



Recurso nº 1307/2017 C.A. Principado de Asturias 75/2017

Resolución nº 149/2018

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

En Madrid a 16 de febrero de 2018

VISTO el recurso interpuesto por D. J.P.F.M., en nombre y representación de HOLOGIC IBERIA, S.L., contra el acuerdo del Gerente del Área Sanitaria IV por delegación del Director de la Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA) de 29 de noviembre de 2017 de adjudicación del *“Acuerdo Marco con un único adjudicatario para el suministro de productos y equipos para citología líquida”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 1 de agosto de 2017, el Gerente del Área Sanitaria IV del SESPA aprueba el pliego de prescripciones técnicas y el pliego de cláusulas administrativas particulares que han de regir el expediente de contratación *“Acuerdo Marco con un único adjudicatario para el suministro de productos y equipos para citología líquida”*.

Segundo. La licitación fue publicada en el DOUE (15 de septiembre de 2017) y en el BOE (19 de septiembre de 2017).

Tercero. Presentaron oferta dos empresas. Tras la tramitación del procedimiento y a propuesta de la mesa contratación se dicta resolución de adjudicación el 29 de noviembre de 2017, en favor de BECTON DICKINSON, S.A.



Cuarto. Disconforme HOLOGIC IBERIA, S.L., con el contenido de esta resolución anuncia contra la misma recurso especial en materia de contratación, que interpone posteriormente. El órgano de contratación ha formulado informe solicitando la desestimación del recurso.

Quinto. En fecha 11 de enero de 2018 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho. BECTON DICKINSON, S.A. ha presentado escrito de alegaciones en el mismo sentido.

Sexto. Con fecha 19 de enero de 2018 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio de Colaboración suscrito el 3 de octubre de 2013, entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 28 de octubre de 2013, por Resolución de 4 de octubre de 2013, de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Tercero. Con respecto al requisito de legitimación, es claro que el recurrente lo cumple, al impugnar el acto de adjudicación de contrato, en el que su oferta quedó clasificada en segundo lugar.



Cuarto. El recurrente comienza denunciando la vulneración de los derechos de acceso a la información pública y transparencia en el seno del procedimiento de contratación. Dice que solicitó acceso a la documentación presentada por BECTON DICKINSON, S.A. y que se le denegó prácticamente de forma total al haber declarado como confidencial el ahora adjudicatario toda la documentación presentada excepto los manuales de usuario, la encuesta técnica, el documento de declaraciones de conformidad y las aprobaciones de la FDA, por lo que no ha podido conocer la documentación que respalde los datos aportados y que han motivado la puntuación otorgada a la adjudicataria.

En apoyo de su reclamación cita el artículo 53.1 de la Ley 39/2015 que otorga el derecho a los interesados a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los procedimientos en los que intervengan y los artículos 12 y 13 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Asimismo, invoca el artículo 139 del TRLCSP que establece que los órganos de contratación ajustarán su actuación al principio de transparencia y el 46.5 del mismo texto legal que dispone que corresponde al órgano que ha de resolver el recurso decidir sobre cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento. Por último, invoca el artículo 16 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que autoriza al recurrente a alegar la falta de acceso al expediente en el recurso especial en materia contractual. Concluye este punto solicitando que se le dé acceso a toda la documentación presentada por la adjudicataria y se le otorgue plazo para complementar el presente recurso.

En segundo lugar, considera la recurrente que su oferta y la de la adjudicataria han sido valoradas incorrectamente. Discrepa de varios criterios. El primero es el recogido en el pliego como “Velocidad de carga y procesamiento” que recibe un máximo de 15 puntos (10 otorgados a la mayor velocidad de carga y procesamiento y 5 para la oferta que presente un sistema que procese como mínimo 300 muestras diarias en 8 horas). Los licitadores tenían que rellenar una Encuesta Técnica en la que se contempla, además de



los extremos indicados un apartado denominado “capacidad de carga del equipamiento ofertado (indicar nº de muestras)”.

