

Recurso 207/2024
Resolución 252/2024
Sección Segunda

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 21 de junio de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LEICA MICROSISTEMAS S.L.U.** contra la resolución de adjudicación de 14 de mayo de 2024 del « Acuerdo marco por el que se fijan las condiciones para el suministro de reactivos, productos químicos y material fungible, con disponibilidad de uso y mantenimiento del equipamiento principal y auxiliar necesarios para la realización de determinaciones de anatomía patológica con destino a los centros sanitarios de la provincia de Málaga pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud » (Expediente CONTR 2023 0000836693), respecto de la **agrupación 1 (lotes 1 y 2)** convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 18 de septiembre de 2023, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento, poniéndose los pliegos a disposición de los interesados esa misma fecha. El valor estimado asciende a 12.590.500,00 €.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 14 de mayo de 2024 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del acuerdo marco respecto de la agrupación 1 (lotes 1 y 2) a la entidad AGILENT TECHNOLOGIES SPAIN, S.L. (en adelante, AGILENT o la adjudicataria). Dicha resolución fue publicada en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el 16 de mayo de 2024.

SEGUNDO. El 5 de junio de 2024, la entidad LEICA MICROSISTEMAS S.L.U. (en adelante, LEICA o la recurrente) presenta en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación citada en el antecedente anterior.

Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de fecha 6 de junio de 2024, reiterado el día 11 de junio, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que tuvo entrada en esta sede con posterioridad.

Mediante escritos de fecha 12 de junio de 2024, la Secretaría del Tribunal ha cumplimentado el trámite de audiencia a los interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para alegaciones, habiendo presentado escrito de alegaciones en el plazo conferido la entidad AGILENT.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso cuya oferta ha quedado situada en segundo lugar, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el objeto de licitación es un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado y que va a ser formalizado por un ente del sector público con la condición de Administración pública. Por tanto, el recurso contra el citado acto es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 b) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, y de conformidad con la documentación obrante en el expediente remitido, el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. - Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal sobre el fondo del asunto con relación al primer motivo de impugnación relativo al incumplimiento de determinadas prescripciones técnicas por la oferta de la adjudicataria.

Examinados los requisitos previos de admisión procedemos a analizar la cuestión relativa al primer motivo de impugnación, comenzando, en primer lugar, por la exposición de las alegaciones de las partes.

1.- Alegaciones de la recurrente.

La recurrente solicita de este Tribunal:



« (...) que dicte Resolución por la que anule la Resolución de adjudicación de la agrupación 1 (lotes 1-2) impugnada y ordene la exclusión de la oferta de AGILENT, por los motivos expuestos en los Fundamentos primero y segundo del presente recurso con la consiguiente adjudicación de la Agrupación 1 a favor de LEICA».

La recurrente señala que ha detectado el incumplimiento de dos prescripciones técnicas en la oferta de la adjudicataria.

1) En primer lugar, indica que el equipo inmunoteñidor ofertado “Dako Autostainer Link 48” para los hospitales comarcales no trabaja con carga continua en contra de lo exigido por el PPT.

Expone que la agrupación 1 (lotes 1 y 2) requiere la oferta de un equipo inmunoteñidor cuyas características mínimas obligatorias se detallan en las páginas 26 y siguientes del pliego de prescripciones técnicas (PPT) y en concreto, se exige el requisito de la funcionalidad de carga continua que permite ir añadiendo portaobjetos (muestras) y reactivos al inmunoteñidor en cualquier momento cuando hay posiciones libres, con independencia de que otras muestras estén siendo ya procesadas en el equipo. Afirma que dicha funcionalidad permite también reducir los tiempos de espera en el diagnóstico ya que rentabiliza la forma de trabajar de los equipos eliminando aquellos.

La recurrente señala que, tras acceder a la oferta de la adjudicataria, ha detectado que esta ha ofertado dos tipos de inmunoteñidores en función del hospital al que se destinan, según se transcribe a continuación:

- *El inmunoteñidor modelo “Dako OMNIS”, del que ha ofertado 7 unidades, a ser ubicadas concretamente en los Hospitales: V. de la Victoria (2), Carlos Haya (2), Costa del Sol (2) y Materno Infantil (1). Este modelo sí funcionaría con carga continua.*
- *El inmunoteñidor modelo “Dako Autostainer Link 48”, del que ha ofertado 4 unidades, a ser ubicadas concretamente en los Hospitales: Antequera (2), Axarquía (1) y Ronda (1). **Este modelo no trabaja con carga continua.** (la negrita no es nuestra).*

Afirma que la documentación técnica presentada por la adjudicataria describe el modelo “Dako OMNIS” claramente como de carga continua, mencionando, en concreto, la página 29 del documento “GI10130 Dako Omnis Basic UG v1.8 Dec2016_ES- 13635.pdf. Sin embargo, manifiesta que, cuando se revisa la documentación técnica del modelo “Dako Autostainer Link 48”, en ningún momento se indica que este inmunoteñidor sea de carga continua, resultando ostensible, a su entender, que la descripción de sus funcionalidades revela que trabaja por carga de lotes, por lo que, al funcionar de dicha manera (con carga por lotes de 48 o 24 muestras) durante ese periodo de 2 a 3 horas el equipo no podrá asumir la carga e inicio del procesamiento de nuevas muestras ni reactivos.

Indica que dicho dato se extrae además del manual de usuario que es de acceso público y que la recurrente acompaña como documento número 5. En concreto, señala que ese aspecto (el de la imposibilidad de incorporar a la sesión actual nuevas muestras o reactivos cuando el equipo está en proceso de inmunotinción), se detalla claramente en los siguientes puntos:

- En la página 39 del manual, sección 8, en la nota adicional, en la que se establece que una vez que se ha configurado una sesión de tinción usando la ventana conteo de portaobjetos, no se pueden agregar a la sesión de tinción.
-
- En la sección 16 del citado manual (página 95), en la que se menciona la posibilidad de programar nuevas sesiones durante el trabajo del instrumento, lo que se refiere a la preparación mediante el software del



equipo de una futura sesión a iniciarse una vez concluida la presente, pero no a la carga física de los portaobjetos y reactivos y el inicio de su procesamiento, que es lo que implica la carga continua.

