

Recurso 230/2017**Resolución 243/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 13 de noviembre de 2017

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BRUKER ESPAÑOLA, S.A.** contra la Resolución, de 12 de septiembre de 2017, del Rector de la Universidad de Córdoba por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro e instalación de un espectómetro secuencial de fluorescencia de rayos X por dispersión de longitudes de onda (WDXRF), cofinanciado con FEDER” (Expte. 2017/00010), 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 8 de febrero de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. El citado anuncio fue publicado el 11 de febrero de 2017 en el Boletín Oficial del Estado nº 36 y el 21 de marzo de 2017 en la Plataforma de Contratación del Sector Público.



Asimismo se publicaron anuncios rectificativos, el 22 de febrero y el 18 de marzo de 2017, en el Diario Oficial de la Unión Europea y el 27 de marzo en el Boletín Oficial del Estado, número 73 y en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

El valor estimado del contrato asciende a 264.400 euros.

SEGUNDO. La presente licitación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, le es de aplicación 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, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

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

TERCERO. Tras la valoración de las ofertas presentadas en el procedimiento de adjudicación, el 12 de septiembre de 2017 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato mencionado a favor de la entidad PARALAB, S.L.

La citada resolución fue remitida a los licitadores y publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 13 de septiembre de 2017.

CUARTO. El 4 de octubre de 2017, 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). En su escrito la recurrente solicita además el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento.



QUINTO. Con fecha 5 de octubre de 2017 por parte de la Secretaría de este Tribunal se dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso presentado y se le solicitó el expediente administrativo, informe sobre el recurso interpuesto, así como sobre la medida provisional solicitada y un listado comprensivo de los licitadores que hubieran participado en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. Dicha documentación tuvo entrada en el Registro de este Tribunal con fecha 17 de octubre de 2017.

SEXTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 17 de octubre de 2017, se dio traslado del escrito de recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la entidad PARALAB, S.L. (en adelante PARALAB).

SÉPTIMO. El 19 de octubre de 2017, este Tribunal dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento.

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 contra aquél 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 Decreto



332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

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. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto.

El escrito de impugnación se deduce frente a la resolución de adjudicación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública. En consecuencia, procede el recurso especial de conformidad con lo estipulado en el 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 remitida a la recurrente el 13 de septiembre de 2017, presentándose el recurso el 4 de octubre de 2017, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Una vez examinados los requisitos de admisión del recurso, hemos de entrar en el examen de sus motivos.

La recurrente articula su escrito sobre un único motivo de impugnación que se centra en manifestar que el equipo incluido en la oferta de la entidad finalmente adjudicataria incumple los criterios técnicos exigidos en el pliego de



prescripciones técnicas (en adelante el PPT) para ser valorada conforme a uno de los criterios de adjudicación cuya aplicación se realiza por medio de juicios de valor de entre los establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP). Es por ello, que solicita la anulación de la resolución de adjudicación, que este Tribunal acuerde la reducción de la puntuación de la oferta presentada por PARALAB y que se declare a la recurrente adjudicataria del contrato objeto de la licitación.

Para centrar el objeto del debate y por razones metodológicas procede reproducir a continuación aquella parte del expediente administrativo necesaria para la resolución del presente recurso y a continuación analizar la actuación de la mesa de contratación.

En este sentido, debemos mencionar que la recurrente cuestiona la valoración realizada por la mesa de contratación de la oferta presentada por PARALAB con respecto a un criterio de adjudicación cuya aplicación se realiza mediante un juicio de valor. Sobre esta cuestión el PCAP en su cláusula 9.2.2. regula la documentación que debe incluirse en el Sobre nº2 de las ofertas para que sean valoradas respecto a este tipo de criterios de adjudicación; la mencionada cláusula indica que en este sobre se deberá incluir la documentación que se menciona en el Anexo III del PCAP.