Señala que la capacidad de carga de la solución ofertada por HOLOGIC IBERIA, S.L. es de 160 muestras, mientras que la presentada por BECTON DICKINSON, S.A. es de 96. La puntuación se ha otorgado atendiendo exclusivamente al tiempo de carga y procesamiento, sin tener en cuenta el apartado de capacidad de carga. En consecuencia, o bien existe una contradicción o error en el pliego al incluir un subcriterio de valoración no deseado por el órgano de contratación, lo que determina su nulidad de pleno derecho, o bien, se ha valorado mal por el órgano de contratación, debiendo en este caso acordarse la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior al defecto producido para que se subsane.

El segundo criterio de cuya valoración discrepa es el relativo al “Tratamiento preanalítico” que recibía en el pliego una puntuación de 5 puntos en caso de que el sistema presentado no requiera de ninguna muestra de tratamiento especial preanalítico o repetición del proceso o 0 puntos en caso contrario. La adjudicataria recibió 5 puntos, lo que no procedía ya que el equipo ofertado necesita un proceso previo e imprescindible a la fase analítica, lo que se desprende del título del apartado 4 del referido equipo y manual de usuario donde es denominado como “preprocesado”.

El tercer criterio discutido es el referido al “Sistema de lectura” que otorga un máximo de 10 puntos cuando el sistema permite lectura microscópica en una monocapa en la menor superficie posible, sin perder eficacia en la representatividad, 5 puntos cuando el sistema produzca una monocapa representativa, pero de mayor superficie y 0 cuando el sistema produzca una monocapa menos representativa. La recurrente presentó un estudio comparativo en la memoria técnica del que resulta que el sistema presentado por BECTON DICKINSON, S.A. necesita un mínimo de 15.000 células para conseguir una representatividad similar a la de la solución de HOLOGIC IBERIA, S.L. con 5.000 células. De forma que el equipo de la recurrente, si bien presentando la menor superficie, produce una monocapa menos representativa teniendo que obtener 0 puntos en aplicación del



pliego de cláusulas administrativas y la recurrente que presenta una solución de menor superficie sin pérdida de representatividad debió obtener 10.

La cuarta valoración de la que discrepa la recurrente es la referida al criterio “Preservación de las muestras en etapa post analítica” que permitía obtener 3 puntos si se presentaba certificado de laboratorio externo de que la calidad del material restante para segundas tinciones o para estudios moleculares es superior a 28 días después del estudio citológico inicial conservado a temperatura ambiente y, en caso contrario, 0 puntos. En este apartado ambas ofertas obtuvieron 3 puntos. Pero la recurrente considera que la adjudicataria mereció 0 puntos porque además de determinadas deficiencias en el sistema que presenta, el límite de almacenamiento admitido es de 4 semanas a temperatura ambiente y, por tanto, no superior a 28 días.

El quinto criterio al que se refiere el recurso es el relativo a “Resultados”. Considera la recurrente que no se pueden comparar los mismos datos de diferentes estudios, realizados en diferentes poblaciones, con tasas de enfermedad muy diferentes. BECTON DICKINSON, S.A. ha aportado una publicación con un único dato y con un número de casos incluidos no significativo respecto de los estudios aportados por HOLOGIC IBERIA, S.L. Por otra parte, ambos presentan como datos unos porcentajes de reducción de la tasa de Insatisfactorios y de la tasa de reducción de diagnóstico de ASCUS Y AGUS porque no existen estudios que acrediten o demuestren lo exigido por el órgano de contratación en dos apartados: “menor tasa de resultados insatisfactorios respecto a la citología convencional” y “máxima disminución de la tasa de diagnósticos ASCUS y AGUS respecto a la citología convencional”. Señala que el órgano de contratación ante el error cometido en la configuración del criterio de valoración realiza una interpretación subjetiva, calculando un porcentaje erróneo para la puntuación de aquel. En resumen, los datos aportados por ambos licitadores son porcentajes que no son los exigidos para realizar la valoración del criterio. La nulidad del pliego en este punto vendría determinada al exigirse la presentación de una documentación o estudios científicos que no existen.

