

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Resolución nº 55/2016

6 de junio de 2016

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 5 de mayo de 2016 se publicó, en el Boletín Oficial de Aragón, anuncio de licitación del contrato denominado «Suministro de material para la realización de técnicas analíticas automáticas en el laboratorio de Anatomía Patológica», promovido por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia de Sector Zaragoza III-Hospital Clínico Universitario "Lozano Blesa" de Zaragoza (en adelante el Hospital), contrato de suministro tramitado por procedimiento abierto, varios criterios de adjudicación, y un valor estimado de 206 600 euros, IVA no incluido.

En el anuncio se señala que el plazo de presentación de ofertas finaliza el día 25 de mayo de 2016.

SEGUNDO.- Este Tribunal resolvió por Acuerdo 18/2016, de 26 de febrero, el recurso especial 10/2016, planteado por ROCHE DIAGNOSTICS, S.L, frente al procedimiento denominado «Suministro de reactivos y material para la realización de técnicas analíticas de Anatomía Patológica», en el sentido de estimar el recurso, declarar la invalidez del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y anular la licitación de referencia.

TERCERO.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que rige la licitación que es continuación de la anulada, en lo relativo a los criterios sujetos a evaluación previa, establece:

ANEXO VII

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE LAS OFERTAS SUJETOS A EVALUACIÓN PREVIA (SOBRE DOS)

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN		PONDERACIÓN
1 -	CRITERIO: Calidad de los informes de actividad (estadística) del sistema ofertado: <ul style="list-style-type: none"> Localización a través de PaWin de la situación del procesado de muestra en cada momento..... De 0 a 3 puntos Incidencias actualizadas en cada puesto de trabajo..... De 0 a 2 puntos 	Hasta 5 puntos
2 -	CRITERIO: Niveles de trazabilidad de las muestras en el proceso: <ul style="list-style-type: none"> Trazabilidad bidireccional entre PaWin y el software de los elementos ofertados..... De 0 a 7 puntos Tiempos de actividad en cada uno de los puestos de trabajo..... De 0 a 3 puntos 	Hasta 10 puntos
3 -	CRITERIO: Nivel y calidad de la tecnología aportada: Equipamiento: <ul style="list-style-type: none"> Eliminación en origen de residuos..... De 0 a 5 puntos Facilidad de limpieza y comodidad de manejo..... De 0 a 5 puntos Aplicación informática: <ul style="list-style-type: none"> Sistema único de gestión.....De 0 a 2 puntos Código único de identificación de la muestra a lo largo de todo el proceso..... De 0 a 3 puntos 	Hasta 15 puntos
4 -	CRITERIO: Anticuerpos y Farmacodiagnóstico: <ul style="list-style-type: none"> Kit de Farmacodiagnóstico de mama..... De 0 a 4 puntos Kit de Farmacodiagnóstico gástrico..... De 0 a 4 puntos Anticuerpos: especificidad, sensibilidad y amplitud de cartera..... De 0 a 1 punto Certificados de aprobación de agencias autorizadas..... De 0 a 1 punto Aprobación de las agencias autorizadas (los licitadores deberán presentar la acreditación de los kits para su uso farmacodiagnóstico en diagnóstico gástrico..... De 0 a 1 punto. 	Hasta 10 puntos
5 -	CRITERIO: Plan de formación continuada: <ul style="list-style-type: none"> Tipo de formación (presencial, on-line, etc) y periodicidad..... De 0 a 1,5 puntos. Contenido de la formación..... De 0 a 1,5 puntos 	Hasta 3 puntos
6 -	CRITERIO: Mejoras <ul style="list-style-type: none"> Controles de calidad externos, herramientas de consulta, etc..... De 0 a 2 puntos 	Hasta 2 puntos
TOTAL:		45 PUNTOS

Y añade:

«Nota importante: Aquellas ofertas que no consigan la puntuación de 30 puntos no continuarán en el procedimiento de adjudicación».