- En las páginas 31 y 33, donde se indica que, al programar una sesión de trabajo es necesario adjudicar un reactivo a cada posición, no siendo posible acceder a modificar esto sobre la sesión actual.
-
- En el folleto promocional y en el manual de instrucciones el equipo “*Dako Autostainer Link 48*”, consta de un modelo que da acceso tanto, a la carga de portaobjetos (muestra), como de reactivos mediante la apertura de una cubierta de metacrilato, que debe permanecer cerrada durante el trabajo del equipo lo que evidencia la imposibilidad de introducir muestras y reactivos adicionales durante la sesión en marcha, imposibilitando la carga continua.
- A mayor abundamiento, señala que el sistema propuesto se compone de dos módulos: el módulo *PT Link*, donde se realiza el pretratamiento de las muestras (procesos de desparafinado y recuperación antigénica), y el *Dako Autostainer Link 48*, donde se lleva a cabo el proceso de inmunotinción, y que el propio funcionamiento del sistema a través de dos módulos imposibilita la carga continua e impide que la Administración pueda satisfacer el objetivo perseguido de disponer de un solo equipo para realizar todas las funciones para ocupar el menor espacio físico posible.
- En este sentido, señala que si el pliego solicita que se oferte un mismo equipo que permita realizar tanto la IHQ como la IF, pues lo contrario resultaría ineficiente, no puede permitirse que se oferte un equipo que, para realizar la inmunotinción precise a su vez de dos equipos.

De lo anterior concluye que la oferta de AGILENT resulta inadmisibles ya que ha ofertado, para los hospitales de menor tamaño, un inmunoteñidor que, de forma clara, incumple la obligación de funcionar con carga continua, lo que supone no solo un incumplimiento del PPT sino una vulneración del principio de igualdad de trato y de discriminación respecto del destinatario último de los equipos, al haber ofertado AGILENT equipos inferiores desde el punto de vista del cumplimiento de las características preceptivas del PPT.

2) Respetto del incumplimiento de los requisitos mínimos del escáner “*Panoramic MIDI II*”.

Señala que, entre los requisitos que el PPT exige para el sistema de digitalización de imagen del equipo ofertado o sistema de patología digital, se especifica que ha de contar con tres componentes (escáner, visor y almacenamiento) requiriéndose, respecto del escáner que cumpla la prescripción mínima establecida en la página 27 del PPT relativa a que “*El escáner debe disponer de autofocus sin necesidad de operador y podrá escanear a 40x, con resolución mínima óptima y válida para diagnóstico, con certificación CE IVD*”. En particular, afirma que, según se extrae de la página 28 del PPT, se necesitan: “*4 escáneres de alta capacidad de carga simultánea, con posibilidad de trabajo en flujo continuo o en lotes para: HUVV, HRUM-PG, HRUM-MI y HCS, tres de ellos (para HURM-PG, HCS y HUVV) con capacidad de escanear en campo claro y oscuro/fluorescente o aportar sistema alternativo para captura de imagen fluorescente.*

3 escáneres de menor capacidad de carga simultánea y para campo claro, para los hospitales comarcales: Hospital de la Axarquía, Hospital de Antequera y Hospital de la Serranía”.

La recurrente invoca, entre las premisas a tener en consideración, que el 26 de mayo de 2022 entró en vigor el Reglamento (UE)2017/46 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2017 sobre los productos sanitarios para diagnóstico in vitro “IVDR” que establece el marco regulatorio para todos los productos sanitarios producidos e importados en la UE y que sustituye a la Directiva 98/79/CE. Partiendo de ello, señala que el PPT es claro al exigir que el escáner esté validado para diagnóstico, obligación que se recoge en las cláusulas 2.1 y 2.2 del PPT, y, sin embargo, el modelo de escáner ofertado para los hospitales comarcales “*Panoramic MIDI II*” por la ad-



judicataria está designado por el fabricante como un producto “RUO” (*only for research use*) destinado a ser utilizado únicamente para fines de investigación, extremo que se refleja claramente en la propia descripción que aparece en la web oficial del fabricante como equipo de investigación.

Así, señala lo siguiente:

“Es más, el equipo “Pannoramic MIDI II” ha sido clasificado por su propio fabricante fuera de los equipos de diagnóstico, en multitud de fuentes:

- *En el catálogo del fabricante (**Documento nº 6**), en el que se define el producto como escáner para investigación (“Scanners for research”).*

(<https://www.3dhitech.com/wp-content/uploads/2023/03/3dh-scanners-forresearch-05.2022-online.pdf>)

- *En su página web (<https://www.3dhitech.com/diagnostics/>) dentro de los equipos para investigación (RUO) <https://www.3dhitech.com/research/pannoramidigital-slide-scanners/>.*

- *En los webinar de presentación de productos de investigación,*

(<https://youtu.be/5fEc041P6WM?si=5Zlrx2VFhehgRGB&t=332>),

En todas estas fuentes aparece el equipo “Pannoramic MIDI II” como escáner destinado a investigación”.

Esgrime que lo anterior puede observarse claramente mediante una mera comparativa con la descripción que realiza sobre el modelo de escáner que AGILENT ha ofertado para los hospitales grandes el equipo “Pannoramic 250 Flash III DX” de 3DHitech, cuya finalidad prevista es claramente diagnóstica. Concluye que la oferta de AGILENT para los hospitales comarcales consistente en el modelo indicado, destinado por el fabricante exclusivamente para funciones de investigación y no de diagnóstico para escáneres en campo no cumple con los requisitos mínimos.

Alega que los dos incumplimientos denunciados deben conllevar la exclusión de AGILENT, invocando a tal efecto la Resolución 169/2018, de 8 de junio de este Tribunal sobre la necesidad de que las especificaciones técnicas del PPT han de aplicarse por igual a todos los licitadores pues lo contrario supondría una vulneración del principio de igualdad. Asimismo, invoca la doctrina consolidada de los Tribunales especiales en materia de contratación sobre la obligación de excluir aquellas ofertas que incumplan las prescripciones técnicas previstas en los pliegos. Entre ellas, la Resolución 549/2015 de 12 de junio, o la 250/2013, de 4 de junio, ambas del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con mención de la Sentencia de 29 de noviembre de 2021 en la que cita otra anterior, de 24 de marzo de 2021, sobre los supuestos que permiten excluir una proposición de una licitación.

