RE 010/2016

Acuerdo 18/2016, de 26 de febrero de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por ROCHE DIAGNOSTICS, S.L. frente a la licitación denominada «Suministro de reactivos y material para la realización de técnicas analíticas de Anatomía Patológica», promovido por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia de Sector Zaragoza III-Hospital Clínico Universitario "Lozano Blesa" de Zaragoza.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 25 de enero de 2016 se publicó, en el Perfil de contratante del Gobierno de Aragón, anuncio de licitación del contrato denominado «Suministro de reactivos y material para la realización de técnicas analíticas 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 tramitación anticipada. El valor estimado es de 550 661,16 euros, IVA no incluido. El anuncio fue enviado al DOUE el 16 de enero de 2016.

En el anuncio se señala que el plazo de presentación de ofertas finaliza el día 29 de febrero de 2016.

SEGUNDO.- En el apartado II.1.8) del anuncio, «*Lotes*», se indica «*El contrato está dividido en lotes: no*».

Asimismo, el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) establece en su apartado 1 que *«el suministro se divide en tres posiciones constituyendo una sola unidad a efectos de adjudicación y, por consiguiente, supondrá la contratación con un solo licitador».*

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

CRITERIOS DE VALORACIÓN 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	Hasta 5 puntos
2 -	CRITERIO: Niveles de trazabilidad de las muestras en el proceso	Hasta 10 puntos
3 -	CRITERIO: Nivel y calidad de la tecnología aportada, tanto en equipamiento (versatilidad, eliminación en origen de residuos, facilidad de limpieza y de manejo) como en aplicación informática (sistema único de gestión y código único de identificación de la muestra en el proceso)	Hasta 15 puntos
4 -	CRITERIO: Anticuerpos y Farmacodiagnóstico (kits para mama y estómago): adecuación de los kits al volumen de actividad, sistema con aprobación de agencias autorizadas y calidad de los manuales de procedimiento	Hasta 10 puntos
5 -	CRITERIO: Plan de formación continuada (tipo de de la formación, periodicidad y contenido)	Hasta 5 puntos
	TOTAL:	**45 PUNTOS**

***«NOTA IMPORTANTE**: Aquellas ofertas que no consigan la puntuación de **25 puntos** no continuarán en el procedimiento de adjudicación».*

CUARTO.- El Anexo VII, criterio núm. 4, indica lo siguiente:

4	**CRITERIO**: Aplicación de precios inferiores en caso de adjudicación en concurso centralizado de las técnicas analíticas objeto de este contrato en el plazo comprendido entre la adjudicación y la ejecución del ulterior contrato, siempre que sea adjudicatario de ambos contratos. **DOCUMENTACIÓN A APORTAR**: Anexos V y V bis en sobre 3	• Compromiso de aplicación de nuevos precios: 5 puntos • No compromiso: 0 puntos	**Hasta un máximo de 5 puntos**

QUINTO.- El 11 de febrero de 2016, en el Registro del Servicio Aragonés de Salud, de Aragón, D. Vicente Ballester Morató y D. Ignacio Rivero San José, en nombre y representación de ROCHE DIAGNOSTICS, S.L. (en adelante ROCHE), interponen recurso especial en materia de contratación (que complementan mediante escrito de 16 de febrero de 2016, presentado en el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón), frente a ciertas previsiones del contenido del PCAP que consideran ilegales:

a) improcedencia de la agrupación en un solo lote de técnicas independientes: existencia de justificación suficiente que permita dividir en lotes el objeto de la licitación;

b) inclusión de características técnicas en el PPT que vulneran el 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) y los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia;

c) incorrecta definición de los criterios de valoración de las ofertas sujetos a evaluación previa previstos en el Anexo VI del PCAP.

d) ilegalidad del criterio 4 del Anexo VII del PCAP, que prevé adjudicar cinco puntos, al licitador que se comprometa, de ser adjudicatario, y de

forma voluntaria, a una hipotética mejora del precio en caso de la adjudicación posterior de otro contrato.

