

Recurso 362/2019

Resolución 210/2020

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

Sevilla, 18 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **NIMGENETICS, GENÓMICA Y MEDICINA, S.L.** contra la resolución, de 2 de septiembre de 2019, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato denominado “Servicio de realización de determinaciones analíticas en muestras biológicas de procedencia humana, en laboratorios externos, con destino a la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa Del Sol”, respecto de los Lotes 9 y 10 (Expte. A.S.A.07/2019), convocado por la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, ente instrumental dependiente de la Consejería de Salud y Familias, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 10 de mayo de 2019 se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 1.171.311,80 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento, respecto de los Lotes 9 y 10, se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El órgano de contratación, mediante resolución de 2 de septiembre de 2019, adjudica el contrato, respecto de los Lotes 9 y 10 a la entidad REFERENCE LABORATORY, S.A. (en adelante REFERENCE).

El 23 de septiembre de 2019, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad NIMGENETICS, GENÓMICA Y MEDICINA, S.L. (en adelante NIMGENETICS) contra la resolución de adjudicación, respecto de los Lotes 9 y 10.

La recurrente solicitaba en su escrito de recurso, entre otras cuestiones, vista de expediente ante este Tribunal en virtud de lo dispuesto en el artículo 52.3 de la LCSP.

CUARTO. Por parte de la Secretaría de este Tribunal, el 23 de septiembre de 2019 se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le solicitó el informe sobre el mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Dicha documentación, reiterada el 1 de octubre, tuvo entrada posteriormente en su totalidad en el Registro de este Tribunal.

QUINTO. La Secretaría del Tribunal, con objeto de conceder a la recurrente el acceso al expediente de contratación, requirió y reiteró en varias ocasiones al órgano de contratación para que se pronunciase sobre la confidencialidad de la documentación contenida en el mismo, al haberse denegado el acceso a parte de



la misma por el órgano de contratación. La vista pudo celebrarse en la sede de este Órgano el 19 de diciembre de 2019.

SEXTO. Con fecha 23 de enero de 2020, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la entidad REFERENCE.

SÉPTIMO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio de 2020 la citada suspensión.

OCTAVO. Mediante escrito de 4 de junio de 2020 de la Secretaría de este Tribunal se solicita al órgano de contratación que remita determinada documentación complementaria a su informe al recurso, la cual fue recibida posteriormente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, 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.

SEGUNDO. Procede determinar ahora si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.



El objeto de la licitación, según consta en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), es un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

TERCERO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, aun computando desde el 2 de septiembre de 2019, fecha de la resolución de adjudicación, el recurso presentado el 23 de septiembre de 2019 en el registro electrónico de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

CUARTO. Desde un punto de vista formal, ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto de los Lotes 9 y 10, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, sin perjuicio del análisis que se efectúa a continuación.

Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución, de 2 de septiembre de 2019, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato, respecto de los Lotes 9 y 10, solicitando que, con estimación del mismo, *«se resuelva dar acceso a esta parte al expediente número A.S.A. 07/2019, y en concreto a la documentación aportada por Reference y por Imegen (Instituto de Medicina Genómica), y en su día:*

- *Declare desierto el Lote 9 por exigir el Pliego de Contratación el cumplimiento de una serie de requisitos mínimos que no cumple Reference Laboratory, S.A., concretamente la cobertura de los genes críticos en zonas sindrómicas de al menos 15Kb.*
- *Declare desierto el Lote 10 por haberse permitido subsanar a Imegen (Instituto de Medicina Genómica) la totalidad de su propuesta económica constituyendo ello un error material insubsanable al tratarse de un presupuesto de la licitación».*

Con respecto a la petición de acceso al expediente, como se ha expuesto la misma se llevó a cabo en la sede de este Órgano el 19 de diciembre de 2019 constando al efecto acta de vista de expediente formalizada por la persona titular de la Secretaría de este Tribunal y una persona representante de la entidad NIMGENTICS.