Asimismo, señala que la verificación, con carácter previo a la adjudicación, de que los productos ofertados cumplen con las prescripciones mínimas es obligación de los órganos de contratación, poniendo de manifiesto que en la cláusula 7.4 del PPT se establece, de manera expresa, que no serán objeto de valoración funcional aquellas ofertas que no cumplan las prescripciones técnicas solicitadas por el pliego, invocando la Resolución 250/2013 del Tribunal Administrativo central de Recursos Contractuales, así como la Resolución 434/2022 de 17 de noviembre del Tribunal Administrativo de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que, en el supuesto examinado, anuló la licitación por no haber efectuado el órgano de contratación la labor de verificación previa.

Concluye que la falta de comprobación del cumplimiento de las prescripciones mínimas de los equipos ofertados ha determinado que la agrupación 1 del acuerdo marco haya sido adjudicada a una oferta que no reúne las características mínimas requeridas por los pliegos y que no es apta para satisfacer la finalidad del contrato.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe del órgano se opone a este motivo de impugnación, con fundamento en las alegaciones que pasamos a transcribir a continuación:



«En referencia al **primer equipamiento, Dako Autostainer Link 48, hay que señalar que el recurrente indica que no cumple el PPT al no ser de carga continua sino carga por lotes**. Puede apreciarse que lo que indica la recurrente sobre este equipo para realizar esa afirmación de no ser un equipo de carga continua, lo basa en el hecho de no identificarse en la documentación del bien aportada, al contrario de lo que sí se recoge en el otro bien ofertado y que es el modelo “Dako Omnis”.

El no reflejar expresamente en la documentación aportada el carácter de “carga continua” no significa que el equipo ofertado no reúna esa característica. El Pliego de Prescripciones Técnicas no recoge qué se entiende por carga continua, sino que disponga de esa funcionalidad, no pudiéndose establecer como incumplimiento aquello que textualmente no viene recogido como necesario en la documentación a aportar.

A mayor abundamiento, hay que trasladar a ese Tribunal, y en relación al incumplimiento alegado, que el concepto de “carga continua” en los teñidores de Inmunohistoquímica no está estandarizado en el mercado y cada empresa fabricante de equipos para esta u otras aplicaciones, define particularmente su método y protocolos para conseguir esa denominada “**carga continua**”, no pudiendo ninguna empresa arrogarse la exclusividad de la tenencia o no de esta característica haciéndola coincidir con su propio método según el equipo del que está tratando.

El equipo AutoStainer ofertado por la empresa Agilent Technologies para los Centros de menor tamaño en esta licitación, es el que mayor capacidad de carga de trabajo permite respecto a su tamaño y, además, gracias a su sistema de pretratamiento paralelo al proceso de inmunotinción esta carga de trabajo se ve aumentada. Esta forma de trabajar permite procesar de forma continua en lotes, que es como habitualmente se trabaja en estos servicios sanitarios destinatarios del bien. Además, gracias a este equipo se ve reducido el espacio necesario para la instalación de la solución ofertada, tan conveniente en los centros de menor tamaño (...)

El órgano en su informe invoca el Acuerdo 59/2017, de 8 de mayo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que desestimó el recurso especial interpuesto en aquel caso por ROCHE, relacionado con el mismo equipo, y relativo al requisito de carga continua, y en el que se planteaba también que el modelo ofertado “Dako Autostainer Link 48” no era un equipo de carga continua, pronunciándose el Tribunal en los siguientes términos:

“...En tercer lugar, manifiesta ROCHE que el inmunteñidor de AGILENT no permite el proceso de carga continua tanto de reactivos como de muestras durante cualquier momento en el funcionamiento del equipo. Sin embargo, tal y como se afirma en el informe al recurso, el comité evaluador consideró que este requerimiento del PPT implica la posibilidad de cargar muestras durante el proceso sin que suponga un inconveniente que la carga se realice por lote y que el procesamiento no sea simultáneo sino en función del orden de carga.

De este modo, a juicio de este Tribunal, no existe un incumplimiento del requerimiento de carga continua, ya que, tal y como se argumenta en el informe al recurso:

«En las especificaciones técnicas del Autostainer Link 48 y del OMNIS se refiere la posibilidad de realizar carga continua de reactivos y de muestras en cualquier momento del proceso. Ambos presentan un funcionamiento similar:

El Autostainer Link 48 es modular e incluye una unidad de desmascaramiento que permite un proceso en paralelo, y aunque la unidad de tinción esté ocupada se puede introducir la muestra sin que haya concluido el proceso en las que estaban ocupando la unidad de tinción.

Se aumenta la rentabilidad del equipo cargando más portaobjetos. El OMNIS es una unidad compacta, que cumple las especificaciones (según afirman en la página 14), introduciendo la muestra en cualquier momento en la gradilla (página 12)».

El informe al recurso añade que el concepto de “carga por lotes” señalado por la recurrente no se detalla en el PPT por lo que es una interpretación realizada “ad hoc” para rechazar la oferta de la adjudicataria, al sostener



que lo exigido en el PPT debe estar expresamente recogido en la documentación técnica cuando, por el contrario, la exclusión de una oferta por no cumplir el PPT debe obedecer a un incumplimiento claro y expreso.

Con relación al segundo incumplimiento denunciado relativo al equipamiento “Escáner PANNORAMIC MIDI II” el informe del órgano señala que la alegación de la recurrente se fundamenta en la entrada en vigor del Reglamento UE 2017/746 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2017 sobre los productos sanitarios para diagnóstico in vitro “IVDR”, y se basa en el acceso a determinada información en direcciones web y folletos publicitarios pero no consta en la documentación técnica aportada por la licitadora.

Por el contrario, sostiene que de la información recogida en la memoria técnica (página 47) se extrae que todos los equipos ofertados cumplen con lo requerido en el PPT y en el PCAP y, por tanto, el informe indica que el escáner ofertado cumple con las condiciones del pliego. En este sentido señala lo siguiente:

«El producto tiene atribuido el marcado CE IVD en cumplimiento con la Directiva Europea 98/79/CE para productos sanitarios de diagnóstico in vitro y con el Real Decreto 1662/2000 sobre productos sanitarios para diagnóstico in vitro que es la trasposición de la Directiva Europea en España.

El producto ofertado debe clasificarse como Clase B, en el Nuevo Reglamento (UE) 2017/746 para productos sanitarios de diagnóstico in vitro, y según refiere el artículo 110 de este Reglamento la Declaración de conformidad IVD, emitida con anterioridad al 26 de mayo de 2022, sigue siendo válida hasta el 26 de mayo de 2026 para productos Clase B».