Por lo alegado, solicita que se estime el recurso. Solicita, además, que se adopte la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, con el fin de evitar actuaciones que pudieran resultar invalidadas.

SEXTO.- El Hospital remite al Tribunal el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 TRLCSP el 17 de febrero de 2016. El Tribunal traslada, el 18 de febrero, el escrito complementario del recurso al Hospital, para que éste formule, en su caso, informe complementario.

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.

SÉPTIMO.- Por Resolución 3/2016, de 23 de febrero, 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 no acordar la misma, considerando que el plazo para presentar proposiciones en el procedimiento concluye el día 29 de febrero de 2016, en aplicación de los distintos intereses en juego, y dado que el Acuerdo del Tribunal sobre el recurso especial se adoptará antes de la finalización del mencionado plazo de presentación de proposiciones.

OCTAVO.- El Hospital, en su preceptivo informe, sostiene la legalidad de las actuaciones y de los criterios de adjudicación previstos en el PCAP.

Se explica porqué no se han previsto lotes en este contrato de suministros. Niega el incumplimiento del artículo 117.8 TRLCSP, reconociendo cierto error material que en modo alguno influye en la licitación, por cuanto no existe vinculación de técnicas a los productos ofertados ni, principalmente, porque la no sujeción exacta de la oferta a la cartera supone causa de exclusión del procedimiento. En relación a la falta de concreción del sistema de valoración de los criterios sometidos a juicio de valor, defienden su legalidad en tanto corresponde, posteriormente, su determinación por comparación de ofertas. En relación a la mejora voluntaria del precio por una adjudicación posterior, se sostiene también su legalidad.

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.- En relación a la no existencia de lotes en la licitación, este Tribunal administrativo ya advirtió, en el Acuerdo 60/2015, que esa práctica debería ser la regla general, ya que favorece una mejor y más adecuada competencia:

«Exigencia que deriva de la correcta aplicación del marco normativo vigente, pues la Directiva 2014/24, ya en vigor (aunque no transpuesta), establece la regla general de licitar en lotes (considerandos 78 y 79 y artículo 46). Y no puede alegarse la no existencia de obligación legal nacional, pues como es conocido, la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 18 de diciembre de 1997, Inter Environnment Wallonie, y de 4 de julio de 2006, Adeneler) declara que deben aplicarse las Directivas en vigor no transpuestas en tanto no suponga interpretación contra legem. Por ello, la regla clara de la Directiva de 2014, obligaría en este caso a establecer lotes concretos, fijando en cada uno de ellos la solvencia adecuada. Criterio que, con acierto, ha dictaminado y argumentado con precisión el Informe 19/2014, de 17 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña». Regla igualmente aplicada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su Sentencia de 14 de abril de 2015 (recurso 427/2012), que cita en su ampliación de recurso, la recurrente.

No se trata, sin embargo, de una regla absoluta, ya que si se motiva adecuadamente, resulta admisible la no previsión de lotes. Máxime, cuando se trata de prestaciones complejas —como las que nos ocupa— en un ámbito como el sanitario. Y esto es lo que se argumenta, de forma convincente, por el órgano gestor, al indicar que la no

agrupación de técnicas farmacodiagnósticas en un mismo lote supondría ineficiencia e ineficacia. Explican extensamente los motivos de tal decisión, sin que este Tribunal aprecie ningún tipo de arbitrariedad en la decisión. Por ello, la integración de las técnicas en un único lote, justificada y argumentada sobre los principios de eficacia y eficiencia, se ajusta a la legalidad.

Procede, por ello, desestimar este motivo del recurso.

TERCERO.- Un segundo motivo alegado por la recurrente es la vulneración del artículo 117.8 TRLCSP, por incluir el PTT una especificación técnica referida a una marca de un producto. Este precepto indica:

«*Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención "o equivalente"*».

La finalidad del precepto es evitar que mediante las especificaciones técnicas se incluyan preferencias de marcas que impliquen la exclusión de productos.

Pero no sucede esto en licitación recurrida pues, como advierte el Hospital en su informe al recurso, el posible error de cita de productos, resulta irrelevante, pues no comporta la exclusión de otros productos. Y, por ello, no se dan los presupuestos del citado precepto, pues no existe limitación indebida de la competencia.

