



**Recurso nº 417/2022 C.A. La Rioja 15/2022**

**Resolución nº 565/2022**

**Sección 1ª**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL  
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 19 de mayo de 2022.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. P.B.G., en representación de VITRO, S.A., contra los pliegos del procedimiento de licitación del contrato de “*Suministro de reactivos para el Servicio de Anatomía Patológica del Hospital San Pedro del Servicio Riojano de Salud*”, expediente 15-3-2.01-0028/2022, convocado por el Servicio Riojano de Salud, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El Servicio Riojano de Salud convoca licitación pública y aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que ha de regir para el contrato de “*Suministro de reactivos para el Servicio de Anatomía Patológica del Hospital San Pedro del Servicio Riojano de Salud*”, expediente 15-3-2.01-0028/2022.

El valor estimado del contrato es 880.150,92 euros, IVA excluido.

El contrato está dividido en cuatro lotes:

- Lote nº1, Técnicas de Inmunohistoquímica I.
- Lote nº2, Técnicas de Inmunohistoquímica.
- Lote nº3, Técnicas de Inmunohistoquímica II.
- Lote nº4, Técnicas de Hibridación in situ con fluorescencia (Fish).

**Segundo.** La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de



Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Fue publicada en el perfil del contratante el 10 de marzo de 2022 y en el DOUE el 11 de marzo de 2022. Se publicó una corrección el día 29 de marzo de 2022.

**Tercero.** El PCAP contempla, dentro del apartado Criterios basados en un juicio de valor, los siguientes para los lotes 1 y 3, que aquí interesan:

*“Estos criterios no son comunes a todos los lotes. Se establecen los mismos para los lotes nº 1 y nº 3. Otros para el lote nº 2 y otros para el nº 4. Son los siguientes:*

**PARA LOS LOTES Nº 1 Y Nº 3:**

**CRITERIOS CUYA VALORACION DEPENDE DE UN JUICIO DE VALOR Máximo 45 puntos**

1.- *Adecuación a los clones de los anticuerpos establecidos en el PPT. Máximo 25 puntos, que se distribuyen de acuerdo con los siguientes porcentajes:*

- a) *Entre el 86% y el 100% de coincidencia de los clones: 25 puntos*
- b) *Entre el 76% y el 85% de coincidencia de los clones: 20 puntos*
- c) *Entre el 61% y el 75% de coincidencia de los clones: 15 puntos*
- d) *Entre el 46% y el 60% de coincidencia de los clones: 10 puntos*
- e) *Entre el 30% y el 45% de coincidencia de los clones: 5 puntos*
- f) *Menos del 30% de coincidencia de los clones: 0 puntos*

2.- *Prestaciones de los equipos o reactivos que superen lo exigido en el PPT de cada lote en los aspectos que se exponen a continuación. Máximo 10 puntos, que se distribuyen de acuerdo con los siguientes subcriterios:*

*Carga continúa durante el procesamiento de las muestras, entendida como posibilidad de incorporación de nuevas muestras durante el procesamiento de muestras que ya han iniciado y no finalizado el proceso: 3 puntos*



*Cantidad de protocolos ejecutables simultáneamente, de acuerdo con los siguientes criterios:*

*Más de 10 protocolos de procesamiento ejecutables simultáneamente: ... 3 puntos.*

*Entre 6 y 10 protocolos de procesamiento ejecutables simultáneamente: 2 puntos.*

*Entre 1 y 5 protocolos de procesamiento ejecutables simultáneamente: . 1 puntos.*

***En el caso de los anticuerpos relacionados con farmacodiagnóstico, aprobación para su uso clínico por las agencias correspondientes (FDA, EMA):  
..... 2 puntos***

*Compatibilidad del software de control con el sistema de LIS actualmente en uso en el servicio (PATWIN):2 puntos*

*3.- Equipos cedidos, además de los exigidos y características de los mismos- Máximo 10 puntos, distribuidos del modo siguiente:*

*Se solicitan distintos equipos para cada lote:*

*Lote nº 1:*

*Montador automático de portaobjetos: .....Máximo 5 puntos*

*Impresora de cassettes.....Máximo 5 puntos.*

*Lote nº 3:*

*Teñidor automático: .....Máximo 5 puntos*

*Equipamiento para patología digital (hardware y software):.....Máximo 5 puntos”*

**Cuarto.** La recurrente impugna los pliegos en relación con los criterios sujetos a juicio de valor de los lotes nº1 y nº3, e interesa su anulación, así como la retroacción del expediente al momento de elaboración de los mismos.

