



Recurso nº 332/2017 C.A. Galicia 41/2017

Resolución nº 485/2017

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

En Madrid, a 01 de junio de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D^a. T.G.O. en representación de MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A., en adelante MENARINI, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Hojas de Especificaciones que han de regir la licitación del *“Contrato de suministro sucesivo del material necesario para la realización de test de análisis de sangre oculta en heces TSOH (programa gallego de detección precoz del cáncer colorrectal)”*, expediente MS-CON1-17-005, así como contra el propio anuncio de convocatoria, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 17 de marzo de 2017, en el Boletín Oficial del Estado de 28 de marzo de 2017 y en el Diario Oficial de Galicia de 7 de abril de 2017, la Dirección General de Recursos Económicos del Servicio Gallego de Salud, Consejería de Sanidad de la Xunta de Galicia, convocó licitación pública, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, para la contratación del suministro sucesivo del material necesario para la realización de test de análisis de sangre oculta en heces TSOH (programa gallego de detección precoz del cáncer colorrectal), expediente MS-CON1-17-005. El valor estimado se fijó en 1.632.262,50 €.

Segundo. El Pliego que rige la licitación es un modelo tipo, complementándose con las Hojas de Especificaciones anexadas al Pliego para fijar las cláusulas particulares que rigen la licitación. En el apartado 11.1 de dichas Hojas se relacionan los criterios de adjudicación del contrato no valorables de forma automática, en el que se incluyen los siguientes:

“Evidencia científica de validez del test como prueba de cribado

0-25



<i>Características del colector de recogida de la muestra y de la bolsa</i>	0-5
<i>Degradación de la hemoglobina de la muestra</i>	0-4
<i>Mejoras en la oferta</i>	0-4
<i>Participación en programas de control de calidad externa</i>	0-2".

Tercero. MENARINI interpone el presente recurso especial en materia de contratación por considerar no ajustado a Derecho al primero de los criterios citados, relativo a la "*Evidencia científica de la validez del test como prueba de cribado*", que califica de desproporcionado y susceptible de vulnerar los principios de no discriminación y libre concurrencia. Argumenta que el citado criterio no está vinculado directamente al objeto del contrato y, por el contrario, perjudica a todos los operadores económicos que presenten soluciones de nueva comercialización que no aporten la bibliografía indicada. Asimismo considera que el criterio contiene una banda muy amplia de valoración (de 0 a 25 puntos) sin que se determine cómo va a ser valorado este criterio, con incumplimiento de lo previsto en los artículos 150.4, 139 y 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante TRLCSP. Como segundo motivo de impugnación, alega que el anuncio de convocatoria publicado en el DOUE adolece de una deficiente determinación de los criterios de adjudicación y de las condiciones de capacidad y solvencia, por hacer una remisión al Pliego sin contener las especificaciones concretas, lo que es constitutivo de nulidad.

Cuarto. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó informe en el que solicita la desestimación del recurso. Considera que un requisito esencial para el establecimiento de un programa de cribado poblacional es el adecuado balance beneficio/riesgo en su aplicación y dicho balance está directamente relacionado con la calidad de la prueba realizada, siendo la validez del test un factor que influye directamente en esta calidad. Por ello, la valoración del porcentaje de positividad, tasa de detección y valor predictivo positivo son determinantes del éxito del programa de cribado, de ahí que la bibliografía, en la medida en que informa de la calidad y validez del test, sea un criterio válido de adjudicación, vinculado al objeto del contrato y que directamente repercute en un mejor cumplimiento de su prestación. Por lo demás, señala que el anuncio de convocatoria se publicó con todos los criterios de adjudicación incluidos en el BOE y Diario Oficial de



Galicia (DOG), no así en el DOUE debido a que el formato de relleno telemático solo permite la inclusión de diez criterios de valoración, siendo así que en el caso del presente contrato los criterios son once, de ahí que se marcara como opción sobre los criterios de adjudicación el referido a la oferta económicamente más ventajosa con remisión a los criterios que figuran en el Pliego. Por todo ello solicita la íntegra desestimación del recurso.

Quinto. Por Resolución de la Secretaria del Tribunal de 20 de abril de 2017, en ejercicio de competencias delegadas, se adoptó la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 47.4 del mismo cuerpo legal, será esta Resolución la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso, que debe calificarse como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 y 3 del TRLCSP, en el artículo 22.1.1º 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 (RPERMC) y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Galicia, publicado en el BOE de 25 de noviembre de 2013.

