



Recurso nº 1308/2021 C. Valenciana 296/2021

Resolución nº 1752/2021

Sección 2ª

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

En Madrid, a 2 de diciembre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.L.R., en representación de AGILENT TECHNOLOGIES SPAIN S. L., contra los pliegos que rigen la licitación convocada por la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat de Valencia, para contratar el *“Suministro de reactivos y material necesario para la realización de técnicas y sistema de gestión de anatomía patológica del Departamento de Salud de Sagunto.”* Exp. 209/2021, lote 1, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 22 de julio de 2021 a las 15:42 horas en el Perfil del Contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector público (en adelante, PCSP), y el 23 de julio de 2021 en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOCE), se publicaron los anuncios del contrato de suministro de reactivos y material necesario para la realización de técnicas y sistema de gestión de anatomía patológica del Departamento de Salud de Sagunto, expediente 209/2021, licitado por Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública la Generalitat Valenciana. Los pliegos se alojaron para su descarga el 23 de julio de 2021 a las 10:04 horas.

El contrato, calificado como de suministros, clasificación CPV 33696500, reactivos de laboratorio, tiene un valor estimado de 2.472.700 euros, estando sujeto a regulación armonizada, licitándose por procedimiento abierto, tramitación ordinaria, y presentación de la oferta electrónica, dividido en cuatro lotes.

En el Anexo I ‘Características particulares’ del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) –por lo que aquí importa– se establece lo siguiente:

«**APARTADO LL**

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. Indicarlos con su ponderación, forma o fórmula/s de valoración y sobre electrónico en el que debe incorporarse la documentación:

[...] LOTE 1: Técnicas de inmunohistoquímica, tinciones de hematoxilina eosina, farmacodiagnóstico y sistema integral de gestión del laboratorio de Anatomía Patológica.

Criterios a valorar:

Puntuación máxima: 49

[...] b) TINCIONES DE HEMATOXILINA EOSINA

Se valorará el nivel y la calidad de los reactivos y material fungible asociados a la determinación de pruebas de laboratorio de anatomía patológica, así como de la tecnología aportada, con especial énfasis en:

- Capacidad para utilizar sustitutos del xilol y medio de montaje no tóxico*
- Equipo de sobremesa*
- Capacidad del cubreportas de alto rendimiento pudiendo procesar al menos 560 portaobjetos secos/hora*
- Sensor de detección de cubres rotos y detección del nivel de llenado*

Método de valoración: Análisis de fichas técnicas y manuales de instrucciones aportados.

De 0 a 9 puntos».

En el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), por lo que a la impugnación importa, se establece lo siguiente.

«LOTE 1: TÉCNICAS DE INMUNOHISTOQUÍMICA, TINCIONES DE HEMATOXILINA EOSINA, Y FARMACODIAGNÓSTICO

[...] 1.2 Tinciones de hematoxilina eosina

Para la completa tinción primaria de muestras, el formato de reactivos se debe ajustar al requerido para los sistemas automáticos y manuales, en formato listo para su uso, y ha de permitir que el proceso se lleve a cabo evitando en lo posible la manipulación de reactivos por parte del usuario y garantizando el cumplimiento de la normativa vigente respecto al medio ambiente.

Se especificará todo el material necesario para la realización del número de tinciones licitadas que, a juicio de la empresa licitadora, sea preciso para obtener un resultado óptimo: hematoxilina, eosina, medio de montaje, cubreobjetos y todo el material necesario para su realización de las tinciones anuales, excepto los alcoholes.

Reactivos pre-ensados preparados para su uso que eviten la manipulación por parte del personal técnico.

La presentación de los reactivos (Hematoxilina-Eosina) será en formato listo para usar, sin necesidad de manipulación o dilución de los fungibles por parte del personal del laboratorio y en cantidad suficiente para cubrir la demanda solicitada

[...] 1.4 Equipamiento a suministrar

[...] 2-TEÑIDOR Y MONTADOR AUTOMÁTICO PARA TINCIONES DE HEMATOXILINA EOSINA

Deberá cumplir los siguientes requisitos mínimos:

- *Protocolos estandarizados con reproducibilidad y consistencia de la tinción.*
- *Realización del proceso íntegro de tinción desde el estufado al montaje de los portaobjetos.*
- *Permitirá la tinción y montaje de los portas de citología.*
- *Velocidad de procesamiento de al menos 300 portas por hora.*
- *Permitirá la variación de los protocolos de tinción con al menos 10 protocolos diferentes.*
- *Software de control de la ejecución del trabajo.*
- *Los reactivos deberán ser en formato prediluido o listo para usar.*
- *El equipamiento ofertado será estanco, no permitiendo la salida de gases a la sala de trabajo de Anatomía Patológica, por lo que*
dispondrá de un sistema de aspiración y filtración de vapores tóxicos.
- *Sistema que evite en la medida de lo posible la contaminación cruzada de las muestras durante la tinción.*

