

Recurso 421/2022
Resolución 575/2022
Sección Primera

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

Sevilla, 25 de noviembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CEPHEID IBERIA, S.L.** contra la resolución del órgano de contratación por la que se adjudica el “Acuerdo marco por el que se fijan las condiciones para el suministro de tracto sucesivo de reactivos, material fungible y cesión de equipamiento principal y auxiliar, así como mantenimiento de sil y equipos para la realización de determinaciones analíticas en los laboratorios de los centros vinculados a la Central de Compras Provincial de Granada, mediante procedimiento abierto y presentación electrónica de ofertas”, respecto al **lote 326**, convocado por el Hospital Universitario Virgen de las Nieves (Granada) (Expte. AMSU025-2021), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 29 de octubre de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el 2 de noviembre de 2021 el anuncio se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía . El valor estimado del contrato asciende a 67.234.960,19 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 28 de septiembre de 2022 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del acuerdo marco. En concreto, el lote 326 fue adjudicado a la entidad PALEX MEDICAL, S.A. La citada resolución fue publicada en el perfil de contratante el 11 de octubre de 2022 y notificada a la ahora recurrente el 14 de octubre de 2022.

SEGUNDO. El 2 de noviembre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad CEPHEID IBERIA, S.L.U. contra la adjudicación del lote 326 del acuerdo marco mencionado en el encabezamiento.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación y le requirió la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, tras su reiteración, ha sido recibida en este Tribunal.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones por plazo de cinco días hábiles, con traslado del escrito de recurso, a la única licitadora interesada en el procedimiento -PALEX MEDICAL, S.A. (PALEX, en adelante)-, han sido formuladas por la citada entidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

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. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.b) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: sobre las alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente solicita la anulación de la adjudicación del lote 326 y que se proceda a la adjudicación del mismo a su favor por parte del órgano de contratación. Funda su pretensión en que la oferta de PALEX no cumple las prescripciones técnicas mínimas señaladas para el lote 326 y debió ser excluida.

El lote 326 se denomina «ESTUDIOS BCR-ABL», disponiendo el pliego de prescripciones técnicas lo siguiente:

«Reactivos, y consumibles necesarios para la realización de las técnicas relacionadas el Anexo 1 del PPT mediante técnica de RT-PCR cuantitativa

Equipamiento: *Analizadores automáticos o semi con identificación positiva de las muestras mediante código de barras y lectura automática.*



Necesidades de equipamiento:

Los adjudicatarios deberán de incluir en la oferta el equipamiento necesario para la realización de este procedimiento analítico de acuerdo a las siguientes especificaciones:

- 1 equipo para la realización simultánea de extracción de ARN, síntesis de ADNc, realización de PCR a tiempo real y reporte de resultados acorde con las normativas internacionales. Sistema integral con mínima participación del operador técnico y cerrado para evitar degradación y contaminación.

Conectividad: Los equipos suministrados deberán soportar conexión bidireccional con el sistema de información del laboratorio (SIL). Cuando sea oportuno se puede añadir: Se valorará la instalación de un “middleware” interpuesto entre el SIL y los equipos analíticos para facilitar la validación técnica de resultados. Se especificará el número de puestos de acceso a este Middleware y sus características

Otras consideraciones: cuando sea necesario se podrán especificar cuestiones como

- Se valorará que el analizador se pueda conectar a la cadena del core o a otra.
- Se valorará que el adjudicatario inscriba al laboratorio en un programa de reconocido prestigio, que será elegido por el Servicio». (El subrayado es nuestro)

La recurrente esgrime que el equipo ofertado por PALEX (i) ni es un sistema cerrado (por lo que no garantiza la exclusión de degradación y contaminación cruzada), (ii) ni permite que la participación del operador técnico sea mínima.

(i) Señala que no constituye un sistema cerrado porque PALEX ha ofertado un equipo cuyo funcionamiento obliga a introducir la muestra de sangre en un tubo primario abierto, que va a ser colocado junto con otras muestras, todas en tubos primarios abiertos y todas ellas van a ser pipeteadas en el mismo entorno. Añade que el mantenimiento de las muestras abiertas durante el pipeteo de las mismas puede dar lugar a contaminaciones cruzadas por creación de aerosoles, contraviniendo la especificación del pliego que exige expresamente un sistema cerrado.

(ii) Asimismo, aduce que también se incumple la especificación técnica consistente en un sistema integral con mínima participación del operador técnico. Manifiesta que, de la lectura de las instrucciones de uso del reactivo “BCR-ABL P210 ELiTe MGB®”, se desprende que el mismo no se entrega listo para su uso, sino que su preparación requiere múltiples pasos y tiempo por cuanto los reactivos que componen el kit están congelados y no alicuotados. Y ello implica que, para realizar la prueba, sea necesario descongelar los reactivos, mezclar cada uno en una agitadora vorticial, centrifugar, conservar en hielo y pipetear manualmente los tres componentes de la reacción para obtener la “mezcla completa de reacción”. Así se indica expresamente en las citadas Instrucciones de Uso.

