

**Recurso 9/2016****Resolución 60/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 18 de marzo de 2016.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BIOMETA TECNOLOGÍA Y SISTEMAS, S. A.** contra la resolución, de 23 de noviembre de 2015, del Rector de la Universidad de Córdoba, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro e instalación de un sistema de microscopia de proximidad (scanning probe microscopy), perteneciente al UNCO13-1E-1632 concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad a través de las ayudas a infraestructuras y equipamiento científico-técnico, correspondientes al Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, cofinanciado con el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) convocatoria 2013 (Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016)” (Expte. 2015/000111), convocado por la Universidad de Córdoba, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 25 de julio de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato



indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado el 28 de julio de 2015 en el Boletín Oficial del Estado núm. 179 y el 20 de julio de 2015 en el perfil de contratante de la Universidad de Córdoba.

El valor estimado del contrato asciende a 284.302,00 euros.

**SEGUNDO.** A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

**TERCERO.** Tras la tramitación del correspondiente procedimiento se dicta Resolución, de 23 de noviembre de 2015, por la que se adjudica a la entidad ÁLAVA INGENIEROS, S. A. el contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. Dicha resolución fue publicada en el perfil de contratante con fecha 25 de noviembre de 2015 y en cuanto a la remisión a la ahora recurrente consta oficio de remisión de fecha de salida 24 de noviembre de 2015 pero no queda acreditado que el mismo se haya, efectivamente, remitido. En todo caso, la recurrente manifiesta que lo recibió el 30 de noviembre de 2015.

**CUARTO.** El 14 de diciembre de 2015 se presentó en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad BIOMETA TECNOLOGÍA Y SISTEMAS, S. A. (en adelante BIOMETA), contra la citada resolución de adjudicación, de 23 de noviembre de 2015. La interposición de dicho recurso fue comunicada por el órgano de



contratación a este Tribunal mediante correo electrónico de 17 de diciembre de 2015. El expediente de contratación fue recibido en el registro de este Tribunal el 29 de diciembre de 2015, no constando copia del escrito de recurso interpuesto.

**QUINTO.** Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal, de 4 de enero de 2016, se requiere al órgano de contratación para que aporte el escrito de recurso interpuesto. Dicho escrito se recibe en este Tribunal con fecha 20 de enero de 2016.

Posteriormente y ante su ausencia, pues solo refiere una sucinta relación de hechos, se solicita al órgano de contratación que remita informe al recurso y actualice determinados datos de los licitadores a efectos de notificaciones. Dicha documentación fue remitida por el órgano de contratación teniendo entrada en este Tribunal el 1 de febrero de 2016. En cuanto al informe al recurso, el órgano de contratación únicamente remite acta de la mesa de contratación del procedimiento de adjudicación junto con el informe de valoración de las ofertas elaborado por la comisión técnica, fechado el 26 de octubre de 2015, donde, a su juicio, se trata el fondo de las distintas cuestiones planteadas en el recurso.

Por último, con fecha 5 de febrero de 2016, se devuelve el expediente al órgano de contratación para que sea restituido a este Tribunal debidamente encuadernado, circunstancia que tuvo lugar el 18 de febrero de 2016.

**SEXTO.** Previa petición de la recurrente de mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de licitación y de levantamiento de la misma por el órgano de contratación, este Tribunal en resolución de 28 de enero de 2016 acuerda el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro citado en el encabezamiento de la presente resolución.



**SÉPTIMO.** Con fecha 4 de febrero de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndola presentado en el plazo señalado ÁLAVA INGENIEROS, S. A. (en adelante ÁLAVA).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En concreto, el acto impugnado ha sido dictado por el órgano competente de una Universidad Pública de Andalucía, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio formalizado, a tales efectos, el 14 de enero de 2013 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Córdoba, de conformidad con lo estipulado en el artículo 11 del citado Decreto 332/2011, de 2 de noviembre.

**SEGUNDO.** Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

**TERCERO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.



El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, siendo su valor estimado de 284.302,00 euros y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación del contrato, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.c) del TRLCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

La resolución de adjudicación impugnada fue publicada en el perfil de contratante con fecha 25 de noviembre de 2015; sin embargo, en cuanto a la remisión a la ahora recurrente consta oficio de fecha de salida 24 de noviembre de 2015 pero no queda acreditado que el mismo se haya, efectivamente, remitido. En todo caso, la recurrente manifiesta que lo recibió el 30 de noviembre de 2015.

