

Recurso 536/2024
Resolución 586/2024
Sección Segunda

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 27 de noviembre de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AUXQUIMIA, S.A.U.** contra la resolución de adjudicación de 22 de octubre de 2024 del «Acuerdo marco para el suministro de retardante de largo plazo, de aplicación aérea para la extinción de incendios forestales en la Comunidad Autónoma de Andalucía (Anualidades 2025-2028)» (Expediente CONTR 2024 0000686499) promovido por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, entidad adscrita a la Consejería de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural y a la Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul de la Administración de la Junta de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 de julio de 2024 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y el 30 de julio en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución. En la misma fecha los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado de 3.192.000,00 €.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. Tras la tramitación procedimental correspondiente, mediante resolución del órgano de contratación de fecha 22 de octubre de 2024 se adjudica el acuerdo marco a la entidad BARRICADE BRS SOCIEDAD LIMITADA (en adelante, BARRICADE o la adjudicataria) por un importe unitario de 1,78 €/L. No consta la notificación individual, pero sí figura publicada aquella en el perfil de contratante con idéntica fecha.

TERCERO. El 12 de noviembre de 2024, la entidad AUXQUIMIA, S.A.U. (en adelante, AUXQUIMIA o la recurrente) presentó en el registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra el acto citado en el ordinal anterior.

Mediante oficio de la Secretaria del Tribunal del mismo día, que tuvo que ser reiterado el día 15 de noviembre, se solicitó la documentación necesaria para la tramitación y resolución del recurso, que finalmente se recibió el día 19 de noviembre de 2024, a excepción del informe del órgano de contratación que ha de ser emitido en cumplimiento del artículo 56.2 LCSP que tuvo entrada en esta sede el día 20 de noviembre de 2024.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados con traslado del escrito de recurso por plazo de cinco días hábiles, consta que se han presentado las formuladas por la adjudicataria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 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. Legitimación.

La recurrente ostenta la condición de licitadora que ha quedado clasificada en segundo lugar, por detrás de la adjudicataria, por lo que la eventual estimación de la pretensión ejercitada podría determinar la adjudicación a su favor. En consecuencia, ha de reconocérsele legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación adoptada por el órgano de contratación en el procedimiento de adjudicación de un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y va a resultar formalizado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 b) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación que obra en el procedimiento del recurso, si bien no figura la notificación individual, la resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 22 de octubre de 2024, por lo que el recurso presentado el 12 de noviembre de 2024 en el registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente solicita de este Tribunal «(...) previos los trámites que procedan, resuelva estimar el presente recurso acordando:

(i) la anulación de la Resolución de adjudicación; y

(ii) ordene la adjudicación en favor de AUXQUIMIA como único licitador además de BARRICADE; o, subsidiariamente a lo anterior, ordene la retroacción de las actuaciones de la licitación al momento inmediatamente anterior a que se



dictase la resolución de adjudicación a fin de que se aplique correctamente factor de corrección a la oferta presentada por AUXQUIMIA en los términos en este recurso expuestos, o en su caso, se inaplique tal factor de corrección y se adjudique a AUXQUIMIA el Contrato.

La recurrente señala, entre los antecedentes procedimentales de interés, los siguientes:

1. En el acta de la sesión de la mesa de contratación de fecha 20 de septiembre de 2024 se refleja la revisión efectuada por aquella del informe justificativo de aplicación del factor de corrección en precios unitarios motivado por diferentes porcentajes de mezcla, de fecha 19 de septiembre de 2024, elaborado por la Dirección solicitante de la contratación. El referido informe concluyó que, a fin de poder comparar ambos precios unitarios de manera justa, conforme a lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) se debió ajustar el producto ofertado por la recurrente a la proporción de mezcla del 20% (1:4) resultando de ello que la oferta de BARRICADE fue la económicamente más ventajosa.

2. La recurrente presentó un escrito de alegaciones ante la Agencia con fecha de entrada el 3 de octubre de 2024, al entender que la valoración efectuada por la mesa era contraria al PPT, y en el que solicitaba que, tras realizar una correcta valoración de su oferta, acordara la adjudicación del contrato a su favor.

3. Con fecha 14 de octubre de 2024 la Agencia dio respuesta a las alegaciones formuladas, con base en un informe técnico, en el que se formulan las siguientes conclusiones: (i) el dispositivo INFOCA, como Servicio de Emergencias de Prevención y Extinción de Incendios Forestales de la Junta de Andalucía se reserva la potestad de trabajar al porcentaje de mezcla de producto que estime oportuno técnicamente y así lo recoja en sus procedimientos internos de trabajo; (ii) que, en aras a una mayor transparencia y equidad, se debían comparar productos que trabajasen a un mismo porcentaje, pues de lo contrario se requeriría un ensayo de eficacia real en campo de todos los productos licitantes y por esta razón, el PPT permitía productos con diferentes concentraciones; y que (iii) en ningún momento se había puesto en cuestión el incumplimiento por parte de AUXQUIMIA del PPT debido a las características y/o calidad del producto ofertado.

4. Finalizado el plazo de entrega de la documentación previa a la adjudicación, la mesa de contratación revisó el informe de fecha 11 de octubre de 2024 elaborado por el área de contratación, y concluyó que existían “indicios subsanables” en la documentación aportada por BARRICADE, requiriéndole, en concreto, documentación sobre los siguientes extremos: (i) el justificante del pago del impuesto de Actividades Económicas; y (ii) la documentación para aclarar la discrepancia entre la información contenida en su oferta económica y la documentación técnica (certificados) analizada, relacionada con el porcentaje de mezcla recomendado por el fabricante del producto suministrado.

A la vista de dichos antecedentes, la recurrente denuncia la indebida admisión de la oferta que ha resultado adjudicataria por los motivos siguientes:

Primero. Infracción del artículo 145 de la LCSP y de las cláusulas 10.8 y 10.10 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

Alega que su oferta alcanzaba el grado de eficacia exigido por el PPT, con una mezcla en agua del 15,38%, y que, a menor precio, proporcionaba la misma eficacia en menor porcentaje que la de la adjudicataria, por lo que considera que era económicamente más ventajosa resultando de ello que la no adjudicación a su favor ha supuesto la conculcación del artículo 145 LCSP.