Y concluye que «De hecho, es tal la evidencia de estos incumplimientos que la falta de apreciación de los mismos por el Órgano de Contratación, a juicio de esta parte, no puede obedecer sino a un error involuntario por parte de éste. Solamente ello explicaría que ninguna referencia se haga al respecto (ni sobre el cumplimiento ni sobre el no cumplimiento de estas prescripciones mínimas) en el Informe Técnico de valoración.

No se trata, por tanto, de discutir un criterio técnico expreso del Órgano de Contratación, sino de exigir que la oferta técnica de la adjudicataria sea valorada en su totalidad, apreciando los evidentes incumplimientos en los que esta incurre y, procediendo, en consecuencia, a su exclusión de la licitación».

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los argumentos del recurso, esgrimiendo lo siguiente:



- En su memoria técnica, PALEX señala literalmente que (i) “El Sistema integral tiene mínima participación del operador técnico y es cerrado para evitar degradación y contaminación, (ii) “El proceso completo de extracción, amplificación y lectura ofertado es totalmente automatizable en plataformas InGenius” y (iii) que el analizador es totalmente automático para la extracción y amplificación de ácidos nucleicos a tiempo real.
- Del vídeo descriptivo del equipamiento de PALEX cuyo enlace indica la recurrente en su escrito de impugnación, a partir del minuto 1:50 puede comprobarse que todo el funcionamiento del equipo es automático, sin que se vea ninguna manipulación por parte de ningún operador. Es más, puede observarse que los tubos donde se va inyectando el reactivo están cerrados con tapones de silicona que son perforados por los inyectores siguiendo cerrados después de la inyección. Asimismo, puede apreciarse que el proceso analítico completo realizado en el equipo se lleva a cabo en todo momento con el analizador cerrado sin intervención del usuario.
- De la documentación técnica presentada por PALEX se extraen las siguientes conclusiones:
 - El sistema ofertado es integral por realizar de forma consolidada en un único equipo el proceso analítico completo de los estudios BCR-ABL.
 - El sistema requiere de una mínima manipulación por parte del operador técnico, pero en ningún momento se indica en el PPT que la intervención del operador técnico deba ser nula, sino mínima. Comparativamente, la oferta de PALEX tiene una intervención mayor por parte del usuario que la de la recurrente y por ello tiene una puntuación técnica inferior, al ser considerada peor oferta, pero siempre dentro del cumplimiento de las exigencias del PPT.
- No puede compartirse una interpretación subjetiva e interesada de la recurrente para sustituir la valoración realizada por la comisión técnica compuesta por 15 facultativos especialistas.

Finalmente, el órgano de contratación solicita la imposición de multa a la recurrente en los términos que, posteriormente, se expondrán.

3. Alegaciones de la interesada en el procedimiento.

Paalex, empresa adjudicataria del contrato, se opone a los motivos del recurso esgrimiendo lo siguiente:

- Ofertó el equipo ELITE InGenius®, un analizador automático con identificación positiva de la muestra mediante código de barras y lectura automática, que constituye un sistema integral con mínima manipulación del operador técnico y que está cerrado para evitar degradación y contaminación. El equipo requiere una mínima manipulación por parte del usuario consistente en la simple colocación de los consumibles y reactivos en su interior para que el equipo pueda trabajar. Los reactivos se ofrecen en formato líquido, y el usuario debe hacer la mezcla de los reactivos, lo que ha sido considerado como mínima manipulación del operador técnico.
- El equipo ELITE InGenius® es un sistema cerrado y está equipado con 2 lámparas UV integradas a bordo para la descontaminación del entorno de trabajo.

Al efecto, la interesada aporta con sus alegaciones un estudio realizado con el equipo ELITE InGenius® donde se concluye que, ni para técnicas cualitativas ni para técnicas cuantitativas, existe contaminación cruzada ni arrastre,



así como una declaración del fabricante ELITech Group sobre cumplimiento por el equipo de los requisitos mínimos del lote ofertado.

SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen.

La recurrente impugna la adjudicación a PALEX del lote 326, por considerar que el equipo ofertado por esta empresa no cumple dos requisitos mínimos del PPT: que se trate de un sistema integral con mínima participación del operador técnico y que sea cerrado para evitar degradación y contaminación. Aduce que todas las muestras de sangre se encuentran en tubos primarios abiertos y que el mantenimiento de las muestras abiertas durante el pipeteo puede dar lugar a contaminaciones cruzadas. Asimismo, señala que la preparación del reactivo requiere múltiples pasos no siendo mínima la participación del operador técnico.

No obstante, estos motivos no pueden prosperar a la vista de las alegaciones del órgano de contratación y de la propia adjudicataria, y tomando en consideración tanto la memoria técnica aportada por PALEX como la documentación que adjunta a su escrito de alegaciones. Por último, un examen completo del vídeo -cuyo enlace se indica en el escrito de recurso y al que ha tenido acceso este Tribunal- refleja cómo los tubos están cerrados con tapones de silicona que son perforados por los inyectores, tal y como ha señalado el órgano de contratación en su informe al recurso.