Al haberse interpuesto el recurso el 14 de diciembre de 2015 en el registro del órgano de contratación, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado, aún en el supuesto de que la remisión a la recurrente se hubiese realizado el mismo 24 de noviembre de 2015.

**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita en su recurso que, con estimación del mismo, se proceda a anular la adjudicación efectuada para que, con retroacción de las actuaciones, se le permita acceder a la oferta de la adjudicataria, y en todo caso, se anule la adjudicación, requiriendo al órgano de contratación para que proceda a valorar



su oferta en los términos expuestos en el recurso, al cumplir su equipo con las mismas especificaciones que han sido valoradas positivamente en relación con el equipo ofertado por la adjudicataria, y, en consecuencia, se le otorgue igualmente 17 puntos en los criterios de adjudicación no evaluables mediante fórmulas relativos a las especificaciones técnicas A, B y C, procediendo a adjudicarle el contrato.

La recurrente centra su recurso, por un lado, en que se le ha provocado indefensión a la hora de interponer el recurso al no habersele permitido acceder a la oferta de la adjudicataria y, por otro lado, en combatir la valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor.

Por su parte, el órgano de contratación no formula alegación alguna al respecto, limitándose su informe a tan solo una relación fáctica de los antecedentes de hecho y a una remisión al informe, de 26 de octubre de 2015, de valoración de las ofertas elaborado por la comisión técnica donde, evidentemente, el presente alegato todavía no se había producido, aún cuando el órgano de contratación afirma que en el citado informe se trata el fondo de las distintas cuestiones planteadas en el recurso pero sin llegar a combatir, en definitiva, los distintos motivos de recurso esgrimidos por la recurrente, por lo que a la hora de resolver el objeto de la controversia este Tribunal no cuenta con argumentos del órgano de contratación que confirmen la validez de la actuación impugnada.

Hecha la anterior reserva y como se ha expuesto, en el primer motivo del recurso la recurrente alega que se le ha provocado indefensión a la hora de interponer el recurso al no habersele permitido acceder a la oferta de la adjudicataria. Señala que previo requerimiento de acceso a la oferta de la ahora adjudicataria con fecha 25 de noviembre de 2015, reiterado el 4 de diciembre de 2015, recibe del órgano de contratación Anexo IV-B del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) por el que empresa ÁLAVA, ahora adjudicataria, indica la confidencialidad de todos los documentos de la oferta. Al



respecto, añade la recurrente que dicha declaración de confidencialidad de fecha 3 de diciembre de 2015 es posterior a la solicitud de vista efectuada por ella y, en todo caso, posterior a las ofertas presentadas por los licitadores.

Afirma la recurrente que dicha declaración de confidencialidad, según el PCAP, forma parte del sobre de documentación general, por lo que debe presentarse en el momento en el que los licitadores presentan sus ofertas. Es por ello que, a su juicio, aquella no debió ser tenida en cuenta por el órgano de contratación y, en consecuencia, se le hubo de dar acceso al contenido de la oferta de ÁLAVA.

Además invoca la recurrente, con cita en la resolución 343/2015, de 17 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que a su vez cita el informe 46/2009, de 26 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, determinada doctrina del citado Tribunal que afirma que las empresas quedan vinculadas por la declaración de confidencialidad que efectuaron al formular su oferta, sin que sean admisibles declaraciones de confidencialidad globales, y sin perjuicio de la facultad que asiste al órgano de contratación de verificar si dicha declaración de confidencialidad responde efectivamente al secreto comercial o industrial.

Al respecto, concluye la recurrente que dicha doctrina ha sido incumplida por el órgano de contratación, puesto que conforme se ha acreditado la declaración de confidencialidad ha sido posterior a la oferta y ha sido remitida de modo global, afectando incluso a cuestiones que no responden a un secreto comercial o industrial, como puede ser la declaración de plazos de entrega del suministro, dejándola, a su juicio, en franca situación de indefensión a la hora de interponer el presente recurso especial en materia de contratación, máxime teniendo en cuenta su siguiente alegato del recurso.

**SEXTO.** Vistas las alegaciones de las partes procede examinar el fondo de este primer motivo del recurso. Al respecto, la recurrente plantea, por un lado, que la



declaración de confidencialidad ha sido posterior a la oferta y, por otro, que la misma ha sido formulada de modo global, afectando incluso a cuestiones que no responden a un secreto comercial o industrial.

