

RECURSO 76/2018
RESOLUCIÓN 78/2018

D. LUIS GRACIA ROMERO, SECRETARIO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE CASTILLA Y LEÓN,

CERTIFICO: Que en el Recurso 76/2018 interpuesto ante este Tribunal se ha dictado el 6 de agosto la Resolución que a continuación se transcribe:

“Resolución 78/2018, de 6 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Izasa Scientific, S.L.U. contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 18 de junio de 2018, por el que se la excluye del procedimiento de licitación del contrato de suministro, entrega e instalación de un equipo de espectrometría de masas Maldi-tof con destino al laboratorio de técnicas instrumentales, con consideraciones medioambientales, de la Universidad de León.

I
ANTECEDENTES

Primero.- Por Resolución del Rectorado de la Universidad de León, de 24 de abril de 2018, se aprueban el expediente de contratación, el gasto, los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y de prescripciones técnicas (en adelante PPT) para adjudicar, por procedimiento abierto, el contrato de suministro, entrega e instalación de un equipo de espectrometría de masas Maldi-tof con destino al laboratorio de técnicas instrumentales, con consideraciones medioambientales.

Consta en el expediente remitido la publicación en la Plataforma de Contratación del Estado el 7 de mayo de 2018.

El presupuesto de licitación es de 231.687 euros.

Segundo.- El 28 de mayo la Mesa de contratación procede a la apertura del sobre C -criterios valorables de forma automática o

mediante fórmulas- y observa que, entre otras, la oferta de la empresa Izasa Scientific, S.L.U. “ es inferior en más de 10 unidades porcentuales a la oferta más cara de las ofertas presentadas, lo que de acuerdo con lo estipulado en los puntos G3 (sobre 3) y J3 del cuadro resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares que rige el contrato, permitiría calificar su oferta como temeraria, desproporcionada o anormal.”

Tercero.- El 14 de junio el Director del Instituto de Ciencia y Tecnología de los Alimentos informa sobre el escrito presentado el 31 de mayo por Izasa Scientific, S.L.U. justificando la viabilidad de su oferta.

Cuarto.- El 18 de junio la Mesa de contratación acuerda excluir la proposición de la empresa recurrente y formular propuesta de adjudicación del contrato.

Mediante Resolución de la Universidad de León, de 22 de junio, se adjudica el contrato.

Quinto.- El 19 de julio tiene entrada en el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales un recurso especial en materia de contratación interpuesto por Dña. Cristina Colomina Pascual, en nombre y representación de Izasa Scientific, S.L.U., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se la excluye de la licitación e indirectamente contra la Resolución de la Universidad de León de 22 de junio de 2018, por la que se adjudica el contrato.

Alega que su proposición es viable y que la presunta temeridad económica de su oferta es mínima (únicamente del 1,70 %). Añade que “la valoración de las ‘cuestiones técnicas’ a las que alude el acuerdo de exclusión, no deberían ser objeto de valoración a los efectos de la justificación de la baja temeraria, toda vez que ya fueron valorados en el momento de ponderación de los criterios técnicos”, y que la exclusión está insuficientemente motivada.

Sexto.- En la misma fecha el Tribunal admite a trámite el recurso, le asigna el número de registro 76/2018 y solicita al órgano de contratación la remisión del expediente y la dirección de correo electrónico de las empresas licitadoras.

Séptimo.- El 20 de julio se recibe en el Tribunal el expediente y el informe del órgano de contratación, que se opone a la estimación del recurso.

Octavo.- Mediante Acuerdo 34/2018, de 25 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, se desestima la solicitud de suspensión del procedimiento de contratación

Noveno.- Concedido trámite de audiencia a los interesados, el 1 de agosto la empresa Bruker Española S.A. presenta alegaciones.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y con arreglo al procedimiento regulado en dicho texto normativo. Igualmente, la competencia de este Tribunal viene determinada por el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa recurrente para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado que el recurso se interpuso contra un acto de trámite que determina la imposibilidad de continuar éste, como es la exclusión de licitadores por la Mesa de contratación, en el ámbito de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto impugnado es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.2 b) de la LCSP.