- *Mejora de la seguridad laboral del personal del Laboratorio evitando la manipulación de reactivos tóxicos.*
- *Incluirá horno de secado para los portaobjetos para mejorar la adherencia de la muestra al portaobjetos.*
- *La capacidad del cubreportas automático será de alto rendimiento.*
- *Señalización acústica y óptica de finalización del proceso».*

Segundo. El 13 de agosto de 2021, a las 14:58 horas se presentó, en el Registro electrónico de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen la contratación, por AGILENT TECHNOLOGIES SPAIN S.L., interesando en el *pétitum* que: *“se dicte, resolución por ese Tribunal estimando el recurso, anule los Pliegos por ser contrarios a Derecho, en las cláusulas (del PPT) especificadas en el presente escrito, debiéndose redactar unos nuevos Pliegos que sean conformes a Derecho”*.

Igualmente solicita la suspensión del procedimiento.

Consta en la documentación remitida que la actora ha concurrido a la licitación; presentando oferta con posterioridad a la interposición del recurso.

Tercero. La tramitación del presente recurso se ha regido por lo prescrito en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), y en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Cuarto. El órgano de contratación el 20 de agosto de 2021 remitió, a este Tribunal, el expediente de contratación y su informe.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, el 20 de agosto de 2021, da traslado del recurso a los licitadores que habían presentado oferta, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimar oportuno, formule alegaciones, haciendo uso de ese derecho LEICA MICROSISTEMAS, S. L. U. el 27 de agosto de 2021.

Sexto. El 3 de septiembre de 2021 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acuerda la concesión de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, sin que afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

Séptimo. En fecha 2 de noviembre de 2021 se ha completado el expediente por el órgano de contratación en lo tocante a la relación definitiva de empresas que han concurrido a la licitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.2 de la LCSP y 22.1.1º del RPERMC, así como en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

Segundo. Se recurren los pliegos de un contrato de suministros, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros.

El contrato y el acto son susceptibles de recurso especial, conforme al artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Tercero. Los pliegos se publicaron para su descarga en la PCSP el 23 de julio de 2021, y el recurso se interpuso electrónicamente ante este Tribunal el 13 de agosto de 2021.

Por tanto, de conformidad con los artículos 50.1.b) y 51 de la LCSP, y de acuerdo con el cómputo establecido en el artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

Cuarto. Cabe examinar la legitimación de la recurrente.

El artículo 48 de la LCSP establece que: *“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”*.

Dicho precepto remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras en Sentencias como las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

La recurrente es una empresa que ha presentado oferta a la licitación con posterioridad a la presentación del recurso, por lo que ostenta interés legítimo en la interposición del recurso y, en consecuencia, legitimación.

Quinto. Los argumentos de la recurrente son los siguientes.

Sostiene –en relación con el criterio de valoración del lote 1 relativos a las tinciones de hematoxilina eosina– que las características del nivel de la tecnología a valorar son compatibles sólo con una determinada compañía de las que podrían concurrir a este concurso, lo que excluye de la licitación a los demás licitadores.

Señala que se puntúa una característica que no está intrínsecamente vinculada a las características técnicas operativas del objeto del contrato, que es que el equipamiento sea de sobremesa, otorgando a un único candidato la posibilidad para ser puntuado, evitando valorar el concepto de espacio ocupado por el equipo.

Aduce también que elimina la capacidad de puntuación a los competidores en la descripción de las características técnicas, al exigir 560 portaobjetos a la hora y no un umbral, en el que se puedan tener en cuenta otras características, siendo así que hospitales más grandes no procesan ese número de portaobjetos diariamente y menos en una hora. Si el pliego hubiera determinado la referencia de descripción técnica (o un umbral) del número de portaobjetos, pero no una cifra concreta, se hubiera permitido a los potenciales licitadores ofertar sus respectivos productos/servicios en igualdad de armas, aportando sus respectivos equipos, o bien, podría salvarse la prescripción técnica incluyendo la mención “o equivalente”, de modo que se salvaguardara la libre concurrencia.

De contrario, aduce el órgano de contratación cuanto sigue.

