias y de cada operación en concreto, siendo por tanto a su total discreción dichos niveles; en segundo lugar, la estimación de costes directos imputables, tal como viene descrita en su pliego, y a la que se refiere el informe de viabilidad, es como su propio nombre indica una estimación, y por tanto no puede tomarse como un límite de precios; y en tercer lugar, la diferencia entre los supuestos costes estimados y el precio ofertado es inferior a un 5%, encontrándose dentro de unos límites razonables y justificados.

En cuanto a la segunda y tercera alegación, considera la recurrente que las referencias a la consulta al mercado y a los suministros anteriores no se ajustan a derecho. En este sentido, indica que una consulta al mercado no es vinculante para los participantes en la misma, no puede serlo, porque no es en sí misma una licitación, tiene otra



naturaleza bien distinta y un objetivo bien distinto. Al respecto, señala que una cosa es el precio de mercado en el que ciertos costes son desconocidos, como la ubicación del equipo, garantías y mantenimiento exigido, periodo obligatorio de garantía y formación del personal necesaria, y por supuesto, el beneficio industrial, en el que el margen suele ser mucho mayor, y otra cosa bien diferente es una específica licitación a la que se concurre y en la que una empresa que participa puede ajustar al máximo todos sus costes, directos, indirectos y su beneficio para realizar una oferta lo más competitiva posible, como ocurrió en este caso.

Respecto a la comparación con suministros anteriores realizada en el informe de viabilidad, la recurrente señala que no puede traerse a colación de esta licitación lo que hubiera o no hubiera podido ofrecer en otras licitaciones, en otros lugares o a otras entidades en otros momentos, pues eso corrompería completamente el espíritu de las licitaciones competitivas y en concurrence, no pudiendo pretender comparar la oferta de la licitación actual con la que se realizó en otra licitación del año 2018, expediente 2018/021621, cuyo objeto respecto del lote 1 no era el mismo, pues la oferta de la licitación 2018 se refería a un suministro donde se incluyen un total de 4 años de garantía –dos años más que en la actual-, y 4 años de mantenimiento preventivo –4 años más de los incluidos en la presente oferta-, además de diferencias en detalles de la configuración de ambos equipos, que justifican perfectamente la desigualdad de precio entre ambas propuestas. Idénticas consideraciones, con ligeras variantes respecto a los años de garantía y mantenimiento esgrime la recurrente respecto del lote 5.

2. Argumentos del órgano de contratación.

En el informe al recurso el órgano de contratación, en relación al primer alegato del recurso en el que la recurrente cuestiona los argumentos utilizados por el Servicio de Coordinación de Laboratorios para afirmar que su oferta no es viable, indica que la normativa estatal y comunitaria en relación con las prácticas comerciales desleales debería limitar la discrecionalidad de BRUKER a la hora de ofertar. Asimismo, señala que dicha entidad no aporta cuantificación alguna sobre el coste de fabricación del producto ofertado, que permitiese relacionar la optimización del citado proceso de fabricación con el coste de producción. Tampoco aporta datos cuantitativos sobre el stock de equipos análogos al ofertado ni su repercusión sobre el coste de fabricación.

Al hilo del beneficio industrial afirma que para comprobar la viabilidad de la oferta, se evalúan los costes directos estimados (sin tener en cuenta los indirectos y el beneficio industrial) con la oferta de la empresa licitadora, para comprobar si dicha oferta está por debajo de los costes directos, de tal forma que en caso de disminuir la licitadora su beneficio hasta cero, todavía tendría todos los costes indirectos, para que su oferta no se considerase anormalmente baja, por lo que considera errónea la consideración incluida en el recurso *“No puede ser motivo de exclusión que una licitadora aporte un beneficio menor o mínimo”*.



Tampoco se aportan datos que permitan determinar el alcance del ahorro relativo a la cercanía del servicio técnico por lo cual no se puede determinar en que grado afecta a la oferta de la entidad licitadora. Asimismo, las diferencias con el presupuesto base de licitación respecto del lote 1 es del 21,26% y sobre el lote 5 del 32,57%, muy por encima de las cifras indicadas en el recurso.

En cuanto al alegato de las consultas preliminares al mercado, reitera el informe al recurso que tanto la justificación de la determinación del valor estimado del contrato como la del precio base de licitación, están incluidas en el Anexo 1 de la memoria justificativa, donde se justifica el papel que juega dicha consulta al mercado en la conformación de ambos valores, de tal suerte que la información que contiene, es precisa y ajustada a derecho, y que la empresa BRUKER pudo realizar alegaciones en contra de los pliegos que contenían las citadas determinaciones y no lo hizo.