El recurrente impugna el Acuerdo de la Mesa de contratación de 18 de junio de 2018, por el que se la excluye del procedimiento de licitación, y extiende formalmente su recurso de forma indirecta a la Resolución de la Universidad de León de 22 de junio de 2018, por el que se adjudica el contrato.

3º.- En cuanto al fondo del asunto, este Tribunal debe advertir, como ya hizo en su Resolución 19/2017, de 2 de marzo, de que el análisis del asunto que se somete a su consideración debe quedar circunscrito a los aspectos formales de la valoración, tales como normas de competencia o procedimiento, la vigilancia de que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios (en consonancia con los artículos 1 y 123 de la LCSP) o que no se haya incurrido en error material (advertencia expresada, entre otras, en las Resoluciones 4, 19, 11, 16, 28, 30/2012; 5, 11, 18/2013; y 3, 23, ,39, 43, y 81/2014). La aplicación de criterios de valoración a los elementos evaluables mediante juicios de valor (como sucede en el presente caso) está excluido de las facultades del Tribunal, pues este Órgano no puede sustituir la decisión sobre el concreto valor atribuido a un aspecto de la oferta por otra, ya que ello supondría sustituir el juicio de un órgano experto competente para ello por el juicio de este Tribunal (véanse al efecto las Resoluciones 81/2015, 24/2016 o 25/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que adoptan la misma postura, criterio que es compartido por este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León).

Sobre ello, conviene recordar la doctrina reiteradamente sostenida por el Tribunal Supremo en relación con la discrecionalidad técnica de la Administración, reflejada en los informes técnicos de valoración. La Resolución 42/2011, de 24 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) ya se pronunció sobre la cuestión al señalar que “(...) la Administración dispone de un cierto nivel de discrecionalidad en la apreciación de las cuestiones de carácter técnico que no son controlables desde el punto de vista jurídico. Ello no significa que en punto a los temas de carácter técnico la Administración pueda apreciarlos libremente, pero sí que el control de legalidad no puede ir más allá de determinar si en la apreciación y valoración de tales extremos se ha actuado sin discriminación entre los licitadores de tal forma que los criterios de valoración aplicados a unos hayan sido diferentes de los aplicados a otros, que no se haya incurrido en error patente en la apreciación de las características técnicas valoradas y que, finalmente, no se haya producido ninguna infracción legal en el cumplimiento de los requisitos y trámites del procedimiento de valoración. Este criterio, por otra parte, responde a una Jurisprudencia sobradamente reiterada y consolidada”.

Todo ello en el bien entendido de que, como refiere la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2017 (Rec. 2504/2015), “la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación (...) no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados”.

4º.- En el presente caso, la empresa recurrente presentó una oferta con valores en presunción de anormalidad y el órgano de contratación consideró que la baja del precio podía ser debida a factores técnicos que infringen el PPT, por lo que existía un riesgo real de que la licitadora no pudiera cumplir adecuadamente el contrato.

El rechazo de las proposiciones temerarias trata de evitar que la ejecución del contrato se frustre como consecuencia de una oferta que, en atención a sus valores, sea irrazonable y se presuma que no pueda cumplir el fin que se persigue en aquél.

No obstante, en los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo puede ser excluida del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece el artículo 149 de la LCSP.

El apartado 4 de este artículo indica que la Mesa de contratación “deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

»La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

»Concretamente, la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores

sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

»a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.

»b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras,

»c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.

»d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.

»e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.

»En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”.

La empresa recurrente considera que la Mesa de contratación le efectuó “una solicitud de justificación totalmente genérica y despersonalizada”, y que esto le situó “en una posición de total indefensión, ante el riesgo de que cualquier respuesta que se aporte pueda ser calificada de insuficiente, de poco precisa o -como ha ocurrido en el presente caso- de deficiente por ‘razones técnicas’”.

Así, Izasa Scientific, S.L.U. señala que el acuerdo de exclusión hace referencia a un informe emitido por el responsable del contrato, al que no ha tenido acceso. No obstante, este Tribunal constata que la parte determinante de éste fue reproducida en el acuerdo de exclusión -la recurrente lo transcribe parcialmente y lo rebate en su recurso-, que la empresa recurrente ha entendido el porqué de su exclusión y que no consta que haya solicitado en el momento procedimental oportuno el acceso al expediente, tal vez por considerar que tenía suficiente información para defender su pretensión.