Segundo. En lo que se refiere a la legitimación para recurrir, el artículo 42 del TRLCSP establece que: *“Podrá interponer recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*. Habiendo interpuesto el recurso la empresa cuyo objeto social está directamente vinculado con la prestación objeto del contrato de suministro a que se refiere el Pliego y anuncio impugnados, su interés y legitimación es indiscutible.

Tercero. El recurso se interpone contra el Pliego de Condiciones y Hojas de Especificaciones que han de regir la licitación, así como el anuncio de convocatoria.



Dispone el apartado 2 del citado artículo 40 del TRLCSP lo siguiente: *“Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos: a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación. b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores. c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores”*. Por tanto, el recurso se interpone de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 a) frente a dos actos susceptibles de dicho recurso. Por lo demás, el contrato de suministros objeto del anuncio y Pliego impugnados está incluido entre los contratos a que se refiere el mismo artículo 40, apartado 1, letra a) del TRLCSP como susceptibles de recurso especial.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido al efecto en el artículo 44 del TRLCSP, habiéndose cumplido el resto de formalidades exigidas para la válida interposición del recurso.

Quinto. Tal y como ha señalado este Tribunal en distintas resoluciones, los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos queden fijados con el necesario nivel de concreción en los Pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la Mesa de contratación.

Así, en la Resolución nº 301/2011, de 7 de diciembre de 2011, se ponía ya de manifiesto que la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues como recuerda la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, 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.



A este respecto, dispone el artículo 150.1 del TRLCSP que: *“Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, ...”*; señalando el apartado 2 de este mismo precepto que: *“Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo”*.

Sexto. Tal y como ha quedado expuesto en el hecho tercero de esta Resolución, MENARINI impugna, en primer lugar, el Pliego de Cláusulas Administrativas y Hojas de Especificaciones que han de regir la licitación, por considerar no ajustado a Derecho el criterio de adjudicación (no valorable de forma automática) que se contiene en el apartado 11.1 de las Hojas de Especificaciones con el siguiente tenor literal: *“Evidencia científica de la validez del test como prueba de cribado: 0-25 puntos”. Tasa de positividad del test, tasa de detección de cáncer colorrectal y de adenomas de alto riesgo y valor predictivo positivo. Los licitadores aportarán bibliografía de artículos científicos publicados en revistas indexadas referente a programas nacionales o europeos*”. Considera MENARINI que el citado criterio no está vinculado directamente al objeto del contrato y, por el contrario, perjudica a todos los operadores económicos que presenten soluciones de nueva comercialización que no aporten la bibliografía indicada. Asimismo argumenta que el criterio contiene una banda muy amplia de valoración (de 0 a 25 puntos) sin que se determine cómo va a ser valorado este criterio, con incumplimiento de lo previsto en los artículos 150.4, 139 y 1 del TRLCSP.

Por el contrario el órgano de contratación sostiene que la valoración del porcentaje de positividad del test, tasa de detección y valor predictivo positivo son determinantes del éxito del programa de cribado, de ahí que la bibliografía, en la medida en que informa de la calidad y validez del test, sea un criterio válido de adjudicación, vinculado al objeto del contrato y que directamente repercute en un mejor cumplimiento de su prestación.

Expuestas las posturas de las partes, debe advertirse en primer lugar que, aunque MENARINI afirma en su recurso que el referido criterio de adjudicación no está vinculado con el objeto del contrato, no expone cuales son las razones de esa “no vinculación”, porque parece obvio que en la adquisición del material necesario para la realización de test de



análisis de sangre oculta en heces, la evidencia científica de la validez del test como prueba de cribado sí está relacionada con el objeto del contrato.

Lo que realmente viene a contestar el recurrente no es la vinculación de la evidencia científica con el objeto del contrato, sino el hecho de incluir como valorable la existencia de una bibliografía sobre el valor predictivo del test, publicada en revistas nacionales y europeas, que considera discrimina en contra de los productos novedosos.

Afirma el recurrente que “para poder tener una publicación (estudio científico) con screening poblacional, es necesario tener los resultados de los pacientes de dos o tres años ya que, en primer lugar, se ha de saber el resultado de la prueba de FIT y, posteriormente, conocer los resultados de una colonoscopia y realizar un seguimiento del paciente durante un determinado periodo de tiempo. Al no resultar adjudicatarios, deviene imposible trabajar con población real y, por tanto, nunca se lograría tener esos estudios”.