1. En cuanto a que la declaración de confidencialidad ha sido posterior a la oferta, hay que destacar, en primer lugar, que según los hechos que constan en el expediente, efectivamente, ha sido así y, en segundo lugar, que el PCAP exige específicamente que la declaración de confidencialidad ha de presentarse dentro del sobre 1 de documentación acreditativa de los requisitos previos. De lo anterior, la recurrente deduce que la declaración de confidencialidad aportada no debió ser tenida en cuenta y por ello, se le hubo de dar acceso a la oferta técnica de la ahora adjudicataria. Sin embargo, el hecho de que la entidad ÁLAVA no hubiese indicado en el momento de presentar su oferta, tal y como le exigía el PCAP, qué parte de la misma entendía que era confidencial, no implica que la oferta no contenga elementos que hayan de ser salvaguardados debidamente de su divulgación a terceros.

Ante esta situación el órgano de contratación, aún después de haber concluido el plazo de presentación de ofertas, y ante la solicitud de la recurrente de vista de la oferta de la adjudicataria, solicitó a ésta que se pronunciara sobre qué parte de la misma debía ser calificada como confidencial. Este Tribunal considera que dicha actuación del órgano de contratación es prudente y razonable, a tenor de lo establecido en el artículo 153 de TRLCSP que señala que *“El órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, (...)”*.

En efecto, la consecuencia alegada por la recurrente de que la declaración de confidencialidad aportada no debió ser tenida en cuenta, al no haberse



presentado junto con la oferta, incurre en un formalismo exagerado, incompatible con la necesidad de respetar -ex artículo 153 del TRLCSP- el principio de confidencialidad.

2. En cuanto a que la declaración de confidencialidad ha sido hecha de modo global afectando incluso a cuestiones que no responden a un secreto comercial o industrial, hay que tener en cuenta, según consta en la documentación remitida a este Tribunal, que el contenido de la oferta incluida en el sobre 2 -Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor- de ÁLAVA incluye siete apartados y que su declaración de confidencialidad abarca todos los apartados de su oferta contenida en el sobre 2, salvo el séptimo denominado catálogos. En dicho apartado de catálogos se contienen en inglés todos los catálogos y notas de aplicación de los elementos que constituyen el sistema de microscopia de proximidad ofertado por ÁLAVA -según manifiesta en su oferta-.

Pues bien, sobre el contenido de la declaración de confidencialidad este Tribunal se ha pronunciado en varias de sus resoluciones, sirva por todas la 176/2014, de 25 de septiembre y la 183/2015, de 19 de mayo. En ellas se recoge la doctrina acuñada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que este Tribunal comparte plenamente.

Dicha doctrina puede resumirse en el sentido de que debe buscarse el necesario equilibrio entre el derecho de defensa del licitador que solicita el acceso a la documentación y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador que se opone al mismo, sin que la obligación de confidencialidad a que se refiere el artículo 140.1 del TRLCSP pueda afectar a la totalidad de la oferta realizada por éste último. Por tanto, en el caso de que un licitador califique como confidencial de manera indiscriminada toda la documentación incluida en su proposición, corresponderá al órgano de contratación determinar aquella documentación del mismo que, en particular, no afecte a secretos técnicos o comerciales y pueda ser examinada por los demás licitadores.



En definitiva, ni el principio de confidencialidad es absoluto ni tampoco lo es el de publicidad, por lo que habrá de encontrarse un razonable equilibrio entre ambos.

La doctrina expuesta lleva, en el supuesto examinado, a considerar que el órgano de contratación no debió amparar una calificación casi indiscriminada de confidencialidad de la oferta de la ahora adjudicataria. Ahora bien, la denegación del acceso a la mayor parte de la citada oferta solo tendrá consecuencias directas en el procedimiento, si de ello pudiera resultar una efectiva lesión del derecho de defensa de la recurrente a efectos de la interposición de un recurso fundado.

En cuanto a la indefensión, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias 210/99 y 26/99, entre otras), y a la doctrina reiterada de este Tribunal, manifestada, entre otras, en las resoluciones 39/2013, de 1 de abril y 39/2015, de 10 de febrero, la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, cuestión ésta que se abordará más adelante, una vez que se haya analizado el siguiente motivo del recurso.

