

Recurso 11/2020

Resolución 192/2020

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

Sevilla, 4 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PALEX MEDICAL, S.A.** contra la resolución, de 18 de diciembre de 2019, del órgano de contratación, por la que se adjudica el contrato denominado “Adquisición de Citómetro de flujo analizador multiparamétrico” (Exp. XPS0113/2019), promovido por la Universidad de Granada, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 3 de octubre de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 421.000,00 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente, según consta en la documentación contenida en el expediente de contratación remitido a este Tribunal.

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. Con fecha 18 de diciembre de 2019, el órgano de contratación acordó la adjudicación del contrato mencionado a favor de la entidad BECTON DICKINSON, S.A. (en adelante BD).

CUARTO. El 14 de enero de 2020, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la entidad PALEX MEDICAL, S.A., (en adelante PALEX), contra la resolución del 18 de diciembre de 2019, anteriormente mencionada.

QUINTO. Por parte de la Secretaría de este Tribunal, el 15 de enero de 2020, se le dio traslado al órgano de contratación del recurso interpuesto y se le solicitó el informe sobre el mismo, el expediente de contratación, y un listado con las entidades licitadoras participantes en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación solicitada tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal el 20 de enero de 2020.

SEXTO. Mediante escrito de 10 de marzo de 2020, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la entidad adjudicataria, única interesada en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, que presentó el 16 de marzo.

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. La disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 ha acordado el levantamiento de la suspensión desde el día 7 de mayo, fecha de su entrada en vigor, de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, siempre y cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, extendiendo dicha medida a los recursos especiales. Habiéndose tramitado el presente procedimiento de licitación por medios



electrónicos, tal como consta en el expediente remitido, la citada disposición ha levantado la suspensión de la tramitación del presente recurso especial.

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.

En el supuesto analizado, la competencia de este Tribunal para la resolución del presente recurso deriva del convenio formalizado, el 26 de noviembre de 2012, entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Granada.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

Al respecto, la entidad BD en su escrito de alegaciones afirma que el presente recurso debe ser inadmitido por falta de legitimación de la recurrente, dado que dicha entidad debió ser excluida definitivamente de la licitación por haber introducido en el sobre B de documentación técnica cuya valoración depende de un juicio de valor, una documentación que se debía presentar en el sobre C, de documentación cuya valoración se realiza de forma automática mediante fórmulas.

En este sentido, si entendemos tal alegato como una especie de reconvención de la entidad adjudicataria, como interesada en el procedimiento, frente a la recurrente, ha de señalarse, que el trámite de alegaciones en el recurso no es una suerte de reconvención que permita tramitar en un mismo procedimiento pretensiones distintas de las formuladas por la recurrente (v.g., entre otras, Resoluciones de este Tribunal 193/2017, de 2 de octubre, 6/2018, de 12 de enero, 105/2018, de 13 de abril, 108/2018, de 17 de abril, 215/2018, de 6 de julio y 381/2019, de 14 de noviembre).



Al respecto, y para reforzar su alegato, la entidad BD trae a colación la Resolución 682/2017, de 27 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la que la entidad adjudicataria alegaba que la recurrente debió ser excluida de la licitación por no cumplir con lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas. Afirma BD que dicha resolución tras reconocer que la adjudicataria puede invocar en esta fase de alegaciones al recurso que la recurrente no cumplía con los requisitos mínimos exigidos, y que por tanto debía ser excluida (se niega en la resolución que esto suponga una *reformatio in peius*), aprecia que efectivamente la oferta de la empresa debió ser rechazada por incumplir dicho pliego, negando legitimación a la recurrente.

Pues bien, este Tribunal no comparte el argumento esgrimido en la citada Resolución 682/2017, dado que como se expuso el trámite de alegaciones en el recurso no es una suerte de reconvención que permita tramitar en un mismo procedimiento pretensiones distintas de las formuladas por la recurrente. En este mismo sentido, se han pronunciado el Tribunal Administrativo de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 96/2018, de 11 de mayo, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, entre otras, en su Resolución 12/2020, de 24 de enero, y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en las Resoluciones 129/2011, de 27 de abril, 183/2013, de 23 de mayo, 164/2017, de 10 de febrero, 361/2017, de 21 de abril, 807/2017, de 22 de septiembre, 1208/2017, de 22 de diciembre, 590/2018, de 21 de junio y 1144/2019, de 14 de octubre.