Segundo. Incorrección de la fórmula empleada por el informe justificativo de corrección para el cálculo del coeficiente aplicable.

Esgrime que el órgano de contratación incurrió en un error en el empleo de la fórmula en el informe justificativo de corrección, al aplicar a la inversa el referido coeficiente, e insiste en que el producto que ella ofertó cumplía con las características fisicoquímicas establecidas por el PPT, por lo que no procedía realizar ningún ajuste a su oferta, y, por ende, no era necesario la aplicación de un factor de corrección.

Así, expone que el anexo II del PPT contenía una nota por la que se aceptaban porcentajes de mezcla distintos a los dispuestos lo que, según se indicaba, “llevaría implícito un factor de corrección proporcional en el Precio Unitario del Litro de Concentrado, a utilizar en la Valoración Económica” por lo que, según sostiene, si la mesa pretendió equiparar el precio de las ofertas, tuvo que interesarse por conocer el precio del producto en dilución.

Señala que el informe justificativo de corrección que sirvió de base para la valoración de su oferta empleó una fórmula que aplicó de manera incorrecta el referido coeficiente, por las siguientes razones:

a) porque parte de un objetivo (reflejar el costo real de la mezcla al 20%) que no es el que establece el PPT. Así, este no puede pretender aumentar de manera innecesaria el producto con un porcentaje de hasta el 20% cuando ello no es exigido por el fabricante para alcanzar una eficacia mínima, por lo que, en su opinión, esa operación solo conduce a que la Administración incurra en mayor coste. Sostiene que la eficacia del producto que ofertó, con una concentración superior a la media en el mercado (de 1,412 g/cm³) era igual a la de una mezcla en agua del 20% y que en el procedimiento de adjudicación se presentaron la ficha y el dossier técnicos del producto que acreditaron aquel extremo.

b) porque la Agencia, a lo sumo, debió conocer el precio del producto en dilución, y en tal caso, la corrección no se debió realizar como hizo el informe justificativo de corrección, sino justo, al contrario. Expone que la fórmula aplicable al cálculo debió articularse de manera inversa a la empleada por la Agencia:

Factor de corrección: $15,38 \% / 20 \% = 0,769$

A juicio de la recurrente, la justificación de esta operación es que su producto tenía, a mayor dilución, la eficacia requerida en los Pliegos. Como se indicó en la oferta: “la ficha técnica del producto ofertado recomienda diluciones entre 1:4 y 1:5,5”.

Sostiene que, una vez calculado correctamente el factor de corrección, se debió corregir el precio del producto ofrecido por ella para que mostrase el precio por litro si se aplicase una dilución mayor, en cuyo caso el precio por litro del producto se reduce:

Precio corregido: $1,68 \text{ €/L} \times 0,769 = 1,29 \text{ €/L}$

En consecuencia, defiende que el precio unitario del producto a mayor dilución pasaría de 1,68 €/L a 1,29 €/L. y si se compara el precio unitario de ese producto con el de la oferta que fue seleccionada como la económicamente más ventajosa, es ostensible que su oferta resultaba ser la más ventajosa económicamente (1,29 €/L frente a 1,78€/L).

Inserta la siguiente tabla comparativa –que reproducimos a continuación– de ambos productos con la que demuestra la aplicación de manera adecuada del factor de corrección con los precios del producto concentrado y diluido:



	Precio del producto de BARRICADE BRS, S.L.	Precio del producto de AUXQUIMIA
Concentrado	1,78€/L	1,68 €/L
Producto diluido al 20%	0,356 €/L	0,336 €/L
Producto diluido al 15,38%	0,274 €/L	0,258 €/L

Concluye que, de haberse comparado ambas ofertas conforme establecía el PPT, la suya hubiera resultado la más competitiva, por lo que la actuación de la mesa, al aplicarle un factor de corrección (por entender que la mezcla propuesta de dosificación de uso era menos ventajosa) carece de base legal, y, por tanto, de ello predica la nulidad de la adjudicación pretendiendo que el acuerdo marco se adjudique a su favor.

Subsidiariamente, alega que su producto cumplía con las características físico-químicas establecidas en el PPT, que disponía que el producto ofertado debía aplicarse en una mezcla de agua, de valor igual o inferior al 20%. Así, sostiene que el pliego admitía en términos de igualdad el rango que va desde un 1% de mezcla hasta un 20% siempre que la eficacia del producto sea la exigida por el PPT, puesto que lo que establecía era un porcentaje máximo e incondicionado, necesario para que pudiera utilizarse en aplicación directa sobre vegetación. Es decir, debía ofertarse un producto que por cada 0,8 litros de agua necesitase una cantidad igual o inferior a 0,2 litros de producto. Mas, según indica, también podría ocurrir que un producto, conforme a las especificaciones del fabricante, alcanzase el mismo grado de eficacia con una mayor cantidad de producto. En ese caso, si el producto exige una mayor cantidad para ser efectivo, entonces el propio PPT establecía que *“se aceptan % de mezcla distintos de acuerdo a las características especificadas por el fabricante en su ficha técnica y que sean de eficacia demostrable técnicamente. Estollevaría implícito un factor de corrección proporcional en el Precio Unitario del Litro de Concentrado, a utilizar en la Valoración Económica”*.

A título ejemplificativo, la recurrente señala que, si es necesario 0,3 litros de producto por cada 0,7 litros de agua, eso supondrá un incremento de gasto por necesitar más producto, lo que requiere que se aplique un factor de corrección para conocer cuánto gasto será en el porcentaje de mezcla máximo admitido.

Con fundamento en lo anterior, concluye que el informe justificativo dispuso un sistema comparativo que no se había incluido en los documentos de la licitación: para aceptar otros porcentajes de mezcla, los precios se tendrán que ajustar *“para permitir una comparativa”* entre iguales, es decir *“con productos que trabajan en la misma proporción de mezcla”*. Y por esa razón, la mesa realiza la valoración de su oferta ajustando el precio del producto a la proporción de mezcla del 20% ya que, según aquella, sería la proporción que se aplicaría en la mezcla del producto.