Por lo que se refiere al criterio “detección de lesiones de alto grado comparado con la citología convencional”, se basa también en la comparación de poblaciones diferentes.



HOLOGIC IBERIA, S.L. proporcionó en su oferta innumerables artículos científicos “peer reviewed” con un número de población muy elevado, mientras que BECTON DICKINSON, S.A. sólo aporta una publicación con un único dato y con un número de casos incluidos en el estudio no significativo respecto del aportado por la recurrente.

Considera que los pliegos incurren en oscuridad o ambigüedad en este punto y cabe impugnar los mismos en el momento de recurrir la adjudicación porque esta oscuridad se ha desvelado después de presentar las ofertas. Cita en apoyo de su tesis una resolución de este Tribunal.

Considera que ha sido perjudicada por una aplicación y valoración errónea y arbitraria de los criterios de adjudicación por parte del órgano de contratación. Con apoyo también en doctrina de este Tribunal defiende que con su pretensión no se entromete en la discrecionalidad técnica de aquel, sino que se ponen de manifiesto errores en las puntuaciones otorgadas. Añade que el órgano de contratación no ha atendido a los criterios de valoración fijados previamente por él mismo en los pliegos y que las valoraciones realizadas a su oferta ha supuesto un trato discriminatorio para ella.

Quinto. El órgano de contratación en su informe manifiesta, en relación con la alegada denegación de acceso a la totalidad del expediente que se dio a la recurrente el acceso a toda la documentación no señalada por la adjudicataria como confidencial. En todo caso, se ha dado acceso a la información necesaria y adecuada como se desprende de la lectura del texto del recurso presentado, pues todas las discrepancias relativas a los criterios de valoración han podido ser analizadas de forma pormenorizada por la recurrente.

Tras la presentación del recurso se solicitó de la adjudicataria que se motivara la confidencialidad de los documentos así calificados y en respuesta, BECTON DICKINSON, S.L. rectificó parcialmente lo relativo a fichas técnicas y de seguridad, pues se incluyó por error al ser información publicada en su página web.

Por lo que se refiere a la valoración de las ofertas, comienza señalando que todos los criterios discutidos son evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas. Entrando en la valoración de los criterios discutidos, en el primer de ellos se valora la mayor velocidad de carga y procesamiento de las muestras, tal y como se recoge en el apartado N.2.1 del cuadro de características y se hace mediante una operación aritmética y sin aspecto subjetivo alguno.

En relación con el “tratamiento preanalítico”, ambas empresas afirman en su encuesta que no es preciso realizar ningún tratamiento especial preanalítico. La recurrente pretende invalidar esta valoración afirmando que, de acuerdo con los manuales de la adjudicataria, es preciso realizar un tratamiento preanalítico y, por tanto debió recibir 0 puntos. Sin embargo, el criterio del servicio técnico que evaluó las ofertas no debe considerarse como tratamiento especial preanalítico la simple introducción de muestras en un equipo automatizado. Así, tampoco se ha considerado tratamiento especial preanalítico, las labores de pretratamiento con ácido acético que se precisa realizar en alguna de las muestras hemáticas y/o con excesivo moco, de HOLOGIC IBERISA, S.L.

Respuesta distinta merece el reproche realizado a la valoración del criterio “preservación de las muestras en la etapa postanalítica”, pues no hay correspondencia entre lo declarado por la adjudicataria y la documentación presentada, de forma que BECTON DICKINSON, S.L. no garantiza una duración superior a cuatro semanas y la oferta ha de calificarse en este criterio con 0 puntos y no con los 3 que recibió.

En el criterio “resultados”, el servicio que evaluó las ofertas indica que los porcentajes señalados para los tres apartados son los que declararon ambos licitadores en la encuesta técnica y la documentación bibliográfica aportada es congruente con los datos que se reflejan en sus respectivas encuestas.