**SÉPTIMO.** En el segundo de los motivos de recurso, como se ha expuesto anteriormente, la recurrente combate la valoración de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor.

Alega que el informe de valoración de las ofertas de 26 de octubre de 2015 (la recurrente pone por error noviembre) ha incurrido en una clara arbitrariedad con una voluntad inequívoca de beneficiar a un licitador respecto a los otros.



Afirma que, a la vista de los pliegos, la valoración relativa a los criterios evaluables mediante juicios de valor resulta irracional y arbitraria. En concreto el alegato de la recurrente se centra en la valoración y en la justificación de la misma que el informe técnico realiza de las especificaciones A, B y C, que se valoran con hasta 17 puntos, habiendo obtenido la recurrente 13 puntos y la adjudicataria 17.

Dichos criterios de adjudicación evaluables mediante juicios de valor vienen descritos en los anexos IV-A y VI-A del PCAP y de manera muy poco ortodoxa en la cláusula sexta “Características técnicas” del pliego de prescripciones técnicas (PPT).

En el anexo VI-A del PCAP “Criterios de adjudicación y baremos de valoración” se recoge dentro de los criterios evaluables mediante juicios de valor, entre otros, el siguiente: “1. Valor técnico del equipamiento (hasta 42 puntos)”. Asimismo, y en relación con ese criterio el anexo IV-A del PCAP “Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor”, señala que es necesario aportar “Memoria del bien o de los lotes ofertados. Deberá consistir en una descripción del bien o de cada uno de los lotes ofertados (en el mismo orden y numeración que figuran en el Pliego de Prescripciones Técnicas), en la que deberán hacer referencia, al menos, a la descripción de las características técnicas, estéticas y funcionales, así como la marca, el modelo del bien o de los lotes ofertados, incluyendo catálogo específico del material, si lo hubiera”.

Pues bien, el desglose de esos 42 puntos, como se ha señalado anteriormente, se recoge en la cláusula sexta “Características técnicas” del PPT, en 25 puntos por un lado y 17 puntos por otro. La valoración de este último subcriterio es lo que la recurrente combate. Dicho subcriterio valorado con hasta 17 puntos se recoge en la citada cláusula sexta del PPT expresándose en la misma que se valorarán los siguientes requisitos o componentes exigibles:

“A. Scanner de alta velocidad/resolución.

B. Caja de guantes para trabajar en atmósferas controladas y/o cámara de control ambiental.



*C. Modos de trabajo adicionales:*

- *Microscopía de efecto túnel (STM)*
- *STM electroquímico (EC-STM)*
- *Espectroscopía I-V y de efecto túnel (STS)*
- *Nanomanipulación*
- *Nanolitografía*
- *Nanoindentación*
- *Otros modos especializados de trabajo”*

Con base en lo anterior, el informe de valoración de las ofertas de 26 de octubre de 2015 asigna a la recurrente y a la adjudicataria la siguiente puntuación:

Subcriterio	Especificación A	Especificación B	Especificación C	Puntos
Recurrente	SI	SI	ADICIÓN	13
Adjudicataria	SI	SI	ADICIÓN	17

SI = Cumple con el mínimo especificado;  
ADICIÓN = Cumple plenamente con lo especificado y supera los mínimos establecidos

En cuanto a la justificación de la puntuación asignada, el informe señala:

*“El Instituto de Química Fina y Nanoquímica está constituido por 14 grupos de investigación y, en consecuencia, necesita un equipo de altas prestaciones y, a la vez, dotado de gran versatilidad.*

*En este sentido, 2 de las 7 empresas evaluadas, ÁLAVA INGENIEROS y BIOMETEA, presentan en este apartado las mejores soluciones técnicas a los problemas que abordarán los grupos del Instituto. Esto se fundamenta en los siguientes aspectos:*

*1) 5 grupos de investigación desarrollarán prioritariamente líneas de investigación en el campo de la Electroquímica y, por tanto, es esencial adquirir un equipo con modos electroquímicos que satisfagan sus necesidades. De ahí que a estos modos de trabajo se les haya concedido una especial importancia.*



2) Un campo de trabajo en que los equipos de SPM comienzan a utilizarse en el estudio de las reacciones que tienen lugar en las baterías de litio, una de las líneas que se potenciarán con la adquisición de este equipo. Para estas medidas se requiere un control riguroso de los niveles de oxígeno y de humedad, por lo que es necesario el uso de cámaras de control ambiental adecuadas. Sólo los equipos ofertados por BIOMETETA y ÁLAVA INGENIEROS satisfacen completamente estos requisitos.

