

Recurso 417/2020

Resolución 84/2021

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

Sevilla, 11 de marzo de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BECKMAN COULTER, S.L.U.** contra la resolución del órgano de contratación, de 27 de noviembre de 2020, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro para la renovación y actualización de equipamiento para el área de citómica e imagen de la plataforma de biología celular del Instituto de Investigación Biomédica de Málaga (IBIMA)”, respecto al lote 1, convocado por la Fundación Pública Andaluza para la Investigación de Málaga en Biomedicina y Salud (FIMABIS), adscrita a la Consejería de Salud y Familias (Expte. 2020005), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 16 de junio de 2020 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio fue, asimismo, publicado el 17 de junio de 2020 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a 555.000,03 euros, y entre las entidades que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente que licitó al lote 1 del contrato.

SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, es de aplicación 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 el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 27 de noviembre de 2020, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato. En lo que aquí interesa, el lote 1 fue adjudicado a la entidad BECTON DICKINSON, S.A. (BD, en adelante).

El mismo día 27 de noviembre, la resolución se publicó en el perfil de contratante, sin que conste en el expediente la fecha en que fue remitida y notificada a los licitadores; en particular, a la ahora recurrente.

CUARTO. El 11 de diciembre de 2020, la entidad BECKMAN COULTER, S.L.U. (BECKMAN, en adelante) presentó en el Registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del lote 1 del contrato.

QUINTO. Habiendo dado traslado la Secretaría del Tribunal al órgano de contratación del escrito de recurso, solicitándole la remisión del expediente, el informe sobre aquel y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, el citado órgano ha enviado al Tribunal la documentación necesaria para la resolución del recurso.

SEXTO. Asimismo, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los licitadores interesados concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado BD.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto del lote 1, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

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 la licitación es un contrato de suministro con un valor estimado superior a 100.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación acordada por el órgano de contratación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento».

Asimismo, la disposición adicional decimoquinta del citado texto legal, en su apartado 1, establece que *«Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica. Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia*



electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado».

En el supuesto analizado, consta la publicación en el perfil, el 27 de noviembre de 2020, de la resolución de adjudicación, pero no obra en el expediente la fecha en que dicho acto fue remitido y notificado a los licitadores. En cualquier caso, aun computando el plazo a partir de la publicación de la adjudicación en el perfil, el recurso presentado en el Registro electrónico de este Tribunal el 11 de diciembre de 2020 se ha formalizado en plazo.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de la controversia suscitada.

La recurrente solicita, como pretensión principal, la anulación de la resolución de adjudicación del lote 1 a fin de que se proceda a la exclusión de la oferta presentada por BD, y que se realice una nueva adjudicación al siguiente licitador según el orden de clasificación de las proposiciones. Subsidiariamente, para el caso de que se entienda que no concurren motivos en orden a la exclusión de la oferta de la entidad adjudicataria, solicita la anulación de la adjudicación y del informe de valoración de las proposiciones con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor, así como la retroacción de las actuaciones para que se proceda a valorar correctamente su oferta con 15 puntos.

Comenzamos, pues, el examen de la pretensión principal, para lo cual hemos de tener en cuenta los siguientes datos de interés que se extraen de los pliegos que rigen la contratación:

- El objeto del contrato se divide en dos lotes, ciñéndose la controversia a la adjudicación del lote 1 *“Suministro de Citómetro de flujo, separador y analizador celular (sorter) y módulo de separación en placa”* y en concreto a las características del sorter o separador y analizados celular.
- La cláusula 2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establece: *“(…) configura el objeto del contrato licitado a través del Lote 1 los siguientes suministros:*



1. *Citómetro de flujo para análisis multicolor, que habrá de contar con las siguientes características mínimas:*

(...)