En el Anexo III del PCAP se indica que en el Sobre nº2 se presentará entre otra documentación: *«Oferta técnica: Memoria del equipamiento objeto de la presente contratación. Deberá consistir en una descripción del equipamiento (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, incluyendo catálogo específico del material, si lo hubiera».*

En el Anexo V del PCAP se establecen los criterios de adjudicación y los baremos de valoración. En el punto tercero del mencionado anexo se establecen los criterios de adjudicación cuya aplicación se realiza mediante juicios de valor. La



recurrente combate la valoración de las oferta de PARALAB con respecto al primero de ellos, que está ponderado con 30 puntos y donde se valora lo siguiente: *«Sistema de análisis de distribución elemental, análisis multicapa y microanálisis, con capacidad de hacer medidas en aire y vacío. Se tendrá en cuenta el tamaño de la zona irradiada (mínimo 500 μ m, con posibilidad de 1 y 2 mm), versatilidad en la posibilidad de introducir muestras de tamaños y geometrías variables (desde muestras de joyería a muestras arqueológicas, con más de 10 cm en sus tres dimensiones) y el movimiento controlado de la muestra en los ejes x, y, z para facilitar el análisis de distribución elemental. La realización de estas prestaciones podrá resolverse con diferentes aproximaciones que serán objeto de valoración.*

Para el cumplimiento íntegro de este criterio el licitador podrá optar por la inclusión de otro analizador (espectrómetro EDXRF) o cualquier solución alternativa que garantice la efectividad de la prestación, imprescindible para dar respuesta a las necesidades de varios de los grupos de investigación que respaldan la propuesta».

Según consta en el expediente administrativo remitido a este Tribunal con fecha 16 de mayo de 2017 tuvo lugar sesión de la mesa de contratación de apertura de los Sobres nº2 presentados por los distintos licitadores que habían concurrido al procedimiento. Según se desprende del acta emitido al efecto se procede a la apertura de los mencionados sobres y se traslada la documentación a la comisión técnica para que realice el correspondiente informe sobre la valoración de las ofertas.

Con fecha 4 de julio de 2017, se emite informe de la comisión técnica relativo a la valoración de las ofertas con relación a los criterios de adjudicación de aplicación mediante juicios de valor; este informe fue refrendado por la mesa de contratación según se extrae del acta de la sesión celebrada con fecha 5 julio de 2017. Con respecto a la valoración de las ofertas en relación al criterio de adjudicación controvertido -que ha sido anteriormente reproducido-, la comisión técnica realiza una valoración de 0 a 5 y posteriormente extrapola dicha puntuación a los 30 puntos otorgados al criterio de adjudicación . Al valorar la oferta de la entidad finalmente adjudicataria -PARALAB- la comisión técnica le concede una puntuación de 4 que se extrapola a 24 puntos, con base a la



siguiente motivación: *«Permite un análisis óptimo de la distribución elemental, análisis multicapa y microanálisis, así como realizar medidas en aire y a vacío. Además ofertan un segundo analizador que además de incrementar la versatilidad en la medida ya que permite medir simultáneamente varias muestras aunque estas no se pueden medir en vacío y optimiza la efectividad de la prestación ya que permite la inclusión de muestras de tamaño mediano, dando respuesta a las necesidades de la mayoría los grupos que apoyan la propuesta».*

Pues bien, es esta valoración la que combate la entidad recurrente al considerar que PARALAB incluyó en su oferta un dispositivo que no cumple con los requisitos establecidos en el PCAP para obtener la puntuación que la mesa de contratación finalmente le otorgó y que además este equipamiento no cumple con los requisitos mínimos exigidos en el PPT.

Efectivamente, la cláusula 3.4 del PPT establece los requisitos mínimos que ha de cumplir el equipamiento suministrado, entre otros se señala que: *«Todo el equipamiento suministrado deberá disponer de aprobación de tipo por el Ministerio de Industria y cumplir con todas las normas de seguridad, protección eléctricas y radiológicas vigentes actualmente».*

Sobre esta cuestión, argumenta la entidad recurrente que con fecha 21 de septiembre de 2017 tuvo acceso al expediente de contratación y que del examen del mismo ha podido comprobar que la entidad PARALAB presentó en su oferta el equipo *«Oxford Instruments modelo Xstrata 920»* (en adelante Xstrata). Señala que PARALAB, para obtener puntuación en el criterio de adjudicación objeto de controversia, teniendo en cuenta que el suministro ofertado no incluía los diferentes aspectos que son objeto de valoración en el mismo, indicó en su oferta que el sistema Xstrata es actualizable al modelo *«MAXXI 6»* dispositivo que sí tiene estas especificaciones y que fue así como obtuvo la puntuación otorgada, pero la mesa de contratación obvió que el dispositivo MAXXI 6 no



dispone de la aprobación de tipo expedida por el Ministerio correspondiente, que es un requisito que se establece -como hemos reproducido- en el PPT.

En este sentido, la recurrente manifiesta que la entidad PARALAB oferta por un lado la máquina Xstrata que sí tiene la Aprobación de Tipo pero no las especificaciones que se valoran en el criterio de adjudicación controvertido y por otro, oferta la máquina MAXXI 6 que sí tiene las especificaciones técnicas valorables pero no la aprobación de tipo.