Tal pretensión se fundamenta en un primer argumento: el pliego concede hasta 2 puntos a aquellos licitadores que provean anticuerpos relacionados con farmacodiagnóstico que hayan sido aprobados para el uso clínico por las agencias correspondientes: la FDA y la EMA.



En particular, considera la impugnante que exigir que los productos en cuestión hayan sido aprobados por la FDA («Food and Drug Administration»), agencia del Gobierno de los Estados Unidos, constituye un *“requisito que no cabe ser exigido en una licitación para un hospital español, por cuanto es una aprobación concedida por una agencia del Gobierno Estadounidense, no teniendo nada que ver con normativa exigible en España o en la Unión Europea para este tipo de productos”*.

Además, entiende que se ha vulnerado el Art. 145 LCSP por los pliegos cuando, conceden *“hasta un máximo de 10 puntos para el lote 3, al licitador que ceda un teñidor automático y equipamiento para patología digital (hardware y software), además de los equipos exigidos. Estas mejoras poseen un valor dinerario que – si bien el Órgano de Contratación no especifica en el PCAP – tienen un coste adicional de mercado fijado, en 24.500€ para el teñidor, según oferta aportada, y en aproximadamente 55.000€ para el equipamiento para patología digital (hardware y software), según oferta recibida de forma verbal. Se anuncia que se ha solicitado la oferta por escrito del equipamiento para patología digital (hardware y software) y será aportada copia de ello tan pronto se reciba la oferta”*.

Sostiene que tales mejoras distorsionan gravemente el valor estimado del contrato, al decir que vulneran *“el principio de igualdad en la contratación pública, en tanto en cuanto que el valor inicial asignado al contrato se amplía significativamente durante la fase de ejecución, teniendo en cuenta el valor de dichas mejoras. Es por ello que esta parte estima que la valoración de una mejora gratuita cuyo valor de mercado supera el 78% del precio sin IVA asignado para el lote al cual se está aplicando la mejora es NULA y, a tales efectos, debe ser eliminada del presente PCAP”*.

Cita diversas resoluciones de este Tribunal que, en su opinión, fundamentarían sus alegaciones.

**Quinto.** De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP se solicitó por el Tribunal al Órgano de Contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente Informe.

En el meritado informe, el Órgano de Contratación interesa la inadmisión del recurso, por carecer el recurrente de legitimación, al no haber presentado el recurrente oferta alguna



para los lotes nº1 y nº3, que son a los que se refieren su recurso, pues sólo se ha postulado como licitador para los lotes nº2 y nº4.

Subsidiariamente, la desestimación del recurso, formulando alegaciones frente a las cuestiones que en él se proponen.

El Órgano de Contratación confirma que el PCAP en ningún caso exige que los productos cuenten con aprobación de la FDA como requisito de obligado cumplimiento, sino como un criterio susceptible de valoración, por lo que su ausencia en la oferta de algún licitador no determinaría su exclusión. Además, se justifica la conveniencia de exigir este requisito porque *“es muy adecuado para la valoración de las cualidades técnicas de los anticuerpos a los que va dirigido, para comprobar la calidad de los mismos. Como se expone en la memoria del contrato, en el apartado en el que se justifica la selección de los criterios de valoración, para asegurar dos pilares fundamentales en los reactivos: fiabilidad y seguridad en los resultados”*.