CUARTO.- El Anexo VII, criterio número 3, indica lo siguiente:

<p>3 CRITERIO: Plazo de entrega y de asistencia técnica en 24 horas, como máximo, en los casos de urgencia.</p> <p>DOCUMENTACIÓN A APORTAR : Anexos V y V bis en sobre 3</p>	<ul style="list-style-type: none"> Plazo de entrega o de asistencia técnica igual o menor a 24 horas: 5 puntos Plazo de entrega superior a 24 horas: 0 puntos <p style="text-align: right;">Hasta un máximo de 5 puntos</p>
--	--

QUINTO.- Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), establece, entre otros requisitos, los siguientes:

3.2.1 Servicio Técnico

El mantenimiento de los Sistemas Analíticos y de todos los equipos aportados por el adjudicatario será considerado a todo riesgo y/o integral; entendiéndose que tal mantenimiento comprende actuaciones de mantenimiento preventivo, predictivo, correctivo y normativo.

El horario del Servicio Técnico será como mínimo de 8 a 18:00 h, de lunes a viernes, con atención telefónica en castellano en el mismo horario. El tiempo de respuesta presencial ante una avería grave (que interrumpe el funcionamiento del Servicio) será como máximo de 4 horas.

El tiempo de parada por averías se contabilizará desde el momento de emisión del aviso por parte del centro sanitario hasta la conformidad de la reparación por el mismo.

4.2.1.1 Kit universal de inmunohistoquímica

Para el completo proceso de tinción inmunohistoquímica, los reactivos propuestos se deberán ajustar al formato requerido por los sistemas automáticos, semiautomáticos y manuales, en formato listo para su uso. Quedan incluidos también los reactivos necesarios para la realización de las técnicas de inmunofluorescencia.

Se valorará preferentemente la sensibilidad y especificidad del kit de inmunohistoquímica..

4.2.1.3 Anticuerpos para farmacodiagnóstico

Se ofertarán todos los reactivos, fungibles, consumibles, material accesorio, servicios y mantenimiento necesarios para la realización de determinaciones de las dianas terapéuticas siguientes:

- Determinación semicuantitativa, de la sobreexpresión de la proteína Her2, mediante técnicas inmunohistoquímicas con aprobación CE-IVD y FDA, para la selección de pacientes para tratamiento en carcinoma de mama y gástrico.

SEXTO.- El 23 de mayo de 2016, D. Felipe Martínez Garrido y D. Ignacio Rivero San José, en nombre y representación de ROCHE DIAGNOSTICS, S.L. (en adelante ROCHE), interponen en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación, frente a ciertas previsiones del contenido del PCAP y el PPT que consideran ilegales:

- a) Los criterios sujetos a juicio de valor previstos en el Anexo VII del PCAP no están correctamente definidos, no contienen ningún elemento descriptivo específico a valorar, ni concretan el método de ponderación. Dichos criterios son ilegales y procede, por ello, anular el procedimiento. Cita doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Acuerdos 18/2016 y 86/2015), para apoyar su argumentación.
- b) Alega a continuación la vaguedad e inconcreción de las Mejoras. El PCAP establece como tales «controles de calidad externos, herramientas de consulta, etc...», valorables de 0 a 2 puntos, pero no se detalla qué controles se van a valorar, ni los límites de tal valoración, ni cuál es el modo de acreditar dichas mejoras. Además, la inclusión de la expresión «etc.», abre la puerta a la inclusión de mejoras no incluidas en el Pliego, lo que atenta contra la obligación de detallar las condiciones y requisitos de presentación de las mismas.
- c) El establecimiento de umbral mínimo, fijado en 30 puntos de los 45 posibles, favorece comportamientos arbitrarios, pues los criterios sujetos a evaluación previa no están suficientemente baremados, y su incumplimiento trae como consecuencia inmediata la exclusión de las ofertas que no alcancen dicho umbral. Esto obliga a los licitadores a superar un determinado nivel de calidad superior a la obtenida con el cumplimiento de todas y cada una de las prescripciones técnicas exigidas. Pero además, al licitador le resulta imposible identificar cuáles son los elementos que debe incorporar su oferta para alcanzar el umbral mínimo de 30 puntos, lo que dota al procedimiento de un grado de exigencia desproporcionado y lo somete en exceso a la discrecionalidad técnica de la Administración.
- d) Añade la existencia de una contradicción entre el PCAP y el PPT. El criterio 3 del PCAP valora el plazo de entrega y de asistencia técnica en 24 horas, dando 5 puntos a un plazo igual o menor a 24 horas, y 0 puntos a un plazo de entrega superior. Sin embargo, el PPT solicita expresamente, en relación con el servicio técnico, que «el tiempo de respuesta presencial ante una avería grave (que interrumpe el funcionamiento del servicio) será como máximo de 4 horas». Esto supone una incongruencia.
- e) Aprecia una arbitrariedad excesiva en la redacción del PPT, pues en múltiples ocasiones aparecen expresiones como «a juicio de la empresa licitadora», «se acompañará cuanta documentación se entienda necesaria». Puesto que los Pliegos se constituyen en ley del contrato, éstos no pueden dejar al arbitrio de los licitadores el modo de acreditar el cumplimiento de las prescripciones técnicas, pues se vulnera el principio de igualdad.
- f) Entiende que determinadas cláusulas del PCAP se encuentran incluidas en el PPT, lo que resulta contrario a Derecho, en particular al artículo 117.8 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) pues

vulneran los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia. El PPT no puede contener prescripciones que, como los criterios de adjudicación, deben figurar en el PCAP.

g) Por último, alega innecesariedad y desproporcionalidad de la exigencia de determinados requisitos técnicos, como la obligatoriedad de contar con un certificado FDA (obligatorio para la comercialización de productos sanitarios en Estados Unidos, pero no en Europa), los requisitos de la capacidad de carga del equipo inmunoteñidor, o la exigencia de que el teñidor para técnicas especiales tenga una capacidad para «al menos 40 preparaciones en un mismo ciclo de trabajo para un equipo».

Por lo alegado, solicita que se estime el recurso y se anule el procedimiento, procediendo a la nueva redacción de los Pliegos subsanando los defectos puestos de manifiesto.

SÉPTIMO.- El 24 de mayo de 2016, el Tribunal solicita al Hospital, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 TRLCSP, la remisión, en el plazo de dos días hábiles, del expediente completo y de un informe del órgano gestor del expediente. El 26 de mayo de 2016 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

No se procede por el Tribunal a evacuar trámite de alegaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP; dado que al tratarse de un recurso especial sobre los pliegos; y no constar ofertas, no puede acreditarse la existencia de terceros con la condición de interesados.

OCTAVO.- Por Resolución 9/2016, de 24 de mayo, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la petición de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por la recurrente, en el recurso especial interpuesto, en el sentido de acordar la misma, considerando que el plazo para presentar proposiciones en el procedimiento concluye el día 25 de mayo de 2016, en aplicación de los distintos intereses en juego, y dado que el Acuerdo del Tribunal sobre el recurso especial no podrá adoptarse antes de la finalización del mencionado plazo de presentación de proposiciones.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de ROCHE para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, dado que por el objeto de su objeto social y sus pretensiones, puede tener interés en presentarse a la licitación.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón). El acto es recurrible, y el recurso se ha planteado en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Se vuelve a reproducir el debate sobre la adecuación de los criterios sometidos a juicio de valor, que son considerados imprecisos y contrarios a Derecho por parte de la recurrente. En nuestro Acuerdo 18/2016, relativo a la licitación de esta misma prestación, ya se dijo, con cita de los Acuerdos 68/2014 y 5/2015, que en la fijación de los criterios de adjudicación se pretende una comparación de ofertas que favorezca o posibilite la economía de escala, a fin de conseguir la oferta económicamente más ventajosa, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato. Este principio de igualdad de trato es de tal relevancia que bien puede considerarse la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tal y como se ha puesto de relieve en las Sentencias TJUE de 12 de diciembre de 2002 (Universale-Bau y otros), y de 19 de junio de 2003 (GAT). Manifestaciones particulares de este principio son que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad, tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia de 25 de abril de 1996,