Sobre esta actuación de la entidad finalmente adjudicataria, la recurrente elabora dos hipótesis, en primer lugar, considera que como PARALAB no puede ofertar la máquina MAXXI 6 por los motivos mencionados, esta ofrece el dispositivo Xstrata e indica que la misma es «actualizable» a MAXXI 6 presentando así en su oferta todas las características técnicas de esta última máquina que son las que le permiten obtener la puntuación. Sobre esta actuación, la recurrente argumenta que no resulta posible actualizar la máquina Xstrata desde un punto de vista legal ya que cualquier actuación, actualización o modificación que se produjese sobre este equipo supondría quebrantar la aprobación de tipo existente, que se ha expedido para un modelo con unas especificaciones concretas.

En segundo lugar, considera la recurrente que quizás PARALAB pretende suministrar en primer lugar el equipo Xstrata para después, una vez obtenida la aprobación de tipo, suministrar la máquina MAXXI 6. Considera la recurrente que esta opción tampoco es viable pues la maquinaria a ofertar en el concurso debía de cumplir con todas las prescripciones técnicas en el momento en el que finaliza el plazo de presentación de ofertas que concluyó el 24 de abril de 2017.

Expone la recurrente que tanto en un supuesto como en otro es inaceptable que la entidad PARALAB haya incluido en su oferta para que sea valorada un equipo que no es suministrable porque no dispone de la aprobación de tipo y, en este sentido, si se estima esta pretensión y se disminuye la puntuación recibida por la mencionada entidad bajo este criterio de adjudicación la recurrente obtendría en



la valoración global de las ofertas la máxima consideración por lo que resultaría adjudicataria del contrato.

Por otro lado, el órgano de contratación entre la documentación remitida a este Tribunal incluye un informe elaborado por la comisión técnica que se encargó de valorar las ofertas con ocasión del recurso interpuesto, donde se argumenta que la mencionada comisión valoró las características de los equipos incluidos en la oferta de PARALAB-Primus II y Xstrata- con respecto a los aspectos reseñados en el criterio de adjudicación controvertido y que no fue objeto de valoración el equipo MAXXI 6, en cuyo caso, la oferta de PARALAB habría obtenido una mayor puntuación en este criterio, por ello considera que se debe desestimar el recurso.

La entidad PARALAB argumenta en su escrito de alegaciones, que el equipo Xstrata que incluye en su oferta: *«permite medir la distribución elemental, análisis multicapa y microanálisis, puede contener muestras de gran tamaño, tiene control de la posición de la muestra en x, y, z para facilitar análisis de distribución elemental y puede trabajar con muestras de geometría variable como joyas, muestras arqueológicas y otras»* y que por tanto es un equipo que justifica la puntuación que recibió su oferta.

En este sentido, manifiesta PARALAB que las adaptaciones de este modelo al MAXXI 6 hubieran conllevado: *«más resolución espacial por inclusión en la propuesta de colimadores de 50 micras»* y que por tanto habrían justificado una mayor puntuación, por lo que -en su opinión- la mesa de contratación no consideró las ventajas que aportaba este modelo.

Sobre lo anterior, añade la entidad PARALAB que la valoración técnica de su oferta se realizó teniendo en cuenta el conjunto de los equipos que se incluyen en la misma -en un sentido similar a lo argumentado por el órgano de contratación- ya que con su propuesta: *«se puede llevar a cabo Microanálisis en vacío con el equipo Primus (WDXRF) y además se puede hacer Microanálisis en el equipo*



Xstrata (EDXRF) en el caso de que las muestras sean de mayor tamaño con lo que se cubren todas las expectativas analíticas que se demandan en las especificaciones de los pliegos técnicos», lo que vuelve a justificar la puntuación obtenida por su oferta en este criterio de adjudicación.

Finalmente, manifiesta la entidad PARALAB que de los requisitos establecidos en el PPT se infiere que el requisito de la aprobación de tipo con relación a los equipos suministrados se exige en el momento de su entrega e instalación, por lo que el mencionado requisito no es trasladable al momento en que se presenta la oferta. Considera, que en las licitaciones donde se demanda que los equipos tengan previamente -a fin de plazo de presentación de ofertas- la aprobación de tipo, se solicita este documento acreditativo en la memoria técnica, y en este supuesto al no haberse exigido, no se puede interpretar el requisito establecido en el PPT de la forma que argumenta la recurrente, por lo que se debe desestimar el recurso.