En la definición del criterio se remite a dos agencias, que son alternativas: la FDA de los EE.UU, y la EMA Europea. Si el licitador presenta reactivos fabricados en EE.UU puede presentar el certificado de la FDA. Si los reactivos proceden de Europa, el certificado podrá ser de la EMA. No se solicitan dos certificados simultáneamente, sino de modo alternativo. Los organismos a los que nos remitimos son los más indicados.

Por otro lado, y en cuanto a las mejoras del lote nº3, se pone de relieve por el Órgano de Contratación que el término mejora no aparece ni una sola vez en los criterios de valoración del contrato.

Añade que los criterios de valoración están directamente relacionados con el objeto del contrato, detallado en los pliegos, de manera objetiva y garantiza la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva.

El equipo analizador mediante el cual se obtienen los resultados de las muestras objeto de análisis va indisolublemente unido a los reactivos, y es ofertado en calidad de cesión por los licitadores.



También descarta las alegaciones de la actora respecto de la supuesta distorsión del importe del valor estimado, al señalar que:

*“Los importes que ha estimado el Órgano de Contratación distan mucho de los que propone el recurrente. Por una parte, se considera que los importes del mercado ordinario no son equivalentes a los costes de los equipos para los licitadores, porque pueden ser ellos mismos los fabricantes. Por otra parte, porque el Órgano de Contratación solicita la cesión temporal.*

*Los argumentos del recurrente tienen como base aspectos económicos derivados del precio de mercado, asumiendo, quizás de una manera no del todo adecuada, una cesión completa de la propiedad de esos equipos, cuando lo establecido es una cesión de uso, y en ningún caso de propiedad. Por tanto, utilizar el precio completo de mercado de cada elemento para un uso limitado en el tiempo, duración del contrato, sin cesión de la propiedad, parece excesivo y puede distorsionar notablemente el cálculo económico que expone el recurrente. Parece evidente que para la realización de este cálculo, base del anterior razonamiento, en ningún momento se ha tenido en cuenta el valor residual de las mejoras aportadas, una vez finalizado el periodo de cesión y una vez revertido a su propietario, el correspondiente proveedor”.*

**Sexto.** A la licitación han concurrido cuatro licitadores, según los documentos nº17 y nº19 del EA:

- MENARINI DIAGNOSTICOS, quien presenta oferta para el Lote nº4, según el DEUC que obra en el documento nº18 del EA.
- LEICA MICROSISTEMAS S.L.U., quien presenta oferta para el Lote nº3, según el DEUC que obra en el documento nº18 del EA
- ROCHE DIAGNOSTICS, S.L., quien presenta ofertas para los Lotes n1, nº2 y nº3, según el DEUC que obra en el documento nº18 del EA.
- VITRO, S.A., la ahora recurrente, quien presenta oferta para los lotes nº2 y nº4, según la información que obra en el documento nº18 del EA.

De lo anterior, resulta que la recurrente no ha presentado ofertas para los lotes nº1 y nº3 a los que se refieren las alegaciones de su recurso.



**Séptimo.** La Secretaría del Tribunal en fecha 13 de mayo de 2022 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y en el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de La Rioja sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

**Segundo.** El recurso se interpone en la licitación de un contrato de suministros, cuyo valor estimado es 880.150,92 euros, IVA excluido, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

En cuanto al acto recurrido objeto del recurso, en este caso son los pliegos de la licitación, susceptibles de impugnación conforme al artículo 44.2.a) de dicha norma legal.

Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

**Tercero.** El inicio del procedimiento y el plazo de interposición del recurso especial se regulan en el artículo 50 de la LCSP, y se desarrolla en el artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por lo que, en el caso aquí analizado, debe considerarse que la interposición se ha formulado en plazo.

**Cuarto.** Consta, como se relata en el Antecedente de Hecho sexto y se constata en el expediente remitido por el Órgano de Contratación, que la recurrente no presentó



proposición a los lotes nº1 y nº3 de la licitación cuyos pliegos rectores impugna mediante el presente recurso.