Respecto al alegato del recurso relativo a los suministros anteriores, el órgano de contratación al igual que el informe de viabilidad indica que BRUKER, en ambos lotes, no ha aportado documentación relativa a ningún suministro de las mismas características. Asimismo, sobre la referencia contenida en el informe de viabilidad a determinado suministro anterior, señala el órgano de contratación que tal consideración solo se realizó como apoyo a las conclusiones del informe, no constituyendo la argumentación fundamental de los hechos por los cuales fue excluida la empresa BRUKER.

3. Argumentos de la entidad interesada AB SCIEX.

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 reproducidos.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

Pues bien, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, por todas Resolución 90/2019, de 21 de marzo, y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales, en la determinación de si una oferta, incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad, rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa esta revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, y que sólo puede ser desvirtuada 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.



Dicha Resolución 90/2019, de 21 de marzo, de este Tribunal, fue recurrida ante la jurisdicción contencioso administrativa, recurso 379/2019, que fue desestimado mediante Sentencia de 3 de marzo de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que señala en lo que aquí interesa en su fundamento quinto lo siguiente:

«Los órganos de contratación gozan de discrecionalidad técnica para valorar si la oferta es anormalmente baja, que encuentra su fundamento en la presumible imparcialidad del órgano de contratación, especialización de sus conocimientos, e intervención directa en el procedimiento de selección, de forma que solamente en los supuestos en que sea evidente la existencia de error en la valoración efectuada por el órgano de contratación es posible sustituir la decisión adoptada.

En el caso de autos, la decisión se ve amparada por un informe efectuado por órgano técnico extenso y motivado que analiza los aspectos de la oferta de la recurrente y la justificación dada por la misma respecto de la corrección de la oferta y la posibilidad de correcta ejecución del contrato.

(...)

En definitiva, el Órgano de Contratación a través del informe técnico ha motivado ampliamente las razones por las que no se entiende justificada la oferta, siendo esta desproporcionada o anormalmente baja en atención al criterio establecido en la Ley de Contratos y el Pliego.».

En el supuesto que se examina, la recurrente no cuestiona el procedimiento contradictorio seguido para la justificación de la proposición de la adjudicataria, ni que el informe de viabilidad de dicha oferta adolezca de falta de motivación (en los términos expuestos ut supra) o arbitrariedad, ni que se haya cometido desviación de poder, únicamente plantea tres alegatos que cuestionan los tres motivos por los que los informes de viabilidad de 1 de julio de 2021 entienden que BRUKER no justifica la anormalidad de su oferta, pues a su juicio dichos motivos son erróneos.

1. Primer alegato del recurso.

Cuestiona la recurrente el primer motivo del informe de viabilidad, en el que en resumen se afirma que *«el precio ofertado se sitúa por debajo del conjunto de los costes directos de producción, e incluso de los coste directos imputables a la fabricación del suministro estimados en 214.511,21 euros para este equipamiento en la correspondiente Memoria justificativa»*. Dicha memoria justificativa en lo que aquí interesa en su apartado 10, denominado presupuesto base de licitación, indica que *«En el anexo 1 de la presente memoria se encuentra desglosado los parámetros económicos intervinientes en la conformación del precio base de licitación»*. El citado anexo I señala para el lote 1 un importe de 214.511,21 euros dentro del concepto *«coste imputable a la fabricación del suministro»*, al igual que para el lote 5 en el que el importe es de 113.269,12 euros.



De lo expuesto se infiere que el primero de los motivos por los que la oferta de BRUKER no es viable es porque su precio es inferior a los costes directos de producción, e incluso a los costes directos imputables a la fabricación del suministro. Contra dicho motivo se alza la recurrente afirmando, en lo que aquí concierne, que la estimación de costes directos imputables a la que se refiere el informe de viabilidad, es como su propio nombre indica una estimación, y por tanto no puede tomarse como un límite de precios.

Pues bien, en el primer motivo del recurso ha de darse la razón a la recurrente. En efecto, el artículo 100.1 de la LCSP dispone que el presupuesto base de licitación es el límite máximo al que puede comprometerse el órgano de contratación, actuando por tanto como techo por encima del cual las ofertas no pueden ser admitidas, permitiendo únicamente que las entidades licitadoras puedan ofertar a la baja, sin perjuicio de los supuestos de anormalidad.