Puede concluirse, pues, que el sistema ofertado está cerrado y en cuanto a la intervención de operadores externos, el PPT solo exige que esta intervención sea mínima, habiendo considerado el órgano evaluador que en la oferta de PALEX, pese a existir intervención del usuario, esta no es relevante. Y ciertamente, la determinación de ese carácter mínimo es algo que corresponde decidir, con cierto grado de discrecionalidad, al órgano técnico de la Administración cuyo juicio de valor goza de una presunción de acierto, razonabilidad e imparcialidad que ha de prevalecer sobre la apreciación técnica de las licitadoras, quienes defienden legítimamente sus intereses comerciales y no están investidos de aquellas garantías de objetividad y neutralidad.

Como señalamos en nuestra Resolución 449/2020, de 17 de diciembre, «*si bien este Tribunal ha señalado (v.g. Resolución 24/2016, de 3 de febrero) que cuando se trata de determinar si una oferta cumple o no el PPT se reduce el margen de discrecionalidad técnica -porque no se trata de valorar o evaluar una proposición, sino de verificar objetivamente si la misma cumple unos requisitos técnicos concretos-, hay supuestos como el aquí analizado donde resulta claro que la verificación del cumplimiento de una proposición por la entidad contratante exige un análisis técnico de mayor calado y complejidad, el cual, salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación, debe prevalecer sobre cualquier otro, encontrándose amparado en la doctrina de la discrecionalidad técnica tan reiterada en nuestras resoluciones. Valga por todas, la Resolución 239/2020, de 9 de julio, que reproduciendo la 198/2019, de 19 de junio, señala 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»» .

Llegados a este punto, solo resta señalar que no ha quedado acreditado que la oferta de PALEX en el lote 326 incumpliera el PPT en cuanto a los dos requisitos técnicos cuestionados; cosa distinta es que la proposición en sí misma no alcanzara técnicamente el nivel de la oferta de la recurrente, pero ello solo podría incidir en su puntuación, nunca en su admisión o rechazo. Prueba de lo anterior es que en el criterio sujeto a juicio de valor relacionado con la calidad de la solución tecnológica propuesta, la recurrente ha obtenido el doble de puntos que la adjudicataria.

Con base en las consideraciones anteriores, el recurso debe ser desestimado.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre la imposición de multa a la recurrente.

El órgano de contratación en su informe solicita la imposición de multa a la recurrente por mala fe en la interposición del recurso *«por evidenciar una intención estrictamente dilatoria de suspender el inicio de la ejecución del contrato, toda vez que es actualmente la casa comercial que realiza las determinaciones y se niega a aceptar el resultado de la adjudicación.*

Este recurso supone un perjuicio económico a esta Administración pues no puede ejecutarse el contrato pagando la determinación al precio del adjudicatario (PALEX) sino que hasta tanto resuelva el Tribunal tiene que seguir pagándolas al precio de CEPHEID que es el precio de licitación, pues además la oferta de CEPHEID ha sido la misma del precio de licitación. Ello supone una diferencia económica de 27,04 euros/determinación, pues la oferta económica de PALEX ha sido de 154,46 euros IVA incluido/determinación y la de CEPHEID de 181,50 euros IVA incluido/determinación. Como quiera que el expediente recoge una cantidad estimada de 3.760 determinaciones para los cuatro años de duración, ello supone una estimación de 940 determinaciones por año, que equivalen a 2.57 determinaciones día (940/365 días) que multiplicado por 27.04 euros/determinación de diferencia supone un perjuicio diario de 69,4928 euros, solicitando por tanto que por cada día que transcurra desde la interposición del recurso hasta su resolución se sancione a CEPHEID con la cantidad de 69,4928 euros por los perjuicios ocasionados a esta Administración».

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

El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.».

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

“Es criterio de esta Sala que la finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de



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

En el supuesto analizado, el órgano de contratación solicita la multa por apreciar en la recurrente una intención dilatoria habida cuenta que es la actual adjudicataria del contrato. No obstante, esta circunstancia por sí sola es insuficiente para apreciar la mala fe, debiendo ir acompañada de otros requisitos como la falta de seriedad o fundamento del recurso o la reiteración en el mismo de argumentos que ya han sido desestimados reiteradamente por el propio Tribunal. En el caso que examinamos, el recurso no carece de fundamento y sus motivos están bien razonados, cuestión distinta es que no hayan sido estimados. Por tanto, este Tribunal no aprecia la concurrencia de temeridad ni mala fe en su interposición.

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 **CEPHEID IBERIA, S.L.** contra la resolución del órgano de contratación por la que se adjudica el “Acuerdo marco por el que se fijan las condiciones para el suministro de tracto sucesivo de reactivos, material fungible y cesión de equipamiento principal y auxiliar, así como mantenimiento de sil y equipos para la realización de determinaciones analíticas en los laboratorios de los centros vinculados a la Central de Compras Provincial de Granada, mediante procedimiento abierto y presentación electrónica de ofertas”, respecto al lote 326, convocado por el Hospital Universitario Virgen de las Nieves (Granada) (Expte. AMSU025-202

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.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.

