



**Recurso nº 1255/2021**

**Resolución nº 1426/2021**

**Sección 1ª**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL  
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 21 de octubre de 2021.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. A.A.L., en representación de THERMO FISHER SCIENTIFIC S.L.U., interpuso recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento “*Suministro de un cromatógrafo de gases con detector de masas de triple cuádruplo para el laboratorio de la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil, O.A.*”, con expediente 152/20/CA/PA/SU, convocado por Confederación Hidrográfica del Miño-Sil; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** La Confederación Hidrográfica del Miño-Sil anunció en la Plataforma de Contratación del Sector Público de 25 de febrero de 2021 la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato arriba indicado, con un valor estimado que asciende a 148.760 euros.

**Segundo.** Publicados los Pliegos para la tramitación del expediente, y abiertas las ofertas presentadas por los licitadores, se adjudica el contrato a la empresa IZASA SCIENTIFIC S.L.U., tras renunciar al contrato la empresa BRUCKER ESPAÑOLA, SA y revisar a la baja la valoración recibida en la oferta de forma automática por la empresa THERMO FISHER SCIENTIFIC SLU, tras concederle trámite de aclaración, y entender que el producto ofrecido no cumplía con dos de los criterios exigidos por el PCAP de acuerdo con las especificaciones técnicas de los Pliegos.

La resolución de adjudicación se notifica el día 21 de julio de 2021 a los licitadores.



**Tercero.** El día 4 de agosto de 2021 tiene entrada en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda recurso especial en materia de contratación presentado por la empresa THERMO FISHER SCIENTIFIC SLU contra el acuerdo de adjudicación.

**Cuarto.** Se ha recibido por el Tribunal el expediente administrativo, y el correspondiente informe del órgano de contratación.

**Quinto.** Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso interpuesto a las otras licitadoras, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, no habiendo hecho uso de su derecho ninguna de las referidas empresas.

**Sexto.** Mediante resolución de la Secretaría de este Tribunal de 26 de agosto de 2021, se acordó mantener la suspensión provisional producida de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 LCSP, suspensión que se mantendrá hasta su levantamiento al dictado de la resolución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 57.3 LCSP.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP).

**Segundo.** Resultan de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), y el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC)

**Tercero.** Se impugna el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministros, regulado en el artículo 16 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los cien mil euros, por lo que el contrato y el acto impugnado son susceptibles de reclamación ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 44.1.a) y 44.2.a) de la LCSP.

El recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50 LCSP.



**Cuarto.** La entidad reclamante ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, que señala que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

*Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”.*

**Quinto.** Impugna la recurrente la revisión realizada de su oferta en base a criterios automáticos, a pesar de haber realizado aclaraciones técnicas a la mesa de contratación. Su oferta en un primer momento recibió un total de 50 puntos, según acta de la mesa de contratación de 5 de abril de 2021, sin embargo, luego, en sesión de 1 de julio y tras la emisión de un informe técnico, se reduce la puntuación a 40 puntos.

Alega la recurrente que la oferta presentada si cumple con lo exigido con los Pliegos, que estos son la Ley del Contrato, vinculando al órgano de contratación, y que, al estar ante criterios de carácter objetivo, no entra en juego la discrecionalidad técnica a la hora de valorar estos elementos de la oferta.

En relación con los elementos técnicos de su oferta, se indica que el producto ofrecido cuenta con cuadrupolos con un sistema de pre-barras para reducir su contaminación, anterior al pre-filtro en forma de S, previsto en el criterio 3 de la cláusula 17.3.1.2 del PCAP, adjuntando imágenes al recurso, y afirmando que es un sistema equivalente al de otros fabricantes, donde la única diferencia reside en el nombre que recibe el equipo. Se acompaña también de declaración responsable informando *“el cuadrupolo consta de unas barras, cuatro para ser exactos, y previas a cada una de estas, existen unas pre-barras, aisladas eléctricamente y a las que se aplica un voltaje de radiofrecuencia.”* Por lo que se considera que el criterio es indiscutiblemente cumplido por la oferta.