Así mismo, y a mayor abundamiento, procede indicar que en el procedimiento contencioso-administrativo, tampoco cabe una reconvención o una pretensión adicional, como sí acontece en el proceso civil (artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); en tal sentido se pronunció de forma clara la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de abril de 2003, recurso 3269/2000, al declarar que «*en el recurso contencioso administrativo la parte demandada no puede "formular pretensiones", a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil por medio de la reconvención*».

En consecuencia, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP, ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar 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 licitación es un contrato de suministro con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública 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.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, consta en el expediente que la resolución de adjudicación se publicó en el perfil de contratante el 20 de diciembre de 2019, fecha que coincide con la puesta a disposición por parte del órgano de contratación de la resolución de adjudicación a la entidad recurrente, por lo que teniendo en cuenta que el recurso fue presentado el 14 de enero de 2020 en el registro electrónico de este Tribunal, el mismo ha sido interpuesto dentro de plazo, de conformidad con lo señalado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta, que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución, de 18 de diciembre de 2019, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato, solicitando que, con estimación del mismo *«Se anule la resolución de adjudicación y la valoración de criterios de adjudicación, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la valoración de éstos, a los efectos de que se lleve a cabo una valoración en términos de igualdad entre licitadores»*.

En este sentido, y en cuanto al fondo del asunto, el cuerpo del recurso se divide en dos partes, la primera denominada «I. De la valoración de los criterios de valoración técnicos», en la que señala que la valoración llevada a cabo en el ámbito de la presente licitación incumple los principios de igualdad de trato y no discriminación, tratando de demostrar a continuación dicha afirmación con respecto a dos de los criterios de adjudicación cuya evaluación está sujeta a un juicio de valor. En la segunda parte del cuerpo del recurso, denominada «II. Cumplimiento del pliego de prescripciones técnicas», se indica que determinados requisitos del pliego de prescripciones técnicas (PPT) -que reproduce-, no los cumple la oferta de la adjudicataria.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.



Por último, la entidad BD, como interesada en el procedimiento, se opone asimismo a lo argumentado por las recurrentes en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constanding en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Como se ha expuesto, la recurrente denuncia, en un primer grupo de alegatos, la inadecuada valoración de la ofertas conforme a dos de los criterios de adjudicación cuya evaluación está sujeta a un juicio de valor.

Los criterios que cuestiona se recogen en apartado 11 del cuadro resumen de características del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP):

1. Mayor número de canales de fluorescencia 40 %.
2. Propuesta plan de formación y entrenamiento tanto del responsable del equipo como de los miembros del equipo de trabajo. 2,5 %.

Con respecto a la valoración del criterio de mayor número de canales de fluorescencia, la recurrente parte de que el equipo ofertado por BD es un «BD FACSymphony SORP», y en base a ello va cuestionando la valoración técnica realizada a dicha entidad.

En este sentido, dicha valoración con respecto a la oferta de BD y de la recurrente dispone lo siguiente:

«Este criterio hace referencia a los fluorocromos que pueden ser medidos. Sin embargo, la manera de medir estos fluorocromos varía en los equipos ofertados y resulta un tanto complicada la comparación (un equipo habla de detectores de fluorescencias, el otro equipo habla de canales de fluorescencia). De cualquier manera, el equipo ofertado por Palex tiene 64 canales de fluorescencia y Becton Dickinson (BD) hace una estimación en el número de canales de fluorescencia de su equipo que establece en 66, superando en 2 al de Palex.

Por todo esto, además se tiene en cuenta en la valoración los fluorocromos medibles, cuantitativa y cualitativamente.

El equipo de Palex tiene 5 líneas láser como fuentes de excitaciones y es capaz de alcanzar simultáneamente la detección de 40 parámetros fluorescentes por célula, superando en 5 parámetros al equipo de BD.

El equipo de Becton Dickinson puede alcanzar 35 fluorescencias simultáneas y más de 40 en antígenos no coexpresados, con lo que queda por debajo del número de parámetros de fluorescencia medibles por el equipo de Palex, al menos en antígenos coexpresados. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el equipo de Becton Dickinson tiene 6 líneas láser como fuente de excitación, una más (IR 785nm 100mW) que el equipo de Palex. Esta



mejora permite el uso de nuevos fluorocromos no excitables con el equipo de Palex y aumenta las opciones de fluorocromos utilizables, algo enormemente positivo.