Manifiesta que, frente a esta interpretación, el tenor literal del PPT es claro: se aceptan productos cuyo fabricante admita un porcentaje de mezcla de igual o menor valor que 20%. Un porcentaje de mezcla distinto al $\leq 20\%$ es, por definición, un número mayor de 20%. Por ejemplo, un producto que se ofreciera a un 21 % de mezcla en agua. Por ello, defiende que los pliegos permitían, sin necesidad de ajuste alguno, ofertar porcentajes menores de 20% pero ni la obligación de que el producto ofertado se aplicase en una mezcla del 20%, ni el ajuste del precio para el caso de que no se oferte ese concreto porcentaje se previeron en el PPT.

Por tanto, la aplicación de un factor de corrección a su oferta no es conforme a lo establecido en los pliegos y, en consecuencia, procede la anulación de la resolución de adjudicación.

Tercero. Discrepancias entre la proposición formulada por la adjudicataria y los certificados: existencia de defecto de carácter insubsanable. Infracción de los artículos 139 y 140 LCSP y 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.



Expone que la oferta de la adjudicataria debió ser excluida al haber aportado documentación justificativa de su solvencia técnica discordante con lo dispuesto en su oferta económica.

Argumenta que la posibilidad de subsanar la documentación aportada por los licitadores en un momento posterior al de finalización del plazo de presentación de proposiciones es excepcional en el ámbito de la contratación pública ya que el principio general que se extrae del artículo 140 LCSP es que los licitadores deben obligatoriamente aportar la documentación referida en el citado precepto de forma completa, y que, por tanto, la posibilidad de subsanación tiene carácter excepcional y solo procede por “ defectos o errores materiales”. Asimismo, indica que el criterio reiterado y pacífico de la doctrina determina la imposibilidad de que pueda considerarse subsanable la falta de aportación de cualquier documento. Invoca el artículo 84 del Reglamento que dispone, para el caso de que la proposición no guarde concordancia con la documentación examinada y admitida, que sea desechada por la mesa en resolución motivada. Al respecto trae a colación la Resolución 1097/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o el informe 23/15, de 6 de abril de 2016 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, entre otras.

A la luz de dicho marco normativo, sostiene que, tratándose la discrepancia en la oferta de la adjudicataria-que el órgano de contratación advirtió entre la información contenida en la oferta económica y la técnica relativa al porcentaje de mezcla- de un defecto sustancial e insubsanable, ello debió motivar la exclusión de la licitación de BARRICADE y la adjudicación del acuerdo a AUXQUIMIA por ser la oferta económicamente más ventajosa.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe del órgano solicita la desestimación íntegra del recurso, con fundamento en las alegaciones que, de manera sucinta, exponemos a continuación.

Sobre el fondo del asunto, en primer lugar, se remite íntegramente al contenido del informe técnico suscrito por el Subdirector de Incendios Forestales y otras Emergencias Ambientales de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía (en adelante, AMAYA) -que acompaña al escrito de alegaciones y que ratifica las conclusiones alcanzadas en el informe de 14 de octubre de 2024 que se emitió para dar respuesta a las alegaciones del recurrente formuladas en su escrito de fecha 3 de octubre de 2024. Al respecto, invoca diversas Resoluciones de este Tribunal sobre la discrecionalidad técnica en la configuración de la prestación y sus características técnicas (Resolución 97/2024, de 29 de febrero) así como sobre la presunción de acierto de los órganos especializados (Resolución 243/2017, de 13 de noviembre) así como doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En segundo lugar, trae a colación la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales y de las Juntas Consultivas de Contratación sobre la posibilidad de solicitar subsanación de la documentación previa a la adjudicación conforme a lo dispuesto en los artículos 141.2 LCSP y 81 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y niega que se haya alterado la oferta de la adjudicataria, explicando el alcance de la subsanación solicitada relativa a la discrepancia entre la información contenida en la oferta económica y los certificados aportados lo que dio lugar a un informe provisional de solvencia técnica de 10 de octubre de 2024, y posteriormente al informe definitivo de fecha 17 de octubre de 2024.

Solicita la imposición de multa debido a la temeridad de la recurrente en la interposición del recurso, al amparo de lo previsto en el artículo 58.2 LCSP.

3. Alegaciones de la adjudicataria.



BARRICADE se opone al recurso con el contenido que obra en actuaciones y que damos por reproducido para evitar reiteraciones.

SEXTO. Fondo del asunto. Acerca de determinadas actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación necesarias para la resolución del recurso que se examina.

Con carácter previo al examen de la cuestión controvertida, interesa exponer alguna de las actuaciones procedimentales que resultan de interés y que se desprenden del expediente administrativo (EA) remitido:

1º Según figura en el acta de la mesa de contratación de fecha 11 de septiembre de 2024 (páginas 130 y 131 EA) tras la apertura del sobre nº 3, y su descifrado, se procedió a la lectura de la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, resultando lo siguiente:

Nº	EMPRESAS	OFERTA ECONÓMICA
1	BARRICADE BRS SOCIEDAD LIMITADA	1,78 €/ litro
2	AUXQUIMIA SA	1,68 €/ litro

En la referida acta queda reflejado:

“A continuación, por parte de la vocal de la División solicitante, se indica lo siguiente:

- **BARRICADE BRS S.L.**, ofrece un producto a un precio unitario de **1,78 €/L** que puede ser usado en un rango entre la dilución con máxima concentración **1:4 = 20% (1 litro de concentrado por 4 de agua)** y su **relación de dilución mínima 1:5,5 = 15,38, pudiendo ser respaldados estos rangos de dilución por ensayos de eficacia al fuego realizados en INIA**, lo que coincide con las especificaciones del pliego.
- **AUXQUIMIA S.A.**, ofrece un producto a un precio unitario de **1,68 €/L**, en el que la dilución recomendada es de 1 litro de concentrado por 5,5 litros de agua, **relación de mezcla 1:5,5 = 15,38%**, la cual es inferior al 20% especificado en el pliego.

A continuación, la Mesa acuerda solicitar a la División un informe justificativo.

Según lo expuesto, los miembros de la Mesa acuerdan por unanimidad, que se suspenda el presente Acto hasta que se reciba el citado Informe”.