2. *Separador y analizador celular (sorter) basado en citometría de flujo que habrá de contar con las siguientes características mínimas:*

- *Sistema de separación y análisis capaz de detectar y clasificar poblaciones celulares a partir de marcadores de baja densidad e incluso en poblaciones minoritarias.*
- *Alta sensibilidad de procesamiento de células de interés con una elevada pureza mayor al 85%.*
- *El sistema debe incluir al menos 3 Láseres (azul, rojo y violeta) que permita la medición de, al menos, diez parámetros (Forward Scatter, Side Scatter y al menos 8 colores), así como la posibilidad de ser usado para un amplio rango de determinaciones con gran versatilidad y reproducibilidad de resultados.*
- *Posibilidad de recogida de células en tubos y en placas. Debe incluir un módulo de separación en placa.*
- *Inclusión de un software de uso fácil tanto para el análisis como para la separación de poblaciones celulares a partir de las muestras obteniendo máximo rendimiento y optimizando el volumen a un coste mínimo.*
- *Capacidad para ser utilizado para propósitos tanto clínicos como de investigación, ofreciendo gran versatilidad y reproducibilidad de resultados”.*

- La cláusula 14 del PCAP establece los criterios de adjudicación. Para el lote 1, se asignan 80 puntos a los criterios de evaluación automática -a razón de 50 puntos a la oferta económica y 30 puntos a las mejoras- y 20 puntos a los criterios sujetos a juicio de valor consistentes en una memoria técnica.

Respecto a la memoria técnica, la citada cláusula señala lo siguiente: “*MEMORIA TÉCNICA DEL EQUIPAMIENTO A SUMINISTRAR: (Máximo 20 puntos).*”

Se valorará la descripción que se realice en la oferta del equipamiento a suministrar, así como del mantenimiento a realizar al equipo, existiendo los siguientes grados posibles de calidad de la memoria descriptiva:

Posibilidad 1: Muy Buena: *describe y desarrolla de forma detallada cada uno de los ítems del Pliego de Prescripciones Técnicas y permite la comprensión de la oferta de forma clara y sencilla. Se soporta igualmente lo novedoso de las técnicas que el equipamiento pueda llevar a cabo, así como un estudio del equipo en relación al estado de la técnica. Se asigna 20 puntos*

Posibilidad 2: Buena: *describe y desarrolla de forma detallada gran parte de los ítems del Pliego de Prescripciones Técnicas y permite la comprensión de la oferta de forma clara y sencilla. Se asigna 15 puntos.*



Posibilidad 3: Aceptable: describe con poco detalle los ítems del Pliego de Prescripciones Técnicas y permite la comprensión de la oferta. Se asigna 10 puntos.

Posibilidad 4: Somera: de la oferta se puede extraer información para identificar cada uno de los ítems solicitados en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Se asigna 5 puntos.

Posibilidad 5: Mala: no permite comprender la oferta realizada. Se asigna 0 puntos”.

Y en lo relativo a las mejoras, describe las siguientes para el sorter: “Prestaciones adicionales del separador y analizador tipo sorter:

- Con 20 detectores de fluorescencia y dispersión de luz frontal y lateral con capacidad para aumentar hasta 25 colores y 27 parámetros. Un (1) punto.
- Con alta velocidad de adquisición, igual o superior a 50.000 eventos por segundo. Un (1) punto.
- Con capacidad para trabajar en diferentes modos de presión y capacidad para alojar Nozzles de diversos tamaños. Un (1) punto.
- Con una pureza y viabilidad celular superior a 98%, incluso en alta velocidad de adquisición. Un (1) punto.
- Con capacidad de separar al menos cuatro poblaciones simultáneamente. Un (1) punto.
- Con un sistema de control de aerosoles para la protección del operador frente a la contaminación biológica. Un (1) punto.
- Con un sistema de agitación regulable de la muestra para evitar sedimentación. Un (1) punto.
- Con un sistema que permita la separación de poblaciones celulares en condiciones de esterilidad. Un (1) punto”.

- El 13 de julio de 2020 se publicó en el perfil de contratante lo que la entidad contratante denominó “corrección material de la memoria justificativa y del pliego de condiciones particulares y prescripciones técnicas, por haber detectado el órgano de contratación errores que afectan al objeto del contrato y a las mejoras del Expediente 2020005”, ampliándose el plazo de presentación de ofertas. Entre las denominadas correcciones se encontraba la inclusión de una nueva prestación adicional del separador y analizador tipo sorter, con la siguiente redacción: “Cabina de bioseguridad (flujo laminar) integrada. Un (1) punto.”

- Asimismo, la cláusula 13.2 del PCAP lleva por título «Archivo electrónico núm. 2. “Documentación relativa a los criterios de adjudicación cuantificables mediante juicio de valor”» y señala el siguiente contenido: “Documentación relativa al valor técnico del equipamiento ofertado y cuya calidad se encuentra sujeta a valoración conforme a los criterios subjetivos o sometidos a juicio de valor establecidos en el presente Pliego mediante la



aportación de la correspondiente Memoria Técnica integrada como Anexo V.I para el Lote I y Anexo V.II para el Lote II.