Adicionalmente, las potencias de los láseres del equipo de BD son mayores (excepto el láser violeta que es igual) a las del equipo de Palex y a las exigidas por el PPT. Una mayor potencia implica una mayor excitación del fluorocromo y esto significa una mayor intensidad de fluorescencia alcanzable, algo sumamente deseable en citometría de flujo. Además, estas potencias son regulables por software, algo que no solo permite regular la intensidad de la fluorescencia excitada, sino que puede alargar la vida de los láseres.».

Al respecto, afirma la recurrente que el termino “canal de fluorescencia” está perfectamente establecido en citometría de flujo y es igual al número de detectores instalados (o instalables) en el equipo, por lo que en ningún caso se refiere a los fluorocromos que pueden ser medidos en un equipo.

Igualmente, señala el recurso que en la valoración se indica que la comparación es difícil, cuando para cualquier profesional del campo de la citometría de flujo el número de detectores y de canales son equivalentes (cada detector se asocia a un canal), por lo que no entiende a qué problemática se refiere el evaluador, ni a que se deben los cambios de criterio entre fluorocromos y canales/parámetros más haya de generar confusión en la evaluación.

Asimismo, indica la recurrente que el equipo ofertado por ella tiene un número definido de canales mientras que el de BD hace una estimación de hasta 66 canales. En este sentido, señala que los canales de fluorescencia no se estiman, son un número definido que se corresponde con el número de detectores con su sistema electrónico asociado instalados y funcionales del equipo; de hecho, la propia documentación oficial del equipo ofertado por BD indica claramente que el número máximo de canales de fluorescencia soportado por este equipo es de 47 + 3 parámetros de dispersión para un total de 50 canales (tercera página de la documentación técnica suministrada por BD en su página web). En este sentido, aclara que en el pantallazo de la documentación oficial de BD se resalta esta información que literalmente dice hasta 50 parámetros (canales en este pliego) de detección y hasta 10 parámetros por láser (que en caso de ofertar 6 láseres serían un máximo de 60 parámetros), nunca de 66 como los “estimados” por BD. Al respecto, señala que teniendo en cuenta que el criterio de valoración de este punto es el de “mayor número de canales de fluorescencia” (o el de “fluorocromos que puedan ser medidos” según el cambio de criterio del evaluador en la primera frase), no es comprensible que la empresa que ofrece tanto mayor número de canales de fluorescencia como mayor número de fluorocromos que puedan ser medidos



obtenga peor puntuación que la licitadora que oferta un equipo con menor numero de detectores y menor capacidad de detección.

También indica el recurso que, en cuanto al número de láseres, a su juicio, ello no es algo valorable en este punto. En este sentido, señala que las puntuaciones deben de ser fieles a lo exigido en el pliego, y en ningún caso dentro de los criterios de adjudicación se hace mención a la posibilidad de obtener mejor puntuación por la incorporación de mayor numero de láseres.

Además, indica la recurrente, en relación con la potencia de los láseres, que aun cuando pueda ser visto en primera instancia como una ventaja, realmente no lo es, tratando de argumentar acto seguido dicha afirmación.

Por último, respecto a la la posibilidad de regulación de la intensidad de los láseres por software, que en la valoración se recoge refiere como una ventaja, señala que a su entender no lo son dado que la modificación de la potencia de los láseres en equipos con gran numero de láseres y capacidad multiparamétrica es una practica peligrosa que puede afectar significativamente a los datos obtenidos en estos equipos, por lo que es una practica no recomendable. En este sentido, aclara que el equipo ofertado por BD utiliza un software de control de los láseres que no tienen vinculación con el software de adquisición de muestras, por lo que los cambios en las potencias de los láseres no son grabadas ni recordadas con los datos, dando lugar a potenciales problemas en la adquisición de muestras en periodos de tiempo prolongados en el caso de que las potencias se cambien de día a día, convirtiendo la supuesta ventaja en un gran problema.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que *«la argumentación de la empresa Palex Medical, S.A., se basa en datos publicados en la web de Becton Dickinson, S.A., sin la certeza de si esta información está actualizada (los ficheros en los que se basan está datados entre el 2012-2016) y además hace referencia a los equipos estándar. En este sentido, lo que se ha ofertado por Becton Dickinson, S.A. es un equipo personalizado a los requerimientos exigidos en el Pliego Técnico de la Universidad de Granada y por ello la documentación la califica como confidencial en la oferta de la citada empresa, por lo que su base de comparación es errónea y entra en contradicción con la opinión de los miembros y asesores de la Mesa de contratación».*