Así las cosas, el presupuesto base de licitación debe elaborarse por el órgano de contratación adecuándolo al precio de mercado, debiendo permitir una competencia sana y efectiva entre las potenciales licitadoras, configurándose como un presupuesto estimativo, que como se ha expuesto no es posible superar. Sin embargo, entiende el informe de viabilidad que uno de los motivos de inviabilidad de la oferta es que su precio es inferior al coste imputable a la fabricación del suministro, dentro del presupuesto base de licitación, configurando dicho coste como una barrera infranqueable, por debajo de la cual la proposición no es viable.

Dicha interpretación a juicio de este Tribunal es errónea, pues nada se dice expresamente al respecto en los pliegos, pues lo habitual es que dichos costes sean superiores a los que puedan ofertar ciertas empresas y, en su caso, justificar, dado que de lo contrario la licitación se quedaría desierta.

En su descargo, el órgano de contratación en su informe al recurso indica entre otras cuestiones que BRUKER no aportó cuantificación alguna sobre el coste de fabricación del producto ofertado, ni datos cuantitativos sobre el stock de equipos análogos al ofertado, ni su repercusión sobre el coste de fabricación, ni tampoco datos que permitan determinar el alcance del ahorro relativo a la cercanía del servicio técnico. Dichas consideraciones no pueden admitirse en sede de recurso, pues las mismas debieron ser puestas de manifiesto en el informe de viabilidad y si la entidad contratante albergaba determinadas dudas pudo pedir a la ahora recurrente aclaración o documentación complementaria, sin que la misma supusiese la modificación de su justificación inicial.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el primer alegato del recurso.

2. Segundo alegato del recurso.



En él, la recurrente cuestiona el segundo motivo de la inviabilidad de su oferta, relativo a las consultas preliminares del mercado. En este sentido, en el informe de inviabilidad se indica en síntesis que para la determinación del precio base de licitación se realizó una consulta preliminar al mercado, y que el precio ofertado por BRUKER está por debajo de todas las valoraciones recibidas durante la consulta para este lote. En contra de dicho argumento, señala la recurrente que una consulta al mercado no es vinculante para los participantes en la misma, no puede serlo, porque no es en sí misma una licitación, tiene otra naturaleza bien distinta y un objetivo bien distinto, no siendo comparable con una específica licitación a la que se concurre y en la que una empresa que participa puede ajustar al máximo todos sus costes, directos, indirectos y su beneficio para realizar una oferta lo más competitiva posible, como ocurrió en este caso.

Pues bien, las consultas preliminares se regulan en los apartados 1 y 3 del artículo 115 de la LCSP con el siguiente tenor:

«1. Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento. Para ello los órganos de contratación podrán valerse del asesoramiento de terceros, que podrán ser expertos o autoridades independientes, colegios profesionales, o, incluso, con carácter excepcional operadores económicos activos en el mercado. Antes de iniciarse la consulta, el órgano de contratación publicará en el perfil de contratante ubicado en la Plataforma de contratación del Sector Público o servicio de información equivalente a nivel autonómico, el objeto de la misma, cuando se iniciara esta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en la consulta, a efectos de que puedan tener acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados. Asimismo en el perfil del contratante se publicarán las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados.

3. Cuando el órgano de contratación haya realizado las consultas a que se refiere el presente artículo, hará constar en un informe las actuaciones realizadas. En el informe se relacionarán los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas. Este informe estará motivado, formará parte del expediente de contratación, y estará sujeto a las mismas obligaciones de publicidad que los pliegos de condiciones, publicándose en todo caso en el perfil del contratante del órgano de contratación. En ningún caso durante el proceso de consultas al que se refiere el presente artículo, el órgano de contratación podrá revelar a los participantes en el mismo las soluciones propuestas por los otros participantes, siendo las mismas solo conocidas íntegramente por aquel.

Con carácter general, el órgano de contratación al elaborar los pliegos deberá tener en cuenta los resultados de las consultas realizadas; de no ser así deberá dejar constancia de los motivos en el informe a que se refiere el párrafo anterior.



La participación en la consulta no impide la posterior intervención en el procedimiento de contratación que en su caso se tramite.».

Así las cosas, ha de darse la razón a la recurrente, pues una consulta al mercado no es vinculante para los participantes en la misma, dado que no es en sí misma una licitación, pues tiene otra naturaleza y un objetivo distinto, no siendo comparable con una licitación a la que se concurre y en la que las licitadoras pueden ajustar todos sus costes directos, indirectos y su beneficio industrial, para realizar si así lo estiman conveniente una oferta lo más competitiva posible.