2º Obra en el EA (páginas 153 a 155) informe justificativo de aplicación del factor de corrección en precios unitarios motivado por diferentes porcentajes de mezcla, de fecha 19 de septiembre de 2024 cuyo apartados cuarto y quinto establecen lo siguiente, por lo que aquí interesa:

“4. APLICACIÓN DEL FACTOR DE CORRECCIÓN

Para poder comparar ambos precios unitarios de manera justa, se debe ajustar el precio del producto de AUXQUIMIA S.A. a la proporción de mezcla del 20% (proporción de 1:4), ya que esta será la proporción que se aplicará en la mezcla del producto. Esto se logra aplicando un factor de corrección proporcional a la diferencia entre el porcentaje de mezcla indicado (15,38%) y el 20% estándar.

El cálculo se realiza de la siguiente manera:

Factor de Corrección = $20\% / 15,38\% = 1,30$

Esto significa que el precio unitario del producto AUXQUIMIA S.A., debe incrementarse en un 30% para poder reflejar el costo real de la mezcla al 20%

Precio corregido = $1,68 \text{ €/L} \times 1,30 = 2,18 \text{ €/L}$ pasa de 1,68 €/L a 2,18 €/L cuando se corrige para una mezcla al 20%.



Esto significa que el precio unitario del producto de AUXQUIMIA S.A. debe incrementarse en un 30% para reflejar el costo real en una mezcla de 20%.

Por lo tanto, el precio unitario ajustado del producto de AUXQUIMIA S.A. pasa de **1,68 €/L a 2,18 €/L** al aplicarle el factor de corrección correspondiente para una mezcla del 20%.

5. CONCLUSIÓN

En las pistas de aviones de carga en tierra INFOCA se trabaja siempre a un porcentaje de mezcla de 1:4 (20%), de ahí que en el Pliego se especifique este valor. No obstante, dada la experiencia acumulada por el dispositivo INFOCA en este sector de los retardantes de fuego de largo plazo, se conocen productos que suelen trabajar a unos porcentajes de mezcla distintos, por eso se recoge también esta posibilidad en el mismo Pliego.

El factor de corrección permite comparar de manera equitativa productos que se usan en diferentes porcentajes de mezcla. En este caso, aplicar el factor de corrección asegura que el precio del producto de AUXQUIMIA S.A. sea comparable con el de BARRICADE BRS S.L. bajo las mismas condiciones de uso, tal como lo estipula el pliego de condiciones:

- **BARRICADE BRS S.L.** ofrece un producto a un precio unitario de **1,78 €/L** para ser usado con una proporción de mezcla de **1:4 (20%)**, que coincide con las especificaciones del pliego.
- **AUXQUIMIA S.A.** ofrece un producto a un precio unitario de 1,68 €/L para ser usado con una proporción de mezcla de **1:5,5 (15,38%)**, que es inferior al 20% especificado en el pliego, por lo que éste debe ser incrementado proporcionalmente (20%/15,38%) para ser comparable económicamente con el producto ofertado por la empresa BARRICADE BRS S.L. De esta manera, el precio del producto de AUXQUIMIA S.A. pasaría a ser de **2,18 €/L**.

3º Según consta en el acta de la sesión de fecha 20 de septiembre de 2024 (páginas 156 a 159) la mesa de contratación revisó el citado informe y a la vista de su contenido, procedió a puntuar las proposiciones que continuaban en el proceso de licitación, aplicando las fórmulas de ponderación económica resultando la puntuación total en el orden decreciente que se recoge en el anexo II en el que figura:

	Empresa	Importe ofertado	Valoración económica hasta 100 puntos	Valoración total
1	BARRICADE BRS SOCIEDAD LIMITADA	1,78 €/ litro	100,00	100,00
2	AUXQUIMIA SA	2,18 €/ litro	77,53	77,53

En la referida acta se acuerda por unanimidad:

“**Primero.**- Determinar como la mejor oferta la presentada por la empresa **BARRICADE BRS S.L.** por un importe ofertado de **TRES MILLONES CIENTO NOVENTA Y DOS MIL EUROS (3.192.000, €)** con un importe unitario de **1,78 €/L**, IVA no incluido.

Segundo.- REQUERIR a la empresa propuesta, para que presente en el plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, la documentación previa a la adjudicación señalada en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”.

4º Obra en el EA comunicación de requerimiento de subsanación a BARRICADE (página 409 EA) de la siguiente documentación:

Nº	LICITADOR	SUBSANACIÓN
		Debe presentar:



	BARRICADE BRS S.L	<ul style="list-style-type: none"> • En cuanto al Impuesto de Actividades Económicas, debe aportar: <ul style="list-style-type: none"> ◦ Justificante del pago del citado impuesto. No lo ha aportado. • Con respecto a la solvencia técnica y profesional: <ul style="list-style-type: none"> ◦ Con respecto a los Certificados aportados, se observa una discrepancia entre la información contenida en su oferta económica y la documentación técnica (certificados) analizada, relacionada con el porcentaje de mezcla recomendado por el fabricante del producto suministrado. Deben aportar documentación que aclare dicha discrepancia.
--	-------------------	--

5º Consta, asimismo, en el EA, en contestación al requerimiento de subsanación, y por lo que aquí nos concierne, nota aclaratoria de solvencia técnica en la que BARRICADE informa lo siguiente:

“Relativo a la relación de uso y porcentaje de mezcla del producto RLP MAKI

La relación de uso del producto MAK1, retardante de largo plazo para su uso en la extinción de incendios forestales desde aeronaves de ala fija, es de 1: 4 - 20 % (1 litro de concentrado por 4 litros de agua), de acuerdo con los solicitado en el expediente de contratación CONTR 2024 686499, así como el precio ofertado en nuestra oferta económica presentada en el expediente.

*Lo anterior, sin perjuicio de que otras relaciones de dilución puedan ser utilizadas a su criterio en operativas de extinción de IIFF, siendo la mínima relación de concentración 1: 5,5 - 15,4 %. Es sobre esta relación de **dilución de rango límite** sobre la que se han incorporado documentos de carácter técnico.*

El uso de una relación de dilución con mayor concentración, 1: 4, siempre mejorará aspectos técnicos como eficacia frente al fuego y rendimiento general de uso en la descarga desde las aeronaves (...).”

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal. Fondo del asunto. Sobre el primer motivo referente a la incorrecta aplicación por la mesa del factor de corrección proporcional en el precio unitario de la oferta económica. Infracción del artículo 145 de la LCSP.