Afirma el informe al recurso, que es un hecho conocido por todos los expertos en citometría que, tras la incursión en el mercado de los equipos espectrales, se han desarrollado nuevos conceptos como el término



canales, término no comparable o sinónimo con el de detector o parámetros a determinar (empleado en citometría no espectral). En este sentido, afirma el órgano de contratación que sorprendentemente la recurrente en su argumentación mezcla ambos conceptos de forma equivocada y sin sentido. Señala el informe al recurso que es sobradamente conocido por la comunidad científica que no existe una equivalencia 1:1 entre canales, detectores y parámetros; además, de forma incomprensible, la mencionada empresa, aporta datos erróneos sobre el equipo de BD, la cual en su información no habla en ningún momento de canales, sino de parámetros a determinar; así para trabajar sobre el mismo parámetro o concepto, BD ha realizado un cálculo sobre los mismos, el cual es favorable a dicha entidad.

En cuanto al laser (785nm), manifiesta el informe al recurso que puesto que hay que analizar el total de parámetros medibles con la configuración ofertada por cada empresa y eso está en relación directa con el número de láseres ofertado, la valoración técnica realizada por la mesa de contratación y los técnicos en citometría de la Universidad de Granada, hace la evaluación teniendo en cuenta los términos anteriormente discutidos y se razona y justifican en profundidad, por lo que la puntuación queda razonada y justificada de manera más que suficiente.

Por último, la entidad BD, al igual que el órgano de contratación, señala en sus alegaciones al recurso señala que *«El recurso interpuesto por Palex se fundamenta en el supuesto incumplimiento de los requisitos técnicos de un equipo que no es el que realmente ha ofertado por mi representada.*

El equipo ofertado por mi representada es un BD FACSSymphony SORP (Special Order Research Product) de última generación con unas características especiales y diferentes a las características técnicas evaluadas por la recurrente.

El equipo ofertado es un equipo SORP (Special Order Research Product), esto es, un equipo hecho a medida específicamente para esta licitación. Efectivamente, BD dispone de equipos SORP que son equipos especialmente diseñados para satisfacer los requerimientos de investigación propuestos por los usuarios».

En este sentido, afirma que en el recurso se muestran datos del equipo “LSRFortessa” que nada tiene que ver con el equipo realmente ofertado por BD a esta licitación. Señala que, a mayor abundamiento, la recurrente incluye en la documentación sobre la que se sustenta su recurso un manual de sistema “BD FACSymphony sobre BD CS&T Research Beads” publicados en la web, sobre los cuales no tiene conocimiento de si son los últimos o se encuentran obsoletos, de hecho, el fichero de las “CS&T” sobre el que argumentan, es del año 2016 y no se trata de la última versión de éste.



Asimismo, indica BD que la empresa recurrente confunde de forma tendenciosa entre los canales de fluorescencia y detectores de fluorescencia y muestra datos erróneos de nuestro equipo, mezclando y confundiendo los conceptos de parámetros, fluorescencias y canales, todo ello con el fin de crear una confusión en el Tribunal respecto del número de canales de fluorescencia. A este respecto, señala BD que el término de canales de fluorescencia es un concepto nuevo desarrollado tras la reciente aparición de equipos espectrales, que es sobradamente conocido y aceptado por la comunidad científica que ambos conceptos, canales y detectores de fluorescencia no son comparables de forma directa ya que un canal de detección en un equipo espectral tiene un rango de recogida de señal muy inferior al de un detector clásico, es decir la equivalencia no es de un canal un detector, por lo que, para comparar y equiparar ambas terminologías actualmente utilizadas en el campo de la citometría, hay que hacer una conversión.

Acto seguido, la entidad BD afirma que dicha conversión se basa en lo siguiente, transcribiendo casi de forma literal lo expuesto en su oferta al respecto: un detector va equipado con un conjunto de filtros y espejos con un paso de banda amplio (40 nm) que permite la determinación de un fluorocromo por detector, sin embargo, los canales de un espectral disponen de filtros y espejos con pasos de banda reducidos y son necesarios más de uno para la detección de cada fluorocromo, por lo que, el número de canales de fluorescencia no se corresponde con el número de fluorocromos a analizar; los detectores en el BD FACSymphony SORP ofertado recogen un total de 1126 nm, sin embargo, 17 nm del espectro visible son recogidos por cada canal de fluorescencia de un equipo espectral por lo que, al realizar la conversión, el número de canales que presenta el BD FACSymphony es de $1126\text{nm}/17\text{nm}= 66$ canales, con una excitación, que va desde el ultravioleta al infrarrojo.