Así mismo, se ratifica el recurrente en que el producto también cumple con el criterio 4 de la cláusula 17.3.1.2 del PCAP, disponiendo de un *“sistema de inyección programable hasta 450 °C para maximizar el rango de volatilidades de los compuestos a analizar”*. Se indica que lo que se establece tanto por el PCAP como por el PPT es que un sistema de inyección, en singular, sea programable hasta 450 °C, y por eso la puntuación revisada de la mesa de contratación incumple lo previsto específicamente en el pliego, apartándose de la literalidad de sus cláusulas e incurriendo en arbitrariedad.

**Sexto.** Por su parte, el órgano de contratación en su informe ratifica la valoración que se realiza de la oferta de la recurrente, e interesa la desestimación del recurso. Así, y en relación con el criterio nº 3, se dice que la justificación de la recurrente no es correcta y lo que se señala como prefiltros de las prebarras del cuadrupolo no son tales. Y se dice:

*“Lo que justifican como un sistema de prefiltro mediante prebarras es una configuración previa a las en las barras del cuadrupolo que ya se indicaba que debía cumplir el equipo dentro del propio PPT en el apartado 3.2.i “Cuadrupolos metálicos inertes en línea con configuración “Off-axis” para eliminación de neutros”*.

*Thermo asegura que esta configuración sirve de prefiltro como las prebarras, pero son cosas distintas, no es esto lo que se pide en el PPT”*.

Y se añade:

*“Según la información detallada recogida en la hoja técnica y oficial de las especificaciones técnicas de Thermo no existe ningún sistema de filtro de pre-barras. En dichas especificaciones originales, no editadas, [...] Se constata, tal y como se muestra en la figura 4, que:*

- *La zona 3, es una guía de iones en forma de S, no lineal, para enfocar los iones eliminando el ruido neutro.*
- *La zona 4, es el analizador o cuadrupolo, metálico, inerte, sólidos, homogéneos, sin recubrimiento, no calentados y que no necesitan mantenimiento*
- *La zona 5, es una fuente de ionización de electrones avanzada (AEI) que incorpora lentes de tecnología RF.*



- La zona 6, es una fuente de iones de alta sensibilidad, con lentes RF, y desmontables en condiciones de vacío.

[...] Ante todo lo mostrado se comprueba claramente que:

- Las indicadas por Thermo Fisher como prebarras 2 de la figura 2: es un sistema que guía a los iones una vez generados para que entren en el analizador o cuadrupolo.

- Las señaladas por Thermo Fisher como prebarras 1 de la figura 2, de la figura 1 y de la figura 3: son fuentes generadoras de iones así como las partes metálicas que la constituyen.”

Por otro lado, sobre el criterio nº 4, se indica que por la Confederación se emitió un informe, a la vista de las especificaciones técnicas del producto, en el que se indica que no se cumple el criterio 4, “puesto que de los dos inyectores ofertados (PTV y SSL estándar), el SSL estándar es programable hasta 400° C pero no hasta 450°C”.

Y según el PPT, en su apartado 3.1 se recogen las especificaciones mínimas del cromatógrafo de gases, y las relativas al sistema de inyección se definen en el 3.1.g, donde se indica que este debe incluir: “Dos puertos de inyección split-splitless independientes con capacidad para una ratio de split superior a 9000:1. Uno de ellos compatible con fibras de SPME de diámetro mayor a 1 mm.” Y dice el informe: “En un Cromatógrafo de gases el sistema de inyección es la parte del equipo por donde se va a introducir la muestra en él. Una muestra (mezcla de numerosos compuestos químicos) entra en el equipo a través del sistema de inyección para que a lo largo de la columna del cromatógrafo se vayan separando los diferentes compuestos que se van a analizar.

El sistema de inyección es una unidad que puede estar integrada por un único puerto inyector o por varios según se deba configurar el equipo en función del fin analítico para el que adquiere. Ver la figura 7.