El criterio “sistema de lectura” quería valorar si es citado sistema permite lectura microscópica en una monocapa en la menor superficie posible, sin perder eficacia en la representatividad. Ninguno de los licitadores hace mención al tamaño de la superficie en la encuesta, por lo que para valorar el criterio se han recogido los datos de las memorias



que se presentaron. A la muestra de menor superficie obtenida (la de la adjudicataria) se le otorgó mayor puntuación porque no lo hace a costa de perder eficacia como afirma la recurrente, sino que debido a la obtención de un “pellet” celular que concentra las células, en la original y sucesivas preparaciones no pierde representatividad.

Concluye el informe indicado que no puede interponerse recurso indirecto contra los pliegos al impugnarse la adjudicación del contrato. No existe error en los criterios que justifique una nulidad de pleno derecho de los pliegos.

Sexto. BECTON DICKINSON, S.A., en relación con el acceso a la documentación del expediente expone de manera detallada la regulación legal y jurisprudencial que conjuga el acceso a los expedientes y el respeto a la confidencialidad como medio para preservar los legítimos intereses empresariales. Sostiene que en aplicación de la misma se ha permitido el acceso a la recurrente a toda aquella documentación que ha sido facilitada al órgano de contratación, pero se ha reservado aquella información que si se pone a disposición de las empresas del sector, le restaría o quitaría competencia para futuras licitaciones, causándole un grave perjuicio.

Respecto de los criterios cuestionados, en el primero, referido a la velocidad de carga y procesamiento, indica que lo que se ha hecho es un simple cálculo para determinar el rendimiento de los equipos en un turno de trabajo de 8 horas. No existe valoración discrecional alguna.

En cuanto al criterio tratamiento preanalítico, señala que en el equipo que oferta no existe tratamiento previo de la muestra, pese a que se utiliza indebidamente el término “preprocesado”. Por el contrario, considera que sí es un tratamiento preanalítico, el tratamiento de muestras hemáticas con ácido acético presentado por la recurrente, ya que ese procesamiento no es automático ni intrínseco al fundamento de la técnica de HOLOGIC IBERISA, S.L., que en este caso es de filtración.

En relación con el criterio “Sistema de lectura” el menor diámetro posible de lectura y la no pérdida de eficacia en la representación de la muestra se produce por la obtención de



un pellet celular. Dicho proceso se consigue con un concentrado de células en el que en las diferentes preparaciones no se pierde celularidad, aportando publicaciones que así lo acreditan.

Al igual que hace el órgano de contratación considera que es errónea la adjudicación de puntos a su oferta en el criterio “preservación de las muestras en la fase postanalítica”, pues no garantiza una duración superior a las cuatro semanas. Sin embargo, la corrección de este error es irrelevante para la suerte del recurso porque la reducción de puntos que sufriría su valoración, sería insuficiente para que la de la recurrente ocupase la primera posición.

En el criterio “resultados”, rechaza la alegación de la recurrente en el sentido de que los estudios presentados no son representativos debido a la no homogeneidad de las poblaciones incluidas en estos estudios. Lo que hace la adjudicataria en su oferta es comparar en estos estudios las dos técnicas que se pedían en los pliegos, estudios soportados por una abundante bibliografía, mostrando un aumento de la detección de lesiones y una disminución de los resultados insatisfactorios. Que no sea una población homogénea, representa la diversidad de las poblaciones existentes y la diversidad de casos que pueden encontrarse en un escenario real. Reconoce la dificultad de comparar los diferentes parámetros de las publicaciones, pero considera que las conclusiones a las que llegan las bibliografías son claras y contundentes.

Al igual que el órgano de contratación, rechaza la impugnación indirecta de los pliegos que se hace en el recurso, recogiendo la doctrina de este Tribunal, del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto, pues los pliegos no contienen ni una sola cláusula que permita adjudicar el contrato de modo arbitrario.

Por último, considera que no se han sobrepasado los límites de la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas y que el órgano de contratación se ha sujetado en todo momento a lo establecido en el pliego.