SÉPTIMO. Vistas las alegaciones de las partes procede su análisis. Al respecto, conforme a lo expuesto, las alegaciones de la recurrente cuestionando la valoración realizada de determinado criterio evaluable mediante juicio de valor, supone una evaluación paralela y alternativa a la efectuada por el órgano evaluador a la hora de enjuiciar la oferta de las entidades licitadoras que se mueve, como ha señalado la jurisprudencia, dentro del principio de libre apreciación, pero que no puede prevalecer sobre el criterio de un órgano especializado, al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas en el supuesto analizado por la doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores, que debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación (v.g. Resoluciones de este Tribunal 273/2016, de 4 de noviembre, 186/2017, de 26 de septiembre, 236/2018, de 8 de agosto, y 25/2019, de 31 de enero, entre otras muchas).



Al respecto, el artículo 146 de la LCSP distingue entre criterios evaluables de forma automática mediante la mera aplicación de fórmulas y criterios cuya cuantificación dependen de un juicio de valor, prevaleciendo en estos últimos el juicio técnico de un órgano especializado emitido sobre la base de una previa descripción del criterio, la cual debiendo ser precisa, también ha de permitir un margen de discrecionalidad técnica al órgano evaluador.

En este sentido, los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que proceda asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico.

En definitiva, la esencia de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una apreciación técnica de quien realiza el análisis, apreciación que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. Así, la admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración técnica, de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar como se ha expuesto los límites de la discrecionalidad técnica.

En el supuesto examinado, ha de partirse como se ha expuesto de lo previsto en el apartado 11 del cuadro resumen de características del PCAP. Su tenor literal en el criterio controvertido, dentro de los evaluables mediante juicio de valor, es el siguiente: «*Mayor número de canales de fluorescencia 40 %*». En este sentido, partiendo de que la valoración del criterio esta sujeta a un juicio de valor, el mismo no define, entre otras cuestiones, que ha de entenderse por canales de fluorescencia, ni que parámetros han de emplearse para su determinación, o si el mayor número es lo es únicamente a efectos cuantitativos o además, solamente o también, a efectos cualitativos; lo que sin lugar a dudas da un amplio margen de discrecionalidad técnica al órgano evaluador. Al respecto, teniendo en cuenta que dicho criterio no ha sido objeto de impugnación en su momento procesal oportuno, es ley entre las partes, debiendo estarse a su contenido, el cual resulta ya inalterable.



Así las cosas, ese amplio margen de discrecionalidad permite al órgano evaluador aceptar aquellas equipos que a su entender presenten mejores características relacionadas de alguna forma con el “mayor número de canales de fluorescencia”, sin que dicha actuación pueda ser tachada ahora de errónea, cuando la recurrente aceptó y no impugnó los pliegos que avalan dicha actuación.

Asimismo, este Tribunal, ha podido constatar que la recurrente funda su alegato en las características de un equipo de la entidad adjudicataria que no es exactamente el ofertado por la misma, lo que permite afirmar que los argumentos del recurso no son ni siquiera comparables con lo realmente ofertado por BD.

En definitiva, a la vista de lo expuesto anteriormente, de lo previsto en el criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor analizado, de lo ofertado por las entidad BD y por la ahora recurrente y del contenido de la valoración emitida por el órgano evaluador, según el parecer de este Tribunal, no se aprecia en la evaluación del criterio examinado falta de motivación, arbitrariedad o error patente que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos.

Procede, en consecuencia, desestimar el presente alegato del recurso interpuesto.

OCTAVO. Como se ha expuesto, la recurrente denuncia la inadecuada valoración de la ofertas conforme al criterio de adjudicación cuya evaluación está sujeta a un juicio de valor denominado «Propuesta plan de formación». En este sentido, dicho criterio se recoge en el apartado 11 del cuadro resumen de características del PCAP: con el siguiente tenor: *«Propuesta plan de formación y entrenamiento tanto del responsable del equipo como de los miembros del equipo de trabajo 2,5 %».*

Al respecto, en la valoración de la oferta de la entidad BD y la recurrente se dispone que *«Ambas casas comerciales cumplen el requisito n.º 24 del PPT.*

Además Palex oferta material educativo en la web de Cytek. Becton Dickinson ofrece una sesión extra de formación adicional sobre mantenimiento y reparación del equipo, la cual puede ser de gran ayuda para el servicio de citometría de flujo y su personal técnico. Ofrece también un punto de contacto dedicado para formación y con acceso temprano y exclusivo a colorantes BD de reciente desarrollo. Adicionalmente suministrará reactivos para la configuración del equipo. Igualmente, el equipo sería referencia (único del sur de Europa) para demostraciones y puesta a punto de paneles multicolor, aumentando las oportunidades de formación muy especializada.».