En la licitación que nos ocupa se solicita que el sistema de inyección debe disponer de dos inyectores, o dos puertos de inyección, es decir dos entradas de la muestra desde el exterior hacia la columna del cromatógrafo”.



Y, según el informe, el criterio de programación a 450°C se aplica al sistema de inyección, lo hace a los dos puertos que lo integran, por lo que el producto ofertado no permite programar la temperatura a 450°C en todos sus componentes.

**Séptimo.** Entrando a examinar el fondo del recurso se debe comenzar señalando que el principio de discrecionalidad técnica, cuya aplicación niega aquí la empresa recurrente, es totalmente aplicable, puesto que, aun cuando estamos ante criterios de carácter objetivo, el examen de los aspectos técnicos que deben reunir los productos que se ofrecen para el contrato, y la determinación de si estos se ajustan o no a lo previsto en las especificaciones técnicas reflejadas en los Pliegos para que sean valorados de manera objetiva, está presidido por conocimientos de carácter técnico que escapan al control de este Tribunal, dada la naturaleza eminentemente jurídica del mismo. Y, en consecuencia, la discrecionalidad técnica de los informes técnicos recibidos por el órgano de contratación ha de entrar en juego, rigiendo la conclusión técnica realizada con el fin de determinar si los elementos de la oferta deben recibir o no la valoración que se atribuye de manera objetiva o automática

Así pues, la discrecionalidad técnica no se aplica exclusivamente a la valoración de elementos mediante criterios subjetivos o juicios de valor, sino también a las conclusiones alcanzadas por los servicios técnicos que asisten a la mesa de contratación, en la tramitación del expediente de contratación, en la valoración objetiva de aquellos elementos técnicos en que así se precise.

Ya decíamos en las Resoluciones 6/2016, de 12 de enero y 343/2015, de 17 de abril de 2015, que el Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones (por todas, Resoluciones 246/2012, de 7 de noviembre, 606/2013, de 4 de diciembre, 288/2014, de 4 de abril, 344/2014, de 25 de abril, 718/2014, de 26 de septiembre, o 255/2015, de 23 de marzo) que en la valoración de los criterios eminentemente técnicos asiste a la Administración la denominada discrecionalidad técnica: *“Es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis*



*por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.*

Por su parte, las Resoluciones 159/2012, de 30 de julio, 550/2014, de 18 de julio, ó 718/2014, de 26 de septiembre, señalaban que *“sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental caber entrar, no tanto en su revisión, cuanto en su anulación -seguida de una orden de práctica de una nueva valoración de conformidad con los términos de la resolución que la acuerde-, a lo que se añade que, para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar ‘un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos’ (resolución de este Tribunal núm. 93/2012)”.*

En este mismo sentido, se observa que son muchos los pronunciamientos judiciales que existen acerca del control de la discrecionalidad técnica, pudiendo citarse, entre otros, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2019 (rec. c-a nº 1078/2016):

*“Esta doctrina ha de completarse con las siguientes consideraciones (STS de 14 de marzo de 2018 –rec. 2762/2015- ), que pueden aplicarse también al ámbito de la contratación:*

*- La primera es que, en el control jurisdiccional en la materia de que se viene hablando, el tribunal de justicia debe respetar siempre el margen de discrepancia que suele reconocerse como inevitable y legítimo en la mayoría de los sectores del saber especializado; y, en consecuencia, no puede convertirse en árbitro que dirima o decida la preferencia entre lo que sean divergencias u opiniones técnicas enfrentadas entre peritos o expertos del específico sector de conocimientos de que se trate cuando estas*



*no rebasen los límites de ese ineludible y respetable margen de apreciación que acaba de indicarse.*