En este Archivo electrónico no se admitirá ningún dato que ponga de manifiesto información relevante sobre los criterios de adjudicación de valoración automática del Archivo electrónico núm. 3. De concurrir dicha circunstancia, se procederá a la exclusión del licitador correspondiente”.

Y en la cláusula 13.3 del citado pliego «*Archivo electrónico núm. 3. “Documentación relativa a los criterios de adjudicación cuantificables mediante la aplicación de fórmulas”*» se prevé la inclusión de la oferta económica y de la documentación a valorar conforme a criterios de evaluación automática –en el caso del lote 1, las mejoras antes descritas-.

Pues bien, la recurrente esgrime que BD incluyó en la memoria técnica (archivo electrónico nº2) información relativa a las mejoras o prestaciones adicionales con las que cuenta el sorter o separador y analizador celular que oferta, modelo “*BD FACSMelody*”; en concreto, sobre las mejoras relativas a la “cabina de bioseguridad (flujo laminar) integrada” y al “sistema de control de aerosoles para la protección del operador frente a la contaminación biológica”. A tal efecto señala que:

«- En la Página 42 de 51 (...), se encuentra todo un apartado descriptivo de la cabina de seguridad con la que cuenta el sorter ofertado, titulado “4.- Bioseguridad (equipamiento opcional)”, en el que se indica que “el equipo permite su inclusión en una campana de seguridad biológica clase II que permite la protección tanto para el operador como para la protección de la muestra”. Además, en este mismo apartado se señala expresamente que “incluye un sistema de gestión de aerosoles incorporado que funciona independientemente de la campana.”.

- En la Página 50 de 51 (...), se vuelve a describir mencionar la cabina de seguridad biológica con la que cuenta el sorter ofertado “El BD FACSMelody dispone de la opción de una cabina de seguridad biológica de Clase II personalizada [...] esta opción incluye un sistema de gestión de aerosoles incorporado a la citada cabina.



- En los párrafos siguientes de la misma página 50 de 51 (...) se describe además que el sorter ofertado cuenta con la posibilidad de incorporar un mecanismo de gestión de aerosoles, denominado Opción AMO, que “aporta un sistema adicional de filtro (0.01 μ m) para la eliminación de partículas de aerosol generadas durante la formación de gotas en la cámara reduciendo el peligro de contaminación biológica”».

Señala, asimismo, que “Tal y como indicó el propio órgano de contratación en la Nota aclaratoria publicada en la Plataforma el 24 de julio, la información sobre las posibles mejoras que el equipo ofertado pueda llegar a ofrecer, de entre las indicadas en el listado transcrito, había de incluirse en el Sobre electrónico número 3, junto al modelo de proposición económica, reiterando el órgano de contratación en la Nota aclaratoria que “La circunstancia de incluir documentación que debe integrar el Archivo Electrónico tres (3) dentro del Archivo Electrónico dos (2) constituiría causa de exclusión del procedimiento de contratación iniciado.”.

Así pues, la recurrente concluye, de un lado, que la información incluida por la adjudicataria en el archivo electrónico nº2 solo debió figurar en el archivo electrónico nº3, por lo que su proposición debió ser excluida, y, de otro, que su correcto proceder al elaborar la oferta respetando escrupulosamente las instrucciones del órgano de contratación le ha supuesto una puntuación negativa, por lo que dicho órgano ha conculcado los principios de igualdad y no discriminación y ha transgredido los propios pliegos que aprobó y le vinculan.

En el informe al recurso, el órgano de contratación se opone al alegato de BECKMAN esgrimiendo, en síntesis, que los extractos de la oferta de BD que reproduce la recurrente en su escrito son “meras opciones que presenta el suministro y con las que se podría optar potestativamente en caso de adquirir el mismo, sin que del tenor literal de la Memoria técnica presentada pueda deducirse en ningún caso que se anticipó a este órgano de contratación que el equipamiento ofertado las traería consigo como mejora”. Además, manifiesta que la recurrente solo menciona el contenido que le interesa de la nota aclaratoria publicada en el perfil, pues dicha nota también indicaba que en el archivo electrónico nº2 debía incluirse “toda aquella información técnica que sea de utilidad para la valoración de las prestaciones que el equipamiento pueda ofrecer y la información relativa al mantenimiento de los mismos”.