Solicita la desestimación del motivo de impugnación invocando la doctrina consolidada de los Tribunales de Recursos Contractuales conforme a la cual no puede presuponerse *ab initio* un incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos salvo que de las propias especificaciones técnicas quepa concluir sin género de dudas que se va a producir aquel.

3. Alegaciones de AGILENT.

La adjudicataria, tras invocar en primer lugar la doctrina consolidada de los Tribunales sobre el grado de discrecionalidad técnica de la Administración a la hora de evaluar las ofertas de los licitadores, dado el grado de especialización de los organismos técnicos especializados, se opone al primer motivo de impugnación defendiendo que su oferta cumple todos los requisitos exigidos en el PPT con fundamento en las alegaciones a cuyo contenido, obrante en las presentes actuaciones, nos remitimos íntegramente, sin perjuicio de que atenderemos a ellas a la hora de analizar la cuestión litigiosa en el siguiente apartado.

4. Consideraciones del Tribunal.

La controversia versa sobre el incumplimiento por la oferta de AGILENT respecto de la agrupación 1 (lotes 1 y 2) de determinadas prescripciones técnicas exigidas en el PPT.

Por lo que aquí nos interesa, conviene reproducir las características mínimas técnicas cuyo incumplimiento por la oferta de AGILENT denuncia la recurrente. Conviene acudir, al respecto, al apartado del PPT relativo a las “Especificaciones técnicas del equipamiento necesario para la realización y medición de las técnicas IHQ comprendidas en la agrupación 1 (Lote 1 y 2)”:

En primer lugar, en la cláusula 3.1 del PPT bajo la rúbrica “Descripción, características y especificaciones técnicas de las agrupaciones y lotes” y, por lo que aquí nos concierne, se prevé lo siguiente:



«

AGRUPACIÓN 1: TÉCNICAS CON ANTICUERPOS PRIMARIOS PARA INMUNOHISTOQUÍMICA GENERAL Y POR INMUNOFLUORESCENCIA.

Las técnicas inmunohistoquímicas (IHQ), general o con revelado cromogénico y por inmunofluorescencia o con marcado fluorescente del anticuerpo, incluyen tanto los **reactivos y consumibles** (los anticuerpos primarios, dispensadores, tampones, portas, cubreobjetos, controles, reactivos del revelado, etiquetas y cualquier otro reactivo o material necesario para la realización de la técnica), como los sistemas y la instrumentación necesaria para su realización de forma automatizada (sistemas de recuperación antigénica, inmunoteñidor, ordenadores, impresora de etiquetas, etc.) **y medición de resultados** (sistemas de digitalización de imagen con escáneres de preparaciones y capturas de las mismas para aplicación de algoritmos de evaluación y/o cuantificación de marcajes nucleares, citoplasmáticos o de membrana) para posibilitar una evaluación objetiva y reproducible, especialmente necesaria en aquellos marcajes de biomarcadores que condicionan diagnósticos y/o tratamientos (receptores hormonales, % de núcleos marcados con ki-67), etc.

Será pues requisito obligatorio el suministro por parte de la empresa adjudicataria, de todos los fungibles e instrumentos necesarios para la realización, digitalización y evaluación automatizada de estas técnicas IHQ. Igualmente, el adjudicatario suministrará, garantizando todos los elementos, los accesorios, útiles y servicios auxiliares necesarios, tales como: eventual sistema de acondicionamiento del agua, materiales de control y calibración, soluciones de limpieza, así como otros consumibles y repuestos propios de los sistemas que requieran ser renovados periódicamente.

Las técnicas de IHQ general se realizarán en todos los centros y las técnicas de IHQ fluorescente, de uso más específico, se centralizarán en los laboratorios del HRUM-Pabellón General, HUVV y HCS.

(...)

ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DEL EQUIPAMIENTO NECESARIO PARA REALIZACIÓN Y MEDICIÓN DE LAS TÉCNICAS IHQ COMPRENDIDAS EN LA AGRUPACIÓN 1 (LOTE 1 Y 2):

La detección de estos antígenos nos ayuda a diagnosticar y tipificar enfermedades como el cáncer, detectar microorganismos y permite, además, cuantificar proliferación celular, expresión de receptores hormonales o biomarcadores que, cada día más, condicionan tratamientos.

Para conseguir la mayor estandarización, objetividad y reproducibilidad de los resultados posible, estas técnicas deben ser tanto realizadas como valoradas o cuantificadas con medios técnicos lo más automatizados posibles, siendo necesarios equipos de inmunotinción automática y un sistema de captura, digitalización y visualización de imágenes, dotado de escáneres de preparaciones, así como del hardware y software necesarios para el almacenamiento, transmisión, evaluación y cuantificación automatizada de los marcajes inmunohistoquímicos. Así mismo debe permitir, en los centros donde se realice las técnicas de inmunofluorescencia, la captura de las imágenes de fluorescencia que posibiliten su perdurabilidad.

Por todo ello, se pondrá a disposición en cada uno de los Laboratorios de Patología referenciados de la provincia (HRUM-Pabellón General, HRUM-Materno Infantil, HU Virgen de la Victoria, Hospital Costa del Sol, Hospital de Antequera, Hospital de la Axarquía y Hospital de la Serranía de Ronda) los sistema de inmunotinción automatizada y de digitalización, adecuando el número y tipo de equipos al volumen y tipo de técnicas inmunohistoquímicas a realizar, teniendo en cuenta que las técnicas de IF, se centralizarán en los laboratorios del HRUM-PG, HUVV y HCS.

(...)

1-Inmunoteñidor

Características técnicas mínimas



} Deberá estar **integrado con el SIAP (VitroPath/Anapath)**, en **conexión bidireccional**, con capacidad de reconocimiento directo de la solicitud de técnicas y su información, así como devolución de información de finalización de la técnica de forma automatizada al SIAP.

} Sistema dotado de **identificación inequívoca** de muestras y reactivos, capaz de funcionar tanto con muestras internas como con la aceptación de muestras externas sin codificación integrada.

} Capacidad de generar **etiquetas con códigos bidi identificativos tanto de la técnica como de la muestra**, que permita, tras el escaneo de la técnica y su almacenamiento en los sistemas de digitalización, **la integración en el SIAP de la imagen escaneada** en su biopsia correspondiente.

} Dispondrá de **escáner lector de códigos externo al equipo**, para reconocimiento del reactivo del vial, caducidades, información de etiquetas de portaobjetos, etc.