En este sentido, afirma la recurrente que el evaluador valora positivamente en la oferta de BD el “acceso temprano y exclusivo a colorantes BD de reciente desarrollo” dentro de un criterio enfocado a la formación, lo cual a su entender no es un concepto valorable ni puntuable. Además, señala que valora a BD el que dispondrá de un equipo para demostraciones y desarrollo de paneles multicolores, lo que hace pensar en la existencia de un acuerdo previo para, en caso de adjudicación a dicha entidad, la utilización del equipo ofertado en demostraciones y desarrollo de paneles para otros clientes de BD ajenos a Universidad de Granada, lo cual a su juicio no puede ser valorado positivamente dentro del criterio de formación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica que la recurrente dice que no entiende que el tener acceso temprano a colorantes de reciente desarrollo tiene que ver con la formación y manejo del equipo; sin embargo, en el manejo del equipo y de su software se debe incluir necesariamente formación en el establecimiento de los “setting” del mismo. En este sentido, señala que cualquier técnico en citometría de flujo sabe que en el establecimiento de los “setting” del equipo influye de manera crítica el tipo de fluorocromos utilizados.

Igualmente, indica que es evidente también, que para la puesta a punto de paneles multicolor será necesaria una formación de muy alto nivel para la correcta configuración del equipo, la cual se aprende y consolida mucho mejor con casos prácticos de puesta a punto de paneles multicolor, por lo que queda clara, por tanto, la relación de este punto con la formación.

Asimismo, señala el informe al recurso que uno de los puntos estratégicos y de mayor relevancia para la Universidad es estar a la vanguardia de la investigación científica y dar servicio a las crecientes necesidades de los investigadores, por ello es importante disponer de un equipo de calidad que se ajuste a las necesidades de la élite científica de sur de Europa, donde seremos centro Universitario de referencia. Cualquier otra interpretación es errónea.

Por último, la entidad BD en su escrito de alegaciones indica que respecto a la valoración del acceso temprano a colorantes de reciente desarrollo que la recurrente cuestiona que pueda ser valorado en este criterio, hay que indicar que esta cuestión es parte fundamental para la formación y entrenamiento en el equipo ofertado con casos prácticos, al ser de altas prestaciones y totalmente innovador, por lo que permite el estudio de paneles multicolor que utilizan fluorocromos de reciente desarrollo. En este sentido, señala que para la correcta ejecución de estos paneles y para dar un servicio de calidad a los usuarios de la



Universidad de Granada, es necesario la formación previa y exhaustiva con casos prácticos con los citados fluorocromos de reciente desarrollo. Además, aclara que para una adecuada utilización del equipo y de su software, se debe profundizar en la formación y en el establecimiento de la correcta configuración del equipo, para lo cual influye de manera crítica el tipo de fluorocromos utilizados, y, por tanto, el empleo de fluorocromos clásicos, así como de fluorocromos de reciente desarrollo.

Vistas las alegaciones de las partes procede su análisis. Al respecto, al igual que en el alegato anterior, las alegaciones de la recurrente cuestionando la valoración realizada de determinado criterio evaluable mediante juicio de valor, supone una evaluación paralela y alternativa a la efectuada por el órgano evaluador que se haya amparada por la doctrina de la discrecionalidad técnica.

En este sentido, como sucedía en el primer alegato, ha de partirse de que la valoración del criterio esta sujeta a un juicio de valor, sin embargo, el mismo, únicamente dispone que se evalúa el plan de formación y entrenamiento tanto del responsable del equipo como de los miembros del equipo de trabajo, por lo que como en el primer alegato, no se define, entre otras cuestiones, que ha de entenderse por formación o entrenamiento, no se acotan dichos términos, ni que parámetros han de emplearse para su determinación; lo que sin lugar a dudas da un amplio margen de discrecionalidad técnica al órgano evaluador. Al respecto, teniendo en cuenta que dicho criterio no ha sido objeto de impugnación en su momento procesal oportuno, es ley entre las partes, debiendo estarse a su contenido, el cual resulta ya inalterable.

Así las cosas, ese amplio margen de discrecionalidad permite al órgano evaluador aceptar todos aquellos planes que de alguna forma se refieran directa o indirectamente a formación o entrenamiento tanto del responsable del equipo como de los miembros del equipo de trabajo. En ese sentido, la valoración efectuado por el órgano de contratación no puede ser tachada ahora de errónea, cuando la recurrente aceptó y no impugnó los pliegos que avalan dicha actuación.

