

Recurso 108/2024
Resolución 142/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 5 de abril de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **THERMO FISHER DIAGNOSTICS, S.L.U.** contra la resolución del órgano de contratación, de 26 de febrero de 2024, por la que se adjudica el “Acuerdo marco con una única empresa, por lotes y agrupaciones de lotes, por el que se fijan las condiciones para el suministro de tracto sucesivo de reactivos y material fungible, cesión de uso de equipamiento principal y auxiliar, así como su mantenimiento, para la realización de determinaciones en los laboratorios clínicos de los centros sanitarios que integran la central provincial de compras de Almería”, respecto a la agrupación 19, convocado por el Hospital Universitario Torrecárdenas de Almería, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 96/2023 -CONTR 2023 0000347546), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 25 de febrero de 2022, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del acuerdo marco de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 77.174.938,02 euros.

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

El órgano de contratación dictó resolución de adjudicación el 26 de febrero de 2024, la citada resolución se remitió a la entidad recurrente y se publicó en el perfil de contratante, el 4 de marzo de 2024.

SEGUNDO. El 15 de marzo de 2024, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por THERMO FISHER DIAGNOSTICS, S.L.U. (THERMOFISHER o la recurrente en adelante) contra la citada resolución de adjudicación.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación solicitándole informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose presentado en el plazo concedido para ello.

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.

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de entidad licitadora que ha sido excluida del procedimiento de adjudicación del acuerdo marco.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone materialmente contra la exclusión de la oferta de la recurrente, respecto de la agrupación 19, y desde una perspectiva formal se impugna la resolución de adjudicación acordada en el procedimiento de adjudicación de un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 b) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Actuaciones realizadas en el procedimiento de licitación.

Con objeto de centrar los términos del debate procede ahora reproducir las actuaciones realizadas en el procedimiento de licitación. En este sentido, la recurrente cuestiona la valoración de su oferta respecto de determinados criterios de adjudicación tanto de aplicación mediante juicios de valor como mediante fórmulas.

En primer lugar, la recurrente cuestiona la valoración de su oferta respecto de los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor. Los mismos quedan establecidos en la cláusula 7.4 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), en concreto en el apartado 9 en el que se establece que se valorará la «calidad de la solución propuesta» con un máximo de 20 puntos, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

«9.1.-Calidad de la solución/adecuación: Se valorará específicamente la calidad de los reactivos de acuerdo a los ítems definidos en la cláusula 6.4.1 de este pliego al respecto, incluyéndose la valoración de la calidad de las muestras para aquellas agrupaciones y lotes en las que se hubieran solicitado. Se valorará la calidad de la solución tecnológica propuesta y su adecuación de acuerdo a criterios de rendimiento, flexibilidad y versatilidad de la propuesta de equipamiento.

-Calidad de la solución: La calidad de la solución se valorará de acuerdo a la calidad de los ítems incluidos en la memoria solicitada en el apartado 6.4.1, así como la valoración de las muestras donde proceda.



-Automatización de la solución: El nivel de automatización de la solución se valorará atendiendo al nivel de rendimiento y tecnificación de los procesos implicados en la realización de las determinaciones. Se tendrá en cuenta el nivel de dedicación de los usuarios a dichos procesos, así como la eliminación de tareas redundantes y que no aporten valor al proceso analítico.

-Adecuación de la solución propuesta: Se valorará específicamente la adecuación de la solución propuesta y su plan de instalación a las características de los laboratorios/unidades de la provincia.

(...)

En aplicación del artículo 146.3 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, el procedimiento de adjudicación se articulará en 2 fases:

En la primera fase, se evaluarán las ofertas con arreglo a los criterios técnicos cualitativos:

- Criterios sujetos a juicio de valor (criterios no automáticos)

- Criterios de evaluación mediante fórmulas (criterios automáticos).

Estableciéndose un umbral mínimo de 35 puntos.

En la segunda fase, se evaluarán las ofertas con arreglo a criterios de carácter económico.

Las proposiciones que no alcancen el umbral mínimo en la evaluación de los criterios técnicos quedarán excluidas de la licitación y, por ende, de la evaluación posterior (2ª fase).

VALORACIÓN TÉCNICA DE LAS AGRUPACIONES.

Para la valoración técnica funcional se puntuará por cada agrupación, aplicando en el resultado final la ponderación de los distintos lotes que componen cada agrupación.

La distinta ponderación de los lotes que componen cada agrupación, se justifica en base a la previsión de consumo de cada lote y su importancia económica relativa dentro de la agrupación. Dichas ponderaciones se recogen en el Anexo XVII "Ponderación de lotes de cada agrupación".

