



Recurso nº 579/2019 C. Valenciana 118/2019

Resolución nº 750/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 4 de julio de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.L.R., en representación de AGILENT TECHNOLOGIES SPAIN, SL contra los pliegos del procedimiento “*Suministro técnicas HE; IHQ y anticuerpos; ISH y sondas; IF y anticuerpos fluoresceinados; histoquímica; técnicas moleculares y Citología líquida en Anatomía Patológica HGUCS. Expediente: PA 256/2019*” convocado por el Departamento de Salud de Castellón-Dirección Económica Gerencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50 de 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), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El día 29 de abril de 2019 fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación referente al contrato sujeto a regulación armonizada “*Suministro técnicas HE; IHQ y anticuerpos; ISH y sondas; IF y anticuerpos fluoresceinados; histoquímica; técnicas moleculares y Citología líquida en Anatomía Patológica HGUCS. Expediente: PA 256/2019*”. En dicha fecha se puso a disposición de los posibles licitadores la documentación necesaria para la formulación de ofertas, entre ella, los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los trámites previstos en 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; y en cuanto no se oponga a lo establecido en la LCSP 2017 por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las



Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; por la normativa autonómica de desarrollo en materia de contratación, aplicándose supletoriamente las normas estatales sobre contratación que no tengan carácter básico, y las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las de derecho privado.

Tercero. El objeto del contrato, de acuerdo con la cláusula primera del PCAP es el suministro para la realización de las técnicas de Hematoxilina-Eosina; Inmunohistoquímica (IHQ) y anticuerpos para IHQ; Hibridación in situ (ISH) y sondas de ISH; Inmunofluorescencia (IF) y anticuerpos fluoresceinados para inmunofluorescencia (IF); histoquímica; técnicas moleculares de la determinación de Biomarcadores y Citología líquida en el Servicio de Anatomía Patológica del Hospital General Universitario de Castellón y la dotación de los equipos necesarios para la realización de las citadas técnicas. Para la adjudicación del contrato, por el procedimiento abierto, el PCAP prevé la utilización de dos tipos de criterios: criterios evaluables mediante juicio de valor y criterios evaluables mediante fórmula.

Se prevé en el PCAP la división del contrato en dos lotes: Lote 1 (Técnicas) y Lote 2 (Citologías Líquidas). No se prevén limitaciones al número de lotes a los que un mismo licitador puede presentar oferta ni al número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador.

Cuarto. La fecha final de presentación de las ofertas de los licitadores estaba prevista el 27 de mayo de 2019. Mediante certificación de la secretaria de la mesa de contratación se acredita que en la fecha del envío del expediente (22 de mayo de 2019) no hay presentada ninguna oferta por parte de los licitadores.

Quinto. En fecha 15 de mayo de 2019 D. A.L.R., en representación de ANGILENT TECHNOLOGIES SPAIN, S.L. interpone recurso especial en materia de contratación contra el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas reguladores del contrato de suministro citado, solicitando que se declare la nulidad de pleno derecho de los mismos, y se proceda a la retroacción de las actuaciones al momento anterior a su aprobación. Asimismo, se solicita la suspensión del acto impugnado.

Su pretensión se basa en considerar incorrecto el fraccionamiento en lotes del objeto de la licitación, y vulnerados los principios de no discriminación e igualdad de trato entre los



licitadores, así como transparencia en el procedimiento. Igualmente considera infringidas distintas reglas para la elaboración de los pliegos de prescripciones técnicas.

Sexto. El órgano de contratación ha remitido informe en fecha 20 de mayo de 2019 proponiendo al Tribunal la desestimación del recurso por considerar no fundadas las alegaciones del recurrente.

Séptimo. Mediante Resolución de fecha 4 de junio de 2019, la Secretaría del Tribunal acuerda la suspensión del acto recurrido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2 a) de la LCSP, al tratarse de *“los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”* de un contrato celebrado por un poder adjudicador, cuyo valor estimado supera los umbrales establecidos en el artículo 44.1.a) de 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.