Finalmente, BD, en sus alegaciones al recurso, opone que *“lo que se requiere presentar en el archivo electrónico nº 2 no es solo una mera acreditación de los requisitos mínimos que deben cumplir los instrumentos (si fuera así sería imposible distribuir los 20 puntos a valorar en base a esa Memoria ya que el que se cumplan los requisitos mínimos no es algo valorable, sino imprescindible para licitar), sino que también debe incluirse toda aquella documentación técnica que sea de utilidad para la correcta valoración de las prestaciones que el equipamiento pueda ofrecer (potenciales usos del mismo) y para evaluar su mantenimiento”* e insiste en que en ningún momento indicó en el archivo electrónico nº 2 las mejoras que ofertaba, sino únicamente las prestaciones que el equipamiento podía ofrecer, como literalmente exigía la mencionada nota aclaratoria del órgano de contratación y los pliegos.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen para lo cual debemos partir de la doctrina reiterada de este Tribunal sobre los particulares extremos controvertidos. Así, en nuestra Resolución 246/2020, de 9 de julio, decíamos:

«(...) este Tribunal tiene asentada una doctrina reiterada sobre la cuestión. Entre otras resoluciones, en la 39/2019, de 19 de febrero, señalábamos que:

<<Es sobradamente conocida, por reiterada y constante, la doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales acerca de la obligación legal -antes recogida en el artículo 150.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) y ahora en el artículo 146.2 de la LCSP- de separar en sobres distintos la documentación relativa a los criterios sujetos a juicio de valor y la referente a criterios de evaluación automática para de este modo facilitar su evaluación en momentos independientes, evitando el conocimiento de aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas en la fase previa de valoración de aquellos otros aspectos sujetos a juicios de valor. La finalidad perseguida por el legislador no es otra que garantizar la imparcialidad y objetividad en el proceso de valoración de las ofertas.

Así, en nuestra Resolución 82/2018, de 28 de marzo, citando la previa 119/2013, de 8 de octubre, se indicaba que “(...) La finalidad perseguida por esta regulación es garantizar la



absoluta imparcialidad del proceso de valoración de las ofertas, impidiendo que un conocimiento previo de datos -que deben ser valorados con arreglo a criterios de evaluación automática- pueda influir en la valoración previa de aquellos que dependen de un juicio de valor.

Como viene señalando reiteradamente este Tribunal (Resoluciones 36/2012, de 9 de abril, 59/2012, de 28 de mayo y 81/2012, de 3 de agosto, entre otras), las cautelas legales que se establecen para la valoración de las ofertas conforme a criterios cuantificables mediante un juicio de valor no son meros requisitos formales del procedimiento, sino que tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores. Por ello, el conocimiento previo de documentación relativa a criterios evaluables de modo automático puede afectar al resultado de la valoración de las ofertas con arreglo a los criterios que dependen de un juicio de valor y si ese conocimiento previo afecta, además, a la documentación de uno de los licitadores puede implicar un trato desigual a favor de éste, en perjuicio del resto de licitadores que presentaron su documentación correctamente en los términos exigidos en la ley.”

Quiere decirse, pues, que el mandato legal de separación y valoración en momentos procedimentales diferentes de una y otra documentación, lejos de ser tildado de formalista, responde a la necesidad de preservar la objetividad e imparcialidad en la valoración de las proposiciones, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 1.1 de la LCSP, piedra angular sobre la que se vertebra cualquier licitación pública.

Partiendo de la premisa expuesta, si un licitador infringe aquel mandato, difícilmente podrá repararse, por vía de subsanación, la quiebra de aquellas garantías, por cuanto el conocimiento anticipado que la ley trata de impedir se habrá producido ya de modo inevitable. Como señalamos en la Resolución 218/2018, de 13 de julio, “nos encontramos ante un error insubsanable por su propia naturaleza, en tanto que, desvelado el secreto de las ofertas y conculcado así el artículo 145.2 del TRLCSP, no cabe ya subsanación alguna, puesto que resultan quebrantadas de modo irreparable las garantías de objetividad e imparcialidad que



deben regir en el proceso de valoración de las proposiciones y a cuya preservación tiende el artículo 150.2 del TRLCSP.">>

La consecuencia que se impone ante dicha infracción legal no admite modulación y no puede ser otra que la exclusión del proceso selectivo. Tanto el órgano de contratación como SIEMENS sostienen que la exclusión no opera automáticamente, estando solo justificada cuando quede acreditado la ruptura del secreto de las proposiciones y de la imparcialidad de la Administración en el proceso de valoración.