La elección de los criterios, así como la fórmula para su valoración se justifican en la memoria justificativa que se incorpora en el expediente de contratación».

Por otro lado, en el expediente figura informe técnico de 22 de mayo de 2023 de valoración de las ofertas respecto de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor anteriormente reproducidos. La valoración de la oferta de la recurrente fue respecto a la calidad de la solución propuesta 9,5 puntos de los 20 con los que estaba ponderado como máximo el criterio de adjudicación. El desglose de puntuaciones fue 8 puntos respecto del aspecto relativo a la calidad de la solución (máximo de 15 puntos), 0,5 con relación a la automatización de la solución (máximo 2,5 puntos) y 1 punto respecto de la adecuación de la solución propuesta (máximo de 2,5 puntos).

La motivación de la puntuación fue la siguiente:

«Calidad de la solución: La solución propuesta incorpora sistemas monotest que se ajusta a las especificaciones técnicas; si bien, para el análisis de anticuerpos anti Sm y RNP dispone solo de antígenos recombinantes: RNP-70, RNP-A y RNP-C para anti RNP y Sm-D para anti Sm. Además, los kits no incluyen todos los reactivos necesarios para la determinación. El análisis de anticuerpos anti-dsDNA, estandarizado a Wo/80 y posee un rango de linealidad (0-379 UI/mL).

Automatización de la solución: Oferta analizadores automáticos monoparamétricos con análisis individualizado de pruebas por enzimoimmunoanálisis (EIA) fluorescente, con una velocidad de 60 resultados hora. No presenta la opción de introducción de muestras urgentes

Adecuación de la solución propuesta: Oferta dos equipos de EIA fluorescente. Las especificaciones del middleware no reflejan parte de los requerimientos del ANEXO III del PPT. Así, no permite la creación de pruebas reflejas. No se especifica plan de instalación».

Esta valoración es aprobada por la mesa de contratación en sesión celebrada el 24 de mayo de 2023.



La recurrente también cuestiona la valoración de su oferta respecto de uno de los criterios de adjudicación de aplicación mediante fórmulas. Se trata del criterio denominado «*garantía de calidad analítica*» y en concreto con relación a la valoración del subcriterio «3.3. *presentación de los materiales de control*». El criterio se configura en el PCAP de la siguiente manera:

«3.3.-Presentación de los materiales de control, con arreglo a que precisen el menor número de viales diferentes por nivel.

La fórmula aplicable será: la puntuación de este criterio multiplicada por el cociente que resulta de dividir el número de viales por nivel de la oferta más ventajosa (menor número de viales) /el número de viales por nivel de la oferta presentada».

La ponderación del criterio de adjudicación queda recogida en el panel 2 del anexo XVI del PCAP con un máximo de 1 punto.

La valoración de la proposición de la recurrente respecto de este criterio de adjudicación se recoge en un informe técnico de valoración de 13 de octubre de 2023 que fue aprobado en sesión de la mesa de contratación celebrada el 20 de octubre, en el que se indica «*no aplicable*» motivo por el que la proposición de THERMOFISHER no recibe puntuación. Finalmente, su oferta no supera el umbral anteriormente reproducido de 35 puntos motivo por el que fue excluida del procedimiento. La exclusión de la oferta no fue notificada individualmente a la recurrente.

Finalmente, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación el 26 de febrero de 2024, que es el acto que formalmente impugna THERMOFISHER combatiendo desde una perspectiva material la exclusión de su oferta por no alcanzar el umbral mínimo para continuar en el procedimiento de adjudicación.

SEXTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

I. Alegaciones de la entidad recurrente.

THERMOFISHER se opone a la exclusión de su oferta respecto de la agrupación 19, al considerar que su proposición fue incorrectamente valorada. Considera que debió superar el umbral mínimo para que hubiera podido continuar en el procedimiento. Como anteriormente se ha indicado en el PCAP se establece un umbral mínimo de puntuación de 35 puntos teniendo en cuenta la suma de la puntuación respecto de los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor y los de aplicación mediante fórmulas excepto la proposición económica. La oferta de la recurrente obtiene respectivamente 9,5 y 24,21 puntos con un total de 33,71 siendo inferior a los 35 puntos anteriormente mencionados.