Séptimo. Como ya se ha adelantado al reflejar la fundamentación del recurso interpuesto, la primera y esencial cuestión que se plantea en el mismo viene referida al reconocimiento del derecho de acceso a determinados documentos del expediente administrativo. Este Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la confidencialidad de la oferta y sobre su alcance, siendo reiterado y unánime el criterio de que dicha confidencialidad no puede ser total. Respecto del acceso a la oferta técnica que debe facilitarse por el órgano de contratación, la resolución 6/2018 dice que ni el principio de confidencialidad es absoluto, ni tampoco lo es el de publicidad.

El principio de confidencialidad es una excepción al principio de acceso al expediente que se configura como una garantía del administrado en el momento de recurrir. Como tal excepción debe hallarse justificada por la necesidad de protección de determinados intereses, correspondiendo a quien ha presentado los documentos cuyo acceso se quiere limitar la carga de declarar su confidencialidad. Así, en la Resolución 506/2014, este Tribunal señaló lo siguiente:

“El Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el alcance de la declaración de confidencialidad de las ofertas realizada por los licitadores al amparo del artículo 140 TRLCSP. De entre las resoluciones en que se recoge tal doctrina -que coincide básicamente con la que citan el recurrente y el órgano de contratación- la Resolución nº 288/2014, de 4 de abril, sintetiza la doctrina del siguiente modo:

b) Respecto a la falta de acceso de la recurrente a la oferta técnica de la adjudicataria, con base en el principio de confidencialidad.

Al principio de confidencialidad se refiere el art. 140.1 del TRLCSP al disponer que ‘sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas’.

Por su parte, el artículo 153 del TRLCSP prevé la posibilidad de que el órgano de contratación no comunique determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, ser contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas. Este artículo hace referencia a la divulgación de la información; dentro de este concepto genérico ha de entenderse incluido el acceso a los documentos que contienen la información referida, cuyo acceso se verá limitado en igual medida.

El Tribunal viene entendiendo que, en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario (por todas, Resoluciones 199/2011 y 62/2012).

(...)

Por otro lado, procede hacer referencia a la doctrina sentada por este Tribunal en cuanto al alcance y funcionalidad del trámite de vista del expediente. Así, en la Resolución 655/2017, de 21 de julio, indicábamos que: “Así, en la Resolución 131/2015 indicábamos que “debe recordarse también que, como ya advirtió este Tribunal en la resolución 852/2014 (de la que es en gran medida tributaria la exposición precedente), en tanto dicho acceso tiene un carácter meramente instrumental (vinculado a la debida motivación de la resolución como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, tal y como se ha dicho antes) y dado que la forma habitual de dar conocimiento a los interesados de la motivación del acto adjudicando el contrato es la notificación del mismo, no sería imprescindible dar vista del expediente al futuro reclamante más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar la reclamación, no obstante la motivación plasmada en la notificación.” En esta misma línea, en la Resolución 248/2015 razonábamos como sigue: “Alguno de los recurrentes también ha manifestado que el órgano de contratación no le ha permitido tener acceso al contenido completo del expediente incluso una vez efectuada la



adjudicación, ocultándose, en particular, la documentación presentada por la finalmente adjudicataria, con lo que no ha sido posible rebatir adecuadamente los argumentos de los técnicos en el recurso. Pues bien, tal derecho encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de fundamento al acto impugnado, por lo que debe ser considerado como de carácter subsidiario respecto de la obligación de notificar adecuadamente el mismo. En el caso que venimos contemplando a lo largo de esta resolución, la adjudicación, único acto impugnado por todos los recurrentes, ha sido notificado cumpliendo los requisitos del artículo 151.4 TRLCSP puesto que junto a la puntuación otorgada a cada uno de los licitadores se ha acompañado el informe de valoración, como así se deduce del propio conocimiento del mismo que ponen estos de manifiesto en sus escritos de recurso. En tales circunstancias, el órgano de contratación no está obligado a facilitar el acceso al expediente, salvo que la impugnación verse sobre aspectos no notificados.

