RE 005/2016

Acuerdo 15/2016, de 9 de febrero de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por BIO-RAD LABORATORIES, S.A, frente a la adjudicación del contrato denominado «Suministro del material necesario para la realización de la técnica analítica automática de determinación de hemoglobinopatías en el cribado neonatal», promovido por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia del Sector Zaragoza II, Hospital Universitario "Miguel Servet" de Zaragoza.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 28 de octubre de 2015 se publicó, en el Perfil de contratante del Gobierno de Aragón, anuncio de licitación del contrato denominado «Suministro del material necesario para realización de la técnica analítica automática de determinación de hemoglobinopatías en el cribado neonatal», contrato de suministro tramitado mediante procedimiento abierto, tramitación anticipada y simplificada, conforme al articulo 10 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, con un valor estimado de 132 322,32 euros, IVA no incluido. El procedimiento se promueve por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia del Sector Zaragoza II, Hospital Universitario "Miguel Servet" de Zaragoza (en adelante el Hospital).

SEGUNDO.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación (en adelante PCAP), en su Anexo II exige, en cuanto a los medios para acreditar la solvencia técnica el siguiente:

□ *Relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.*

Criterios de selección: Se acreditará a través de una relación e importe de suministros realizados, de la misma naturaleza que el objeto del contrato, por cada uno de los tres últimos ejercicios fiscales, cuya suma sea igual o superior al doble de la anualidad media del número de orden al que se licite, IVA excluido. En el caso de fusión o absorción de empresas, se aportará la relación de los suministros realizados por las empresas fusionadas o absorbidas. Si se trata de empresas de nueva creación, la solvencia técnica se justificará con la relación de los suministros realizados en el periodo correspondiente a la actividad de la empresa.

Por su parte, el Anexo VII del PCAP recoge y desarrolla (con las fórmulas y ponderación oportunas) los criterios de valoración de las ofertas sujetos a evaluación posterior, sin que se prevean en la licitación criterios sujetos a evaluación previa.

TERCERO.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas dos licitadores, la recurrente BIO-RAD LABORATORIES, S.A. (en adelante BIO-RAD) y la propuesta como adjudicataria, PERKINELMER ESPAÑA, S.L. (en adelante PERKINELMER).

El 19 de noviembre de 2015, se llevó a cabo el acto de apertura del sobre nº 1 «*documentación administrativa*» por la Comisión de Evaluación, siendo admitidos los dos licitadores.

A continuación, en sesión pública, se realizó la apertura del sobre nº 3, que contiene la oferta económica y la propuesta sujeta a evaluación posterior, en la que comparece el representante de BIO-RAD. Se da lectura de la oferta económica presentada por ambas firmas, así como de otros criterios objetivos.

Todas estas circunstancias se acreditan en el Acta de la Unidad Técnica.

CUARTO.- Consta en el expediente un informe técnico de valoración de propuestas, emitido el 27 de noviembre de 2015 por el Jefe de Servicio de Bioquímica Clínica del Hospital, del que resultan las siguientes puntuaciones totales:

- BIO-RAD 60,42 puntos
- PERKINELMER 61,29 puntos

A la vista del mismo, la Unidad Técnica eleva propuesta de adjudicación del contrato a favor de PERKINELMER, por resultar la proposición económicamente más ventajosa.

Por Resolución de 30 de diciembre de 2015, del Gerente del Sector Zaragoza II, se adjudica el contrato a PERKINELMER. Dicha Resolución es remitida a la recurrente con fecha 5 de enero de 2016.

Consta asimismo en el expediente que un representante de BIO-RAD ejerció el trámite de vista del expediente el 19 de enero de 2016.

QUINTO.- El 22 de enero de 2016, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, D. Pablo Madorrán Lázaro, en nombre y representación de BIO-RAD, interpone recurso especial en materia de contratación, frente a la adjudicación del contrato a PERKINELMER.

El licitador recurrente, anunció el 21 de enero de 2016, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de

Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

La recurrente alega, en primer lugar, el incumplimiento por parte de PERKINELMER de la solvencia técnica especificada en el PCAP por el que se rige la convocatoria, al entender que la empresa adjudicataria debería haber resultado excluida del procedimiento por no cumplir, según su parecer, con dichos criterios de solvencia, debiendo acreditarse la solvencia técnica mediante relación de los principales suministros realizados, «*de la misma naturaleza*», durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Considera que los certificados aportados por la adjudicataria no se corresponden con suministros de la misma naturaleza del que se licita; y que «*misma*» significa idéntico, o exactamente igual según el Diccionario de la RAE.