La recurrente cuestiona la valoración de su oferta respecto de los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor. En primer lugar, con relación al aspecto denominado «*calidad de la solución*» ponderado con un máximo de 15 puntos, sobre el que le conceden 8, con la siguiente motivación: «*La solución propuesta incorpora sistemas monotest que se ajusta a las especificaciones técnicas; si bien, para el análisis de anticuerpos anti Sm y RNP dispone solo de antígenos recombinantes: RNP-70, RNP-A y RNP-C para anti RNP y Sm-D para anti Sm. Además, los kits no incluyen todos los reactivos necesarios para la determinación. El análisis de anticuerpos anti-dsDNA, estandarizado a Wo/80 y posee un rango de linealidad (0-379 UI/mL)*».

La recurrente argumenta sobre esta valoración lo siguiente: «*efectivamente, el sistema ofertado es monotest y se ajusta perfectamente a las especificaciones técnicas requeridas en la Agrupación 19. Acreditación de documentación: páginas 15-60 del documento “Memoria Técnica Agrupación 19 Autoinmunidad” en el fichero zip “Documentación Criterios Juicio de Valor Agr 19” incorporado en SOBRE 2 del lote 180 de nuestra proposición.*



Para el análisis de los anticuerpos anti Sm (lote 194), THERMO FISHER oferta Elia SmDP-S, péptidos sintéticos de SmD3. Anticuerpos anti-Sm, y particularmente aquellos frente al componente SmD, ofrecen un marcador para LES con una alta especificidad, pero comparativamente insensible. De hecho, su presencia constituye uno de los criterios revisados de la ACR para el diagnóstico, a pesar de que sus rangos totales de prevalencia en LES oscilan entre el 20 y 30%. Los anticuerpos anti-Sm reaccionan con las proteínas BB' y D. Sin embargo, las pruebas que incluyen los antígenos BB' no logran distinguir a pacientes con LES de aquellos que tienen otras enfermedades autoinmunes. Sólo SmD es considerado el antígeno más específico de LES. La capacidad de las pruebas basadas en SmD para diferenciar entre LES y otras enfermedades autoinmunes incluso pueden ser mejoradas usando un péptido SmD3 como antígeno. Gracias a su composición, Elia SmDP-S tiene una especificidad del 98,3%. Acreditación de documentación: páginas 44-45 del documento "Memoria Técnica Agrupación 19 Autoinmunidad" en el fichero zip "Documentación Criterios Juicio de Valor Agr 19" incorporado en el SOBRE 2 del lote 180 de nuestra proposición.

Para el análisis de los anticuerpos anti RNP (lote 195) THERMO FISHER oferta Elia U1-RNP, recombinante humano y contiene las fracciones RNP70, RNP A y RNP C. Los anticuerpos anti-U1-snRNP aparecen típicamente en el LES y en la enfermedad mixta del tejido conectivo (EMTC, síndrome de Sharp). La respuesta inmune anti-U1- snRNP incluye anticuerpos contra los 3 componentes proteicos (70 kDa, A, C), los anticuerpos 70 kDa (especialmente a títulos elevados) pueden ser más específicos de EMTC, ya que se ha observado que se producen con menor frecuencia en el LES (aproximadamente un 12%) que los anticuerpos frente a proteínas A o C (aproximadamente 23%). Diversos estudios han demostrado que una respuesta anti-

U1-snRNP en ausencia de anticuerpos 70 kDa se asocia firmemente a LES. Gracias a esta composición, Elia U1-RNP tiene una sensibilidad del 98% y una especificidad del 97%, parámetros con % muy elevados difíciles de conseguir en la misma prueba al ser productos biológicos. Acreditación de documentación: páginas 46-47 del documento "Memoria Técnica Agrupación 19 Autoinmunidad" en el fichero zip "Documentación Criterios Juicio de Valor Agr 19" incorporado en el SOBRE 2 del lote 180 de nuestra proposición.

Además, según los propios pliegos que rigen el expediente: Anexo XV al PCAP (Lote 195, página 4) y Anexo XVII al PCAP (Lote 195, página 4) la descripción de la prueba es la siguiente: "Ac Antiribonucleoproteína U1 (70kDa+A+C)-GC, que coincide al 100% con la composición del Elia U1-RNP ofertado.

Asimismo, si acudimos al precitado "Informe Técnico expediente reactivos laboratorio", se afirma erróneamente que "los kits no incluyen todos los reactivos necesarios para la determinación."

Sin embargo, THERMO FISHER en todos los kits ofertados en esta agrupación incluye todos los reactivos necesarios para las determinaciones además de que se describen todos y cada uno de ellos. Acreditación de documentación: páginas 11- 15 del documento "Memoria Técnica Agrupación 19 Autoinmunidad" en el fichero zip "Documentación Criterios Juicio de Valor Agr 19" incorporado en el lote 180 de nuestra proposición. Además, también se acredita en el documento "Catálogo General 2021_opt" en el fichero zip "Documentación Criterios Juicio de Valor Agr 19".