A la vista del fundamento anterior y de la exposición de las alegaciones de las partes, procede el examen de fondo de la cuestión que se suscita.

La controversia radica en determinar si la mesa aplicó de manera incorrecta el factor de corrección proporcional en el precio unitario del litro de concentrado de retardante de largo plazo de aplicación aérea, que es el objeto del suministro a través del sistema del acuerdo marco, en atención a la previsión establecida en el anexo II del PPT.

Pues bien, es pertinente acudir, en primer lugar, al apartado 7 del PPT que, con relación a las exigencias técnicas establecidas en el PPT respecto del extremo controvertido, el porcentaje de mezcla de producto diluido en agua dispone lo siguiente:

“ (...)”

Se estima como necesaria la cantidad de 1. 680 .000 L de producto concentrado para la preparación de mezcla de producto diluido a un 20% en agua, según los porcentajes de trabajo habituales indicados para este tipo de producto , con la distribución anual de la siguiente tabla. (el subrayado es nuestro)



DESCRIPCION	Nº UNIDADES (L)
Litro de Retardante de Largo Plazo (concentrado para mezcla 20%)	
Anualidad 2025	420.000
Anualidad 2026	420.000
Anualidad 2027	420.000
Anualidad 2028	420.000

»

Interesa, también, acudir a lo dispuesto en el anexo II del PPT “Características físico-químicas del producto” que indica lo siguiente:

“Las características del producto ofertado deberán estar de acuerdo a las siguientes especificaciones técnicas (según norma UNE 23530:2023):

✓ Grado de Eficacia frente al Fuego ≤ 2 , para ensayo de 90 min en estufa, y = 0, para ensayo de 30 min en estufa, según tabla 3 del capítulo de la norma UNE 23530:2023, mediante ensayo realizado por organismo acreditado como INIA, CEREM o similar: **Demostrable**

✓ Solución acuosa de **Polifosfatos Amonicos: Demostrable**

✓ No estarán permitidos concentrados de retardante que contengan alguno de los siguientes productos químicos, dada su afección a la salud, la seguridad laboral o al medio ambiente:

Demostrable

- Dicromatos
- Thiourea
- Boratos y otros compuestos que contienen boro
- Bifenilos policlorados (PCB)
- Éteres de difenilo polibromados (PBDE)
- Etoxilatos de nonilfenol (NPE)
- Sulfato de amonio
- Cloruro de magnesio
- Ferrocianuro de sodio (YPS)
- Sustancias de per- y polifluoroalquilo (PFAS), incluyendo sin limitación: ácido perfluorooctanoico (PFOA)
- Compuestos de perfluorooctanosulfonato (PFOS)
- Organofosfatos

✓ Cantidad de Fósforo disponible del producto retardante (%): % de P2O5 > **30%** en masa:

Demostrable

✓ Estado físico: **Líquido**

✓ Colorante para visibilidad aérea (tratado desde medios aéreos): **Tinte en color rojo** (fugitivo/fotodegradable).

✓ Ensayo de determinación de la Corrosión de metales, fundamentalmente aluminio, acero y latón, tanto en producto concentrado como diluido, con valores finales por debajo de lo aceptable, según lo indicado en el capítulo 11 y anexo J (Norma UNE 23530:2023):

Demostrable

✓ Ensayo de determinación de la Viscosidad que favorezca su estabilidad, para que pueda ser almacenado durante largos periodos de tiempo y mejore la dispersión en las descargas desde medios aéreos, según lo indicado en el capítulo 5, anexo C (Norma UNE 23530:2023):

Demostrable



✓ Poder cubriente sobre superficies verticales, según lo especificado en el capítulo 15 y anexo M (Norma UNE 23530:2023): **Demostrable**

✓ Sedimentación del concentrado: Sinéresis inferior al **10%** en 24 h (seguimiento de la decantación en probeta de 100 ml), según capítulo 9 y anexo G (Norma UNE 23530:2023):

Demostrable

✓ Resistencia a amplio espectro de temperaturas de trabajo, para que pueda ser almacenado durante largos periodos de tiempo y no produzca fenómenos de cristalización severos por sedimentación del concentrado: **Demostrable**

✓ De fácil miscibilidad en agua, de diversa naturaleza y procedencia (incluyendo agua salada), según anexo I (Norma UNE 23530:2023): **Demostrable**

✓ PH entre **5-8**, a $25 \pm 1^\circ \text{C}$, **Demostrable**

✓ Densidad a $25 \pm 1^\circ \text{C}$ (g/cm³): **Concentrado, $1,35 < X < 1,45$ Demostrable**

Diluido, $1,05 < X < 1,15$ Demostrable

✓ Viscosidad Estática del producto concentrado a $25 \pm 1^\circ \text{C}$ (cP): **$150 < X < 400$ Demostrable**

✓ % de Mezcla en Agua, para su aplicación directa sobre vegetación: **$\leq 20\%$**

NOTA: se aceptan % de mezcla distintos de acuerdo a las características especificadas por el fabricante en su ficha técnica y que sean de eficacia demostrable técnicamente. Esto llevaría implícito un factor de corrección proporcional en el Precio Unitario del Litro de Concentrado, a utilizar en la Valoración Económica.” (el subrayado es nuestro)

Por su parte, el apartado 1 del anexo I del PCAP “PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN Y PRECIO DEL ACUERDO MARCO” prevé que el sistema de determinación del precio en el presente acuerdo marco, es por precios unitarios, estando previsto en el anexo IX-A del PCAP el modelo de proposición económica conforme al cual cada licitador había de indicar el precio litro en euro/ sin IVA cumplimentando la siguiente casilla:

ARTÍCULO	PRECIO LITRO EN EURO
Retardante de largo plazo según características del Pliego de Prescripciones Técnicas	

Interesa también, exponer el contenido del anexo X del PCAP bajo la rúbrica “CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y BAREMOS DE VALORACIÓN” que, respecto de la proposición económica, establece:

“CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS:

Proposición económica: (hasta 100 puntos)

El criterio proposición económica se valorará con dos decimales y las propuestas económicas se puntuarán de 0 a 100 puntos de acuerdo con la siguiente formulación:

$$\text{PUNTUACIÓN ECONÓMICA} = E0 - \{ (EN - EMIN) / (EMIN / E0) \}.$$

Donde:

E0 = La puntuación máxima a obtener en el criterio oferta económica.