En el presente caso, la justificación sobre la viabilidad de la oferta no fue considerada suficiente por la Mesa de contratación. Esta indica que “no aporta elementos nuevos que no hayan sido valorados y no justifica que la baja del precio pueda ser debida a factores técnicos de importancia incluidos en el Pliego de licitación (...)” y menciona razones técnicas que fundamentan la creencia de que “existe un riesgo real de que la licitadora no puede cumplir adecuadamente, desde el punto de vista práctico el contrato”.

En el informe técnico realizado el 14 de junio de 2018 por el Director del Instituto de Ciencia y Tecnología de los Alimentos, sobre la justificación de la baja realizada por la recurrente, se relacionan una serie de puntos que infringen el PPT, determinantes del bajo precio ofertado:

“Shimadzu tiene una nueva línea de equipos de espectrometría de masas MALDI-TOF (MALDI-8020) con características superiores al incluido en la oferta (iD Plus Confidence) y con sistema automático de limpieza de la fuente. Este requisito fue incluido en las características técnicas mínimas exigidas a los licitadores y no es cumplido por el equipo ofertado.

»La revisión exhaustiva de la oferta presentada por Izasa Scientific, realizada a raíz de la existencia de una baja desproporcionada, muestra una serie de incumplimientos en las características técnicas mínimas del equipo ofertado por esta firma:

»-Sistema automático de limpieza de la fuente inexistente.

»- Fuente MALDI con láser de nitrógeno por fibra óptica inexistente.

»- No está clara la utilidad del equipo como sistema de autenticación de alimentos.

»-No incluye datos sobre la capacidad del equipo para la identificación de especies en preparados de carne y pescado.

»Izasa Scientific es distribuidor y no fabricante de equipos de espectrometría MALDI-TOF. Al presentar una oferta con baja

superior al 10%, puede comprometer la fiabilidad de los suministros y la relación a medio y largo plazo necesaria para obtener el máximo rendimiento de un equipo sofisticado y que necesita de un alto nivel tecnológico para la resolución de problemas técnicos y el funcionamiento diario.

»De la misma manera, debe destacarse la importancia de que el mantenimiento y soporte técnico sea llevado a cabo por expertos técnicos especialistas con formación directa del fabricante del equipamiento (...).

»En cuanto a los ahorros en costes en relación a distancias y pernoctaciones, se considera que es preferible una mayor eficacia basada en la formación y especialización ofrecida por el fabricante. Asimismo, se echa en falta en la oferta de Izasa información concreta sobre la formación de los técnicos de apoyo en la tecnología MALDI objeto de esta licitación.

»La base de datos de espectros, en lo que respecta a la cantidad de entradas de taxones microbianos, es muy inferior para la marca Izasa Scientific (...), con lo que se pone en riesgo la fiabilidad y exactitud de las identificaciones microbianas. La Universidad de León necesita bases de datos amplias, flexibles y orientadas a microbiología veterinaria y de alimentos, como se especifica claramente en el pliego de licitación.

»Izasa Scientific no incluye herramientas de software adecuadas para el tratamiento matemático especializado con análisis multivariante de los espectros de masas. Esta deficiencia pone en riesgo la versatilidad necesaria en investigación, perjudica la tarea investigadora de los grupos de investigación de la Universidad de León, e impide soluciones efectivas a las demandas de los usuarios”.

Por su parte, la empresa recurrente señala que los precios del equipo ofertado en este expediente tienen como origen una negociación previa con Shimadzu, y que por motivos estratégicos se obtuvo un buen precio; que el diseño de la fuente de ionización evita la deposición asimétrica de suciedad, lo que no hace necesario que incluyan sistemas de auto limpieza, lo que simplifica las tareas de mantenimiento y redundante en una reducción de los costes operativos; que dispone de ingenieros de servicio ubicados en Oviedo, por lo que el coste de desplazamiento para instalación y servicio posventa se ve

también reducido; que el umbral de baja desproporcionada del 10% no concuerda con el umbral que se ha venido exigiendo en expedientes de contratación recientes y de naturaleza similar; que sí se está ofreciendo el producto más moderno del fabricante, por lo que no existe “un riesgo en un mantenimiento sostenido en el tiempo”; y que todos los productos de Shimadzu cumplen con las especificaciones técnicas contenidas en el PPT y entran en precio del contrato el ofertado.