Asimismo, cuestiona la valoración de tres criterios de adjudicación (los criterios números 3, 4 y 6) no sometidos a juicio de valor, por entender que se ha modificado el sistema de asignación de puntuación previsto, en los términos que señala.

En virtud de las alegaciones realizadas, solicita que se retrotraiga el procedimiento y se excluya a la empresa PERKINELMER. Subsidiariamente solicita que se valoren adecuadamente las ofertas.

SEXTO.- El 26 de enero de 2016, el Hospital remite al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón el expediente y el informe al que hace referencia el artículo 46.2 TRLCSP.

Dicho informe se opone a las pretensiones de la recurrente, con los siguientes argumentos:

a) La interpretación del órgano de contratación no equipara la expresión «*misma naturaleza*» a «*idéntica naturaleza*» como lo hace el recurrente, pues debe hacerse una interpretación atendiendo al objeto (e incluirse la determinación del cribado de hemoglobinopatías en el cribado neonatal, dentro del concepto más amplio de las determinaciones del cribado neonatal de metabolopatías), y no en el sentido gramatical de la expresión.

b) Que la valoración de los criterios cuestionados por la recurrente es correcta, pues se enmarca dentro de los límites de la discrecionalidad técnica y considera adecuado que el técnico pueda modular la aplicación de los mismos.

SÉPTIMO.- El 27 de enero de 2016, el Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó la interposición del recurso al otro interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP.

El 28 de enero de 2015, D. Antonio Castillo Espinosa, actuando en nombre y representación de la empresa PERKINELMER, presenta alegaciones, en las que se opone a la pretensión de la exclusión por falta de solvencia técnica, argumentando:

a) Que los certificados de solvencia técnica presentados por su representada sí que engloban suministros de la «*misma naturaleza*» tal y como se especifica en el pliego. Entiende que lo sustancial en una frase es el sustantivo («*naturaleza*»), y no el adjetivo («*misma*»), y el término «*naturaleza*» tiene como acepción en el Diccionario de la RAE «*especie, género, clase*».

b) Que en la definición del objeto del contrato contenida en el PCAP, se especifica qué es lo que se entiende por determinación

analítica, indicando: «*el resultado de un parámetro obtenido por el análisis de una muestra biológica que, con independencia del método o procedimiento analítico utilizado, es técnicamente interpretable*».

c) Argumenta, además, que debido al hecho de que comercializa estos productos desde hace poco tiempo, la mejor manera de cumplir con la solvencia técnica es demostrarlo mediante el suministro de productos de naturaleza análoga. Afirma que en España existen actualmente 17 laboratorios de cribado neonatal y en todos y cada uno de ellos es suministrador de reactivos y equipamiento desde hace mas de diez años.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa BIO-RAD LABORATORIES, S.A. para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de

Aragón). El acto es recurrible, y el recurso se ha planteado en tiempo y forma.

SEGUNDO.- La resolución de los motivos en los que se fundamenta el recurso, requiere analizar si las actuaciones del órgano de contratación y de la Unidad Técnica se ajustaron al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo) y, en especial, al PCAP, que junto con el PPT, constituyen la ley del contrato, como viene afirmando, reiteradamente, este Tribunal administrativo en su doctrina y nuestra jurisprudencia.

La recurrente, sostiene en primer lugar la falta de acreditación, por parte de la adjudicataria, de la solvencia técnica exigida en el Anexo II del PCAP, cuando señala: «*Se acreditará a través de una relación e importe de suministros realizados, de la misma naturaleza que el objeto del contrato, por cada uno de los tres últimos ejercicios fiscales, cuya suma sea igual o superior al doble de la anualidad media del número de orden al que se licite, IVA excluido. En el caso de fusión o absorción de empresas, se aportará la relación de los suministros realizados por las empresas fusionadas o absorbidas. Si se trata de empresas de nueva creación, la solvencia técnica se justificará con la relación de los suministros realizados en el periodo correspondiente a la actividad de la empresa*».