No obstante, este Tribunal entiende que el postulado legal del artículo 146 es claro y tiene una finalidad concreta que es evitar la contaminación del juicio técnico de la Administración. Por tanto, la conclusión debe ser la contraria: solo cuando quede acreditado que el órgano técnico evaluador no ha alcanzado a conocer los elementos de la oferta evaluables de modo automático que se han anticipado con la parte de la proposición sujeta a juicio de valor, es posible desechar el efecto excluyente de la oferta. En otro caso -como el aquí examinado-, donde quienes valoran las ofertas con arreglo a unos y otros criterios son las mismas personas, no es posible afirmar ni constatar que ese conocimiento anticipado no se haya producido, circunstancia que por sí sola es suficiente para entender quebrantadas las garantías de objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas, con vulneración del principio de igualdad y del postulado legal del artículo 146.2 de la LCSP.

En el mismo sentido, se pronuncian otros Órganos de resolución de recursos contractuales como el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia en su Resolución 82/2019, de 12 de abril, o el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Este último, en su Resolución 66/2020, de 22 de mayo, expone de manera ilustrativa lo siguiente: "Sobre esta cuestión, este OARC / KEAO ha sostenido en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 19/2020) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de



adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, consciente o inconscientemente, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata. La sanción al licitador que infringe materialmente esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo a dicha objetividad (ver en este sentido la Resolución 43/2020 del OARC/KEAO)”.».

A los efectos que aquí interesan y de acuerdo con la doctrina expuesta, hemos de analizar si, como señala la recurrente, BD ha anticipado en el archivo electrónico 2 información que solo debía figurar en el archivo electrónico 3; permitiendo -y esto es lo relevante- que el órgano técnico evaluador, en el momento de valorar su oferta con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor, haya alcanzado a conocer elementos o aspectos de su proposición evaluables de modo automático; es decir, lo determinante para considerar vulneradas las garantías de objetividad e imparcialidad que deben regir en el proceso de valoración de las ofertas es que el órgano encargado de efectuar dicha valoración según criterios sujetos a juicio de valor sepa en ese preciso momento procedimental, aunque solo sea de un modo parcial, el resultado que va a obtener la proposición en la fase posterior de valoración según criterios de carácter automático, siendo irrelevante a dichos efectos que ese conocimiento alcance a todos, algunos, uno solo o incluso a parte de uno de estos últimos criterios.

En el supuesto analizado, la cláusula 13.2 del PCAP ya advierte de la exclusión de la oferta en caso de incluir en el archivo electrónico nº2 información sobre los criterios de evaluación automática. Y Tal



consecuencia, vuelve a reiterarse en la nota aclaratoria de 23 de julio de 2020, publicada al día siguiente en el perfil de contratante, en respuesta a la consulta formulada por los licitadores.

Ahora bien, sin prejuzgar la validez de su contenido, debe transcribirse la literalidad de dicha nota que excede, como ser verá, de la mera indicación de aquella consecuencia. Dice así: *“el órgano de contratación como respuesta aclara que la inclusión en el archivo electrónico número 2 de documentación que se hubiera de contener en el archivo electrónico número 3 sería excluyente y daría lugar a la exclusión automática del licitador en el procedimiento de contratación de referencia.*

En este sentido, en el archivo electrónico número dos (2) “Documentación relativa a los criterios de adjudicación cuantificables mediante juicio de valor”, habrá de incluirse por los licitadores la correspondiente Memoria Técnica que describirá (i) el equipo ofertado, así como (ii) que este cumple con todos los requisitos técnicos mínimos exigidos en la Cláusula 2 del Pliego, incluyendo toda aquella información técnica que sea de utilidad para la valoración de las prestaciones que el equipamiento pueda ofrecer y la información relativa al mantenimiento de los mismos

Lo anterior habrá de realizarse con estricta sujeción a los criterios de calidad que se recogen en la Cláusula 14 del pliego, sin introducir en este sobre mención alguna sobre las eventuales mejoras con las que pudieran contar los equipos ofertados (pese a contar con ellas). Dichas mejoras habrán de contenerse en el archivo electrónico número tres (3), como a continuación se indica.