En el presente caso, en virtud de la doctrina expuesta sobre la valoración técnica de la oferta presentada y su viabilidad, este Tribunal considera que la entidad recurrente no ha logrado acreditar que las valoraciones realizadas por el técnico del órgano de contratación fueran arbitrarias, ni aprecia ninguna infracción formal que pueda sustentar la pretensión ejercitada, que solo parece basarse en una diferencia de criterios técnicos -un debate sobre el adecuado conocimiento sobre el producto ofertado-. Por ello, la exclusión acordada carece de los vicios materiales señalados por la empresa recurrente.

En definitiva, como ya se ha indicado, ha de reiterarse que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no técnicamente corresponde al órgano de contratación, que debe valorar las alegaciones realizadas, las justificaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes técnicos emitidos por la Administración. Desde este punto de vista se considera que el informe técnico es adecuado y motiva suficientemente las deficiencias técnicas de la proposición de la reclamante.

Por último, ha de señalarse que los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades y, dado que no han sido impugnados, debe considerarse que se trata de actos consentidos a cuya observancia deben sujetarse los licitadores.

C) En cuanto a la motivación de la notificación de la adjudicación, porque no se ajusta a lo previsto en el artículo 151.2 a) de la LCSP, esto es, que “no tiene la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura”, debe tenerse en cuenta el carácter meramente instrumental y finalista de la notificación, en cuanto medio que permite al licitador conocer los motivos que han llevado al órgano de contratación a tomar su decisión.

Así, la notificación es un acto distinto del acto notificado, que actúa como condición de eficacia de este último, de modo que si de la documentación incorporada al expediente se deriva que el acto de que se trate está suficientemente motivado, aun cuando su notificación haya sido realizada incorrectamente, no concurriría causa suficiente para su anulación.

Por otra parte, como indica la Resolución de este Tribunal 14/2013, de 4 de abril, "(...) no se exige que la motivación del acto sea exhaustiva, sino que basta con una fundamentación somera de los criterios seguidos para su adopción, a fin de que los licitadores puedan tener conocimiento cabal de los motivos por los que se ha adjudicado el contrato a un licitador, de las razones que justifican la desestimación del resto de ofertas y, en su caso, de las causas de exclusión, al objeto de permitirles ejercitar de manera fundada los recursos que procedan a través de un recurso eficaz y útil; de lo contrario, se ocasionaría indefensión a los interesados. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha señalado que `tanto la jurisprudencia como este mismo Tribunal han admitido que lo determinante para acordar la nulidad del acto resolutorio del procedimiento de adjudicación no es tanto el contenido del mismo como el hecho de que el licitador recurrente no haya podido tener conocimiento de sus motivos (Acuerdo 233/2012, de 24 de octubre) `”.

En el presente caso, como se ha expuesto, la notificación practicada es escueta pero suficiente para motivar debidamente su recurso respecto de sus discrepancias con la valoración del producto ofertado. Ciertamente es que la empresa recurrente no tuvo acceso a la enumeración completa de todas las deficiencias de su oferta contenidas en el informe técnico, pero sí a las más relevantes.

Así, como se ha indicado, consta que la empresa recurrente ha entendido el porqué de su exclusión -que la baja del precio es debida a factores técnicos de su proposición que infringen el PPT y que existe un riesgo real de que la licitadora no puede cumplir adecuadamente el contrato-. Por otro lado, no aparece en el expediente que haya solicitado en el momento procedimental oportuno el acceso al expediente completo si necesitaba información adicional.

En su virtud, y al amparo de lo establecido en los artículos 57 de la LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

III RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Izasa Scientific, S.L.U. contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 18 de junio de 2018, por el que se la excluye del procedimiento de licitación del contrato de suministro, entrega e instalación de un equipo de espectrometría de masas Malditod con destino al laboratorio de técnicas instrumentales, con consideraciones medioambientales, de la Universidad de León.

SEGUNDO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

TERCERO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta Resolución.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k de la LJCA)".

Y para que conste, expido la presente certificación en Zamora, a 6 de agosto de 2018.

(Documento firmado electrónicamente)