Procede, por ello, desestimar este motivo del recurso.

CUARTO.- Otro motivo de recurso se refiere a la posibilidad de valorar, como mejora de hasta 5 puntos sobre 55, la reducción voluntaria del precio, si se resulta adjudicataria de otro procedimiento de licitación.

Pues bien, este criterio de mejora es ilegal. En primer lugar, porque no está vinculado al objeto de la licitación (como se exige en nuestro Acuerdo 12/2015), sino que se condiciona a una posterior licitación y la hipótesis de que se resulte adjudicatario. Es decir, se vincula a otra licitación distinta. Este Tribunal administrativo, en el Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre, ha destacado la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora: *«La función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Obviamente, los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios».* Esta exigencia resulta claramente incumplida por el criterio de mejora futura del pliego.

En segundo lugar, porque rompe el sistema de proporcionalidad de los criterios. Además, su indeterminación y su carácter voluntario pueden conducir a que la puntuación de cinco puntos decida esta licitación, aun cuando la reducción de precios posterior fuera simbólica, lo que

adulteraría las reglas de este procedimiento y, en especial, el principio de eficiencia (Acuerdo 76/2015, de 20 de julio).

En definitiva, esta mejora es ilegal y procede, en consecuencia, estimar este motivo de recurso. Y anular la licitación, pues en aplicación de la doctrina de la Sentencia del TJUE, de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria TJUE), —que se refiere a la hipótesis de la anulación de un criterio de adjudicación de forma previa a la adjudicación del contrato— procede declarar la anulación de todo el procedimiento, conforme a la argumentación contenida en dicha Sentencia:

«[...] los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, en particular, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 43). Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión».

En definitiva, como se afirma en nuestro Acuerdo 86/2015, la anulación de un criterio de adjudicación, o de las normas para su valoración, obliga a la convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación.

QUINTO.– Aunque la estimación de este motivo de recurso haría innecesario este análisis —pues se deriva la nulidad de la licitación—, este Tribunal considera necesario, en aras al principio de congruencia y de evitar ulteriores impugnaciones de la nueva licitación, determinar la admisión del último de los motivos del recurso, que argumenta sobre la incorrección de la determinación del sistema de valoración de los criterios sometidos a juicio de valor, en tanto solo se fija una horquilla de puntuación para cada criterio.

Este Tribunal debe recordar, como ya ha venido declarando desde su Acuerdo 1/2011, que el artículo 1 TRLCSP establece como uno de su fines, el de garantizar el principio de no discriminación e igualdad de trato de los candidatos. En el mismo sentido, el artículo 139 TRLCSP, al referirse de modo concreto a los procedimientos de adjudicación, dispone que «*los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia*».

Como ya se declaró en nuestros Acuerdos 68/2014 y 5/2015, con 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 considerase 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. Es cierto que la delimitación de los aspectos a puntuar en cada criterio puede resultar suficiente para conocer lo que se valora en la oferta. Sin embargo, no se incluye la cuantificación desglosada —máxime cuando se exige un umbral mínimo de superación—, lo que puede generar una restricción a la correcta operatividad del principio

de transparencia. La denominada «*discrecionalidad técnica*» propia de los criterios sometidos a juicio de valor no impide anticipar qué aspectos, y su concreta ponderación, se tendrán en cuenta a la hora de comparar las ofertas (lo que no los convierte en criterios reglados).

Procede, en consecuencia, estimar 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.- Estimar el recurso especial presentado por D. Vicente Ballester Morató y D. Ignacio Rivero San José, en representación de ROCHE DIAGNOSTICS, S.L, frente a la licitación denominada «Suministro de reactivos y material para la realización de técnicas analíticas de Anatomía Patológica», promovido por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia de Sector Zaragoza III-Hospital Clínico Universitario "Lozano Blesa" de Zaragoza. Declarar la invalidez del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y anular la licitación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.2 TRLCSP.

SEGUNDO.- 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.

TERCERO.- El Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa de Zaragoza deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

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.