La finalidad de las consultas preliminares del mercado es la de preparar correctamente la licitación e informar a las potenciales empresas licitadoras sobre los planes de contratación del órgano correspondiente y de los requisitos que exigirá para concurrir al procedimiento. Obliga al órgano de contratación a permitir que pueda licitar cualquiera de las empresas participantes en la consulta, pero no obliga a éstas a licitar y mucho menos a respetar en su oferta los precios dados en la consulta.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el segundo alegato del recurso.

3. Tercer alegato del recurso.

En el tercer alegato, la recurrente cuestiona el tercer motivo de la inviabilidad de su oferta, relativo a que BRUKER no ha aportado documentación relativa a ningún suministro de las mismas características. Al respecto, señala que no puede traerse a colación de esta licitación lo que hubiera o no hubiera podido ofrecer en otras licitaciones, en otros lugares o a otras entidades en otros momentos, pues eso corrompería completamente el espíritu de las licitaciones competitivas y en concurrencia.

Pues bien, sobre el particular, no cambia la realidad de que la oferta de una entidad licitadora pueda estar incurso en presunción de anormalidad y que haya de justificar a conformidad del órgano de contratación su viabilidad, el hecho de que dicha entidad aporte documentación justificativa de otras licitaciones de las mismas características, porque cada licitación es independiente de las demás, se rige por sus propios pliegos y es aprobada por sus propios órganos; de modo que decisiones adoptadas en licitaciones previas o coetáneas del mismo o de distinto ámbito territorial no vinculan en otra distinta.

Como se señalaba en la Resolución 59/2021, de 18 de febrero, de este Tribunal, reiterada en la 151/2021, 22 de abril, *«este Tribunal ha de poner de manifiesto como en otras muchas ocasiones (v.g. Resoluciones 336/2018, de 30 de noviembre, 299/2018, de 25 de octubre, 236/2018, de 8 de agosto, 61/2019, de 7 de marzo, 79/2019, de 21 de marzo, 90/2019, de 21 de marzo, 185/2019, de 6 de junio, 257/2019, de 9 de agosto, 250/2020, de 16 de julio y*



340/2020, de 15 de octubre, entre otras), el carácter autónomo e independiente de los procedimientos de contratación respecto de otros anteriores o coetáneos, aun cuando coincidan en objeto y sujeto, en el sentido de que las actuaciones seguidas y las vicisitudes acaecidas en los mismos no pueden influir en otras licitaciones presentes o futuras que se rigen por sus propios pliegos y demás documentos contractuales».

Determinada documentación justificativa de otras licitaciones de las mismas características en las que haya participado la entidad cuya oferta ha de ser justificada su viabilidad, podría en determinados supuestos representar un indicio para la aceptación o rechazo de la proposición pero en modo alguno ser determinante de ello.

Por último, respecto a la comparativa que realiza el informe de inviabilidad con otra licitación de 2018, el mismo órgano de contratación en su informe al recurso le resta importancia al indicar que *«tales consideraciones coadyuvan a las conclusiones del informe y en ningún caso constituyen la argumentación fundamental de los hechos por los cuales fue excluida la empresa BRUKER.»*.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el tercer alegato del recurso.

En definitiva, en base a las consideraciones realizadas, y al haberse superado los límites de la discrecionalidad técnica por error de apreciación manifiesto, dado que los informes de viabilidad de 1 de julio de 2021, respecto de los lotes 1 y 5, en los términos expuestos no se adecúan a las previsiones de la normativa contractual, el recurso analizado ha de estimarse en su integridad.

OCTAVO. La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando la resolución, de 2 de julio de 2021, del órgano de contratación por la que se excluye la proposición de BRUKER del procedimiento de licitación, respecto de los lotes 1 y 5, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, para que se proceda por el órgano de contratación a la admisión de la oferta de la entidad BRUKER, a los efectos de entender justificada su viabilidad, en los términos recogidos en los fundamentos de la presente resolución, al haber estimado este Tribunal todos los argumentos por los que la proposición de dicha entidad fue rechazada, con continuación del procedimiento de licitación en su caso.

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



ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación por la entidad **BRUKER ESPAÑOLA S.A.** contra la resolución, de 2 de julio 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 de los lotes 1 y 5, convocado por la Agencia Agraria y Pesquera de Andalucía, ente adscrito a la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible 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 octavo de esta resolución.

SEGUNDO. 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, respecto de los lotes 1 y 5.

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.