Finalmente confirmar que el análisis de anticuerpos anti-dsDNA, se encuentra estandarizado a Wo/80 y posee un rango de linealidad (0-379 UI/mL)". Acreditación de documentación: páginas 24-25 del documento "Memoria Técnica Agrupación 19 Autoinmunidad" en el fichero zip "Documentación Criterios Juicio de Valor Agr 19" incorporado en el SOBRE 2 del lote 180 de nuestra proposición».

Motivo por el que considera que su oferta no ha sido debidamente valorada.

En segundo lugar, la recurrente combate la valoración de su oferta con relación al aspecto «automatización de la solución» puntuada con un máximo de 2,5 puntos y al que se le conceden 0,5 puntos. La motivación de la valoración es la siguiente: «Oferta analizadores automáticos monoparamétricos con análisis individualizado de pruebas por enzimoimmunoanálisis (EIA) fluorescente, con una velocidad de 60 resultados hora. No presenta la opción de introducción de muestras urgentes».



Sobre esta valoración la recurrente argumenta que pese a que la introducción de muestras urgentes no es un requisito exigible en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) que en su oferta sí se incluye dicha posibilidad, a este respecto argumenta: «En la pág. 4 del “Proyecto de solución tecnológica. Agrupación 19 y lotes 201, 154 y 165”, en el fichero zip “Documentación Criterios Juicio de Valor Agr 19” incorporado en el SOBRE 2 del lote 180 se ofrece la documentación técnica y manuales de los equipos donde figura esta información». Por lo que considera que su oferta ha sido evaluada de forma incorrecta.

En tercer lugar, la recurrente alude al aspecto objeto de valoración «adecuación de la solución propuesta» ponderado con un máxima de 2,5 puntos y respecto del cual se le concede 1 punto con base en la siguiente motivación: «Oferta dos equipos de EIA fluorescente. Las especificaciones del middleware no reflejan parte de los requerimientos del ANEXO III del PPT. Así, no permite la creación de pruebas reflejas. No se especifica plan de instalación».

Sobre esta valoración argumenta lo siguiente: «Pues bien, en nuestra oferta, se afirma y se acredita esta característica con la misma frase en el punto 6.3 “Conectividad”, página 60 del documento “Memoria Técnica Agrupación 19 Autoinmunidad” en el fichero zip “Documentación Criterios Juicio de Valor Agr 19” incorporado en el SOBRE 2 del lote 180 de nuestra proposición.

Además, los equipos ofertados sí permiten la creación de pruebas reflejas y así se afirma en varias ocasiones en el documento “Memoria Técnica Agrupación 19 Autoinmunidad” en el fichero zip “Documentación Criterios Juicio de Valor Agr 19” incorporado en el Sobre 2 del lote 180, en las páginas 9 (punto 3.1), 60 (punto 6.3) y 63 (punto 8.1).

También se indica en el documento “Proyecto de solución tecnológica Agrupación 19 y lotes 201, 154 y 165”, en el fichero zip “Documentación Criterios Juicio de Valor Agr 19” incorporado en el Sobre 2 del lote 180, en las páginas 3 (punto 1.1), página 4 (punto 1.3.1) y en la página 5 (punto 1.4.1).

Igualmente se especifica el plan de instalación de los equipos ofertados con cronograma y necesidades de instalación. Documentación acreditativa: “Proyecto de solución tecnológica Agrupación 19 y lotes 201, 154 y 165”, en el fichero zip “Documentación Criterios Juicio de Valor Agr 19” incorporado en el Sobre 2 del lote 180, páginas 6-7 (punto 2 Plan de instalación, puntos 2.1 y 2.1.1)». Motivos por los que considera que igualmente la valoración de su oferta ha sido incorrecta.

Finalmente, la recurrente también se opone a la valoración de su oferta respecto de uno de los criterios de adjudicación de aplicación mediante fórmulas, en concreto y como se ha indicado, se refiere al criterio «3. garantía de calidad analítica» y dentro de él al subcriterio «3.3. presentación de los materiales de control» ponderado con un máximo de un 1 punto, sobre el que la recurrente no recibe puntuación alguna con base a la siguiente motivación: «no aplicable, 0».