Conviene recordar, por ello, la doctrina de este Tribunal en relación con la legitimación ante tal supuesto, que cabe resumir en dos consideraciones: para recurrir los pliegos de una licitación, el empresario debe –como regla general con arreglo al artículo 50.1.b) de la LCSP– haber presentado proposición, pues sólo en este caso adquiere la expectativa de resultar adjudicatario del contrato que conforma el interés fundante de su legitimación; sin perjuicio de lo anterior, es preciso reconocer –excepcionalmente– tal legitimación al empresario que no haya concurrido a la licitación como consecuencia de condiciones discriminatorias incluidas en los pliegos que la rigen de cara a su admisión en ella, condiciones que son precisamente las que combata en su recurso.

Como se afirma en nuestra Resolución 890/2021, de 15 de julio:

*“En efecto, es doctrina reiterada la que sienta que están legitimados para recurrir los pliegos de una licitación los empresarios que han adquirido la condición de licitadores por haber presentado su oferta, o bien aquellos que acreditan su interés legítimo, demostrando que precisamente no han adquirido tal condición a causa de los vicios de los pliegos que vienen a denunciar con su recurso.*

*Así lo expusimos en nuestra Resolución 2/2017, de 17 de enero: “Ciertamente, definida la legitimación como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de ésta se traduzca en la obtención de un beneficio o la eliminación de una desventaja (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 52/2007, de 12 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de mayo de 2008 –Roj STS 2176/2008–), la regla es que solo los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos, pues sólo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato.*

*Sin embargo, esta regla quiebra en los casos en los que el operador económico impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 –*



*Roj STS 4465/2005–). Esta doctrina es coherente con el Ordenamiento Comunitario, en el que el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que “tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato”. Sobre este aserto, la Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C-230/02), señaló: «27 En este sentido, como ha señalado la Comisión en sus observaciones escritas, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación.*

*No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate»”.*

Pues bien, como ha quedado de manifiesto en Antecedente de Hecho tercero, cuarto y quinto, el recurso se fundamenta en dos motivos concretos: (i) la previsión, en el lote nº1 y en el nº3, como criterio de juicio de valor, que los productos ofertados cuenten con la aprobación de la FDA y (ii) la supuesta existencia de mejoras para el lote nº3 que distorsionarían el valor estimado del contrato.

La recurrente considera que tales determinaciones conformarían una limitación de la competencia, que impediría participar a las empresas interesadas que carezcan de dichos productos autorizados o de las supuestas mejoras.

Sin embargo, este Tribunal entiende, como hace el Órgano de Contratación, que tales previsiones se refieren a criterios de valoración, y no de solvencia, por lo que la falta de



aprobación de un producto por la FDA no habría impedido a un licitador participar en el proceso, dado que no estamos ante un requisito de solvencia, y sólo hubiera afectado, en su caso, a la puntuación a obtener. Lo mismo sucedería respecto de la supuesta mejora, sin perjuicio de que, como manifiesta el Órgano de Contratación, la realidad sea que en los PCAP en ningún caso se prevé mejora alguna.

Esto determina que no exista causa alguna que impida a la recurrente presentar proposición en el procedimiento de licitación impugnado para los lotes nº1 y nº3, por lo que no reúne los requisitos establecidos por la doctrina recién extractada en lo que a la legitimación se refiere, en tanto que la controversia no versa sobre características potencialmente discriminatorias para acceder a la licitación.

En conclusión, procede inadmitir el recurso por falta de legitimación en virtud de lo expuesto.

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

**Primero.** Inadmitir el recurso interpuesto por D. P.B.G., en representación de VITRO, S.A., contra los pliegos del procedimiento de licitación del contrato de “*Suministro de reactivos para el Servicio de Anatomía Patológica del Hospital San Pedro del Servicio Riojano de Salud*”, expediente 15-3-2.01-0028/2022, convocado por el Servicio Riojano de Salud.

**Segundo.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.