Resta, pues, por analizar la pretensión de la recurrente de declaración de desierto de los Lotes 9 y 10. En este sentido, la recurrente esgrime dos motivos de impugnación, por un lado, la indebida adjudicación del Lote 9 a la entidad REFERENCE quien no puede ofrecer una cobertura de los genes críticos en zonas sindrómicas de al menos 15Kb, y por otro lado, la indebida adjudicación del Lote 10 a IMEGEN (INSTITUTO DE MEDICINA GENÓMICA) quien no presentó correctamente la propuesta económica.

Pues bien, con carácter previo al examen del fondo del recurso ha de analizarse la posible falta de legitimación ad causam de la entidad ahora recurrente. Así las cosas, en la resolución de adjudicación de 2 de septiembre de 2019, en su antecedente sexto, se dispone la clasificación de las ofertas con el siguiente tenor en lo que aquí interesa respecto de los Lotes 9 y 10.

-Empresas clasificadas en el lote 9: REFERENCE 95,71 puntos; NIMGENETICS 93,94 puntos.

-Empresas clasificadas en el lote 10: REFERENCE 97,71 puntos.

Asimismo, en el antecedente cuarto de la citada resolución de adjudicación se recoge que la oferta de la entidad NIMGENETICS es excluida de la licitación del Lote 10 por *«no aportar los mínimos especificados: no aporta los controles externos de calidad del último año para este lote»*.

Así las cosas, respecto del Lote 10, consta de forma clara que la oferta de NIMGENETICS fue excluida de la licitación, por no aportar los controles externos de calidad del último año para este lote, sin que dicha exclusión haya sido atacada con ocasión del presente recurso contra la adjudicación, pues su pretensión respecto del Lote 10 es que se declara el mismo desierto, por lo que ha de considerarse que el acto de exclusión respecto de dicho lote ha devenido firme.

En este sentido, en los antecedentes de hecho del recurso, la recurrente expone que tras la valoración realizada por el órgano de contratación, en la que aprecia que su oferta no aporta los controles externos de calidad del último año para este lote, remitió un escrito de alegaciones aportando el resto de las páginas de la certificación GENQA, a efectos de subsanar el mero error formal que se pudiera haber producido al completar el anexo O de la memoria técnica, si bien es cierto que ya en el documento aportado en las alegaciones aparece claramente que NIMGENETICS participa en el programa GENQA para NIPT o TPNI.



Asimismo, señala la recurrente que aun así, teniéndose en cuenta que el órgano de contratación conocía perfectamente que este programa piloto acreditaba su participación en controles externos de calidad para TPNI, al igual que acreditó al resto de las entidades licitadoras con el mismo documento, consideró sorpresivamente que su proposición no hubiera cumplido con los requisitos mínimos.

A mayor abundamiento, indica NIMGENETICS que su oferta incluso describió el programa GENQA a lo largo de la memoria técnica, haciéndose referencia precisamente a los controles de calidad externos.

Sin embargo, concluye la recurrente, que la contestación de la mesa de contratación al escrito de alegaciones presentado en el que se aportan las páginas restantes del programa GENQA y se solicita la subsanación, es que la documentación no es aceptada por tratarse de un requisito mínimo que no se ha aportado en tiempo y forma.

Al respecto, la recurrente tras la exposición de los hechos anteriores en modo alguno pretende que su oferta sea admitida a la licitación, únicamente que se declare desierta la licitación del Lote 10 para lo que afirma que la oferta de IMEGEN debió excluirse de la licitación al habersele permitido subsanar la totalidad de su propuesta económica constituyendo ello un error material insubsanable por tratarse de un presupuesto de la licitación. No obstante, como se ha expuesto, IMEGEN no forma parte de las empresas clasificadas dentro del Lote 10, pues la misma ni siquiera ha licitado a dicho lote.

En definitiva, como se ha analizada, respecto del Lote 10, la recurrente al no atacar la exclusión de su oferta la misma ha devenido firme.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sostiene que en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, las entidades licitadoras tienen un interés legítimo en que se excluya la oferta de las otras para obtener el contrato, con independencia del número de entidades participantes en el procedimiento y del número de ellas que haya interpuesto recurso.