SEXTO. A la vista de lo expuesto por cada parte procede entrar sobre el fondo del objeto de la controversia. En el presente supuesto, la controversia estriba en la valoración paralela que la recurrente realiza de la oferta de PARALAB, que difiere de la realizada por la mesa de contratación, sin embargo, tenemos que tener en cuenta que esta cuestión queda dentro de su ámbito de discrecionalidad técnica a la hora de valorar las ofertas con respecto a los criterios de adjudicación cuya aplicación se encuentra sujeta a juicios de valor.

En este sentido, procede mencionar que los argumentos esgrimidos por la recurrente en su escrito no dejan de ser una apreciación técnica paralela a la efectuada por el órgano evaluador en el curso del procedimiento de adjudicación, apreciación que no puede prevalecer sobre el juicio emitido por dicho órgano especializado, cuyo razonamiento técnico goza de una presunción iuris tantum de acierto y razonabilidad, que solo puede desvirtuarse si se acredita infracción o el desconocimiento del proceder razonable, 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.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo que, en Sentencia de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324), viene a sostener que la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos evaluadores de la Administración y que dicha discrecionalidad reduce las posibilidades de control jurisdiccional 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 solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador.

Y en sentido similar, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 2014 (Recurso 3157/2013), viene a señalar que la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadores, impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico.

En el supuesto analizado, se comprueba que efectivamente en la oferta de PARALAB figura que se incluye un segundo equipo: «*EDXRF de Oxford Instruments modelo Xstrata 920 actualizable a MAXXI 6*». Sobre la valoración que ha efectuado la mesa de contratación de la oferta de esta entidad, menciona claramente el órgano de contratación al aportar un informe suscrito por la misma comisión técnica que realizó el informe de valoración de las ofertas, que se ha valorado el equipo PRIMUS II y el Xstrata 920 y que no ha sido valorado el equipo MAXXI 6 y que si así hubiera sido, la oferta de PARALAB habría obtenido una mayor puntuación.

Sobre esta cuestión, este Tribunal no ha encontrado errores ostensibles o manifiestos que demuestren lo contrario toda vez que la entidad PARALAB indica en su oferta que incluye el equipo Xstrata 920 y el órgano de contratación



asume que dicho equipo satisface -junto con el Primus II- parte de los requerimientos que son objeto de valoración bajo el criterio de adjudicación controvertido y que, es por ello, que le otorga una puntuación de 24 sobre 30 puntos, a diferencia de la oferta de la recurrente que en este criterio de adjudicación obtiene la máxima puntuación.

Así queda motivado en la resolución de adjudicación anteriormente transcrita y en el informe al recurso donde se indica que PARALAB obtiene esta puntuación porque: *«Ofrece los equipos Primus II de Rigaku (WDRFX) y Xstrata 920 de Oxford Instruments (EDXRF). Permite un análisis óptimo de la distribución elemental, análisis multicapa y microanálisis, así como realizar medidas en aire y a vacío (Primus II). El equipo Xstrata 920 incrementa la versatilidad de las medidas, ya que permite la inclusión de muestras de tamaño mediano. Por tanto, ambos equipos contribuyen con sus especificaciones al cumplimiento de la mayor parte de los requerimientos del criterio 1, por lo que se le han adjudicado 24 puntos».*

Finalmente, la recurrente solicita práctica de prueba consistente en requerir a la Secretaría General de Energía dependiente del Ministerio de industria para que informe con relación a si la máquina MAXXI 6 tiene concedida la aprobación de tipo oficial y si la empresa PARALAB tiene autorización de ese Ministerio para comercializar dicha máquina.

Sobre esta cuestión, este Tribunal considera que toda vez que no ha sido considerado que la máquina MAXXI 6 haya sido valorada -por todo lo anteriormente argumentado- no afecta a la resolución de este procedimiento el hecho de que la misma disponga o no de aprobación de tipo, por ello, no resulta procedente la práctica de prueba solicitada por la recurrente.

Procede, pues, la desestimación del recuso interpuesto.

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



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BRUKER ESPAÑOLA, S.A.** contra la resolución, de 12 de septiembre de 2017, del Rector de la Universidad de Córdoba por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro e instalación de un espectómetro secuencial de fluorescencia de rayos X por dispersión de longitudes de onda (WDXRF), cofinanciado con FEDER” (Expte. 2017/00010), 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 19 de octubre de 2017.

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.