3) ÁLAVA INGENIEROS oferta en su equipo otros modos electroquímicos especializados de trabajo adicionales, lo que se ha valorado muy positivamente.

4) La cámara de control ambiental integrada en el equipo de ÁLAVA INGENIEROS permite la introducción de diferentes gases, incluidos gases reactivos.

5) Teniendo en cuenta que el equipo será utilizado por un gran número de usuarios, la configuración del escáner del equipo de ÁLAVA INGENIEROS garantiza que este componente no se dañe por el uso con diferentes fluidos (gases y líquidos).

6) El trabajo en líquidos y en muestras biológicas es un aspecto destacado para numerosos grupos del Instituto. En este sentido, la posibilidad de estudiar los fenómenos de reconocimiento molecular mediante modos especializados de trabajo ha sido valorado positivamente. ÁLAVA INGENIEROS ofrece soluciones muy satisfactorias mediante la inclusión del modo de trabajo especializado MAC (software PicoTREC), junto con un kit químico de funcionalización de puntas.”

La recurrente en su recuso combate, de los aspectos anteriores recogidos en el informe técnico de valoración de las ofertas de 26 de octubre de 2015, los números 1, 3, 4, 5 y 6.



1. En cuanto al aspecto justificativo 1, que señala que *“5 grupos de investigación desarrollarán prioritariamente líneas de investigación en el campo de la Electroquímica y, por tanto, es esencial adquirir un equipo con modos electroquímicos que satisfagan sus necesidades. De ahí que a estos modos de trabajo se les haya concedido una especial importancia”*, la recurrente alega que ofreció como mejora un equipo idéntico, es decir, ofreció dos aparatos, lo que permitirá que dos equipos trabajen al mismo tiempo en cuestiones diferentes, duplicando la capacidad de investigación de la Universidad de Córdoba y, sin embargo, el órgano de contratación no lo ha tenido en cuenta.

Al respecto es necesario recordar que el criterio de adjudicación denunciado por la recurrente es el valor técnico del equipo y de su descripción no se extrae la posibilidad de valorar aquellas ofertas que supongan un mayor número de unidades del producto que se adquiere.

En efecto en el citado criterio lo que se valora son las características de una serie de requisitos o componentes exigibles, tales como escáner de alta velocidad o de alta resolución y caja de guantes para trabajar en atmósferas controladas y/o cámara de control ambiental, así como determinados modos de trabajo y no, como pretende la recurrente, un mayor número de unidades del suministro que se adquiere. Procede, pues, desestimar este alegato de la recurrente relacionado con el aspecto justificativo 1 del informe técnico de valoración de las ofertas de 26 de octubre de 2015.

2. En cuanto al aspecto justificativo 3, que señala que *“ÁLAVA INGENIEROS oferta en su equipo otros modos electroquímicos especializados de trabajo adicionales, lo que se ha valorado muy positivamente”*, la recurrente alega que la celda electroquímica del equipo de “Park Systems” que ha ofertado también permite el trabajo en líquidos corrosivos y gases reactivos. A su juicio, la celda controla simultáneamente la temperatura y el ambiente, permitiendo cuando se opera en modo cerrado el intercambio de líquidos y/o gases. Asimismo, manifiesta que modos de trabajo como contacto, no contacto real, tapping, STM



electroquímico, etcétera son compatibles con medidas en condiciones de ensayos electroquímicos, es decir, que su equipo ofertado, a su juicio, contiene otros modos electroquímicos especializados de trabajo adicional que no han sido valorados por el órgano de contratación.

3. En cuanto al aspecto justificativo 4, que señala que *“La cámara de control ambiental integrada en el equipo de ÁLAVA INGENIEROS permite la introducción de diferentes gases, incluidos gases reactivos”*, la recurrente alega que la celda universal de líquidos y gases incluida en su equipo ofertado también permite la introducción de diferentes gases, incluidos gases reactivos, así se menciona la memoria de su oferta, y sin embargo no ha sido valorado por el órgano de contratación.