La competencia para resolver corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 de dicha norma y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Generalitat Valenciana, publicado en el BOE el día 17 de abril de 2013 por resolución de la Subsecretaria del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Segundo. En cuanto al plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, deberá interponerse en el plazo de quince días hábiles desde la notificación al interesado del acto o acuerdo recurrido, o desde su publicación (*“a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos”*), de acuerdo con el artículo 50.1 b) de la LCSP. En el mismo sentido cabe citar el artículo 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia



contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

En el presente caso la publicación se produce el 29 de abril de 2019 y el recurso se interpone el 17 de mayo, por lo que el recurso se encuentra interpuesto en plazo

Tercero. En cuanto a la legitimación, dispone el artículo 48 de la LCSP

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”

Por su parte, el artículo 50 1. b) señala que: *“Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.”*

En relación a la legitimación para recurrir los pliegos de una licitación, este Tribunal ha señalado de forma reiterada la necesidad de que el recurrente haya participado en la licitación, o se haya visto impedido de hacerlo en base a las restricciones introducidas en los pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible un recurso especial en materia de contratación basado en un mero interés en la legalidad abstracta del procedimiento de licitación.

Ciertamente, como señala la Resolución nº 862/2018 de 1 de octubre, la LCSP no confiere una acción popular en materia contractual, sino que, antes bien, la subordina a que la decisión perjudique o pueda afectar a derechos o intereses legítimos del recurrente, derechos o intereses legítimos que, tratándose de una licitación, no pueden identificarse con algo distinto que la posibilidad de obtener la adjudicación del contrato (cfr.: Resoluciones 57/2012, 119/2013, 278/2013 –confirmada esta última por Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2014, Roj SAN 2315/2014- y 37/2015, entre otras).

Este postulado es coherente con la definición de la legitimación en nuestro Ordenamiento, en el que se la concibe como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de esta 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-). Por ello, la regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de diciembre de 2001 -Roj STS 10238/2001- y 9 de marzo de 2006 –Roj STS 1616/2006-). Ahora bien, esta norma general quiebra en los casos en los que el empresario impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 5 de julio de 2005 -Roj STS 4465/2005-), habiéndose llegado incluso a admitir la legitimación cuando lo que se cuestiona es el tipo de procedimiento elegido (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 29 de junio de 2006 -Roj STS 4550/2006-).

En el presente caso, el fundamento de la pretensión del recurrente se basa, en primer lugar, en el desacuerdo con la configuración de los lotes efectuada en los pliegos, lo que considera como una restricción de la competencia, así como, en segundo lugar, en la definición de las prescripciones técnicas del objeto del suministro, considerando incumplidos los requisitos del artículo 126 de la LCSP. En ninguno de los casos se justifica que, como consecuencia de las pretendidas infracciones, la empresa recurrente no haya podido el concurrir a la licitación.

En efecto, aun partiendo de la base de que la interpretación de la legitimación debe hacerse con amplitud, como indica este Tribunal en numerosas resoluciones (por todas, Resolución nº 429/2019), lo cierto es que, en el presente caso, no es posible establecer el vínculo necesario entre los motivos de impugnación del recurrente y la falta de presentación del mismo al procedimiento de contratación pública, por lo que concurre un defecto de falta de legitimación.

En relación a la legitimación del recurrente para impugnar los pliegos en un procedimiento al que no ha concurrido, cabe citar la Resolución nº 477/2019 de 30 de abril, en la que establece el Tribunal:

“(…) Ciertamente, frente a ello se ha opuesto un supuesto excepcional, como son los casos en los que la impugnación va dirigida a los pliegos que rigen la contratación, supuesto en el que se admitiría la legitimación de la recurrente, pero solo en el caso de que las causas invalidantes de los pliegos pretendidas o invocadas por la recurrente, se plantearan en la fase



inicial de adjudicación. Así resulta de lo dispuesto dentro de nuestra Resolución nº 1005/2017, de 17 de noviembre de 2017, cuyo Fundamento de derecho quinto establece sobre este particular lo siguiente: “No obstante lo anterior, cabe una posibilidad de excepción a lo señalado hasta ahora, que se apunta en una Resolución anterior de este mismo Tribunal. Así, en la Resolución 924/2015, de 9 de octubre, su Fundamento de derecho segundo señala lo siguiente: “Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada al efecto, de acuerdo con el artículo 42 del citado TRLCSP. De los antecedentes que constan en el expediente se desconoce si el empresario al tiempo de impugnar el pliego y el anuncio de licitación se ha presentado al procedimiento de adjudicación (si bien así lo hace constar en su escrito). No obstante y dado que la Jurisprudencia ha aceptado la legitimación en materia de contratos de entidades públicas para personas o entidades que no participaron en la licitación, pero tales casos excepcionales están referidos a los Pliegos o Condiciones rectores de la contratación que son los que han impedido a dichas personas o entidades participar en un plano de igualdad en la licitación (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 Junio 2013), debe considerarse que el recurrente está legitimado para interponer el recurso especial en materia de contratación”.