EN = La oferta económica de cada una de las empresas licitadoras.

EMIN = La menor de las ofertas económicas obtenidas que no hayan sido consideradas como anormales o desproporcionadas.” (la negrita no es nuestra)

La recurrente sostiene, en síntesis, que la aplicación errónea de la fórmula de corrección empleada, carente de base legal, ha determinado, en última instancia, una valoración incorrecta de las ofertas económicas, y, como resultado final, la adjudicación a la oferta que no era económicamente la más ventajosa.

El órgano de contratación, en su informe al recurso, defiende la aplicación de la fórmula de corrección proporcional con los argumentos que interesa transcribir a continuación:



“El “factor de corrección proporcional en el precio unitario del litro de concentrado” que se especifica en el Anexo II del PPT tiene como único objeto el comparar las distintas ofertas €/l bajo el mismo % de mezcla (agua/concentrado de retardante). La justificación técnica se explica fácilmente con el siguiente ejemplo de preparación de 1.000 Litros de mezcla para un a descargademedio aéreo. Si lo hacemos al 15,38% (proporción de 1:5,5 aportada por AUXQUIMIA) tendrá que aportar 153,8 L de producto, mientras que si lo hago al 20% (cantidad usada como referencia en el dispositivo INFOCA, una parte de producto concentrado y cuatro de agua) tendría que aportar 200 L de producto, por lo que realmente el precio de la carga del avión sale más caro.

◦ En este sentido, y como recoge el PPT, se deben poder comparar ambas ofertas con el mismo % de mezcla o concentración de RLP. La aplicación de la corrección es correcta, pasando la oferta de AUXQUIMIA de 1,68€/l sobre una concentración del 15,38% a 2,18€/l sobre una concentración del 20%, tal y como recoge el Acta de la Mesa de Contratación celebrada el 20/09/24:

- BARRICADE BRS S.L ofrece un producto a un precio unitario de 1,78 €/l para ser usado con una proporción de mezcla de 1:4 (20%) que coincide con las especificaciones del pliego.
- AUXQUIMIA ofrece un producto a un precio unitario de 1,68€/l para ser usado con una proporción de mezcla de 1:5,5 (15,38%) que es inferior al 20% especificado en el pliego, por lo que este debe ser incrementado proporcionalmente (20%,15,38%) para ser comparable económicamente con el producto ofertado por la empresa BARRICADE BRS S.L. De esta manera, el precio del producto de AUXQUIMIA S.A pasará a ser de 2,18€/l.

Asimismo, indica que no se ha cuestionado en ningún momento que el producto ofertado por la recurrente incumpla las características físico-químicas ni que el factor de corrección esté relacionado con aquellas, sino que el anexo II del PPT prevé la necesidad de aplicar un factor de corrección con el único objetivo de proceder a una evaluación comparativa de las ofertas a igualdad de porcentaje de concentración de mezcla. Dicho extremo, según señala el informe, era de conocido por la recurrente, quien aceptó los pliegos y tampoco solicitó aclaración al respecto.

La entidad adjudicataria, por su parte, alega en primer lugar, que el PPT requería, ora, el producto concentrado para la preparación de mezcla de producto diluido al 20%, ora, la aplicación de un factor de corrección sobre el precio, y que, por tanto, al haber realizado la recurrente una oferta con un porcentaje de dilución diferente, ello conllevaba la aplicación de un factor de corrección para la correcta compatibilidad de las diferentes ofertas que se pudieran presentar, extremo este que era conocido por el licitador, porque así estaba previsto en el pliego que no fue impugnado por aquel.

En el enfoque de la cuestión para dilucidar, como cuestión preliminar, ha de indicarse que, como ya ha manifestado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 250/2019, de 2 de agosto y 113/2020, de 14 de mayo), los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “*pacta sunt servanda*”, y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó, en su día el contenido de los mismos, necesariamente ha de estar ahora a lo establecido en ellos, en particular en lo referido a la aplicación del factor de corrección proporcional en el precio unitario del litro de concentrado a utilizar en la valoración económica, previsto en el anexo II del PPT.

Así, en el PPT regulador de la presente licitación (apartado 7) se establecía la exigencia de un porcentaje de concentrado de producto del 20% diluido en agua, según los habituales indicados para este tipo de productos; en el anexo II del citado pliego (dentro de las características físico-químicas del producto) se preveía un porcentaje de



mezcla en agua, para su aplicación directa sobre vegetación $\leq 20\%$, disponiéndose, de manera expresa en una NOTA al final del citado anexo, que se aceptaban porcentajes de mezcla distintos de acuerdo con las características especificadas por el fabricante, y que ello llevaría implícito la aplicación de un factor de corrección proporcional en el precio unitario del litro concentrado.

Pues bien, sin prejuzgar este Tribunal la legalidad de la previsión establecida en los pliegos respecto de la aplicación del referido factor, lo cierto es que no puede darse la razón a la recurrente, respecto del primer motivo de impugnación, por las razones que se exponen a continuación:

1ª En primer lugar, y como señala el órgano de contratación en su informe, la cuestión controvertida no es, como parece situar el debate la recurrente inicialmente, si su oferta ha alcanzado o no el grado de eficacia exigido en el PPT con el porcentaje del 15,38% extremo que no se cuestiona en ningún momento sino si la mesa de contratación incurrió en un error al aplicar el factor de corrección proporcional.

En este sentido, y como señalan tanto el órgano de contratación como la adjudicataria, es indiscutible que la recurrente conocía que el PPT establecía en el apartado 7 la cantidad estimativa necesaria de producto concentrado para la preparación de mezcla de producto diluido a un 20% en agua, según los porcentajes de trabajo habituales indicados para este tipo de producto, y que preveía, asimismo, la posibilidad de admitir ofertas con porcentajes inferiores al 20% lo que conllevaría, en su caso, la aplicación de un factor de corrección proporcional en el precio unitario del litro concentrado. Dicha previsión no fue impugnada por aquel en el momento procedimental oportuno deviniendo, por tanto, firme y consentida.