Del precepto y doctrina transcritos, se infiere que el órgano de contratación sólo está obligado a guardar reserva, y, por lo tanto, a denegar el acceso, respecto de la información que los propios licitadores han designado como confidencial al presentar su oferta, declaración que, por lo demás, no puede extenderse a la totalidad de la misma. En el caso que nos ocupa, la adjudicataria no determinó al presentar la oferta qué documentos de los presentados eran confidenciales, sino que lo hizo a requerimiento del órgano de contratación que, a su vez, le hizo el requerimiento debido a la solicitud de acceso al expediente que había realizado la empresa ahora recurrente, antes de que se produjera la adjudicación. Dado que en su contestación, el adjudicatario se limitó a indicar qué documentos se consideraban confidenciales, sin aportar ninguna justificación, el órgano de contratación volvió a requerir a la empresa para que razonase su calificación, lo que llevó a cabo en escrito de 4 de enero de 2018. El órgano de contratación no realizó pronunciamiento expreso, limitándose tácitamente a aceptar la declaración de confidencialidad de BECTON DICKINSON, S.A., y dando acceso a la ahora recurrente a la parte del expediente que no había recibido aquella consideración por la adjudicataria. Es evidente que lo actuado no se ajusta a lo normativamente previsto. Sin embargo, no procede anular la resolución con retroacción de actuaciones con el fin de que se resuelva por el órgano de contratación sobre la confidencialidad o no de los documentos indicados



como tal por la empresa y, en su caso, se dé acceso a la recurrente para que pueda completar su recurso, pues como hemos visto, el acceso al expediente no es un derecho absoluto sino que tiene carácter instrumental, su finalidad es permitir a la empresa perjudicada por la resolución de adjudicación conocer exactamente las razones por las que ésta se dictó y poder combatirla fundadamente. Sin embargo, con independencia de que fuera procedente o no mantener la confidencialidad de algunos o todos los documentos considerados como tal, lo cierto es que el recurrente ha podido articular su oposición a la valoración de las ofertas, como se revela en la exposición que hemos realizado en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución de las alegaciones del recurso. No se ha vulnerado su derecho a la defensa, por lo que no procede retrotraer las actuaciones por un incumplimiento puramente formal del procedimiento.

Octavo. Aunque no se formula en primer lugar, es necesario, por razones de coherencia resolver sobre la alegada nulidad de los pliegos previamente al análisis de la concreta valoración de los criterios cuestionados. La nulidad se basaría, en primer lugar, en que en el criterio “velocidad de carga y procesamiento” se incluye en la encuesta técnica una pregunta sobre la capacidad de carga del equipamiento ofertado, indicando el número de muestras que luego no se valora. Y porque en el criterio “resultados” se exige la presentación de una documentación o estudios acreditativos de los datos aportados que no existen.

Es conocida la doctrina de este Tribunal sobre la impugnación de los pliegos en el recurso dirigido contra la adjudicación del contrato. En la nº 225/2016 señalamos que:

«Es nuestra doctrina reiteradísima (por citar algunas las resoluciones números 502/2013, 14 de noviembre, 334/2015, de 16 de abril y, la última publicada, 185/2016, de 4 de marzo), con fundamento en el artículo 145. 1 del TRLCSP que establece que “las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”, que el licitador que, teniendo la oportunidad de impugnar los



pliegos no lo hizo en tiempo y forma, no puede alegar contra los actos posteriores en la licitación la hipotética ilegalidad de los pliegos.