A la vista de esta posibilidad excepcional, resulta necesario comprobar si se da o no en el presente caso. Como vemos, concurre el primer presupuesto apuntado en esta Resolución, como es el de la falta de participación de la recurrente en el procedimiento de contratación. Respecto del segundo aspecto de los apuntados anteriormente, solo cabe esta posibilidad en el caso de que se impugnen los pliegos o las condiciones rectoras de la contratación que hayan impedido participar a esa persona o entidad en un plano de igualdad en la licitación, esto es, que supongan un obstáculo real y efectivo a una entidad que le impida participar en la licitación en cuestión. (...)

No se acredita, en el presente recurso, la existencia de un obstáculo real y efectivo que, en los pliegos, impida al recurrente concurrir a la licitación, más allá de una genérica invocación a la vulneración de los principios de igualdad de trato y de no discriminación: tal impugnación no se corresponde con el fondo de sus pretensiones, en las que no se justifica que la configuración de los lotes o las características y prescripciones técnicas denunciadas, le hayan impedido concurrir a la licitación.



En definitiva, del análisis de las pretensiones contenidas en el recurso, se considera que no existe una vinculación o interés directo del recurrente con el acto impugnado por lo que se niega la legitimación para recurrir en el sentido del artículo 48.

Cuarto. Ahora bien, dada la íntima relación, en el presente caso, de la legitimación con el fondo del asunto, se procede a analizar el mismo, por un principio de economía procesal y de buena administración.

El recurso impugna, en primer lugar, el fraccionamiento en lotes del objeto de la licitación.

El apartado B del Anexo I del PCAP se refiere a la división en Lotes, disponiendo que los mismos se definen conforme a la naturaleza o el objeto del contrato. En el Pliego de Prescripciones Técnicas se precisa el precio por determinación de cada una de las partidas, así como el presupuesto total anual de las mismas.

En efecto, distingue el Pliego los dos lotes siguientes:

- Lote 1: Técnicas.

Lote 1. – Técnicas		
Nº Orden	Determinación Genérica	Determinaciones totales año
1	Tinción automática hematoxilina / eosina.	55.000
2	Técnicas de Inmunohistoquímica (IHQ).	14.000
3	Técnicas IHQ utilizando anticuerpos dianas terapéuticas y/o farmacodiagnóstico (HER2, CKIT, ALK, P16, PDL1, ROS1).	800
4	Técnicas ISH para detección de Epstein Barr, y HPV.	100
5	Técnicas ISH para detección de Her-2/cromosoma 17.	150
6	Inmunofluorescencia.	600
7	Técnicas Histoquímica	3.000
8	Determinación HPV por PCR.	1000
9	Determinación molecular de Biomarcadores. Mutaciones puntuales en tejidos parafinados para KRAS. NRAS, EGFR y BRAF.	300

- Lote 2: citologías líquidas.



Lote 2. – Citologías Líquidas		
Nº Orden	Determinación Genérica	Determinaciones totales año
1	Citologías Líquidas	10.000

El recurrente considera que los 9 números de orden que corresponden al Lote 1 no tienen ninguna relación entre sí: *“El Pliego de Prescripciones Técnicas del que es objeto de este recurso, en el Lote 1 se han incluido tanto técnicas de tinciones, técnicas fluorescentes, técnicas de hibridación de ácidos nucleicos y técnicas de detección de ácidos nucleicos mediante reacción en cadena de la polimerasa, cuyo equipamiento asociado y fundamentos técnicos no tienen nada que ver entre ellos, y sin embargo sorprendentemente se separa en un segundo lote (lote2) una técnica que tiene la misma relación técnica (prácticamente ninguna) que las anteriores entre ellas.”*

Por lo anterior, se concluye en el recurso, que la agrupación en el Lote 1 no se basa en:

“- Criterios técnicos basados en la metodología empleada: Se mezclan técnicas de tinción basadas en el empleo de colorantes, con técnicas inmunohistoquímicas basadas en la reacción antígeno-anticuerpo, con técnicas de detección de ácidos nucleicos basadas en la hibridación in situ y técnicas de detección de ácidos nucleicos basadas en la amplificación mediante PCR.