Comisión/Bélgica), que los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, y que tanto en la interpretación a lo largo de todo el procedimiento, como en la evaluación las ofertas, los criterios de adjudicación deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores (Sentencia de 18 de octubre de 2001 (SIAC Construction).

El principio de igualdad de trato implica, por tanto, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera (STJUE de 16 de septiembre de 2013). Por ello, como ya advirtiera la STJUE de 24 de noviembre de 2008, Alexandroupulis (que valida el criterio ya adoptado por la STJUE de 24 de enero de 2008, Lianakis), una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Y ello porque se quiebra el fundamento del principio de transparencia, que obedece a la finalidad de que los licitadores puedan tener una correcta estrategia a la hora de presentar sus ofertas.

Desde estos parámetros interpretativos debe analizarse este motivo del recurso. Y, a juicio de este Tribunal administrativo, la delimitación de los aspectos a puntuar en cada criterio sometido a juicio de valor resulta suficiente para conocer lo que se valora en la oferta. Existe claramente una cuantificación desglosada —lo que se ajusta con la exigencia de un umbral mínimo de superación—, sin que se advierta, en modo alguno, una restricción a la correcta operatividad del principio de transparencia. No puede olvidarse que se trata de criterios sometidos a juicio de valor, donde debe existir un margen para la «discrecionalidad técnica» propia de estos criterios sometidos, con los límites fijados en nuestro Acuerdo 98/2015, de 13 de noviembre. El pliego impugnado resulta, en este aspecto, respetuoso con las reglas básicas de la licitación y no impide anticipar qué aspectos, y su concreta ponderación, se tendrán en cuenta a la hora de comparar las ofertas.

Pretender un detalle exhaustivo supondría convertir en criterios reglados, lo que, obviamente, resulta injustificado. Procede, en consecuencia desestimar este motivo del recurso.

TERCERO.- Un segundo motivo alegado por la recurrente es la inconcreción del criterio mejora, al que se le asigna un valor de dos puntos. En relación a la cuestión al diseño de las mejoras como criterio de adjudicación, la Resolución del TACRC 592/2014, de 30 de julio, recuerda que deben concurrir los siguientes requisitos para su admisión:

- a) Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación.
- b) Que guarden relación con el objeto del contrato.
- c) Que deberán mencionarlos en el pliego y en los anuncios.
- d) Que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.

Y, a juicio de este Tribunal administrativo, se cumplen estos requisitos. El escaso valor de la mejora impugnada, la información, aún sucinta, de los subcriterios y la conformidad de la misma en relación al objeto de la licitación permiten validar, ab initio, este criterio sin que, antes de su aplicación, se pueda deducir ausencia de transparencia ni intención de favorecer a ningún licitador. Procede, en consecuencia desestimar este motivo del recurso.

CUARTO.- Otro motivo de recurso se refiere a la exigencia de un umbral mínimo de puntuación que, a juicio de la recurrente, resulta desproporcionado y que pretende encubrir una adjudicación directa. Como ya se dijo en nuestro Acuerdo 5/2015, y también, por ejemplo, en la Resolución del TACRC 167/2013, la exigencia de umbral mínimo de puntuación en los criterios sujetos a evaluación previa es una opción inicialmente conforme a Derecho, que se contempla expresamente en la Directiva 2014/24, de contratación pública y 11

artículo 150 TRLCSP. Es una posibilidad que se fundamenta, no en la restricción indebida de la competencia, sino en la conveniencia de ajustar adecuadamente la relación calidad/precio de las distintas ofertas. Y así lo justifica el informe del órgano gestor al explicar por qué se requiere esa puntuación mínima. En la fijación del umbral se debe preservar la correcta ejecución de la prestación demandada y, en ámbitos tan sensibles como los servicios sanitarios no parece irregular extremar las exigencias para garantizar una adecuada calidad técnica del servicio.