En definitiva, a la vista de lo expuesto anteriormente, de lo previsto en el criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor analizado, de lo ofertado por las entidad BD y del contenido de la valoración emitida por el órgano evaluador, según el parecer de este Tribunal, no se aprecia en la evaluación del criterio examinado falta de motivación, arbitrariedad o error patente que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos.



Procede, en consecuencia, desestimar el presente alegato.

NOVENO. Por último, la recurrente denuncia, en un segundo grupo de alegatos, que determinados requisitos del PPT -que reproduce-, no los cumple la oferta de la adjudicataria.

En este sentido, al comienzo de su exposición afirma que *«El equipo ofertado por Becton Dickinson es un modelo BD FACS Symphony SORP (Special Order Research Product). Este equipo se publicita en su pagina web como equipo custom, hecho a medida según los requerimientos del cliente, aunque con ciertas limitaciones. Desde nuestro punto de vista este equipo no cumple con el pliego de prescripciones técnicas mínimas solicitadas en este concurso en los siguientes puntos:»*, y acto seguido va reproduciendo cada una de aquellas exigencias que según su entender no cumple la citada oferta de la adjudicataria, tratando de demostrar tal afirmación con una serie de argumentos.

Los prescripciones cuyo incumplimiento alega la recurrente se encuentran recogidas en el PPT en los puntos 8, 17, 18, 19 y 21 con el siguiente tenor, señalándose a continuación los argumentos por los que entiende que la oferta de BD no cumple con dichas exigencias:

«8. -Con posibilidad de usar el máximo numero de fluorocromos existente en el mercado y potencialmente nuevos fluorocromos que vayan saliendo, sin reconfiguración del sistema.

17. -Con un sistema de control de calidad del instrumento, que incluya optimización de los siguientes valores del citómetro de forma automática: Laser delays y área scaling factors.

18. -Con capacidad de hacer análisis cinéticos (parámetro tiempo) de forma continua sin necesidad de paradas y sin discontinuidad de las imágenes.

19. -Con sensor volumétrico, que permita contaje absoluto.

21. -Procesamiento digital de la señal mínimo de 22bit (superior a 6.5 décadas logarítmicas).».

Punto 8. Señala la recurrente que el equipo BD FACSymphony SORP ofertado por BD no puede detectar el máximo número de fluorocromos existentes en el mercado por haber fluorocromos cuyos máximos de emisión no coinciden con los filtros instalados, ni potencialmente nuevos fluorocromos que se vayan desarrollando sin reconfiguración del sistema, pues la aparición de ellos para los que no haya un filtro óptico instalado requiere la compra e instalación de nuevos espejos y la reconfiguración del sistema.

Punto 17. Indica el recurso que el equipo BD FACSymphony SORP ofertado por BD incluye un sistema de control de calidad denominado Cytometer Setup and Tracking (CS&T), que es el utilizado por muchos



equipos estándar de BD, pero como indican en la propia documentación del sistema de control de calidad CS&T en su tercera página solo está validado para configuraciones de equipos estándar, con potencias de láseres fijas y filtros predefinidos por la compañía. En este sentido, señala que la configuración del equipo ofertado incluye láseres de potencias diferentes a las validadas por la propia BD, por lo que según sus propios datos el sistema de control de calidad ofertado con el instrumento no está validado para funcionar con este modelo de citómetro, incumpliendo con el requisito exigido en el punto 17 del PPT.

Punto 18. Asimismo, afirma la recurrente que el equipo BD FACSymphony SORP ofertado por BD utiliza para adquirir muestras un sistema de presión positiva, que consiste en sellar el tubo de adquisición y presurizarlo con aire comprimido para forzar a la muestra a pasar por la cámara de lectura. Al respecto, señala que estos sistemas imposibilitan realizar análisis cinéticos “de forma continua sin necesidad de paradas y sin discontinuidad de las imágenes” como exige el PPT.

Punto 19. Indica el recurso que el equipo BD FACSymphony SORP ofertado por BD no dispone de sensor volumétrico en el módulo HTS, pues este módulo dispone de una jeringa que aspira un volumen definido por el usuario en el software y lo inyecta en el equipo, pero no lo mide en ningún momento, por lo que no es volumétrico al no tener en cuenta el volumen muerto del equipo ni las fluctuaciones asociadas a la muestra.