En este aspecto, el Tribunal coincide con el órgano de contratación en que es fundamental en un contrato como el presente, la calidad de la prueba a utilizar. La validez del test es un elemento clave para garantizar la efectividad y rendimiento adecuados del programa de salud. Cualquier variación al alza en el porcentaje de pruebas positivas, al aplicarse a un gran número de personas, significa un aumento significativo de consultas de Atención Primaria y de colonoscopias, lo que conlleva costes considerables, además del aumento del riesgo para la salud de los pacientes. Por ello, la comparación de los resultados obtenidos en otros programas reflejados en la literatura científica, es una vía de valoración y comparación entre los diferentes test que puedan ser ofertados.

Afirma el órgano de contratación que la empresa recurrente lleva muchos años en el mercado internacional, europeo y nacional ofertando un test de sangre oculta en heces, por lo que ha tenido las mismas opciones que sus competidores para contar con bibliografía sobre la validez de su test.

En cuanto a la excesiva valoración del criterio (un 25 %), y la falta de concreción de la puntuación aplicable a los diferentes aspectos relacionados en dicho criterio que alega el recurrente, el órgano de contratación considera que es necesario valorar de forma conjunta los parámetros indicados (tasa de positividad, tasa de detección y valor predictivo positivo),



así como el tipo de población en el que se haya aplicado el test de cribado: población de alto riesgo personal o familiar, personas sintomáticas, diferente incidencia del cáncer en diferentes países, grupo de edad de la población, y tamaño poblacional.

No existe una tasa de positividad que otorgue una máxima puntuación ni límite para recibir puntuación en cuanto a tasa de positividad. Una alta tasa de positivos conllevará un aumento del número de colonoscopias a realizar, pero si el valor predictivo positivo es elevado, nos llevará a una alta tasa de detección de lesiones significativas que es el objetivo del programa. Una alta tasa de positivos con un valor predictivo positivo bajo, supone un aumento del número de pruebas invasivas y por lo tanto de riesgos para el paciente, una alta tasa de falsos positivos y un incremento de costes para la administración no justificable por los beneficios obtenidos en salud de la población.

Por el contrario una baja tasa de positivos reducirá el número de colonoscopias a realizar pero dependiendo del valor predictivo alcanzado por el test supondrá un buen resultado (pocos falsos positivos y adecuadas tasas de detección si el valor predictivo es alto) o por el contrario un mal resultado dentro del programa ya que podrían dejarse lesiones significativas sin detectar. Este hecho no supone un aumento del coste inmediato ni del riesgo relacionado con el aumento de colonoscopias, pero supondrá la aparición de cánceres de peor pronóstico y con mayores costes de tratamiento en un futuro.

Esta explicación parece razonable.

Por lo tanto, no se considera que el criterio de adjudicación cuestionado vulnere el artículo 150 de la Ley de Contratos del Sector Público. Está relacionado con el objeto del contrato, no otorga una puntuación excesiva, teniendo en cuenta que está relacionado con la calidad de la prestación, y no se estima que requiera un mayor grado de detalle, toda vez que es procedente la valoración conjunta de las distintas tasas, procediendo la desestimación del recurso por esta causa.

Séptimo. En cuanto al segundo motivo de recurso, se alega que el anuncio en el DOUE adolece de una deficiente determinación de los criterios de adjudicación, y de las condiciones de capacidad y solvencia.



Al respecto debemos recordar que el principio de transparencia conlleva que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones de tal forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata.

Pues bien, del contenido de los anuncios, especialmente del contenido del anuncio en el DOUE, se deduce que se ha cumplido el deber establecido en el artículo 62.2 del TRLCSP cuando establece que *“Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”*.

En efecto, del precepto anteriormente transcrito se deduce que los pliegos deben detallar los requisitos mínimos de solvencia exigibles en la licitación y los medios para su acreditación, mientras que el anuncio solo deberá contener una indicación de los mismos, siendo suficiente a estos efectos, la mera remisión en el anuncio, a los Pliegos publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público y a los que los licitadores pueden acceder por vía electrónica.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso en esta concreta alegación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D^a. T.G.O. en representación de MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Hojas de Especificaciones que han de regir la licitación del *“Contrato de suministro sucesivo del*



material necesario para la realización de test de análisis de sangre oculta en heces TSOH (programa gallego de detección precoz del cáncer colorrectal)”.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal.

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 47.5 del TRLCSP.

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 Galicia, 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.