Así lo ha recogido la jurisprudencia que resume la recientísima Sentencia de la Sala de lo Contencioso–Administrativo de la Audiencia Nacional, de 17 de febrero de 2016:

“(…)Como hemos expuesto y puso de manifiesto el TARCR, en el supuesto enjuiciado la impugnación tuvo lugar con ocasión de la adjudicación del contrato, sin que se hiciera cuestión alguna o fueran recurridos con anterioridad los Pliegos. Con carácter general, conforme a reiterada jurisprudencia, como nos recuerda la STS de 26 de noviembre de 2012 (casación 2322/2011, FJ 9º) que a su vez recuerda lo dicho por las de 19 de julio de 2000 (recurso 4324/94), 17 de octubre de 2000 (recurso 3171/95), 24 de junio de 2004 (recurso 8816/99), 4 de abril de 2007 (recurso 923/04) y 27 de mayo de 2009 (recurso 4580/06), «el pliego de condiciones es, en buena medida, que vincula a las partes del mismo».

Por ello, no es posible impugnar los pliegos de cláusulas con ocasión o con posterioridad a la adjudicación del contrato, ya que se presume la aceptación de los mismos por quienes participan en el procedimiento de adjudicación, sin que nadie pueda ir contra sus propios actos. En este sentido, la STS de 9 de febrero de 2001 (casación 1090/1995 FJ 2º), recordando lo dicho por las anteriores de 18 de abril de 1986, 3 de abril de 1990 y 12 de mayo de 1992 (por más identificación) dice que «[e]l pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus “propios actos” [...]»; Así lo hemos reiterado en SsAN de 25 de marzo de 2015 (recursos 193/2013 y 180/2013, FFJJ 3º).



Esta doctrina obliga a quien sostiene la ilegalidad de las cláusulas de los pliegos, como ocurre en el presente recurso, a impugnarlas con carácter previo. No puede, si da por bueno los pliegos que no ha combatido, a cuestionar su contenido con ocasión de la adjudicación del contrato, que se produjo o tuvo lugar conforme a la «ley del contrato». Lo dicho nos lleva a confirmar el acuerdo del TARCR, sin más razonamientos y sin que proceda que esta Sala se pronuncie sobre el contenido de los pliegos y sus condiciones, toda vez que en este caso no pueden ser objeto de revisión con ocasión de la impugnación del acto de adjudicación, rechazando con ello las subsidiarias pretensiones formuladas puesto que exceden del objeto del presente recurso. (...)»

Esto no obstante ser nuestra doctrina general, es lo cierto que admitimos la posibilidad de que en los supuestos de nulidad de pleno derecho pueda argumentarse en un recurso especial supuestas irregularidades de los Pliegos aun cuando éstos no hayan sido objeto de previa y expresa impugnación si bien que, de acuerdo con la jurisprudencia, la concurrencia de las causas que, de acuerdo con el artículo 62.1 de la LRJ-PAC determinan como consecuencia la nulidad *ex radice* del acto debe ser interpretada restrictivamente (por todas las Resoluciones números 408/2015, de 30 de abril, y 185/2016, de 4 de marzo).

En particular hemos señalado (Resoluciones números 444/2013, de 10 de octubre, y 103/2016, de 4 de marzo) que puede incurrir en la lesión de “*derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional*”, que configura una de las causas de nulidad de pleno derecho a tenor del art. 62.1 a) de la LRJ-PAC, por infracción de la igualdad ante la Ley y no discriminación amparada en el artículo 14 de nuestra Constitución, determinados supuestos de restricción a la libre concurrencia obrantes en los pliegos.»

De acuerdo con la doctrina expuesta, la pretensión de nulidad de los pliegos no puede prosperar. En relación con la “velocidad de carga y procesamiento”, el pliego otorgaba 10 puntos a dicho aspecto y 5 puntos más adicionales procesar como mínimo 300 muestras diarias en 8 horas. No existe ningún otro criterio, como la capacidad de carga que hubiera de ser puntuado y no se hiciera. Por lo que se refiere a la inexistencia de estudios que acrediten uno de los criterios de valoración, tampoco puede admitirse en este momento.