- Criterios basados en la detección de grupos de macromoléculas: Se mezcla la detección de proteínas y ácidos nucleicos de células humanas con la detección por ejemplo del virus del papiloma humano empleando amplificación de ácidos nucleicos, la cual es realizada en muchos centros en un laboratorio de microbiología.

- Criterios basados en el equipamiento empleado para la realización de las técnicas: Hasta cinco equipos distintos tendrían que ser empleados para la realización de las diferentes técnicas, por lo que la agrupación por este criterio quedaría descartada.

- Criterios Económicos: Solo hay que ver los pliegos del concurso para comprobar que dentro del lote cada número de orden tiene un precio distinto, por lo que la aplicación de economías de escala queda descartada.”



Sobre esta alegación el órgano de contratación, en el informe emitido, indica que la concreta división de los Lotes que se recoge en el PPT obedece a los requerimientos derivados de la propia organización del Servicio de Anatomía Patológica del Hospital General Universitario de Castellón, añadiendo que *“si tenemos en cuenta la ajustada plantilla de técnicos de anatomía patológica resulta absolutamente necesario para el correcto funcionamiento del servicio la división de dos áreas de trabajo: Biopsia y Citologías, con ello se consigue una mayor optimización de los recursos humanos de esta categoría. A mayor abundamiento, hay que hacer hincapié en el reducido espacio físico con el que cuenta el servicio y la división contemplada en el PPT favorece su funcionamiento.”*

Asimismo, argumenta el órgano de contratación, que las técnicas moleculares, aplicables tanto a Citología como a Biopsias, se están desarrollando con la colaboración de otros servicios implicados (microbiología y análisis clínicos) por lo que se ha consensuado los requerimientos técnicos que mejor se adecuaban a las necesidades de estos servicios.

En relación al Lote 1, se especifica lo siguiente: *“En la inclusión en el Lote 1 de un sistema de Patología Digital formado por un escáner y un software de gestión de imágenes, queremos señalar que, si bien es cierto que no utiliza ningún reactivo, las imágenes se obtienen de las laminillas teñidas con los reactivos para los que se está solicitando el concurso, y es un equipo que debe estar integrado también en la cadena de trabajo, incluyendo la trazabilidad de las muestras. Entendemos que de esta manera se pretende dar mayor calidad al expediente objeto de licitación, y por eso se incorpora como una ampliación de las condiciones generales. Por el mismo motivo, se está solicitando también un sistema de trazabilidad, que tampoco utiliza ningún reactivo de los que figuran en el concurso, pero que forma igualmente parte de la cadena de trabajo y da mayor calidad al sistema ofertado.”*

Y en cuanto al Lote 2, se expone que está *“pensado especialmente para el procesado y tinción de Citología en medio líquido, pero que tiene en cuenta las necesidades actuales de incorporar sistemas de interpretación de imagen, con Patología Digital adaptada a Citología y sistemas de automatización o semiautomatización del diagnóstico. También a este Lote puede presentarse una empresa o una UTE, ofertando de forma conjunta el lote completo siempre que se cumplan los requisitos solicitados. (...)”*



En definitiva, el órgano de contratación considera que la división de Lotes contempladas en el PPT es idónea para conseguir los fines objeto de la licitación en el contexto y circunstancias descritas.

Para resolver esta cuestión debemos referirnos a la doctrina de este Tribunal relativa a la formación de los lotes, considerando que forma parte del ámbito de discrecionalidad del órgano de contratación, de acuerdo con las necesidades a satisfacer. Así en la Resolución nº 149/2019 se indica:

“Conviene comenzar recordando que este Tribunal ha manifestado en diversas ocasiones (por todas, Resolución 1201/2018) que ha de respetarse, en principio, la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se cubran, desestimando así las pretensiones destinadas a que se elaborasen los lotes del modo sugerido por el recurrente en cada caso”.

La citada Resolución 1201/2018, de forma clara, se refiere a la discrecionalidad técnica en este aspecto señalando:

“No obstante, el órgano de contratación goza de discrecionalidad técnica a la hora de aplicar el criterio que mejor se ajuste a sus necesidades en orden a la división del contrato en lotes.