4. En cuanto al aspecto justificativo 5, que señala que *“Teniendo en cuenta que el equipo será utilizado por un gran número de usuarios, la configuración del escáner del equipo de ÁLAVA INGENIEROS garantiza que este componente no se dañe por el uso con diferentes fluidos (gases y líquidos)”*, la recurrente, por un lado, reproduce su alegación anterior de ofrecer dos equipos, circunstancia ésta que ha sido ya analizada más arriba y a cuyo análisis nos remitimos, y por otro lado, alega que la configuración y diseño de la celda de líquidos de su equipo ofertado -NX10-, garantiza que el uso de gases y líquidos, incluso reactivos, no dañen el mismo; manifiesta que es un módulo de trabajo instalado muy frecuentemente, de sobra contrastado, y es uno de los principales en su equipo ofertado, pudiéndose asegurar que es cien por cien compatible con el uso y mantenimiento óptimo de sus componentes. Para asegurar la estanqueidad de la celda incorpora una capa de material resistente al agua, como goma nitrilada carboxilada, componente que garantiza la estanqueidad del equipo y lo previene de cualquier daño que los fluidos empleados en la celda de líquidos pudiera ocasionar al sistema, incluido el XY escáner, que queda aislado de los fluidos de la celda gracias a la configuración y arquitectura de ésta. En definitiva, a su juicio, también cumple ampliamente dicho requisito, y sin embargo no ha sido valorado por el órgano de contratación.



5. En cuanto al aspecto justificativo 6, que señala que *“El trabajo en líquidos y en muestras biológicas es un aspecto destacado para numerosos grupos del Instituto. En este sentido, la posibilidad de estudiar los fenómenos de reconocimiento molecular mediante modos especializados de trabajo ha sido valorado positivamente. ÁLAVA INGENIEROS ofrece soluciones muy satisfactorias mediante la inclusión del modo de trabajo especializado MAC (software PicoTREC), junto con un kit químico de funcionalización de puntas”*, la recurrente, por un lado, señala que según información que aparece en la página de “Keysight Tec”, el modo MAC III no cumple con la normativa europea RoHS y será descatalogado antes de diciembre de 2016, con la consiguiente falta de asistencia y repuestos, o lo que es lo mismo se está posibilitando un suministro que en menos de un año será obsoleto, incumpliendo incluso las bases de la convocatoria que han permitido a la Universidad de Córdoba obtener la subvención para financiar la presente licitación.

Y por otro lado, la recurrente alega que, a su juicio, el empleo de modo MAC en el trabajo con muestras biológicas presenta varios inconvenientes que enumera en su escrito de recurso. Concluyendo que mediante el trabajo con Tapping en líquidos, en el que se basa su equipo ofertado, se puede hacer exactamente lo mismo que en el modo MAC, siendo esta una cuestión que no ha sido valorada por el órgano de contratación.

**OCTAVO.** Pues bien, queda claro que el presente supuesto trata de una controversia entre el parecer técnico de la empresa recurrente y el del órgano de contratación -manifestado en el informe técnico de valoración de ofertas de 26 de octubre de 2015 anteriormente transcrito, en la parte que es objeto de controversia-. En este sentido, tratándose de la valoración de criterios sometidos a un juicio de valor, y aun sin contar con argumentos del órgano de contratación que confirmen la validez de la actuación impugnada, hemos de concluir que nos encontramos ante una cuestión de discrecionalidad técnica. Siendo así que lo que postula la empresa en su recurso es una valoración paralela a la realizada por el órgano de contratación, que se mueve, como ha



señalado la jurisprudencia, dentro del principio de libre apreciación, pero que no puede prevalecer sobre el criterio de un órgano técnico especializado, al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas en el supuesto analizado por la doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores acuñada por el Tribunal Supremo, que debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación.

La doctrina de la discrecionalidad técnica ya ha sido expuesta en profundidad por este Tribunal al abordar la valoración de las ofertas con arreglo a juicios de valor. Así en resoluciones anteriores, entre las más recientes la 354/2015, de 14 de octubre y la 47/2016, de 25 de febrero, hemos aludido a la Sentencia del Tribunal Supremo 23 de noviembre de 2007 (RJ\2007\8550) que, a su vez, remite a la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que *“la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución, ni el principio de sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican. Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados.”*

Así ocurre, sigue señalando la sentencia, en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte a cuestiones de legalidad, pero sin que puedan sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores.