Sobre esta valoración la recurrente argumenta en su escrito de impugnación: «En nuestra oferta, la información que corresponde a dicho criterio se aporta en el documento “Criterios Técnicos de Valoración” incorporado en el Sobre 3 del lote 180 dentro del fichero zip denominado “Documentación Criterios Mediante Formulas”. En este documento se indica que en la página nº 1 de cada una de las fichas técnicas (DFU) de cada uno de los productos correspondientes de la Agrupación 19, se especifica la necesidad de 1 solo vial listo para su uso para realizar el control de calidad analítica de dicho producto. Es por ello que, sin género de dudas, ha habido un error otorgarnos 0 puntos en dicho criterio de adjudicación señalando como NO APLICABLE.

La documentación acreditativa de cada una de las fichas técnicas (DFU) de los productos se aporta en el fichero zip “Fichas técnica Agrupación 19”, incluido en el Sobre 3 del lote 180 dentro del fichero zip denominado “Documentación Criterios Mediante Formulas”. A lo anterior añade que en otras agrupaciones ha presentado esta misma documentación y que se le ha valorado por el órgano de contratación de la forma que indica.



Por todo lo anterior, la recurrente argumenta que hay que tener en cuenta que ya se han abierto las ofertas económicas de los distintos licitadores por lo que no cabría la retroacción de las actuaciones por lo que solicita la nulidad del procedimiento de adjudicación respecto de la agrupación 19, sin perjuicio de que por parte del órgano de contratación se proceda a la convocatoria de una nueva licitación.

II. Alegaciones del órgano de contratación

Se opone a los argumentos de la recurrente esgrimiendo lo siguiente:

En primer lugar, con relación a las alegaciones de la recurrente respecto de la valoración de su oferta con relación a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor manifiesta lo siguiente: *«Pese a que cada uno de los apartados descritos del recurso concluyen señalando que cabe deducir de lo expuesto, claramente, lo erróneo de las puntuaciones otorgadas, lo cierto es que la apreciación del error en las puntuaciones no es tan evidente como la recurrente pretende hacer ver. Muy al contrario lo único que se hace en los distintos apartados es una remisión al contenido de la documentación que integra la oferta y respecto a la cual no puede este órgano de contratación sino hacer constar que la misma fue objeto de examen por los asesores técnicos encargados de la elaboración del informe. No resulta posible a este órgano de contratación efectuar una valoración de la oferta, pero si debe poner de manifiesto que dando cumplimiento a las exigencias del procedimiento de adjudicación la documentación que integra la oferta técnica fue examinada por asesores expertos, designados por la mesa de contratación para la emisión de informe».*

El órgano de contratación en apoyo a la fundamentación de su informe alude a la doctrina sobre la discrecionalidad técnica. A su juicio, de lo expuesto por la recurrente no es posible deducir que la valoración de las ofertas haya sido manifiestamente errónea o que se haya producido discriminación.

En segundo lugar, con relación a la valoración de la oferta de la recurrente respecto del subcriterio de valoración 3.3. de aplicación de forma automática, manifiesta lo siguiente: *«Señala THERMO FISHER que en el documento “Criterios Técnicos de Valoración” incluido en el sobre n.º 3 se indica que en la página 1 de cada una de las fichas técnicas (DFU) de cada uno de los productos correspondientes a la Agrupación 19 se especifica la necesidad de 1 solo vial listo para su uso para realizar el control de calidad analítica de dicho producto.*

Vista la documentación a la que se remite la empresa, se observa que en el documento “Criterios Técnicos de Valoración” se hace constar en relación al criterio automático 3.3 y para la Agrupación 19: “Todos los materiales de control se presentan listos para su uso. Su procesado es exactamente el mismo que el de una muestra. Véase Documentos DFU asociados a los productos correspondientes (página 1)”. Cabe señalar que de esta redacción no es posible deducir que la información necesaria para la aplicación de este criterio pueda encontrarse en la página 1 de la ficha técnica. Pero es que además del contenido de la página 1 de las fichas técnicas no parece posible deducir la necesidad de un solo vial, circunstancia que debió ser apreciada por los asesores técnicos y que determinó la mención “no aplicable” en relación a este criterio en su informe de aplicación de criterios no automáticos».

Por todo lo anterior solicita la desestimación del recurso.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal

Una vez reproducidas las alegaciones de las partes procede entrar en el fondo de la controversia. En este sentido se debe analizar si la valoración de su oferta fue o no arbitraria como viene a alegar la recurrente y por tanto si procede o no la anulación de todo el procedimiento de licitación respecto de la agrupación 19 que es la pretensión de THERMOFISHER en su escrito de impugnación.