En concreto, en el apartado 24 de la Sentencia del TJUE de 5 de abril de 2016, PFE, asunto C-689/13, se dispone que *«En el apartado 33 de la sentencia Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), el Tribunal de Justicia consideró que el recurso incidental del adjudicatario no puede llevar a descartar el recurso de un licitador rechazado*



en el supuesto de que la regularidad de la oferta de cada uno de los operadores sea cuestionada en el marco del mismo procedimiento, dado que, en tal hipótesis, cada uno de los competidores puede alegar un interés legítimo equivalente en la exclusión de la oferta de los demás, lo que puede llevar a la constatación de que el poder adjudicador no puede proceder a la selección de una oferta adecuada». Asimismo, en los apartados 26 y 27 de dicha Sentencia de 5 de abril de 2016 se dispone que «26 La anterior sentencia [Fastweb asunto C-100/12] concreta las exigencias de las disposiciones del Derecho de la Unión citadas en el apartado 23 de la presente sentencia en circunstancias en las que, a raíz de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, dos licitadores interponen sendos recursos para lograr la exclusión del otro licitador.

27 En tal situación, cada uno de los licitadores tiene un interés en lograr un contrato determinado. En efecto, por un lado, la exclusión de un licitador puede tener como consecuencia que el otro licitador obtenga el contrato directamente en el mismo procedimiento. Por otro lado, en caso de exclusión de los dos licitadores y de apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público, cada uno de los licitadores podría participar en él y, de este modo, obtener indirectamente el contrato.».

Sin embargo, en la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, asunto C355/15, se dispuso que es admisible que una licitadora que ha sido excluida de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo, se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando la licitadora excluida y la adjudicataria del contrato son las únicas que han presentado ofertas y aquella licitadora sostiene que la oferta de la adjudicataria también debería haber sido rechazada.

En concreto en el apartado 33 y siguientes de la citada Sentencia de 21 de diciembre de 2016 se establecía:

«33 De ello se infiere que el principio jurisprudencial sentado en las sentencias de 4 de julio de 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), y de 5 de abril de 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), no es aplicable a la situación procesal y contenciosa controvertida en el litigio principal.

34 Procede observar, por añadidura, que, como resulta de los artículos 1, apartado 3, y 2 bis de la Directiva 89/665, ésta garantiza el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador que haya quedado excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada.



35 En estas circunstancias, no cabe interpretar el artículo 1, apartado 3, de la mencionada Directiva en el sentido de que se opone a que a un licitador como el consorcio se le niegue el acceso al recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, en tanto en cuanto deba considerarse a dicho consorcio un licitador definitivamente excluido en el sentido del artículo 2 bis, apartado 2, párrafo segundo, de la misma Directiva.

36 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, proceder responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que a un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando el licitador excluido y el adjudicatario del contrato son los únicos que han presentado ofertas y aquel licitador sostiene que la oferta del adjudicatario también debería haber sido rechazada.».

Igualmente, la doctrina del Tribunal Supremo (valga por todas la Sentencia de la Sala 3ª, Sección 7ª, de 18 de abril de 2012) señala que una vez que la recurrente fue excluida del procedimiento de contratación y consintió dicha exclusión, se convierte en un tercero ajeno a dicho procedimiento, por lo que carece de legitimación ad causam para impugnar el resultado del mismo.

En definitiva, en tanto que la entidad NIMGENETICS ha sido excluida del procedimiento de contratación, respecto del Lote 10, no habiendo combatido tal decisión en el presente recurso contra la adjudicación, debe entenderse que aquella ha adquirido carácter definitivo, a falta de otro dato obrante en el expediente que lo desvirtúe, de modo que ningún beneficio puede obtener ya en el seno del procedimiento cuya adjudicación impugna.