Asimismo, este Tribunal ha invocado en numerosas resoluciones, también en las citadas 332/2015 y 354/2015, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324) que afirma lo siguiente: *«La discrecionalidad técnica parte de 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. De modo que dicha presunción "iuris tantum" sólo puede desvirtuarse 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. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulan una evaluación alternativa a la del órgano calificador (...)».*

En el presente supuesto, se ha de concluir que la valoración realizada por el órgano de contratación se ha llevado a cabo mediante criterios estrictamente técnicos, puesto que no se aprecia que en la evaluación de las ofertas se haya incurrido en un error manifiesto u ostensible. En este sentido, en la documentación remitida por el órgano de contratación, donde consta la oferta de la entidad adjudicataria ALAVA, este Tribunal ha podido comprobar que todas aquellas características de su oferta que el informe destaca se describen en la misma, no apreciándose que la valoración haya sido arbitraria pues la misma no se ha basado solo en la voluntad o en el capricho del órgano técnico, sino que obedece a lo expresado en los pliegos.

En cuanto a la diferencia de valoración -13 puntos la recurrente y 17 la adjudicataria-, ésta se haya suficientemente motivada, pues en el informe se



recogen las características y ventajas de la oferta de la adjudicataria determinantes de la diferencia de puntuación entre su proposición y la de la recurrente.

Con respecto a las cuestiones que la recurrente menciona en su escrito, relativas a características de su oferta que el órgano técnico, a su juicio, no ha valorado, hemos de indicar que las mismas no logran desvirtuar la valoración técnica realizada por la Comisión cuyo juicio técnico se presume certero, válido e imparcial salvo prueba en contra, sin que haya resultado acreditado por la recurrente error o arbitrariedad en el informe técnico pues, aparte de sus alegatos en el recurso, apoya fundamentalmente sus argumentos en la documentación justificativa de las características técnicas de su oferta, que según consta en el expediente remitido están descritas en un idioma distinto al castellano sin la debida traducción, a pesar de que el PCAP en su cláusula 9.2 exige que toda la documentación de las proposiciones que se presenten deberá venir en castellano y en caso de venir redactada en otra lengua deberá acompañarse de la correspondiente traducción oficial al castellano, traducción que no consta en la oferta, ni consta que fuese requerida por el órgano de contratación, ni se acompaña al escrito de recurso.

En cuanto a la alegación de la recurrente de que el modo MAC III no cumple con la normativa europea RoHS y será descatalogado antes de diciembre de 2016, es necesario traer a colación lo alegado por la adjudicataria como entidad interesada. Al respecto ALAVA señala que la normativa RoHS, como bien sabe la recurrente, no es de aplicación obligatoria hasta el 22 de julio de 2017, conforme al artículo 4.3 de la Directiva 2011/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos. Esta circunstancia ha sido verificada por este Tribunal que ha de dar la razón a la entidad interesada, toda vez que la normativa RoHS -restricciones de ciertas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos-, en concreto la citada Directiva 2011/65/UE que en su artículo 4.3 establece que “*El apartado 1 se*



*aplicará (...) a los instrumentos industriales de vigilancia y control que se introduzcan en el mercado a partir del 22 de julio de 2017”.*

Por su parte, en cuanto a que el equipo ofertado por la adjudicataria será descatalogado antes de diciembre de 2016, ALAVA señala que en su oferta incluía un documento oficial firmado por el fabricante de su equipo ofertado por el que se comprometía a actualizar el equipo 7500 (ofertado por la ALAVA) al 9500 (nuevo equipo lanzado por el fabricante a finales de 2015) sin ningún gasto adicional cuando éste último incluyera todos los modos solicitados en la licitación, por lo que los equipos suministrados van a ser en todo momento equipos de última generación. A lo manifestado por ALAVA se une el hecho de que los pliegos no se pronuncian respecto a la necesidad o no de que el producto ofertado pueda estar próximo a su descatalogación.

En definitiva, este Tribunal no encuentra que la valoración efectuada por el órgano técnico especializado, asumida por la Mesa de contratación, sea fruto de un error, no apreciándose tampoco desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, sino que dicha valoración se hace conforme a los criterios establecidos en los pliegos, sin que se haya podido verificar los extremos que la recurrente afirma en su recurso como anteriormente ha quedado argumentado.