En primer lugar, como ya se ha reproducido la recurrente impugna la valoración de su oferta respecto del criterio de adjudicación de aplicación mediante juicios de valor «9. *Calidad de la solución propuesta*». Sobre lo anterior hemos de precisar que la presente controversia afecta a un criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor donde la asignación de puntos no es automática, sino que obedece a una apreciación técnica discrecional de quien valora la proposición que, conforme a reiterada jurisprudencia y doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales, está amparada, como defiende el informe del órgano de contratación, por el principio de discrecionalidad técnica; principio que parte de una presunción de certeza y razonabilidad en el juicio técnico del órgano evaluador, basada en la especialización e imparcialidad de este último, que solo queda desvirtuada si se acredita arbitrariedad, desviación de poder, falta de motivación o error manifiesto en la emisión de ese juicio de valor y sin que la apreciación subjetiva de quien lo impugna pueda prevalecer como juicio técnico paralelo, a no ser que se hayan superado -y así se acredite- los límites de la discrecionalidad técnica en los términos que antes se han expuesto (v.g. Resoluciones 105/2020, de 1 de junio, 250/2021, de 24 de junio y 275/2022, de 20 de mayo).

Partiendo de esta premisa, hemos señalado que la labor de este Tribunal no alcanza a la revisión de los juicios técnicos emitidos al respecto, sino a la labor de verificación de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional de la Administración, entre los que cobran especial relevancia la igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad. De este modo, la adecuada motivación en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor es una de las funciones que facilita el control de legalidad de la adjudicación. En definitiva, pues, los criterios evaluables en función de juicios de valor, como sucede con el aquí analizado, 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. La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una apreciación técnica personal de quien realiza el análisis.

Aplicando la doctrina anteriormente mencionada al presente supuesto, procede mencionar con relación al aspecto objeto de valoración «*calidad y adecuación de la solución*» que la recurrente argumenta dos cuestiones, en primer lugar y como se ha reproducido realiza una valoración alternativa o paralela a la efectuada por el órgano de contratación, sin embargo, la motivación de la puntuación recibida por su oferta queda dentro del ámbito de la apreciación técnica del órgano evaluador sin que este Tribunal pueda apreciar error manifiesto a la vista de los argumentos planteados que como decimos suponen una valoración alternativa o paralela a la realizada por el órgano de contratación que se mueve, como señala la jurisprudencia, dentro del principio de libre apreciación, pero que, como se ha indicado, no puede prevalecer sobre el criterio de un órgano técnico 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, circunstancias que no concurren en el presente supuesto. La recurrente también argumenta que no es correcta la motivación de la valoración siguiente: «*los kits no incluyen todos los reactivos necesarios para la determinación*» manifiesta que dicha afirmación es falsa en función de lo indicado en su oferta. Para ello hace referencia a un documento denominado «*catálogo general 2021*» páginas 11-15 incluido en el lote 180. Pues bien, este Tribunal tras el acceso a la citada documentación ha podido comprobar que se trata de un catálogo en lengua inglesa en el simplemente aparece una relación de una serie de productos. Del contenido del citado documento no se desprende, sin género de dudas, que haya existido arbitrariedad en la valoración en tanto que de las listas que se recogen en el documento no cabe inferir, sin más, que no sea cierta la afirmación de que los kits no incluyen los reactivos necesarios para la determinación, por tanto, también procede la desestimación de esta alegación.

Por otro lado, la recurrente cuestiona la valoración de su oferta respecto del aspecto «*automatización de la solución*», básicamente argumenta que no es correcta la afirmación relativa a que los analizadores que se



incluyen en su oferta no contengan la opción de introducción de muestras urgentes. Indica, que dicha cuestión no se exige como requisito en el PPT, pero que en cualquier caso la citada prestación se incluye en la documentación de criterios juicio de valor incorporado en el sobre 2 del lote 180. Sobre esta cuestión, en primer lugar, procede manifestar que no se debe confundir el cumplimiento de las prescripciones técnicas que supone un requisito previo para la valoración de una proposición, con aquellas características adicionales que puedan ser objeto de valoración en función de lo establecido en el criterio de adjudicación correspondiente, como ocurre en el presente supuesto. Asimismo, la recurrente a la hora de argumentar que en su proposición sí se incluye la citada función alude a una parte de su proposición, este Tribunal a la vista de la página mencionada por la recurrente, no extrae de forma clara que el suministro tenga capacidad para la introducción de muestras urgentes, de hecho, la palabra urgente no se recoge en todo el documento al que esta alude, sin que este Órgano tenga que proceder a realizar interpretaciones de cuestiones que no han sido claramente argumentadas por la recurrente. Sobre lo anterior, no puede este Tribunal suplirle en su deber de motivación del recurso construyendo una argumentación que solo corresponde a quien impugna una decisión del poder adjudicador. Por lo anterior procede la desestimación de esta alegación del recurso.