Tal y como recuerda el recurrente, la sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13) el vencimiento del plazo establecido en el derecho nacional para impugnar los pliegos no impide que puedan cuestionarse condiciones establecidas en los mismos que los licitadores no pudieran comprender hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informa exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. En este caso, si se pedía en los pliegos una documentación que no existe, esta circunstancia podía ser conocida por los interesados en presentar una oferta desde el momento de la publicación de aquellos, momento en el que debieron impugnarlos, no siendo posible plantear esta cuestión, cuando tras aceptar el pliego y presentar una oferta se está cuestionando la adjudicación realizada a otra empresa.

Noveno. En cuanto a las concretas objeciones a la puntuación otorgada en determinados aspectos, tanto el órgano de contratación como el adjudicatario reconocen que se otorgó erróneamente tres puntos a la oferta de éste, en el criterio “preservación de las muestras en la etapa postanalítica”. La eliminación de estos puntos no es suficiente para que la oferta adjudicataria pierda su puesto como la mejor valorada, por lo que es necesario analizar las restantes alegaciones.

Respecto del mencionado “velocidad de carga y procesamiento”, no se aprecia error alguno. Se ha otorgado a ambas ofertas 5 puntos porque en ambas se ofrece procesar más de 300 muestras diarias en 8 horas. En cuanto a los 10 restantes, se otorgó también conforme al pliego la máxima puntuación a la oferta que tenía una mayor velocidad de carga y procesamiento y, proporcionalmente, 8,33 a la segunda.

En relación con el “tratamiento preanalítico”, la recurrente considera que las muestras de la recurrente requieren el mismo y, por lo tanto, no debió recibir puntos por ello. La adjudicataria sostiene justamente lo contrario. El órgano de contratación razona en su informe por qué otorgó los 5 puntos previstos en el pliego a ambas ofertas, al no considerar determinadas actuaciones previas como tratamiento preanalítico de las muestras. Aunque el criterio es valorado de forma automática, la determinación de si los sistemas ofertados requieren o no un tratamiento especial preanalítico es una cuestión que hay que resolver a través de un juicio fundado en elementos de carácter

exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración. El único control que puede ejercer este Tribunal es el que se refiere a las cuestiones de legalidad que puedan verse afectadas por el dictamen técnico, de manera que no pueden corregir o alterar las apreciaciones realizadas en el mismo, ya que dicho control sólo puede tener carácter jurídico, respecto del acomodo de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, y no técnico. El motivo del recurso debe ser desestimado.

A idéntica conclusión se llega con el criterio “sistema de lectura”. El informe de valoración trató por igual a ambos licitadores, en el sentido de que ninguno de los dos hicieron mención al tamaño de la superficie (se valora al sistema que permite la lectura microscópica de en una monocapa en la menor superficie posible sin perder eficacia en la representatividad) y se recogió el dato de las memorias presentadas. La oferta de HOLOGIC IBERIA, S.L. presentaba una mayor superficie, pero el criterio no valora sólo eso sino que no se pierda eficacia en la representatividad y el órgano técnico ha otorgado la máxima puntuación a la otra oferta debido a que la obtención de un “pellet” celular que concentra las células, en la original y sucesivas preparaciones no se pierde representatividad. Se ha justificado la decisión tomada.

Por último, en relación con el criterio “resultados”, el pliego valoraba la menor tasa de resultados insatisfactorios, la máxima disminución de la tasa de diagnósticos de ASCUS y AGUS y el número máximo de detección de lesiones de alto grado, todo ello respecto de la citología convencional. Cada licitador ha expresado los datos que se alcanzan con sus sistemas, aportaron documentación bibliográfica al respecto que fue examinada por el órgano técnico y encontrados congruentes con la misma los resultados con la citada bibliografía y puntuadas las ofertas en consecuencia.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Desestimar parcialmente el recurso interpuesto por D. J.P.F.M., en nombre y representación de HOLOGIC IBERIA, S.L., contra el acuerdo del Gerente del Área Sanitaria IV por delegación del Director de la Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA) de 29 de noviembre de 2017 de adjudicación del *“Acuerdo Marco con un único adjudicatario para el suministro de productos y equipos para citología líquida”*.

Segundo. Levantar la suspensión del expediente de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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 ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de 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.