Que la recurrente confunde a lo largo de su recurso los aspectos técnicos del PPT y los criterios de valoración del PCAP.

Así la configuración del criterio de valoración determina qué aspectos suponen ventajas asistenciales y son, por ello, objeto de una mejor puntuación, como son la capacidad de evitar medios de montaje tóxicos, que los equipos no sean voluminosos o permitan su uso en espacios más reducidos con mejor ergonomía, que permitan procesar mayor portaobjetos obteniendo por ello mejor puntuación y que permitan detectar averías, niveles de llenado o cubres defectuosos. Ello no significa que la empresa que no reúna el máximo exigible para obtener la mejor valoración quede excluida de la licitación por no cumplir esos requisitos, sino que simplemente recibirían una valoración diferenciada en esos 0 a 9 puntos parciales de los 100 totales a repartir, en función del grado de cumplimiento que en su oferta técnica ofrezcan.

Que los requerimientos exigidos son unos mínimos para concretar qué objeto contractual se pretende obtener, siendo importante posteriormente en la valoración que sean equipos que mejoren la ergonomía y salud postural, no existiendo superficie de suelo disponible en la actualidad. Además, en cuanto al número de portaobjetos, se pretende que pueda servir también para realizar otras técnicas procedentes de otros equipos, sin generar “cuellos de botella”, y en previsión a que el crecimiento del número de muestras a realizar y de la actividad asistencial, no sea limitante para el Laboratorio; todo ello sin restringir la

libre competencia de los licitadores, existiendo diferentes opciones comerciales que pueden satisfacer la necesidad definida.

Se cuestiona que es un laboratorio que no es de pequeñas dimensiones y la decisión de valorar con mayor puntuación aquellas ofertas que permitan realizar mayor número de determinaciones de forma similar a laboratorios de gran tamaño, frente a ello se trata de un Hospital Comarcal, de tamaño medio, por lo que se ha considerado, en ejercicio de la discrecionalidad técnica de fijación de las condiciones de licitación, que ambos aspectos resultan importantes y valorables según la configuración física de los espacios de trabajo y de los procedimientos de análisis de muestras, pero con todo y con eso, no son ambos criterios de exclusividad que impliquen que una oferta quede excluida por no ajustarse a ellos.

Que no resulta cierto que se limite la concurrencia pues existen diferentes empresas que han accedido a los pliegos, se los han descargado para participar en la licitación, han formulado consultas y todo parece indicar que existe concurrencia para los diferentes lotes, si bien solo se constatará en el momento de final del plazo para presentar las proposiciones.

Por último, la alegante además de abundar en los argumentos del órgano de contratación señala que de acuerdo con PPT no existe limitación para que cualquier empresa pueda presentar oferta con su propio equipamiento, pues las características que se describen son relativamente asequibles. Que la impugnación se refiere a un criterio de valoración y no una prescripción técnica de obligado cumplimiento, por lo que no se produce en ningún caso una restricción de la competencia. Que lo que pretende la recurrente es invadir la discrecionalidad técnica del órgano de contratación para determinar sus necesidades o preferencias del objeto del contrato, existiendo en el mercado más equipos de tinción y montaje de conocidos fabricantes y con distribución en España capaces de cubrir una o más características de las descritas en el criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor.

Sexto. La cuestión suscitada se plantea en términos de establecer si, como sostiene la recurrente, la definición de la valoración de uno de los criterios de adjudicación determina que sólo una concreta empresa pueda ser adjudicataria del contrato en detrimento de la libre concurrencia.

Es necesario, a la hora de abordar la cuestión, despejar la confusión tanto de la recurrente como el órgano de contratación sobre ciertos conceptos.

Señala bien el órgano de contratación que la recurrente confunde los requisitos que el PPT establece para la ejecución del contrato, cuyo incumplimiento manifiesto puede determinar la exclusión de los licitadores, con la valoración de sus ofertas una vez admitidos a la licitación: lo primero constituye un *minimun* cuyo incumplimiento determina exclusión pues es el límite por debajo del cual no es posible la correcta ejecución del contrato, mientras que lo segundo es la valoración de las ofertas que, superando ese umbral exigible, permite seleccionar la mejor oferta atendiendo a su calidad y precio.

Ahora bien, yerran el órgano de contratación y la alegante cuando sostienen que no afectando la configuración de los criterios al cumplimiento del pliego no puede existir lesión a la concurrencia.

Los apartados 4 y 5 del artículo 145 de la LCSP establecen.

“4. Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura.

En los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146.

5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores”.