En tercer lugar, la recurrente cuestiona la valoración de su oferta con relación al aspecto *«adecuación de la solución propuesta»*, en este sentido manifiesta que al contrario de lo que se motiva en la valoración sus equipos sí permiten realizar pruebas reflejas. Asimismo, manifiesta que sí se recoge el plan de instalación.

La recurrente sobre la primera cuestión se remite al mismo documento de su proposición mencionado anteriormente en el que, según manifiesta, se indica que los suministros ofertados sí pueden realizar pruebas reflejas, en este sentido indica lo siguiente: *«los equipos ofertados sí permiten la creación de pruebas reflejas y así se afirma en varias ocasiones en el documento “Memoria Técnica Agrupación 19 Autoinmunidad” en el fichero zip “Documentación Criterios Juicio de Valor Agr 19” incorporado en el Sobre 2 del lote 180, en las páginas 9 (punto 3.1), 60 (punto 6.3) y 63 (punto 8.1)»*.

También argumenta que se indica en el documento *«Proyecto de solución tecnológica Agrupación 19 y lotes 201, 154 y 165»*, en el fichero zip *“Documentación Criterios Juicio de Valor Agr 19”* incorporado en el Sobre 2 del lote 180, en las páginas 3 (punto 1.1), página 4 (punto 1.3.1) y en la página 5 (punto 1.4.1)». Pues bien, este Tribunal ha podido acceder a la documentación manifestada por la recurrente, en concreto, se ha podido comprobar que en la página 60 de la memoria técnica de su proposición, efectivamente, se hace referencia a que los equipos pueden realizar pruebas reflejas. Igualmente, con relación a la segunda cuestión la recurrente manifiesta que en el documento *«proyecto de solución tecnológica»* incluido en el sobre 2 del lote 180 se indica en el apartado 2 un plan de instalación, documentación a la que este Tribunal ha podido acceder corroborando la existencia del citado apartado en el que se describe un plan de instalación. En este sentido, ni de la motivación incluida en el informe de valoración de ofertas ni tampoco de las alegaciones al recurso se puede extraer la justificación por la que se motiva la valoración en la ausencia de la realización de pruebas reflejas y de un plan de implantación cuando de las alegaciones de la recurrente -que este Tribunal ha podido comprobar- se desprende que, en principio, ambas cuestiones quedan incluidas en su oferta. En este sentido procede la estimación de este motivo de recurso.

Por último, la recurrente impugna el criterio de adjudicación de aplicación mediante fórmulas relativo a la presentación de los materiales de control. La recurrente manifiesta que la motivación de la puntuación es *«no aplicable»* y sin embargo en la página 1 de cada una de las fichas técnicas de los productos correspondientes a la agrupación 19: *«se especifica la necesidad de 1 solo vial listo para su uso para realizar el control de calidad analítica de dicho producto»*, motivo por el que considera que la valoración de su oferta ha sido incorrecta.



Este Tribunal ha procedido a verificar el contenido de las fichas técnicas a las que se refiere la recurrente. El criterio automático como se ha indicado se refiere a la presentación de los materiales de control. La recurrente reconduce esta cuestión indicando que en las fichas se especifica la necesidad de 1 solo vial para realizar, «*el control de la calidad analítica de dicho producto*». Sin embargo, al acceder al contenido de las fichas se ha podido comprobar que existe un apartado denominado «*control de calidad*» en el que se indica lo siguiente: «*Muestras de control La buena práctica de laboratorio requiere un control de calidad del ensayo. El material utilizado debe analizarse repetidamente para establecer valores medios y rangos aceptables. EliA Controls están disponibles para el control de calidad de las determinaciones*». Por tanto, no se deduce como indica la recurrente que solo sea necesario un vial para controlar la calidad analítica del producto, ni la recurrente tampoco alega la expresión exacta de la que cabría corroborar esta especificación. Como ya hemos indicado anteriormente es obligación de la recurrente presentar un escrito de interposición debidamente fundado sin que sea este Órgano el que tenga que completar o interpretar el recurso. Motivo por el que procede desestimar este motivo.