A mayor abundamiento, de entender este Tribunal que la recurrente respecto del Lote 10 ostenta legitimación, aunque solo fuese a los meros efectos dialécticos, la potencial estimación del recurso respecto a dicho lote en nada le beneficiaría pues seguiría siendo adjudicataria la entidad REFERENCE, pues como se ha expuesto IMEGEN, que es la entidad objeto del recurso, ni siquiera ha presentado oferta al citado Lote 10.

En consecuencia, en base a las consideraciones anteriores, conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la LCSP, al constar la falta de legitimación de la recurrente, procede inadmitir el recurso por tal causa, respecto del Lote 10, lo que impide entrar a conocer los motivos de fondo en que se ampara.



Procede, pues, la inadmisión del recurso interpuesto, respecto del Lote 10, por ausencia de interés legítimo.

En relación al Lote 9, como se ha expuesto, la ofertas clasificadas han sido la entidad REFERENCE con un total de 95,71 puntos y NIMGENETICS, ahora recurrente, con un total 93,94 puntos. En este sentido, tal y como se recoge en el recurso, la pretensión de la recurrente es que se *«Declare desierto el Lote 9 por exigir el Pliego de Contratación el cumplimiento de una serie de requisitos mínimos que no cumple Reference Laboratory, S.A., concretamente la cobertura de los genes críticos en zonas sindrómicas de al menos 15Kb»*, de tal manera que de estimarse su pretensión y entender este Tribunal que la oferta de REFERENCE debe ser excluida, no es posible que se declare desierto el Lote 9, pues quedaría una oferta válida que es precisamente la de entidad ahora recurrente.

En definitiva, ostenta legitimación la recurrente para recurrir el Lote 9, pues la eventual estimación del recurso, aun cuando no supondría que el procedimiento se declarara desierto, que es lo que formalmente solicita, aunque del recurso se infiere que su pretensión es que se excluye a la adjudicataria, la misma saldría beneficiada, pues sería la única oferta válida respecto del Lote 9, y por tanto de continuarse la licitación podría alzarse con la misma.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, respecto del Lote 9, que serán examinados en este y en el siguiente fundamento de derecho.

Como se ha expuesto, la recurrente solicita que se *«Declare desierto el Lote 9 por exigir el Pliego de Contratación el cumplimiento de una serie de requisitos mínimos que no cumple Reference Laboratory, S.A., concretamente la cobertura de los genes críticos en zonas sindrómicas de al menos 15Kb»*. En este sentido, en el recurso se transcribe parte del anexo VIII, sobre 2, documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor. En concreto, el subapartado del Lote 9, dentro del apartado de información específica de lotes, que dispone lo siguiente:

«LOTE 9. Genetica Array-CGH. Criterios mínimos



1. Array CGH (Array de hibridación genómica comparada) diseñado y dirigido al diagnóstico de al menos 300 síndromes OMIM y otras zonas genéticas responsables de patología relacionados con síndromes polimalformativos y discapacidad intelectual, trastornos del neurodesarrollo (TND) y Trastornos del Espectro Autista (TEA).
2. Las aplicaciones de CGH-Array deben estar validadas para el estudio de muestras postnatales y que esté enriquecido en zonas de interés informativas desde el punto de vista clínico (Autismo, déficit intelectual, dismorfias, síndromes de genes contiguos, etc.). La cobertura de los genes críticos en las zonas sindrómicas debe ser de al menos 75kb. La cobertura de los genes críticos en las zonas sindrómicas debe ser de al menos 15kb. Resolución media en el resto del genoma como mínimo 100Kb.
3. El análisis debe ser realizado íntegramente en el laboratorio de diagnóstico genético. Informes clínicos en lengua española, realizados por equipo multidisciplinar que incluya facultativos acreditados por la AEGH».

El párrafo subrayado es el que es objeto de controversia. Al respecto, la recurrente señala que de acuerdo con dicha redacción, parece que sea posible tanto una cobertura mínima de los genes críticos de las zonas sindrómicas de 15 y de 75Kb, simultáneamente; no obstante, ello científicamente no es posible.