} Capacidad para asumir y **realizar simultáneamente tinciones de IHQ general e inmunofluorescencia** (en los 3 centros referenciados), así como de **usar distintos reactivos de visualización o revelado**: DAB, fosfatasa alcalina, etc., **y dobles o triples tinciones** para marcajes inmunohistoquímicos múltiples usando más de un cromógeno.

} Posibilidad de programación de tareas, permitiendo modificación de protocolos de forma flexible e individual.

} Funcionar con **carga continua** tanto de reactivos como de muestras, **con capacidad mínima de inmunotinción del nº de técnicas promedio/día en cada centro, en periodos no vacacionales** (25-30 en H comarcales y 150 a 200 en los restantes, teniendo en cuenta una jornada laboral de 7 h. y si se puede dejar cargado para continuar sin profesionales, para calcular el nº de equipos a instalar), según protocolo de inmunotinción estándar, para tejidos fijados e incluidos en parafina.

} Presencia de contadores que permitan establecer el número de técnicas realizadas incluyendo controles, repeticiones, etc., y que se puedan desglosar a efectos de estadísticas, etc.

} Dotado **de sistema de alimentación ininterrumpida (SAI)**, para continuar con la inmunotinción en caso de corte del suministro eléctrico.

} Sistema **o equipos cerrados a la salida de volátiles con posibilidad de evacuación** forzada de gases al exterior, para evitar el riesgo de toxicidad del personal técnico.

} **Sistema de autolimpieza interna con recogida de los residuos y desechos** tras la finalización del trabajo, evitando derramamientos y el riesgo de toxicidad del personal técnico.

} El equipo **debe cumplir todas las normas de la legislación vigente respecto a la seguridad de los usuarios y medioambiente**, en especial tener capacidad para segregar los residuos líquidos en tóxicos y no tóxicos según Ley de Residuos 22/2011 de 28 de julio, y no tener ningún recipiente que se acerque a los 10 kg de peso (idealmente no más de 3kg y en caso excepcional de que exceda los 10kg, se ofertará plataformas para su desplazamiento), según RD 487/1997, de 14 de abril y las guías y recomendaciones del ISHT. (la negrita no es nuestra, el subrayado sí)

2- Sistema de digitalización de imagen

El sistema de patología digital debe ser un sistema ágil e integrado con el resto de los sistemas de información. Para ello es necesario que cada uno de los tres componentes del sistema de patología digital (escáner, visor y almacenamiento) pueda comunicarse con los demás sistemas usando normas internacionales y cumplir unos **requisitos mínimos**:

• **Facilidad de carga del escáner** y posibilidad de carga continua o por lotes, **con capacidad del alimentador para al menos 100 preparaciones simultáneas en los escáneres de mayor tamaño y 10 preparaciones simultáneas en los de menor capacidad.**

• El escáner debe disponer de **autofoco sin necesidad de operador** y podrá escanear a 40x, con resolución mínima óptima y validada para diagnóstico, con certificación CE IVD.

• **La base de datos y el software de gestión** de preparaciones escaneadas deberá tener **conectividad e integración con cualquier sistema de gestión LIS/HIS** a través de estándares de comunicación de sistemas de



salud como HL7 y cumplir las normas y procedimientos de inter-operabilidad de la Subdirección TIC del SAS actuales, así como capacidad de adaptación a las futuras que se vayan definiendo.

- **Deberá integrarse con el SIAP** (actualmente VitroPath/Anapath en toda la provincia) **pero con opción de escanear tanto muestras propias o internas, con lectura de código bidí, como muestras externas de otros centros, sin codificación ni integración con el SIAP/LIS** (casos consulta, investigación, etc.).
- **El visor de preparaciones debe ser rápido** y con todas las funcionalidades básicas y avanzadas, **incluyendo la integración con el sistema de análisis de imagen o software de algoritmos de cuantificación».**

La recurrente alega el incumplimiento de dos prescripciones técnicas concretas: por un lado, que el equipo inmunoteñidor “Dako Autostainer Link 48” ofertado por la adjudicataria para los hospitales comarcales, no trabaja con carga continua. Por otro, que el modelo de escáner ofertado para los referidos hospitales “Panoramic MIDI II”- designado por el fabricante como un producto “RUO” (*only for research use*) está destinado a ser utilizado únicamente para fines de investigación- y no para diagnóstico-, tal y como exige el referido pliego.

El órgano de contratación, por su parte, defiende que el requisito exigido en el PPT relativo a la “carga continua” en los teñidores de inmunohistoquímica no significa que, de manera literal, haya de venir especificado en la documentación técnica a aportar por la licitadora, sino que tal prescripción alude a la disponibilidad de dicha funcionalidad, añadiendo que el equipo AutoStainer ofertado por la empresa Agilent Technologies para los centros de menor tamaño en esta licitación, es el que mayor capacidad de carga de trabajo ofrece y permite procesar de forma continua en lotes. Respecto del segundo requisito mínimo cuyo incumplimiento se denuncia, insiste en que el escáner ofertado cumple con las condiciones exigidas por el pliego, cuestionando el origen o fundamento de las alegaciones de la recurrente que se basan en la información suministrada en direcciones web y folletos publicitarios, pero no se corresponde con la documentación técnica aportada.

AGILENT alega, respecto del primer incumplimiento denunciado, que la tesis de la recurrente se fundamenta en fuentes que no están actualizadas y así, por ejemplo, indica que el manual de usuario del equipo “Dako Autostainer Link 48” -que la recurrente adjunta como documento nº 5- corresponde a una versión desactualizada del año 2007 por lo que las características técnicas que se atribuyen al equipo ofertado no son realmente aplicables, manifestando que la versión actual de software que controla los actuales equipos sí es capaz de cubrir las necesidades que se solicitan. Por otra parte, sostiene que el contenido del PPT es claro al exigir que el equipo deberá funcionar con carga continua tanto de reactivos como de muestras por lo que solo esta es la exigencia definida en el pliego. En ese sentido, explica que “el sistema de carga en los equipos de tinción que oferta es el más productivo de los ofertados, incluso para los centros más pequeños, precisamente por su método de gestión paralela de muestras. Este método de procesamiento en paralelo permite que mientras sobre unas muestras se realiza la primera fase del proceso de la inmunotinción, denominada desenmascaramiento, sobre otras se realiza a la vez el proceso de tinción. De este modo, en el momento de la finalización de estas últimas, el sistema permite ir cargando más muestras desde el desenmascaramiento, de forma CONTINUA, en el equipo. A medida que acaban unas, se cargan las siguientes” de donde infiere que el equipo ofertado ofrece la posibilidad de realizar una carga continua tanto de reactivos como de muestras, por lo que cumple con las exigencias del PPT.