Como se ha indicado este Tribunal ha apreciado una motivación defectuosa respecto de la valoración del aspecto dentro del criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor «*9. calidad de la solución propuesta*», en concreto, respecto de la «*adecuación de la solución propuesta*» dado que de la misma no se desprende la justificación por la que se ha otorgado la puntuación respecto de la prestación de las pruebas reflejas y del plan de instalación. En principio, esta motivación insuficiente, que no ausencia total de motivación conllevaría a la anulación del acto impugnado y a la retroacción de las actuaciones para que el órgano de contratación sin alterar las valoraciones procediese a la ampliación de la justificación de forma que la recurrente pudiese conocer la motivación de la puntuación que le ha sido concedida para que en su caso pudiese proceder a su impugnación.

Sin embargo, en el presente supuesto se da la circunstancia de que teniendo en cuenta el único motivo de recurso estimado y aunque se admitiera a meros efectos dialécticos que se hubiera cometido un error en la valoración por el órgano de contratación -cosa que no se ha hecho- y que lo procedente fuera otorgarle a la recurrente la puntuación máxima, es decir, 1,5 puntos adicionales, al punto ya obtenido por su proposición, la recurrente en ningún caso podría acceder a la adjudicación, ni aunque se le hubiera otorgado la puntuación máxima de 50 puntos a su oferta económica. En este sentido, la puntuación de la recurrente en el procedimiento fue 33,71 que junto a la puntuación máxima del aspecto del criterio de adjudicación controvertido (1,5 puntos adicionales) y los 50 puntos máximos de la oferta económica alcanzarían 85,21 puntos lejos de la puntuación de la adjudicataria que representa en principio la oferta más ventajosa para el interés público y que obtuvo 93,74 puntos.

Llegados a este punto, se ha de tener en cuenta que pese a la estimación de uno de los motivos del recurso la recurrente en ningún caso podría optar a la adjudicación del contrato por lo que el mismo debe ser desestimado por motivos de economía procesal como este Tribunal ya ha manifestado en ocasiones anteriores, entre otras, en las Resoluciones 98/2017, de 12 de mayo, 215/2018, de 6 de julio, 79/2019, de 21 de marzo y 232/2019, de 11 de julio y 310/21, de 10 de septiembre, en la que se señalaba lo siguiente: «*Una hipotética estimación del recurso y consecuentemente la retroacción de las actuaciones en ningún caso alteraría el sentido que la adjudicación tiene para la recurrente, pues no podría optar a alzarse con el contrato, ni, por tanto, se traduciría en la obtención de un beneficio o ventaja para ella, ya que el resultado de la licitación seguiría sin serle propicio*». Atendiendo al resumen total de las puntuaciones reproducidas resulta evidente que la recurrente no podría acceder a la adjudicación por lo que procede la desestimación del recurso.

Finalmente, procede realizar un pronunciamiento sobre la pretensión de la recurrente de nulidad de todo el procedimiento de licitación respecto de la agrupación 19. En este sentido, en la presente resolución se ha apreciado una motivación insuficiente respecto de un concreto aspecto objeto de valoración y no un error patente o arbitrariedad en la actuación del órgano de contratación por ello y en virtud del principio de economía



procesal se ha procedido a desestimar el recurso. En este sentido, se ha de tener en cuenta que este Tribunal ha procedido a analizar de forma hipotética las repercusiones que hubiera tenido para la proposición de la recurrente que hubiera obtenido la máxima puntuación respecto del criterio sobre el que se ha apreciado la infracción, habiendo comprobado que la misma no podría acceder a la adjudicación, por tanto, en ningún caso cabría atender a la pretensión de la recurrente de nulidad de todo el procedimiento que podría perseguir, en realidad, una nueva oportunidad de presentar oferta a la vista de que en el presente procedimiento no es la económicamente más ventajosa que es la finalidad perseguida en la contratación pública al amparo de lo dispuesto en el artículo 1 de la LCSP.

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 la entidad **THERMO FISHER DIAGNOSTICS, S.L.U.** contra la resolución del órgano de contratación, de 26 de febrero de 2024, por la que se adjudica el “Acuerdo marco con una única empresa, por lotes y agrupaciones de lotes, por el que se fijan las condiciones para el suministro de tracto sucesivo de reactivos y material fungible, cesión de uso de equipamiento principal y auxiliar, así como su mantenimiento, para la realización de determinaciones en los laboratorios clínicos de los centros sanitarios que integran la central provincial de compras de Almería”, respecto a la agrupación 19, convocado por el Hospital Universitario Torrecárdenas de Almería, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 96/2023 -CONTR 2023 0000347546).

SEGUNDO. Acordar el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto de la agrupación 19, hasta la resolución del expediente de recurso RCT 120/2024.

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

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

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