Punto 21. Señala la recurrente que el equipo BD FACSymphony SORP ofertado por BD utiliza un sistema de procesamiento de señal digital de 20bit y 6 décadas logarítmicas, incumpliendo el requerimiento mínimo de 22bit y más de 6.5 décadas logarítmicas exigido en el punto 21 del PPT. En este sentido, indica que esta información es fácilmente comprobable en los propios datos obtenidos de dicho equipo publicados por la citada entidad en los que se aprecia que sus datos nunca superan la escala de 106 canales.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso respecto al punto 8 indica que es sorprendente que PALEX incida en este punto, cuando su equipo no puede detectar fluorocromos que existen actualmente en el mercado y que son excitados por el láser infrarrojo que BD sí incluye en su equipo. En cuanto al punto 17, señala que es sobradamente conocido por la comunidad científica que los valores de control de calidad se basan en un valor de referencia inicial calculado con las bolitas CST y a posteriori se calcula la desviación de equipo con respecto a este estado inicial. En este sentido, afirma que el uso de bolitas CST es válido para cualquier equipo de BD. En relación con los puntos 18 y 19, afirma que



la oferta técnica presentada por BD incluye un sistema de adquisición presurizada y un sistema adicional de adquisición de alto rendimiento no presurizado conocido como BD™ High Throughput Sampler (HTS). Al respecto señala que el módulo HTS permite la realización de contaje absoluto de las muestras por volumetría sin necesidad de bolitas y además permite la realización medidas de cinéticas continuas sin necesidad de paradas y sin discontinuidad de las imágenes. Además, indica que en su argumentación, se basa en imágenes de un equipo diferente al ofertado por BD, en concreto un BD LSRFortessa. Por último, en cuanto al punto 21, indica el informe al recurso que de acuerdo con la documentación presentada el equipo propuesto por BD cumple con las características requeridas en la licitación, mientras que de nuevo PALEX, en su recurso, incluye imágenes correspondientes a un equipo que no es el ofertado por la adjudicataria. En este sentido, señala el órgano de contratación que de nuevo es sorprendente que utilicen datos de un equipo más antiguo que no tiene nada que ver con el presentado en esta licitación y no se entiende a no ser que la intención sea sembrar confusión.

La entidad BD, en su escrito de alegaciones al recurso, vuelve a insistir en que el recurso interpuesto por PALEX se fundamenta en el supuesto incumplimiento de los requisitos técnicos de un equipo que no es el que realmente ha presentado en su oferta. En este sentido, señala de nuevo que su equipo es un BD FACSSymphony SORP (Special Order Research Product) de última generación con unas características especiales y diferentes a las características técnicas evaluadas por la recurrente, esto es, un equipo hecho a medida específicamente para esta licitación.

Sin embargo, indica que el recurso presentado por PALEX evalúa una serie de características técnicas que no son las del equipo ofertado, y buena prueba de que ello es así, es que la recurrente muestra en su recurso unas imágenes (concretamente el equipo registrado y comercializado con el nombre de BD LSRFortessa) y datos de otro equipo de BD que nada tiene que ver con el equipo ofertado en esta licitación.

Concluye BD insistiendo que en todo caso el equipo que ha ofertado, y que es el que cumple con todas las características técnicas exigidas en el PPT, es un BD FACSSymphony SORP (Special Order Research Product) de última generación con unas características técnicas especialmente diseñadas para esta licitación y que nada tienen que ver con las características técnicas evaluadas por la recurrente.

Vistas las alegaciones procede su análisis. Al respecto, ha de indicarse, al igual que se expuso en el primer grupo de alegatos, que la recurrente funda su argumentación en las características de un equipo de la



entidad adjudicataria que no es exactamente el ofertado por la misma, lo que permite afirmar que los argumentos del recurso no son ni siquiera comparables con lo realmente ofertado por BD.

En este sentido, a la vista de lo expuesto anteriormente, de lo previsto en los puntos del PPT objeto de controversia, de lo ofertado por la entidad BD y del contenido del recurso interpuesto, este Tribunal, no aprecia los incumplimientos denunciados por la recurrente.

Procede, en consecuencia, desestimar el presente alegato.

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 **PALEX MEDICAL, S.A.** contra la resolución, de 18 de diciembre de 2019, del órgano de contratación, por la que se adjudica el contrato denominado “Adquisición de Citómetro de flujo analizador multiparamétrico” (Exp. XPS0113/2019), promovido por la Universidad de Granada.

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 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.