En este sentido, en la Resolución 756/2014, de 15 de octubre, se precisa que «lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él».

En definitiva, corresponde al órgano de contratación decidir la contratación y el modo en que se dividen los lotes, aplicando los criterios que mejor se ajusten a las necesidades que



persigue, sin que pueda prevalecer en una impugnación el criterio subjetivo de los licitadores. No obstante, esta discrecionalidad no puede implicar arbitrariedad alguna, por lo que debe estar justificada la división en lotes. A juicio de este Tribunal, y como ya se ha venido anticipando a lo largo del presente fundamento, la división en lotes y el criterio empleado por el órgano de contratación se ajustan plenamente a los principios rectores de la contratación en el sector público, por lo que no se aprecia arbitrariedad ni error manifiesto en su configuración, de tal suerte que el motivo invocado debe rechazarse. La justificación ofrecida por el órgano de contratación aparece en el expediente con suma claridad, por lo que la doctrina de los Tribunales de contratación invocada por la recurrente no puede aplicarse al presente caso, al referirse a supuestos en los que el órgano de contratación no había si quiera justificado en el expediente la división en lotes. (...)

En el mismo sentido que en las citadas resoluciones, en el presente caso, no se aprecia arbitrariedad ni error manifiesto en la configuración de los lotes. La alegación del recurrente en la que critica que la agrupación en el lote 1 no se basa en los criterios que considera, a su juicio, más idóneos (metodología empleada, detección de grupos de macromoléculas, equipamiento, económicos), no implica que los criterios utilizados sean arbitrarios o irrazonables, habiéndose justificado su utilización de forma suficiente, y coherente con la necesidad del contrato.

Recordemos que la pretensión del recurrente no puede sustituir la voluntad de la administración en cuanto a la configuración de los fines y el objeto del contrato.

Por otro lado, impugna el recurrente la infracción en las reglas para la elaboración de los Pliegos de Prescripciones Técnicas en un doble sentido: en primer lugar, se refiere al Número de Orden 5 del Lote 1 Técnicas ISH para detección de Her-2/cromosoma 17, en el que se exige *“un Sistema de detección indirecto uno cromogénico y otro basado en plata, diseñado para identificación in situ, científicamente y que la técnica esté totalmente auto matizada”*.

Sobre esta prescripción indica que *“Sorprende la exclusión de las determinaciones con kits fluorescentes, (que por cierto son el gold estándar mundial), ya que en la actualidad la mayor parte de estas determinaciones de esta Técnica ISH realizadas en la Comunidad Valenciana están siendo realizados con estos kits fluorescentes. No se entiende esta exclusión sino por motivo de favorecer, al igual que en el fraccionamiento en lotes, a una empresa frente a las demás que operan en el mercado, en flagrante violación del artículo 125.1 de la LCSP. Esta*



empresa es la única que emplea este tipo de kits con plata por lo que sería la única que se podría presentar.”

En segundo lugar, impugna el recurrente la exigencia al licitador de ceder tres equipos teñidores: considera en este punto que *“el Pliego deja muy claro que ese número de equipos va en consonancia con la capacidad de carga de los equipos, que coinciden con la capacidad de carga de uno de los posibles licitadores. Las demás empresas no podrían licitar el número de equipos necesarios para cubrir la carga de trabajo determinada del laboratorio sin especificar el número de estos. (...) La redacción de esta cláusula beneficia de este modo a uno de los posibles licitadores, fijando el número de los Teñidores en función de la capacidad de carga de sus propios instrumentos.”*

El órgano de contratación se muestra en desacuerdo con ambas alegaciones:

- En el primer caso, indica que se contempla el uso de sondas fluorescentes de ISH porque carecen de Microscopia de Fluorescencia con fon filtros diferentes al verde-FITC, carecen de experiencia en la interpretación de FISH automatizados y carecen de personal especializado para poder llevar a cabo estas funciones: *“por ello contemplamos solo el manejo de sondas de plata o de cromógeno, que en nuestra experiencia son de fácil interpretación con microscopía óptica convencional, y con las que estamos obteniendo unos resultados magníficos en los controles de calidad externos que pasamos periódicamente.”*
- En el segundo caso, se justifica la exigencia de las tres máquinas de Inmunohistoquímica, en el hecho de que el número de reactivos utilizados de forma simultánea condicione la carga continua: *“en nuestras manos, las técnicas de inmunos están optimizadas para tres protocolos de trabajo con el número de reactivos necesarios para cargar con tres aparatos independientes, utilizando dobles marcajes, marcajes sencillos o ISH con una o dos sondas”*. Añade la existencia en el mercado de empresas que podrían concursar para poder cubrir todos los requerimientos solicitados.