Afirma que a mayor abundamiento, por definición, un array de 180K implica una cobertura media en una zona o región sindrómica, que incluye habitualmente múltiples genes, de 70-75Kb. En este sentido, señala que cuando se pide una cobertura optimizada en genes en un array de 180K, ésta debe ser muy inferior a 75Kb.

En definitiva, a su juicio, teniéndose en cuenta lo anterior, la redacción correcta del pliego sería la siguiente: “la cobertura en las zonas sindrómicas debe ser de al menos 75Kb. La cobertura de los genes críticos en las zonas sindrómicas debe ser de al menos 15Kb”.

Así las cosas, afirma la recurrente que la valoración que realiza el órgano de contratación en su informe es errónea, pues comprende dos criterios distintos en un solo criterio, debiendo descomponerse en dos requisitos mínimos, por un lado, la cobertura de zonas sindrómicas de al menos 75Kb, requisito mínimo respecto del cual este recurrente no plantea alegación alguna en relación a su cumplimiento por parte de REFERENCE, y por otro lado, la cobertura de los genes críticos en zonas sindrómicas de al menos 15Kb, requisito mínimo que dicha entidad, a juicio de la recurrente, no cumple, debiendo por tanto quedar excluida del Lote 9.



En definitiva, a pesar de lo manifestado por la recurrente en relación a la deficiente redacción del pliego y al supuesto error cometido en el informe de valoración de las ofertas, su concreto alegato se limita a denunciar que la oferta REFERENCE no cumple el requisito de la cobertura de los genes críticos en zonas sindrómicas de al menos 15Kb.

En este sentido, el informe de valoración de las ofertas a evaluar mediante un juicio de valor, de 23 de julio de 2019, respecto al Lote 9 y a la entidad REFERENCE en lo que aquí interesa dispone, por un lado, la expresión «*Véase informe Lote 1*» -en dicho informe del lote 1 se señala «*Aporta todos los mínimos solicitados*», y por otro lado, indica en una tabla resumen, en relación a los criterios mínimos, que dicha entidad los cumple en «*Cobertura de los genes críticos en zonas sindrómicas 15-75 Kb*».

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica que “*la cobertura de genes en zona sindrómica deberá ser al menos 75 kb y en genes críticos en zona sindrómica de al menos 15kb*”. En este sentido, señala que REFERENCE en su oferta, página 9 del tomo I, memoria técnica y de servicios, detalla el cumplimiento y mejora de los criterios mínimos especificados para el lote 9, así como en las páginas 121 y 122 de dicho tomo I donde recoge los diferentes tipos de array ofrecidos y las plataformas disponibles.

Por último, la entidad interesada REFERENCE en su escrito de alegaciones al recurso, señala que presentó en tiempo y forma una amplia memoria técnica y de servicios, específica para el Lote 9, y en la que entre otros, se describe su cumplimiento del aspecto técnico de la cobertura de los genes críticos en las zonas sindrómicas de al menos 15Kb.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes, procede su análisis. Al respecto, ha de partirse de lo señalado por el órgano de contratación en su informe al recurso, cuando indica que en la oferta de REFERENCE, página 9 del tomo I, memoria técnica y de servicios, se detalla el cumplimiento y mejora de los criterios mínimos especificados para el lote 9, así como en las páginas 121 y 122 de dicho tomo I, donde recoge los diferentes tipos de array ofrecidos y las plataformas disponibles. En concreto, este Tribunal ha podido constatar, en lo que aquí interesa, que en la citada página 122 de la oferta de REFERENCE, se describen las características técnicas de los diferentes tipos de arrays que ofrecen así como las plataformas disponibles y se informa de las ventajas con respecto a otros productos del mercado. Su tenor es el siguiente:



Plataforma	Array	Referencia RefLab	Tipo de prueba	# sondas	Resolución media	Detección CNVs	Detección UPD y consanguinidad	Detección mosaicos
Agilent CGH-array	CGH array 60K sangre total	14650	CNV	60.000	50-99 Kb	✓		> 20%
	CGH array 180K sangre total	14654	CNV	180.000	< 50 Kb	✓		> 20%
	CGH array 60K Dx Prenatal	14651	CNV	60.000	50-99 Kb	✓		> 20%
Affymetrix Genomic Array	CGH array 750K sangre total	14658	CNV + SNP	750.000	25 Kb	✓	✓	> 20%
	CGH array CYTOSCAN-HD sangre total	14659	CNV + SNP	2.700.000	10 Kb	✓	✓	> 20%

Sobre lo anterior, el órgano de contratación en sus alegaciones al recurso como documentación complementaria previa petición de este Tribunal aporta informe técnico en el que se expresa que: «la resolución media del estudio completo de los genes que exigimos debe presentar una resolución media intermedia entre 75 y 15. Los datos aportados de resolución media por Reference Laboratory S.A. son coherentes con los requisitos exigidos como criterio mínimo (Array-CGH 60K presenta resolución entre 50-99 Kb, y Array-CGH 180K presenta resolución menor a 50 Kb).

Con respecto a las coberturas mínimas de regiones que hayan sido asociadas a síndromes de microdelección, distintas enfermedades o que contienen genes importantes para el desarrollo, solicitamos una cobertura mínima de 75 kb, coberturas cumplidas de sobra con las plataformas indicadas, dada su resolución media. Con respecto a la cobertura en genes críticos que solicitamos, que debe ser de al menos 15Kb, la plataforma Array CGH array CYTOSCAN-HD sangre total (Affimetric Genomic Array) cumple sobradamente con este requisito, al disponer de una resolución media inferior al requisito solicitado (10 Kb)».

Pues bien, respecto a los supuestos incumplimientos del PPT, puestos de manifiesto por la recurrente cuando señala la existencia de «una serie de requisitos mínimos que no cumple Reference Laboratory, S.A., concretamente la cobertura de los genes críticos en zonas sindrómicas de al menos 15Kb», procede indicar que, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia existentes al respecto, la Administración goza de un cierto margen de discrecionalidad técnica para verificar si, como en el presente caso, la oferta cumple o no técnicamente con lo exigido en los pliegos.



En este sentido, la doctrina sobre la discrecionalidad técnica, ya ha sido expuesta en profundidad por este Tribunal en numerosas resoluciones, valga por todas la Resolución 5/2020, de 16 de enero, en la que indicaba que «(...) la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación. Asimismo, como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia, de 16 de diciembre de 2014 (Recurso 3157/2013), 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. Igualmente, la Sentencia del Alto Tribunal de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324), declara que “la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción “iuris tantum” solo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega”».

A la vista de lo expuesto, procede concluir que las alegaciones formuladas por la recurrente -respecto a la cobertura de los genes críticos en zonas sindrómicas de al menos 15Kb de la oferta de REFERENCE-, no han logrado desvirtuar la presunción de certeza y veracidad de que goza el informe técnico de 9 de junio de 2019 realizado por el órgano de contratación, emitido con ocasión del recurso interpuesto, cuando afirma que «la plataforma Array CGH array CYTOSCAN-HD sangre total (Affimetric Genomic Array) cumple sobradamente con este requisito, al disponer de una resolución media inferior al requisito solicitado (10 Kb)».

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar el recurso interpuesto en relación al Lote 9.

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 **NIMGENETICS, GENÓMICA Y MEDICINA, S.L.** contra la resolución, de 2 de septiembre de 2019, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato denominado “Servicio de realización de determinaciones analíticas en muestras biológicas de procedencia humana, en laboratorios externos, con



destino a la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa Del Sol”, respecto del Lote 9 (Expte. A.S.A.07/2019), convocado por La Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, ente instrumental dependiente de la Consejería de Salud y Familias.

Inadmitir dicho recurso por falta de legitimación respecto del Lote 10.

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, respecto de los Lotes 9 y 10.

TERCERO. 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 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar 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.