En el archivo electrónico número tres (3) (“Documentación relativa a los criterios de adjudicación cuantificables mediante la aplicación de fórmulas”), se incluirá, junto al modelo de proposición económica, las posibles mejoras que el equipo pueda llegar a ofrecer.”

Esta nota aclaratoria delimita, pues, el contenido de los archivos electrónicos 2 y 3. Así, en lo que se refiere al nº2, la memoria técnica describirá:

- El equipo ofertado.
- El cumplimiento de todos los requisitos técnicos mínimos establecidos en la cláusula 2 del PCAP.
- Toda aquella información técnica de utilidad para valorar las prestaciones que el equipo pueda ofrecer, con el límite de no introducir mención alguna sobre las eventuales mejoras con las que pudiera contar el equipo ofertado (pese a contar con ellas)
- La información relativa al mantenimiento del equipo.



Y en lo que atañe al archivo electrónico nº3, el mismo incluirá:

- La proposición económica
- Las mejoras que el equipo pueda llegar a ofrecer.

La citada nota aclaratoria, publicada en el perfil como respuesta a una consulta formulada por los licitadores, ha pretendido esclarecer las dudas surgidas sobre la documentación a incluir en los dos archivos electrónicos. No obstante, las partes, en sus respectivos escritos, solo destacan aquellos extractos de su contenido que dan soporte a sus propios argumentos, sin contemplar la globalidad de la nota.

Así, la recurrente pone el énfasis en el contenido de la nota referido a que *“las posibles mejoras que el equipo pueda llegar a ofrecer”* han de incluirse en el archivo electrónico 3, para así sustentar que BD ha incluido información sobre dos posibles mejoras del equipo ofertado en el archivo 2; mientras que el órgano de contratación y la entidad adjudicataria interesada ponen el acento en el contenido de la nota referido a la inclusión en el archivo 2 de *“toda aquella información técnica que sea de utilidad para la valoración de las prestaciones que el equipamiento pueda ofrecer”*, para de este modo apoyar la posibilidad de inclusión en el citado archivo de todas las potencialidades u opciones de que disponga el equipo ofertado, eso sí omitiendo cualquier mención a la oferta de dichas opciones en caso de referirse a mejoras evaluables automáticamente.

No obstante, la nota dice más que de lo que resaltan las partes en sus escritos. Ciertamente, en un primer análisis de la cuestión, a la luz del contenido de la nota aclaratoria que destacan el órgano de contratación y BD, podrían compartirse sus argumentos; pues BD ha cuidado que la documentación del archivo electrónico 2, pese a incluir información sobre mejoras descritas en el PCAP como criterios de evaluación automática, no desvele si realmente tales mejoras han sido o no ofertadas en el archivo electrónico 3.

Tal proceder podría *“prima facie”* estimarse respetuoso con las garantías de objetividad e imparcialidad en el proceso de valoración de las proposiciones que persigue el legislador contractual (artículo 146 de la LCSP) y con la doctrina de este Tribunal sobre la cuestión, pues, sin obviar la artificiosidad de su planteamiento, *“strictu sensu”* no se anticipa en el sobre electrónico nº2 la oferta de las mejoras allí mencionadas y que son evaluables automáticamente en un momento posterior.



Ahora bien, la nota aclaratoria sigue diciendo, y esto es lo relevante en la presente controversia, que esa información técnica sobre las prestaciones que el equipo pueda ofrecer *“habrá de realizarse (...) sin introducir en este sobre [archivo electrónico 2] mención alguna sobre las eventuales mejoras con las que pudieran contar los equipos ofertados (pese a contar con ellas). Dichas mejoras habrán de contenerse en el archivo electrónico número tres (3), como a continuación se indica”*. (el subrayado es nuestro)

La matización es clara: en el archivo electrónico 2, aparte de la descripción del equipo y de la documentación sobre cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos, se puede incluir cualquier información técnica sobre las potencialidades, prestaciones y opciones que el equipo pueda ofrecer, pero con un límite evidente referido a las mejoras evaluables automáticamente, de las que no cabe hacer mención alguna en aquel archivo 2, aunque el equipo cuente con ellas.

Cualquier referencia a dichas mejoras en el sobre 2, sin necesidad de entrar en el debate relativo a si se ha indicado en dicho sobre que forman o no parte de la oferta realizada, produce el efecto excluyente de la proposición, según los términos de la nota aclaratoria que hemos reproducido. En este punto, hemos de recordar que los pliegos -y también sus respuestas aclaratorias vinculantes (artículo 136.2 de la LCSP)-, en cuanto no impugnados y acatados por los licitadores al realizar sus proposiciones, constituyen ya ley entre las partes y a ellos hay que estar pues vinculan tanto a los licitadores como al órgano de contratación.