La controversia suscitada debe resolverse partiendo de las exigencias normativas que se contienen en la LCSP relativas al pliego de prescripciones técnicas. El artículo 126 establece:

“1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.

2. Las prescripciones técnicas podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, según la definición establecida en el artículo 148, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este.

(...)

5. Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho de la Unión Europea, las prescripciones técnicas se formularán de una de las siguientes maneras:

a) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales, siempre que los parámetros sean lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo;

b) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a evaluaciones técnicas europeas, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en defecto de todos los anteriores, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros; acompañando cada referencia de la mención «o equivalente»;



c) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales según lo mencionado en la letra a), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con estos requisitos de rendimiento o exigencias funcionales, a las especificaciones contempladas en la letra b);

d) Haciendo referencia a especificaciones técnicas mencionadas en la letra b) para determinadas características, y mediante referencia al rendimiento o exigencias funcionales mencionados en la letra a) para otras características.

6. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal 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 del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente».

Tales apartados, especialmente este último, son, prácticamente, una reproducción literal de los apartados 2 y 4 del artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2014/18/CE. La pretensión de dichos apartados, como pone de relieve la STS de 9 de febrero de 2005 es *“garantizar la apertura de la contratación mediante la libre competencia que afianza el principio de igualdad de oportunidades”*

De acuerdo con el informe aportado por el órgano de contratación, se entiende que las características técnicas impugnadas cumplen con lo dispuesto en el apartado 2 del citado artículo 126, al referirse a *“un método específico de prestación del suministro”*, lo cual puede establecerse incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material del suministro, siempre que esté vinculado al objeto del contrato, que en este caso es precisamente, el suministro para la realización de las técnicas de (entre otros) hibridación y situ (ISH) e Inmunofluorescencia (IF), así como anticuerpos fluoresceinados para inmunofluorescencia, y para histoquímica.

Las características exigidas respecto de las técnicas ISH forman parte del ámbito de discrecionalidad del que dispone la administración para la elaboración del PPT y la definición



de las características técnicas de los suministros que pretende contratar. El hecho de que al recurrente le “sorprenda” que se hayan excluido los kits fluorescentes, no implica que se haya vulnerado del principio de libre concurrencia ni pone de manifiesto, por sí solo, un favorecimiento a determinados licitadores. La explicación que ofrece el órgano de contratación, relativa a la necesidad del manejo de sondas de plata o de cromógeno, se considera razonable y adecuada a las necesidades del órgano de contratación.

La misma conclusión debe establecerse respecto de la exigencia de cesión de tres equipos teñidores, siendo libre el órgano de contratación para considerar existe una necesidad de tres aparatos independientes, al entender que el número de reactivos utilizados de forma simultánea condiciona la carga continua.

En este sentido, ha señalado en múltiples ocasiones el Tribunal (entre otras, Resolución nº 941/2018), que no le corresponde una función revisora de los pliegos desde un punto de vista técnico. En concreto, en la Resolución 225/2011, estableció que *“Vistas las posturas de las partes y reproducidas las cláusulas del PPT impugnadas, con carácter previo procede indicar que la Administración contratante, en este caso SEPE, dispone de discrecionalidad en relación con la elaboración del contenido de los pliegos, si bien la misma está sujeta a ciertos límites, sobradamente reiterados por la jurisprudencia, como son que en el ejercicio de dicha potestad discrecional no se vulnere el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración, entre los que interesa destacar aquí, los de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación, recogidos en los artículos 1 y 123 LCSP.”*

La Resolución 33/2018, de 12 de enero señala con cita a anteriores resoluciones de este Tribunal que *“en la Resolución 418/2015, de 8 de mayo, citada por la Asociación recurrente, este Tribunal recordaba, con cita de la Resolución 548/2014, que “debe partirse de la existencia de un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación a la hora de definir los requisitos técnicos que han de exigirse. Cabe citar en este sentido el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009:*

“La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad.”