La cuestión de fondo planteada en el recurso es así determinar si la documentación aportada por la adjudicataria para acreditar la solvencia técnica cumple con los requisitos exigidos en el PCAP que rige la licitación, y si, en consecuencia, resultó procedente su admisión a la misma. Y, en concreto, el significado de la expresión «*misma*

naturaleza», pues es sobre su significado y alcance donde existe discrepancia jurídica.

Con carácter previo al análisis de esta cuestión, este Tribunal quiere recordar, como ya se dijera en nuestro Acuerdo 78/2015, que la normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad y de solvencia, en sus distintas vertientes económica, técnica y profesional-empresarial, con el objetivo de garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada. Estas exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición «*sine qua nom*», cuyo no cumplimiento justifica la exclusión del licitador. Y ello para garantizar el adecuado cumplimiento del interés público que es causa de todo contrato público.

Como defiende PERKINELMER en sus alegaciones, desde un punto de vista formal, lo relevante en la expresión del PCAP es el sustantivo «*naturaleza*» (cuyo significado es «*especie, género o clase*»), pues si se hubiera querido admitir solo objetos contractuales idénticos, para la acreditación de la solvencia, se hubiera expresado de esta forma.

Además, y desde un punto de vista material, como argumenta el Informe del Gerente del Sector Zaragoza II al recurso:

«El concepto de metabolopatías, también denominadas enfermedades del metabolismo, incluye un grupo heterogéneo y amplio de enfermedades que tienen en común las alteraciones en los procesos y reacciones bioquímicas que constituyen el metabolismo del organismo. Como consecuencia, el individuo no puede aprovechar los alimentos ingeridos de forma adecuada, es decir, no es capaz de obtener el producto o metabolito esperable.

(…) el cribado neonatal es un programa de cribado poblacional que va dirigido a la detección precoz de varias metabolopatías, dentro de este

grupo de enfermedades se encuentran, entre otras, las hemoglobinopatías. Como se indica en la Orden SSI/2065/14, publicada en el BOE de 6 de noviembre de 2014, en el que se menciona que el cribado neonatal de anemia falciforme (hemoglobinopatía), está incluida entre las enfermedades que forman parte del programa poblacional del cribado neonatal de enfermedades endocrino-metabólicas de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud. PERKINELMER aportó la solvencia técnica correspondiente al suministro de material para cribado global de metabolopatías, campo en el que disponen de gran experiencia y cobertura metodológica y técnica. Además, esta tecnología específica para hemoglobinopatías se está utilizando con éxito en distintos programas de cribado neonatal autonómicos como es el caso de Cataluña y Murcia».

Pues bien, a la vista de lo argumentado, no procede aceptar la tesis de la recurrente, en el sentido de entender que los suministros a acreditar por los licitadores deben ceñirse al suministro de material necesario para la realización de la técnica analítica automática de determinación de hemoglobinopatías en el cribado neonatal, sino que puede incluir suministros que tengan por objeto el material necesario para la determinación y diagnóstico de las enfermedades del metabolismo en el cribado neonatal, como los acreditados por PERKINELMER.

No procede, en consecuencia, la estimación de este motivo de recurso.

TERCERO.- Como segundo motivo de recurso, BIO-RAD sostiene la incorrecta aplicación de los criterios de adjudicación identificados como nº 3, 4 y 6, en el Anexo VII del PCAP. Criterios que no se encuentran sometidos a juicio de valor.

Este Tribunal debe recordar, como ya ha venido declarando desde su Acuerdo 1/2011, que el artículo 1 TRLCSP establece como uno de su fines, el de garantizar el principio de no discriminación e igualdad de trato de los candidatos. En el mismo sentido, el artículo 139 TRLCSP, al

referirse de modo concreto a los procedimientos de adjudicación, dispone que «*los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia*».

El principio de igualdad de trato implica, como ha reiterado este Tribunal en numerosos Acuerdos, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera (STJUE de 16 de septiembre de 2013). Por otra parte, conviene recordar que un criterio hermenéutico proclive al principio de igualdad de acceso, aconseja que la «oscuridad» o falta de precisión de los criterios no pueda perjudicar a los eventuales licitadores (Acuerdos 5/2011, de 16 de mayo y 5/2015, de 9 de enero). Por ello, como ya advirtiera la STJUE de 24 de noviembre de 2008, Alexandroupulis (que valida el criterio ya adoptado por la STJUE de 24 de enero de 2008, *Lianakis*), 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.