En el presente caso, y según se desprende del informe justificativo de aplicación del factor de corrección en precios unitarios motivado por diferentes porcentajes de mezcla, obrante en el expediente administrativo, EA, (páginas 153 a 155) la recurrente ofertó el producto objeto de la presente licitación, a un precio unitario de 1,68 €/l y con un porcentaje de mezcla del 15,38%, que justificó de la siguiente manera, según indica el referido informe:

- El pliego técnico recomienda un % de mezcla con agua $>20\%$.
- La ficha técnica del producto ofertado recomienda diluciones entre 1:4 y 1:5,5.
- Esta recomendación de mezcla está ensayada en el informe incluido en el dossier técnico con el siguiente título: “Ensayo de eficacia del producto realizado con dilución 1:5,5. INIA”

En consecuencia, al ofertar un porcentaje de mezcla distinto del 20% ello conllevaba, de acuerdo con lo previsto en los pliegos, la aplicación de un factor de corrección proporcional en el precio unitario del litro concentrado. Por tanto, habiendo sido aceptado el PPT por la recurrente y no constando su impugnación, es un acto firme que vincula a las partes, y que no cabe cuestionar en este momento.

2ª A mayor abundamiento, la recurrente vincula la incorrección de la fórmula de corrección empleada (y que anteriormente hemos transcrito) al hecho de que el PPT, según su opinión, “*no puede pretender aumentar innecesariamente la necesidad de Producto hasta el 20% cuando ello no es exigido por el fabricante para alcanzar una eficacia mínima*” (sic). Tal afirmación revela, en el fondo, que lo que la recurrente cuestiona es que se hubiese fijado en el PPT dicho porcentaje, con lo que pretende sustituir la discrecionalidad del órgano de contratación en la conformación de la prestación a contratar y sus especificaciones técnicas por su voluntad.

En este sentido, hay que traer a colación la doctrina consolidada de este Tribunal sobre el ámbito de discrecionalidad en la configuración del objeto del contrato que goza el órgano de contratación. Como venimos señalando en nuestras resoluciones, este Tribunal no puede desvirtuar con razonamientos jurídicos la motivación técnica que da cobertura a la determinación del objeto contractual o a alguna de sus prescripciones técnicas (v.g.



Resolución 111/220, de 14 de mayo) Asimismo, es doctrina consolidada de este Tribunal y del resto de órganos de resolución de recursos contractuales que el poder adjudicador goza de un ámbito de libertad y discrecionalidad en la configuración del objeto del contrato. En este punto, se ha de acudir a la reiterada doctrina acuñada por este Tribunal (v.g., entre otras, Resoluciones 249/2016, 295/2016, 203/2017, 104/2018, 109/2018, 158/2018, 189/2018, 144/2019, 146/2019 y 230/2020) conforme a la cual es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate.

3º Respecto de la aplicación incorrecta del coeficiente de corrección, tras el análisis efectuado, este Tribunal considera que la recurrente se limita a cuestionar la fórmula empleada efectuando el cálculo que le resulta más favorable, basándose únicamente en que su producto tenía, a mayor dilución, la eficacia requerida en los pliegos, y calculando el precio por litro del producto a una dilución mayor lo que reduciría el precio del litro por producto, según las cuentas que maneja.

Entendemos que la recurrente se limita a plantear una fórmula alternativa e inversa a la empleada por la Administración, que es más beneficiosa para sus intereses, pero que no puede prevalecer sobre el criterio técnico y especializado de los órganos técnicos, sin que este Tribunal pueda suplir con criterios jurídicos los razonamientos técnicos.

Por lo tanto, ha de prevalecer la aplicación de la fórmula empleada por el órgano de contratación que, con base en el informe justificativo emitido por el personal técnico del Servicio de Emergencias de Prevención y Extinción de Incendios forestales, garantiza la evaluación, de manera comparativa, de ambas ofertas con el mismo porcentaje de mezcla o concentración de producto, y cuya justificación técnica se explicita de manera ejemplificativa sobre la base del informe técnico que se acompaña.

Consecuentemente con lo expuesto, este Tribunal considera que no ha quedado fundamentada la infracción de ningún precepto con la aplicación de un factor de corrección proporcional en el precio unitario del litro concentrado. A mayor abundamiento, resulta relevante señalar que el órgano de contratación en su informe al recurso da una explicación ejemplificativa y técnica de la fórmula empleada para la evaluación comparativa de ambas ofertas.

4º Finalmente, no es cierto, como afirma la recurrente en la alegación tercera (punto 6) de su recurso que ni la obligación de que el producto ofertado se aplicase en una mezcla en agua del 20% ni el ajuste del precio para el caso de que no se ofertase ese concreto porcentaje se previeron en el PPT ya que, como se ha indicado con anterioridad, y se ha examinado, tales previsiones estaban en el PPT que, por otra parte, la recurrente conocía y no impugnó.

Procede, por tanto, por las razones expuestas, la desestimación del primer motivo.



OCTAVO. Consideraciones del Tribunal. Fondo del asunto. Sobre el motivo de impugnación referente a la infracción de los artículos 139 y 140 LCSP y 81 y 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La recurrente denuncia la infracción por el órgano de contratación de los preceptos invocados, y considera que la adjudicataria debió ser excluida dado el carácter insubsanable de la documentación que le fue requerida.

El órgano de contratación invoca la doctrina de los Tribunales administrativos sobre la posibilidad de subsanar la documentación previa a la adjudicación, y defiende la corrección de la actuación administrativa, negando que se haya producido una modificación de la oferta económica y remitiéndose al contenido del informe técnico que acompaña en el que se indica que lo que se solicitó a BARRICADE fue la aclaración sobre la discrepancia entre la concentración de producto en su oferta económica y la concentración documentada en los certificados aportados, extremo que fue clarificado, emitiéndose el correspondiente informe definitivo de 17 de octubre de 2024.

La adjudicataria defiende la actuación del órgano de contratación al solicitarle aclaración de su oferta, al amparo de los artículos 141 y 95 de la LCSP invocando, la Resolución 52/2019 de este Tribunal sobre el principio de proporcionalidad que ha de guiar los actos y decisiones de las instituciones.