En definitiva, el órgano de contratación es libre a la hora de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación

El límite de este ámbito de discrecionalidad se encuentra en las referencias a fabricaciones, procedencias, procedimientos o incluso marcas determinadas, que pudieran favorecer o descartar a ciertos empresarios, en los términos del artículo 126.5. En tales casos, la ley exige que conste la suficiente justificación en relación al objeto del contrato, permitiendo la referencia con carácter excepcional siempre que figure la expresión “y *equivalente*”.

En el presente caso, pese a las manifestaciones del recurrente, no existe ninguna razón para considerar que la referencia a las características técnicas exigida por el órgano de contratación solo pueda ser satisfecha por un licitador, o que las mismas supongan una forma de favorecer a determinadas producciones o fabricaciones.

En la Resolución nº 500/2019, este Tribunal ha señalado que *“el objeto de la citada normativa contractual es, por un lado, evitar que queden injustificadamente excluidas algunas entidades licitadoras del procedimiento de adjudicación, y por otro lado, que las referencias a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, constituyan una excepción a las normas generales en relación con las prescripciones técnicas, lo que implica que debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción. En este sentido se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 17/2012, de 18 de enero, 672/2015, de 17 de julio, 620/2016, de 29 de julio, y 851/2018, de 1 de octubre. Dicho de otro modo, del citado precepto resulta que el órgano de contratación está obligado con carácter general a no incluir en las prescripciones técnicas referencias a marcas, patentes o tipos de los objetos del suministro, siendo imperativo que los defina ya en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, ya por referencia a especificaciones técnicas, o mediante la combinación de ambos métodos, en los términos fijados por el apartado 5 del artículo 126 LCSP. Esto no obstante la LCSP permite definir los bienes objeto del suministro mediante marcas, patentes o tipos en dos supuestos especiales, en primer lugar, cuando así lo justifique el objeto del contrato, en segundo, con carácter*



extraordinario, cuando no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible de los bienes en la forma ordinaria prevista en el artículo 126.5 LCSP, en cuyo caso la referencia a marca, patente o tipo ha de ir acompañada de la mención «o equivalente».

En todo caso correspondería a la empresa recurrente acreditar la existencia de las limitaciones alegadas en el acceso a la licitación, dando lugar a una indebida restricción de la concurrencia, por tratarse, como afirma, de especificaciones técnicas que solamente pueden ser cumplidas por un licitador determinado, circunstancia que no se ha acreditado en el presente caso.

Así, manifiesta el Tribunal en la Resolución nº492/2019, de 9 de mayo:

“No basta a estos efectos con una mera coincidencia en cuanto a la descripción realizada con el previsto en las fichas de producto de un fabricante o distribuidor concreto. Ello simplemente pondría de manifiesto, como se ha dicho, una mera coincidencia, nada más. Para que tal coincidencia pueda ser relevante a efectos de considerarlo como una limitación o traba en el acceso a la licitación es preciso que el recurrente acredite que efectivamente tales especificaciones técnicas previstas en el pliego solamente pueden ser cumplidas por un licitador, con exclusión de todos los demás. En este caso, la recurrente habría de acreditar que el mobiliario requerido sólo puede ser fabricado por un licitador concreto y determinado. Así ha sido declarado por este Tribunal en otras ocasiones (vid. Entre otras, Resolución 823/2017).”

Entiende este Tribunal que por el órgano de contratación se han justificado de forma suficiente las razones que llevan a requerir en los pliegos las exigencias técnicas relativas a las técnicas ISH para la detección de HER 2/cromosoma 17, así como la cesión de tres equipos teñidores, por lo que, también en este punto, las alegaciones del recurrente deberían ser íntegramente desestimadas, no habiéndose conculcado los principios de igualdad de los licitadores y no discriminación.

Por tanto, aun en el caso de que procediera entrar a resolver el fondo del asunto, la pretensión del recurrente debería desestimarse, considerando improcedentes todas las alegaciones efectuadas.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por Alfonso Lobillo Recio en representación de AGILENT TECHNOLOGIES SPAIN, SL contra los pliegos del procedimiento “*Suministro técnicas HE; IHQ y anticuerpos; ISH y sondas; IF y anticuerpos fluoresceinados; histoquímica; técnicas moleculares y Citología líquida en Anatomía Patológica HGUCS. Expediente: PA 256/2019*” convocado por el Hospital General Universitario de Castellón. de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50 de 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.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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 sanción 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 las Islas Baleares, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.