Con relación al segundo requisito cuyo incumplimiento se denuncia, defiende que el escáner “Panoramic MIDI II Digital Scanner” ofertado por AGILENT cumple perfectamente con todos los requerimientos del PPT según se acredita con el marcado CE del producto:

En concreto, sostiene que:

«- El producto cumple con el marcado CE-IVD en cumplimiento con la Directiva Europea 98/79/CE para productos sanitarios de diagnóstico in vitro y con el Real Decreto 1662/2000 sobre productos sanitarios para diagnóstico in vi-



tro que es la trasposición de la Directiva Europea en España. Lo anterior se acredita con la Declaración de conformidad que se adjunta como **Documento Anexo 2** del presente escrito.

- El producto tiene la consideración de “legacy” de acuerdo con el artículo 110 en el Nuevo Reglamento (UE) 2017/746 para productos sanitarios de diagnóstico in vitro. Los productos considerados “legacy” cumplen con el marcado CE-IVD y pueden seguir introduciéndose en el mercado de la UE hasta 26-05-2025 (Clase D), 26-05-2026 (Clase C) y 26-05-2027 (Clase B), con una Declaración de conformidad emitida con anterioridad al 26-05-2022, como es el caso de la Declaración de conformidad que se adjunta como **Documento Anexo 2** del presente escrito.

- El producto dispone del etiquetado acorde a la legislación aplicable con la correcta identificación del Mercado CE-IVD como producto sanitario para diagnóstico in vitro(..)»

Finalmente, considera que ha de interpretarse que nos encontramos ante una obligación que pertenece a la esfera propia de la fase de ejecución contractual, sin que pueda presuponerse un supuesto incumplimiento cuando ni los pliegos obligaban de forma expresa a presentar la certificación CE-IVD ni de la misma puede desprenderse tal incumplimiento.

Pues bien, a fin de clarificar la cuestión controvertida, con carácter general, y como premisa previa, sin perjuicio del análisis particularizado que hayamos de efectuar respecto de cada uno de los incumplimientos denunciados, debemos traer a colación nuestra doctrina sobre el incumplimiento del PPT como causa de exclusión, expuesta en varias Resoluciones, por todas, la Resolución 238/2018 en la que señalábamos que «*como viene manifestando este Tribunal y otros Órganos administrativos de resolución del recurso especial en materia de contratación (v.g. entre otras, Resolución 169/2017, de 11 de septiembre, de este Tribunal y 317/2018, de 3 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre las más recientes), solo procede la exclusión de la proposición presentada cuando el incumplimiento sea claro, expreso y deducible de la oferta, de modo que no quepa duda alguna que la misma es incongruente o se opone abiertamente a la prescripciones contenidas en el pliego técnico, circunstancias que no concurren en el supuesto examinado*».

Por tanto, el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el PPT, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas sobre la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. De tal suerte que solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede el rechazo de la oferta presentada a licitación.

Pues bien, llegados a este punto, hemos de abordar por separado cada uno de los incumplimientos denunciados, por razones de sistemática en la exposición.

Primero. - Con relación al incumplimiento relativo a la previsión exigida en el apartado 3.1 del PPT respecto de la funcionalidad de la carga continua, la aplicación de la doctrina expuesta al caso concreto, a la vista del análisis efectuado por este Tribunal y de las alegaciones de las partes, permite concluir que no ha quedado acreditado que la oferta de la adjudicataria haya incurrido en un incumplimiento claro, expreso y rotundo de dicha prescripción, sino todo lo contrario en la medida que, tal y como se afirma en el informe al recurso que anteriormente hemos transcrito, el equipo “AutoStainer” ofertado por AGILENT para los centros de menor tamaño en esta licitación, permite procesar de forma continua en lote, por lo que no solo garantiza la funcionalidad exigida por el pliego sino, como señala el informe del órgano, posibilita la consecución del objetivo perseguido de reducir el espacio necesario para la instalación de la solución ofertada tan conveniente, según indica el órgano, en los centros de menor tamaño.

Por otra parte, asiste la razón al órgano de contratación cuando afirma que el hecho de que no figure de manera expresa tal previsión en la documentación técnica no equivale sin más a un incumplimiento del PPT puesto que



lo que se exige, de conformidad con los pliegos, es la obtención de una funcionalidad que, según explica el informe del órgano, se obtiene con el modelo ofertado por la adjudicataria, extremo este que no ha sido refutado por la recurrente.

A juicio de este Tribunal, por tanto, no existe un incumplimiento del requerimiento de la funcionalidad de carga continua. Esta conclusión coincide, además, con la alcanzada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 59/2017, de 8 de mayo, invocado tanto por el órgano de contratación como por la adjudicataria, que desestimó el motivo de impugnación relativo al incumplimiento de la misma prescripción técnica que ahora se cuestiona en el equipo “Autostainer 48 link” ofertado por AGILENT en el supuesto por aquel examinado.

Segundo. - Con relación al incumplimiento de la prescripción establecida en el apartado 2 de la cláusula 3.1 del PPT relativa al escáner “Pannoramic MIDI II Digital Scanner” ofertado por AGILENT, la cuestión controvertida se circunscribe a determinar si este modelo –mencionado de manera expresa en el recurso- cumple con los requisitos mínimos exigidos por el pliego, y en concreto, si está destinado por el fabricante exclusivamente para funciones de investigación y no de diagnóstico para escáneres en campo claro, como sostiene la recurrente, en contra de lo dispuesto en el PPT y en la normativa aplicable.

La recurrente insiste en que el modelo ofertado para los hospitales comarcales “Pannoramic MIDI II” no está diseñado para funciones de diagnóstico, a diferencia del modelo de escáner que AGILENT ha ofertado para los hospitales grandes (el equipo “Pannoramic 250 Flash III DX” de 3DHitech,) cuya finalidad prevista es claramente diagnóstica. Dicho extremo lo fundamenta en la propia descripción que aparece en la web oficial del fabricante como equipo de investigación y que adjunta al recurso.

El órgano de contratación, en su informe, señala que de la memoria técnica aportada por la adjudicataria se desprende claramente que el equipo ofertado cumple todos los requisitos exigidos por el pliego y en concreto, alega que el producto tiene atribuido el marcado CE IVD en cumplimiento con la Directiva Europea 98/79/CE para productos sanitarios de diagnóstico in vitro y con el Real Decreto 1662/2000 sobre productos sanitarios para diagnóstico in vitro que es la trasposición de la Directiva Europea en España.