*Así debe ser por estas razones: (i) un órgano jurisdiccional carece de conocimientos específicos para emitir un definitivo dictamen, desde una evaluación puramente técnica, que dirima lo que sean meras diferencias de criterio exteriorizadas por los expertos; (ii) la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadoros impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurra en error técnico; y (iii) el principio de igualdad que rige en el acceso a las funciones públicas (artículos 14 y 23.2 CE) reclama que los criterios técnicos que decidan la selección de los aspirantes sean idénticos para todos ellos.*

*- La segunda consideración es complemento o consecuencia de la anterior, y está referida a las exigencias que debe cumplir la prueba pericial que resulta necesaria para demostrar ese inequívoco y patente error técnico que permitiría revisar el dictamen del órgano calificador.*

*Estas exigencias lo que apuntan es que tal pericia no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica diferente, sino que tiene que incorporar elementos que permitan al tribunal de justicia formar con total seguridad su convicción sobre esa clase de error de que se viene hablando; y para ello será necesario lo siguiente: (a) que la pericia propuesta identifique de manera precisa y clara los concretos puntos de desacuerdo técnico que advierte en el dictamen del órgano calificador; y (b) que señale fuentes técnicas de reconocido prestigio en la materia de que se trate que, respecto de esos concretos puntos, hayan puesto de manifiesto que son mayoritariamente valorados en el ámbito científico como expresivos de un evidente e inequívoco error”.*

Examinadas las alegaciones del recurso, y su contraposición por las conclusiones del informe de contratación, se constata que estamos ante valoraciones técnicas que difieren sobre las características que presenta el producto ofrecido. Y, así las cosas, y en atención a la doctrina expuesta, solo cabe desestimar el recurso planteado en consideración a la doctrina recogida, dado que, lo alegado por el recurrente no pone de manifiesto ningún error material, ninguna arbitrariedad, ni ningún defecto procedimental, sino que se limita a discrepar de la evaluación realizada sobre si los elementos del



producto por ella ofrecido cumple o no todos los aspectos técnicos que exige el PPT y que han de ser valorados de manera objetiva.

Y, ante las alegaciones del recurso el órgano de contratación, se ha contestado de manera solvente, sin evidenciar error aparente alguno, en el informe del órgano de contratación, que hace suyo el informe de 21 de junio de 2021 (documento siete de la carpeta documentación técnica) emitido por los servicios técnicos del órgano de contratación, en el que se concluye con rotundidad: *no existe ningún sistema de filtro de pre-barras*; y, los dos inyectores del mismo sistema de inyección deben ser programables a 450º, y no solo uno de ellos. Lo cual es aparentemente lógico, pues, como dice literalmente el PPT el *sistema de inyección debe disponer de dos inyectores, o dos puertos de inyección, es decir dos entradas de la muestra desde el exterior hacia la columna del cromatógrafo*, y, por consiguiente, ambas entradas de muestras deben ser susceptibles de ser utilizadas en las condiciones exigidas por el PPT. El recurrente no puede hacer aquí una diferenciación, de tal modo que uno de los puertos de inyección pueda cumplir los requisitos del PPT y el otro no, puesto que, tal diferenciación en ningún caso la hacen los Pliegos. Por otro lado, constando el informe en el expediente de contratación, y haciéndose referencia expresa al mismo en el acta de la mesa de contratación de 1 de julio de 2021, la empresa recurrente no refuta el mismo poniendo en evidencia su error, sino que reitera en esencia lo ya manifestado en sus escritos de aclaraciones de 18 y 26 de mayo y de 13 de julio de 2021. Por todo ello, el recurso debe ser desestimado en su totalidad.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

**Primero.** Desestimar el recurso interpuesto por D. A.A.L., en representación de THERMO FISHER SCIENTIFIC S.L.U., interpuso recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento “*Suministro de un cromatógrafo de gases con detector de masas de triple cuádruplo para el laboratorio de la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil, O.A.*”, con expediente 152/20/CA/PA/SU, convocado por Confederación Hidrográfica del Miño-Sil.



**Segundo.** Levantar la suspensión del acuerdo de adjudicación con arreglo al artículo 57.3 LCSP.

**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.