Es también doctrina de los Tribunales administrativos de contratos, que en la valoración de los criterios evaluables mediante fórmulas no cabe discrecionalidad alguna por parte de la Administración, ni técnica ni de ninguna otra clase, debiendo limitarse la Mesa de contratación —en este caso la Unidad Técnica— a aplicar los criterios automáticos sin ningún margen de apreciación técnica o juicio de valor. Interesa reproducir en este punto el contenido de la Resolución 796/2015, de 11

de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que afirma:

«*Tal y como señaló el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 14 de febrero de 2011 (recurso 4034/08), la discrecionalidad de la Administración en relación con los criterios automáticos se agota en la redacción del pliego, pues una vez publicado éste carece de discrecionalidad alguna para su aplicación:*

"Lo acabado de exponer evidencia que si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (SsTS de 28 de Junio de 2.004, recurso de casación 7106/00, y de 24 de Enero de 2.006, recurso de casación 7645/00)».

Desde esta perspectiva, el criterio nº 3 establece: «*Velocidad de procesamiento de muestras. Núm. de muestras analizadas por hora*», asignando un máximo de 10 puntos por comparación entre las distintas ofertas, según la fórmula que se recoge en el PCAP. Considera la recurrente que su solución es más rápida que la ofertada por PERKINELMER y, por ende, debía obtener la máxima puntuación. Sin embargo, el informe técnico sobre la aplicación del criterio desvirtúa de forma razonada esta alegación, pues se explica el sistema realizado

para medir la velocidad, que acredita que no es la de la recurrente la que aporta mayor velocidad, y que las puntuaciones obtenidas son el resultado de aplicar la fórmula prevista.

Procede, en consecuencia, rechazar este motivo de recurso.

En relación al criterio 4: «*Software con identificación automática de los picos. Identificación automática de Hb habituales y orientación sobre la identificación de Hb no habituales*», el PCAP establece que si se cumple se otorgarán 10 puntos y si no se cumple, 0 puntos. Es decir, no hay una asignación proporcional por comparación de ofertas, sino una regla automática de asignación de puntos, condicionada al cumplimiento del criterio. Y, como se ha señalado, no existe posibilidad de reinterpretación del significado del criterio ni, mucho menos, de justificar la valoración efectuada en la existencia de discrecionalidad técnica, pues en los criterios no sometidos a juicio de valor, como es el caso, no existe ámbito para tal potestad. Así, dado que el propio informe del Hospital al recurso reconoce el cumplimiento, debe estimarse la alegación y reconocer la asignación de los 10 puntos a la recurrente (y, coherentemente, también a la otra empresa licitadora).

Procede, en consecuencia, estimar este motivo del recurso.

Por lo que se refiere al criterio núm. 6 «*Resolución y separación de picos*», con asignación de 5 puntos por cada aspecto que se cumpla («*Buena separación entre picos adyacentes. Buena definición de los picos…5 puntos*» e «*Identificación de interferencias….5 puntos*»), nuevamente nos encontramos ante un criterio reglado automático de mera constatación de cumplimiento, por lo que debe igualmente estimarse el recurso, concediendo la puntuación de 5 puntos por cada uno de los dos aspectos a quienes acreditan que su oferta los contiene,

sin que puedan establecerse reglas de asignación de puntuación proporcionales, no previstas en el PCAP.

Procede, en consecuencia, estimar este motivo del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial presentado por BIO-RAD LABORATORIES, S.A, frente a la adjudicación del contrato denominado «Suministro del material necesario para la realización de la técnica analítica automática de determinación de hemoglobinopatías en el cribado neonatal», promovido por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia del Sector Zaragoza II, Hospital Universitario "Miguel Servet" de Zaragoza.

SEGUNDO.- Anular la adjudicación y retrotraer el procedimiento a la fase de valoración de los criterios de adjudicación, conforme a lo dispuesto en el fundamento tercero de este Acuerdo.

TERCERO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- El Hospital Universitario Miguel Servet de Zaragoza deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

QUINTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.