La adjudicataria, por su parte, alega, en síntesis, que el escáner por ella ofertado “Pannoramic MIDI II Digital Scanner” cumple perfectamente todos los requisitos del PPT remitiéndose a lo dispuesto en la página 9 de la memoria técnica y sostiene, tras transcribir las cláusulas 6.4.1 del PCAP, 2.2 del PPT y un párrafo extraído de la página 28 del referido pliego que estos no exigían de forma expresa e imperativa la presentación del certificado del Marcado CE-IDV del escáner y en todo caso, a la luz del anexo VIII los pliegos parecen configurar la entrega del referido certificado como un compromiso del adjudicatario. En esta línea, esgrime que esa fue la razón por la que no presentó la certificación CE-IVD que ahora adjunta, pese a disponer de la misma, solicitando la admisibilidad de la aportación de la certificación CE-IVD en este momento a los efectos de acreditar el cumplimiento de la prescripción técnica que se cuestiona.

Sentado lo anterior, procede a continuación abordar los términos en que aparece planteado el debate, partiendo del examen de la documentación obrante en el expediente administrativo.

Al efecto, es preciso indicar, con carácter previo, que, pese a lo paradójico que pueda resultar, tanto la recurrente como el órgano de contratación y la adjudicataria parten de un error fáctico al señalar que el equipo ofertado por la adjudicataria para los hospitales comarcales es el “PANORAMIC MIDI II”.



En efecto, este Tribunal, al examinar la oferta técnica de la adjudicataria (páginas 49 y siguientes de la memoria técnica) ha podido comprobar que el equipo ofertado por AGILENT para los hospitales de menor tamaño es el “Pannoramic Midi III marca 3D-Histech”, y no el modelo “Pannoramic MIDI II” al que constantemente se refiere en sus alegaciones la adjudicataria y cuya declaración de conformidad al marcado CE aporta como anexo nº 2 a su escrito. Así las cosas, el modelo “Pannoramic MIDI II Digital Scanner” (página 10 del escrito de alegaciones de la adjudicataria) no se corresponde con el modelo que para los hospitales de La Axarquía, Antequera y Serranía de Ronda se describe en la memoria técnica de la oferta de la adjudicataria (páginas 49 y siguientes concordantes con las páginas 460 y siguientes del expediente administrativo remitido) donde figura que, para los centros hospitalarios indicados, se desplegará “un escáner de menor capacidad de carga simultanea modelo Pannoramic MIDI III, marca 3D-Histech”, por lo que la referencia al referido modelo debe obedecer a un error, y por tanto, las alegaciones de la adjudicataria en tal sentido no van a ser tenidas en cuenta por este Tribunal que va a analizar la cuestión estrictamente conforme a la documentación técnica ofertada.

Además, el hecho de que el órgano de contratación, en el informe al recurso, se refiera precisamente a la página 47 de la memoria técnica y, en concreto, al apartado relativo al “ANÁLISIS DE IMAGEN DE DIGITALIZACIÓN” en el que la letra a) Despliegue de escáneres, prevé el modelo Pannoramic MIDI III, marca 3D-Histech, para los hospitales comarcales de Málaga es un extremo indicativo del error en que deben haber incurrido todas las partes, por extraño que pueda parecer, en la medida que no cabe inferir otra conclusión, al menos, de la documentación analizada a la que ha tenido acceso este Tribunal.

Si bien lo anteriormente indicado haría decaer el motivo de impugnación, no obstante, a mayor abundamiento y a efectos de dejar zanjada la cuestión, abordaremos la cuestión controvertida. Así las cosas, y aun partiendo de que la recurrente basa su recurso en un modelo no coincidente con el equipo ofertado por la adjudicataria, funda sus alegaciones en un documento extraído de la página web que aborda las funcionalidades de los escáneres “Panoramic “con funciones de investigación, pero sin acreditar que el equipo ofertado por AGILENT (con independencia del error fáctico al que nos hemos referido) esté incluido en esos modelos y, por tanto, que no esté validado para funciones de diagnóstico como exige el PPT.

En este sentido, en la página 50 de la memoria técnica de AGILENT figura lo siguiente:

“Sistema de Gestión de Imágenes Case Manager: Sistema de gestión de imágenes de Patología con todas las funcionalidades integrales necesarias para desarrollo del flujo completo de la transformación Digital, incluido la gestión de toda la base de datos relacionada. Dentro del Case Manager se engloban el visor de Diagnóstico Clinical Viewer, las herramientas de análisis de Imagen con IVD denominadas Diagnostics Applications y las herramientas de integración tanto con PACS como LIS-AP. Por tanto, nuestra solución es totalmente integrable con el SIAP actual desplegado en la provincia de Málaga Vitropath/Anapath y con cualquier SIAP del mercado mediante mensajería HL7. Se instalarán licencias de uso para todos los usuarios de Anatomía Patológica de la provincia de Málaga con uso simultaneo de hasta 55 licencias”. Por otro lado, en la página 51 de la referida memoria, entre las principales características del visualizador de Diagnóstico Clinical Viewer se encuentra que “El VD Clinical Viewer permite la visualización de imágenes para campo claro, fluorescencia y macroscopía tal y como se observa en la siguiente imagen(...)”

Asimismo, en la página 55 de memoria técnica de la adjudicataria, en concreto, en la letra d) Paquete de Análisis de Imagen Diagnostic Applications se dispone lo siguiente:

“Se incluye todo el paquete de Análisis de Imagen para el diagnóstico de 3D-Histech con certificaciones IVD de sus algoritmos. Este pack se proveerá con licencias de uso para todos los usuarios de los laboratorios de Anatomía Patológica de la provincia de Málaga con uso simultaneo de 55 licencias”



El órgano de contratación, y pese al error en el que también incurre al referirse a otro modelo que no es el ofertado por la adjudicataria, sí señala en sus alegaciones que, de la memoria técnica se desprende que el equipo ofertado para los hospitales de menor tamaño cumple todos los requisitos exigidos por el pliego y en concreto, que el producto tiene atribuido el marcado CE IVD en cumplimiento con la Directiva Europea 98/79/CE para productos sanitarios de diagnóstico in vitro y con el Real Decreto 1662/2000 sobre productos sanitarios para diagnóstico in vitro que es la trasposición de la Directiva Europea en España.