En todo caso, su concreta aplicación no puede interferir en el objetivo de todo procedimiento de contratación pública, que es la comparación de ofertas entre distintos licitadores conforme a los criterios determinados en el pliego. Y un indicio de incorrecta aplicación es que solo una empresa supere el umbral, lo que pone en cuestión — sobre todo en suministros tecnológicos que existen y funcionan adecuadamente en el mercado—, la existencia de efectiva concurrencia. Pero la existencia del umbral, por si misma, no justifica ilegalidad del procedimiento ni se puede afirmar, sin argumentos sólidos, que solo pretende una adjudicación directa. Procede, en consecuencia desestimar este motivo del recurso.

QUINTO.— Alega también la recurrente confusión y contradicción entre el PCAP y el PTT.

Este Tribunal administrativo se ha pronunciado en varias ocasiones sobre esta cuestión —Acuerdos 10/2011, de 6 de julio de 2011, 38/2012, de 10 de septiembre de 2012, 39/2012, de 12 septiembre de 2012, 85/2015, de 10 de agosto y 111/2015, de 23 de diciembre —, en el sentido de que vulnerar el mandato del artículo 68.3 RGLCAP, en cuanto a la prohibición de que los PPT contengan declaraciones o cláusulas que deben figurar en el PCAP, supone la nulidad de los pliegos. Esta prohibición pretende evitar confusiones o contradicciones. Pero no significa que toda referencia del PTT a una cuestión del PCAP sea, por si misma, ilegal. Lo será en ausencia de previsión del PCAP o de evidente contradicción o de «reformulación» indebida de alguna exigencia, condición o criterio de adjudicación. Y nada de esto sucede con los pliegos impugnados, pues el PCAP detalla correctamente los criterios de adjudicación y su valoración, que son perfilados, pero no alterados, por el PTT. No se aprecia ni contradicción, ni confusión, ni oscuridad que impida adoptar una estrategia correcta a la hora de presentar su oferta por la recurrente. Procede, en consecuencia, desestimar esta pretensión.

SEXTO.— Por último, cuestiona también la innecesariedad y desproporcionalidad de la exigencia de determinados requisitos técnicos, como la obligatoriedad de contar con un certificado FDA (obligatorio para la comercialización de productos sanitarios en Estados Unidos, pero no en Europa), los requisitos de la capacidad de carga del equipo inmunoteñidor, o la exigencia de que el teñidor para técnicas especiales tenga una capacidad para «al menos 40 preparaciones en un mismo ciclo de trabajo para un equipo».

Esta pretensión, por si misma, debe ser rechazada, pues no pone en cuestión la ilegalidad de la misma, y este recurso especial, como cualquier recurso administrativo o jurisdiccional, tiene una función de control de legalidad, que debe fundarse (y justificarse por el recurrente) en la existencia de cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad contemplados por el TRLCSP, y no de oportunidad o conveniencia. Por lo demás, no es una exigencia excluyente ni restrictiva, como viene a explicar el informe del Hospital al recurso. Procede, por tanto, desestimar también este motivo de recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado por D. Felipe Martínez Garrido y D. Ignacio Rivero San José, en nombre y representación de ROCHE DIAGNOSTICS, S.L, frente a la licitación denominada «Suministro de material para la realización de técnicas analíticas automáticas en el laboratorio de Anatomía Patológica», promovido por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia de Sector Zaragoza III-Hospital Clínico Universitario "Lozano Blesa" de Zaragoza.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión acordada por Resolución 9/2016, de 24 de mayo, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

TERCERO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.