No basta, pues, con que los criterios de valoración estén vinculados al objeto del contrato, es necesario también que estén configurados de manera que garanticen la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva. En suma, si el criterio está configurado de tal manera que no garantiza la evaluación en tales condiciones se estaría vulnerando la LCSP al infringir los principios de igualdad entre los licitadores y libre competencia. Por tanto, los criterios de valoración pueden vulnerar, si no cumplen las exigencias de la LCSP, la libre competencia.

Ahora bien, la libre competencia no es, como ningún otro principio o valor en nuestro ordenamiento, absoluto, pues la contratación pública no sólo atiende a la salvaguarda de la libre competencia, sino también a una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, y la selección de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1.1 LCSP), de modo que han de conciliarse ambos extremos, el respeto a la libre competencia y la satisfacción de las necesidades objeto del contrato de acuerdo con el interés general en cuya satisfacción actúa la Administración pública.

En tal sentido, este Tribunal ha señalado en numerosas resoluciones (por todas, Resoluciones 20/2013, de 17 de enero y 154/2020, de 6 de febrero) que corresponderá al órgano de contratación justificar de forma objetiva y razonable la idoneidad de las especificaciones para cubrir las necesidades objeto del contrato atendiendo a la funcionalidad requerida, evitando especificaciones técnicas innecesarias que limiten la competencia.

De otra parte, en su Resolución 225/2011, de 15 de septiembre, ya reseñó que la Administración contratante dispone de discrecionalidad en relación con la elaboración del contenido de los pliegos, si bien que 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; en particular, los de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación.

Asimismo, se ha sentado en múltiples ocasiones (así, Resoluciones 548/2014, de 18 de julio, 418/2015, de 8 de mayo, 33/2018, de 12 de enero, y 941/2018, de 19 de octubre), que no corresponde a este Tribunal una función revisora de los pliegos desde un punto de vista técnico.

En fin, en la Resolución 991/2015, de 23 de octubre, se destacó la libertad del órgano de contratación para determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, sin que pueda considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación, siempre que el pliego no suponga que los bienes o servicios objeto de contratación sólo puedan ser proporcionados por un único empresario (Resolución 861/2015, de 25 de septiembre).

Pues bien, la doctrina es aplicable tanto a la elaboración de las prescripciones técnicas del PPT, como a la configuración de los criterios técnicos de valoración, pues ambas tienen por objeto satisfacer de la mejor manera para el interés general las necesidades que determinan la celebración del contrato.

Volviendo al recurso, debe rechazarse en primer lugar los argumentos que equiparan la configuración de los criterios de valoración con la de las prescripciones técnicas del PPT, así la invocación del artículo 126.6 de la LCSP carece de sentido respecto de la determinación de los criterios de valoración pues se refiere específicamente a las prescripciones del PPT, como de modo indubitado resulta de la mera lectura del precepto. Además, en la expresión de los elementos valorables del criterio en ningún momento se hace referencia a marcas o modelos, sino siempre a características técnicas a tener en cuenta en la evaluación de los productos ofrecidos, por lo que la alegación carece no sólo de sustento jurídico sino también lógico.

En fin, la recurrente se limita a decir que el citado criterio de valoración sólo tiene por objeto favorecer a una determinada empresa que, según ella, sería la única adjudicataria posible, pero en modo alguno acredita tal extremo; también el órgano de contratación, de contrario, se limita a afirmar que es falsa tal afirmación sin aportar ninguna prueba.

Ahora bien, corresponde al recurrente la carga de probar lo que afirma no al órgano de contratación, pues el pliego, acto administrativo, tiene a su favor una presunción de validez (artículo 39.1 de la LPAC) que la recurrente ha de destruir con prueba en contrario. Por ello no basta con afirmar es necesario probar lo que se afirma, y la recurrente no lo hace, no habiendo acreditado la recurrente que el criterio de valoración tiene por único objeto favorecer a una empresa y no, como sostiene motivadamente el órgano de contratación, el de satisfacer de la mejor manera posible la necesidad que determina el contrato, no se aprecia en el pliego lesión a la libre competencia.

En consecuencia, procede desestimar el recurso.

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.L.R., en representación de AGILENT TECHNOLOGIES SPAIN S. L., contra los pliegos que rigen la licitación convocada por la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat de Valencia, para contratar el *“Suministro de reactivos y material necesario para la realización de técnicas y sistema de gestión de anatomía patológica del Departamento de Salud de Sagunto.”* Exp. 209/2021, lote 1.

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

Tercera. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y, contra la misma, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.