En consecuencia, con apoyo en todas las consideraciones realizadas, procede desestimar este segundo motivo del recurso, pues, a juicio de Tribunal, no se han superado los límites de la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas con arreglo al criterio evaluable mediante juicio de valor “1. Valor técnico del equipamiento (hasta 42 puntos)”, en concreto del subcriterio recogido en la cláusula sexta “Características técnicas” del PPT -página 6 del mismo-, valorado con un total de hasta 17 puntos.

**NOVENO.** Analizado este segundo motivo del recurso, queda por examinar conforme se señalaba en el fundamento de derecho sexto de esta resolución, si



el órgano de contratación al amparar una calificación casi indiscriminada de confidencialidad de la oferta de la ahora adjudicataria, le pudo ocasionar a la recurrente una efectiva lesión del derecho de defensa a efectos de la interposición de un recurso fundado.

Entiende este Tribunal, como se ha señalado en el fundamento anterior, que con lo recogido en el informe técnico de valoración de ofertas, de 26 de octubre de 2015, anteriormente transcrito, la diferencia de valoración en el criterio de adjudicación controvertido -13 puntos la recurrente y 17 la adjudicataria-, se haya suficientemente motivada, pues en el informe se recogen las características y ventajas de la oferta de la adjudicataria determinantes de la diferencia de puntuación entre su proposición y la de la recurrente, siendo suficiente para que ésta, si así lo deseaba, pudiese interponer un recurso útil y eficaz y suficientemente fundado, como efectivamente así lo hizo, no habiéndose producido, por tanto, menoscabo del derecho de defensa, por lo que no puede prosperar este alegato de la recurrente.

**DÉCIMO.** Por último, la recurrente manifiesta que aporta como documento 9 breve resumen técnico de lo mencionado en su recurso, en orden al cumplimiento por su parte de los requisitos técnicos alegados, así como documento 10 consistente en certificado emitido por el Jefe de Ventas del fabricante de su equipo, que justifica, a su juicio, que los microscopios que oferta tienen una cámara de líquidos cerrada, sellada con silicona para evitar cualquier fuga, y que resulta compatible con el intercambio de cualquier medio (líquido/gas).

Sin embargo, estos documentos 9 y 10 a que hace referencia la recurrente no constan aportados en la documentación comprensiva de su oferta, según ha podido constatar este Tribunal en el expediente de contratación aportado por el órgano de contratación.



Dicha documentación debió de haberla aportado la recurrente en su oferta técnica para de esa forma ilustrar al órgano técnico especializado a la hora de su valoración si lo que pretendía era obtener una mayor puntuación, y no ahora en esta fase de recurso para que este Tribunal la tenga en cuenta, cuestión que no es posible dado la exclusiva función revisora que tiene encomendada. Por tanto, lo que pretende la recurrente es aportar en vía de recurso lo que no hizo en el procedimiento de adjudicación.

En este sentido debe señalarse que, aún cuando tras la documentación presentada en vía de recurso se pudiese apreciar, aunque fuese de forma hipotética, que la recurrente es merecedora de una mayor puntuación, que ahora alega en su escrito de impugnación, lo cierto es que aquella ha incurrido en una infracción de los requisitos formales de presentación de la documentación en tiempo y forma.

En definitiva, debe ahora, en aras a preservar la finalidad del procedimiento y los principios de igualdad de trato que lo inspiran, soportar la consecuencias derivadas de su actuación.

En este sentido se ha manifestado este Tribunal en reiteradas ocasiones, entre las más recientes, en la Resolución 26/2015, de 29 de enero y 405/2015, de 25 de noviembre.

Procede, pues, la desestimación íntegra 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 **BIOMETA TECNOLOGÍA Y SISTEMAS, S. A.** contra la resolución, de 23 de noviembre de 2015, del Rector de la Universidad



de Córdoba, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro e instalación de un sistema de microscopía de proximidad (scanning probe microscopy), perteneciente al UNCO13-1E-1632 concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad a través de las ayudas a infraestructuras y equipamiento científico-técnico, correspondientes al Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, cofinanciado con el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) convocatoria 2013 (Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016)” (Expte. 2015/000111), convocado por la Universidad de Córdoba.

**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 47.5 del TRLCSP.

**TERCERO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento, cuyo mantenimiento fue acordado por Resolución de este Tribunal de 28 de enero de 2016.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