A fin de resolver la cuestión litigiosa, hemos de traer a colación la doctrina de este Tribunal sobre la subsanación de defectos u omisiones en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos se ha expuesto de modo reiterado. Así, en nuestra Resolución 134/2020, de 1 de junio, entre otras, señalábamos:

«En este sentido, este Tribunal en multitud de ocasiones, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la Sentencia de 6 de julio de 2004) y con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entre otras, en las Resoluciones 128/2011 de 27 de abril, 184/2011 de 13 de julio y 61/2013 de 6 de febrero), se ha pronunciado (entre otras muchas, en las Resoluciones 31/2013 de 25 de marzo, 123/2014 de 20 de mayo, 420/2015, de 7 10 de diciembre, 174/2016, de 27 de julio y 230/2017, de 3 de noviembre) sobre el carácter subsanable de los defectos u omisiones de la documentación general acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que las entidades licitadoras tienen que aportar en los procedimientos de contratación, ex artículos 140 y 141 de la LCSP, consolidando una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en dicha documentación pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible. En efecto, los defectos u omisiones que afectan a la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos del artículo 140 de la LCSP, entre ellos los que se refieren a la documentación acreditativa de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, según la tradicional concepción de los mismos, son esencialmente subsanables (v.g. Resolución 305/2018, de 31 de octubre y 172/2019, de 23 de mayo, entre otras). En torno a la cuestión de los defectos subsanables en el curso del procedimiento de contratación, en la Resolución 54/2013, de 2 de mayo, este Tribunal analizaba la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado donde se precisa que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de requisitos exigidos y subsanables aquellos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos. En tal sentido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 47/2009, de 1 de febrero de 2010, indicó que “el criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable”».



En consecuencia, los defectos u omisiones en la documentación acreditativa de los requisitos previos son esencialmente subsanables, con el límite de que el requisito se cumpla a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, tal y como prevé el artículo 140.4 de la LCSP.

En el presente asunto, consultada la documentación obrante en el expediente remitido, nos encontramos que:

1º En el trámite de subsanación, se requirió a BARRICADE una clarificación, respecto a los certificados aportados, para aclarar la discrepancia advertida entre la información contenida en su oferta económica y la documentación técnica (certificados) analizada, relacionada con el porcentaje de mezcla recomendado por el fabricante del producto suministrado.

2º Como se ha indicado en el fundamento de derecho de la presente resolución que aborda las actuaciones procedimentales más relevantes, de los términos de la contestación al citado requerimiento (que evitamos reproducir por razones de extensión) se infiere que la adjudicataria clarificó la relación de uso y porcentaje de mezcla del producto RLP MAKI, indicando, de manera expresa que *“La relación de uso del producto MAK1, retardante de largo plazo para su uso en la extinción de incendios forestales desde aeronaves de ala fija, es de 1: 4 - 20 % (1 litro de concentrado por 4 litros de agua), de acuerdo con lo solicitado en el expediente de contratación CONTR 2024 686499, así como el precio ofertado en nuestra oferta económica presentada en el expediente(...).*

De lo anterior se desprende que la actuación de la mesa se enmarca en la posibilidad de subsanación de la documentación previa a la adjudicación prevista en la cláusula 10.7 del PCAP, como señala el órgano de contratación en su informe, así como encuentra respaldo en la doctrina invocada sobre el carácter esencialmente subsanable de aquella, máxime cuando el propuesto como adjudicatario resulta ser la oferta económicamente más ventajosa para la Administración.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación de este motivo de recurso y por tanto de la pretensión principal que el presente recurso plantea.

NOVENO. Sobre la imposición de multa solicitada por el órgano de contratación.

Procede abordar a continuación la solicitud de multa formulada por el órgano de contratación que fundamenta en la temeridad de la recurrente por falta clara de viabilidad jurídica del recurso, y en atención a la mala fe, por reiterar en el presente recurso especial los mismos argumentos incluidos en su escrito de alegaciones de fecha 3 de octubre de 2024 que fueron contestados en el informe de fecha 14 de octubre de 2024 suscrito por el Subdirector de Incendios Forestales y otras Emergencias Ambientales de la Agencia.

Pues bien, el artículo 58.2 de la LCSP establece: *«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma».*

En este sentido, la Sentencia de 5 de febrero de 2020, de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, señala:

“Es criterio de esta Sala que «La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución» (sentencias, Sección



Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014))».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe, señalando que

«El primero (mala fe) tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho».

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): indica

«La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento».

En el supuesto analizado, este Tribunal considera tras el análisis de los argumentos expuestos en el escrito de recurso que, si bien se han desestimado todos sus motivos, ello no es suficiente para concluir que el mismo, en su conjunto, carezca de falta de fundamentación jurídica.

Por otro lado, tampoco puede apreciarse que se haya interpuesto con mala fe por el argumento invocado por el órgano de contratación, máxime porque, sin prejuzgar este Tribunal la calificación y ulterior tramitación procedimen-



tal que por parte de la Agencia se confirió al citado escrito de alegaciones al que se refiere (el de 3 de octubre de 2024 en el que ya solicitaba la recurrente la adjudicación a su favor) lo cierto es que no está utilizando la vía del recurso especial suscitando cuestiones que hubieran sido abordadas y resueltas ya por este Tribunal, por lo que no se aprecia que el recurso en su globalidad suponga un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación, ni por tanto, que el mismo se haya interpuesto con temeridad o mala fe manifiesta.

A ello se une que el órgano de contratación no cuantifica tampoco el daño alegado.

En definitiva, no se evidencia claramente que la recurrente haya sostenido los argumentos del recurso en el conocimiento de la total ausencia de su fundamentación jurídica y que el mismo fuese a ser claramente desestimado, por lo que no cabe apreciar en el presente supuesto absoluta deslealtad o abuso del principio de buena fe, determinantes de la imposición de la multa solicitada.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial interpuesto por la entidad **AUXQUIMIA, S.A.U.** contra la resolución de adjudicación de 22 de octubre de 2024 del «Acuerdo marco para el suministro de retardante de largo plazo, de aplicación aérea para la extinción de incendios forestales en la Comunidad Autónoma de Andalucía (Anualidades 2025-2028)» (Expediente CONTR 2024 0000686499) promovido por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, entidad adscrita a la Consejería de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural y a la Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul de la Administración de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad ni mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