Sobre la base de las premisas expuestas, comenzamos con el análisis de la oferta de BD para determinar si ha incluido o no en el archivo electrónico nº2 información sobre mejoras evaluables automáticamente; a saber: una cabina de bioseguridad (flujo laminar) integrada y un sistema de control de aerosoles para la protección del operador frente a la contaminación biológica.

BECKMAN aduce que en la página 42 de la memoria descriptiva del suministro hay todo un apartado descriptivo de la cabina de seguridad con la que cuenta el sorter ofertado, titulado “4.- Bioseguridad (equipamiento opcional)”, en el que se indica que *“el equipo permite su inclusión en una campana de seguridad biológica clase II que permite la protección tanto para el operador como para la protección de la muestra”*. Además, alega que en este mismo apartado se señala expresamente que *“incluye un sistema de*



gestión de aerosoles incorporado que funciona independientemente de la campana", y que en la página 50 de la memoria, BD vuelve a mencionar la cabina de seguridad biológica con la que cuenta el sorter ofertado y la posibilidad de incorporar un mecanismo de gestión de aerosoles denominado *opción AMO*.

En efecto, una lectura de la memoria descriptiva presentada por BD en las páginas reseñadas por la recurrente evidencian que la adjudicataria describe potencialidades del equipo que coinciden con las dos mejoras de evaluación automática antes referidas. Es decir, ha mencionado tales mejoras en el archivo 2 y ha infringido el tenor de la nota aclaratoria cuyo contenido le vinculaba y no solo a esta empresa, sino también al resto de licitadores que, como la recurrente, han podido ver mermadas o disminuidas las valoraciones de sus proposiciones precisamente por acatar el contenido de los pliegos y sus aclaraciones, dejando de incluir, en su perjuicio, opciones y prestaciones de sus equipos cuya mención pudo, por contra, beneficiar a la adjudicataria.

Es más, esa mención de las dos mejoras en el archivo electrónico nº2 por parte de BD originará una doble valoración de las mismas en caso de que después se oferten específicamente en el archivo nº3 para obtener puntuación con arreglo al criterio de evaluación automática previsto en el PCAP. Y lo que está claro es que un mismo elemento o aspecto de la proposición no puede ser valorado dos veces: primero como prestación opcional que el equipo puede ofrecer, lo que sin duda redundará en una mejor valoración de la memoria descriptiva del equipo (criterio sujeto a juicio de valor) y segundo, como prestación concreta ofrecida en la fase posterior de evaluación de la oferta con arreglo al criterio de evaluación automática "mejoras".

Asimismo, hemos de recordar que el órgano de contratación se ha apartado del contenido de los documentos contractuales que él mismo aprobó, hasta el punto que publica en el perfil una nota con la finalidad de aclarar los pliegos para después incumplir su propia aclaración, con grave vulneración del principio de igualdad de trato y de la doctrina de los actos propios "*Venire contra factum proprium non valet*".

A la vista de cuanto se ha expuesto, y en aplicación de lo dispuesto en la cláusula 13.2 del PCAP y en la posterior nota de aclaración publicada en el perfil, procede estimar el motivo analizado y anular la



adjudicación del lote 1, con retroacción de las actuaciones a fin de que se proceda a la exclusión de la oferta de BD y continúe el procedimiento hasta la adjudicación, en su caso, del citado lote.

La estimación del anterior motivo constituye la pretensión principal del recurso, lo que hace innecesario abordar el segundo alegato articulado con carácter subsidiario para el supuesto de que el primero no prosperase.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BECKMAN COULTER, S.L.U.** contra la resolución del órgano de contratación, de 27 de noviembre de 2020, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro para la renovación y actualización de equipamiento para el área de citómica e imagen de la plataforma de biología celular del Instituto de Investigación Biomédica de Málaga (IBIMA)”, respecto al lote 1, convocado por la Fundación Pública Andaluza para la Investigación de Málaga en Biomedicina y Salud (FIMABIS), adscrita a la Consejería de Salud y Familias (Expte. 2020005); y en consecuencia, anular dicho acto a fin de que se proceda en los términos señalados en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución.

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 al lote 1 del contrato.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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.