Pues bien, planteado en estos términos el debate, ha de analizarse si, en cualquier caso, el equipo ofertado por AGILENT para los hospitales de menor tamaño está validado para funciones de diagnóstico y cuenta con el certificado CE IVD o si, por el contrario, como se sostiene en el recurso, está destinado exclusivamente a funciones de investigación.

En orden a clarificar la cuestión litigiosa, debemos dilucidar, en primer lugar, si el disponer de la certificación CE IVD era un requisito exigible con arreglo a los pliegos y, en segundo lugar, en qué momento era exigible.

La primera cuestión ha de responderse en sentido afirmativo si atendemos a lo dispuesto en la cláusula 3.1 apartado 2.- Sistema de digitalización de imagen, del PPT, que establece dentro de los requisitos mínimos a cumplir por el sistema de patología digital, entre otros, y por lo que aquí nos interesa, el siguiente: *“El escáner debe disponer de autofocus sin necesidad de operador y podrá escanear a 40x, con resolución mínima óptima y validada para diagnóstico, con certificación CE IVD”.*

Por otra parte, la cláusula 2 del PPT prevé lo siguiente: *“Todos los productos ofertados deben incluir el **marcado CE o marcado CE IVD** en cumplimiento de las condiciones exigidas en el Real Decreto 1662/2000 de 29 de septiembre sobre productos sanitarios para diagnóstico in vitro, modificado por el Real Decreto 1591/2009 de 26 de octubre por el que se regulan los productos sanitarios. Deberán cumplirse durante la vigencia del contrato la normativa que resulte afecta a los bienes derivados de la presente contratación”.*

La cláusula 6.4-1 del PCAP en lo relativo a la documentación económica y técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación automática (sobre nº 3) dispone, por lo que aquí nos interesa, que en el citado sobre se incluirán debidamente cumplimentados, entre otros, *“-Declaración Responsable de la adecuación de los bienes objeto del suministro al cumplimiento de las disposiciones específicas en materia de seguridad y salud, según anexo VIII al presente pliego”.* El contenido de la citada declaración prevé en el punto tercero, dentro de los términos de la citada declaración que el licitador:

“3. Que asume el COMPROMISO de entregar junto al bien la documentación acreditativa exigida reglamentariamente como puede ser la declaración CE de conformidad, ficha de seguridad, manual de instrucciones, etc.”

A la vista de lo anteriormente señalado, no cabe albergar duda sobre la necesidad de disponer el producto ofertado del certificado CE IVD exigido con arreglo a la normativa de aplicación anteriormente mencionada. Cuestión distinta es el momento en que, con arreglo a los pliegos, debía aportarse la acreditación de dicho requisito. En este sentido, hemos de convenir con la adjudicataria cuando señala que los pliegos no exigían de forma expresa e imperativa la presentación del certificado del marcado CE-IDV del escáner en la medida que, a la vista de lo establecido en el anexo VIII del PCAP -anteriormente transcrito- la entrega del referido certificado estaba prevista, según los términos de la declaración responsable que habría de presentar el licitador, como un compromiso del adjudicatario.

Partiendo de lo anterior, y habida cuenta que tampoco los pliegos exigían la aportación del certificado CR IVD al licitador sino como una declaración responsable a que se comprometía este -para su aportación junto al bien,



hemos de concluir que el equipo verdaderamente ofertado por la adjudicataria cumple el requisito técnico en el escáner ofertado para los hospitales comarcales, por lo que procede la desestimación del alegato y por ende, del motivo de impugnación relativo al incumplimiento por la adjudicataria de los requisitos del PPT.

Procede, a continuación, analizar el segundo motivo de impugnación.

SEXTO. - Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal sobre el fondo del asunto con relación al segundo motivo de impugnación relativo a la anticipación de información en el sobre 2.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Sostiene que la adjudicataria incurre en una segunda causa de exclusión al haber incluido en el sobre nº 2 información correspondiente a los criterios evaluables mediante fórmulas.

Así, señala que, en la presente licitación, dada la pluralidad de criterios de adjudicación, el PCAP detallaba en la cláusula 6.4 la documentación e información de carácter técnico que debía incluirse en cada uno de los sobres.

De este modo, indica que en el sobre nº 2 debía incluirse la memoria técnica sujeta a valoración no automática junto con los documentos que reflejaran las características técnicas de la oferta, en relación con la realización del suministro objeto de la licitación y que acreditaran el cumplimiento de los requisitos contemplados en los pliegos (catálogos, informes de productos y cualquier otra información que se estimara oportuna) no pudiendo incluirse información y documentación técnica que tuviera que ser valorada de forma automática.

Por otra parte, en el sobre nº 3 se debía incluir la documentación técnica que debía ser valorada mediante criterios de evaluación automática, esto es, además del precio (criterio 1.1) los aspectos técnicos de la oferta establecidos como criterios 1.2.

Invoca que el artículo 157.2 de la LCSP establece la necesidad de incluir los datos de la oferta relativos a criterios evaluables mediante juicios de valor en un sobre diferenciado de aquel que contiene la oferta evaluable mediante criterios automáticos, mandato de separación que ha sido recogido por el órgano de contratación en los pliegos de la licitación en la cláusula 6.4.1 a fin de incorporar una cautela legal que persigue garantizar la absoluta imparcialidad en el proceso de valoración de las ofertas, mencionando, al efecto, entre otras, la Resolución 64/2017 de este Tribunal que recoge la doctrina en esta materia, así como, entre las más recientes, la resolución 25/2023, de 13 de enero.

Expone que, según ha podido comprobar, son al menos cuatro las contaminaciones de información que pueden señalarse en la oferta de AGILENT y que pasamos a indicar a continuación:

a) Información sobre el criterio de valoración automático 1.2.2 “*Suministro de los Anticuerpos primarios en formato listo para usar*”.

Alega que en la página 9 de la memoria técnica presentada por AGILENT y, en concreto, en el apartado 2.1 relativo a los anticuerpos señala que “(...) *los anticuerpos se suministrarán en un formato listo para su uso en más del 80%, (...)*” habiendo incluido en el sobre nº 2 las fichas de seguridad de los anticuerpos donde se detallan los formatos RTU (*ready to use, listo para su uso*) o concentrado de los anticuerpos ofertados. Sostiene que dicha información permitía al órgano de contratación conocer la puntuación que AGILENT obtendría por este criterio automático, produciéndose la contaminación de los sobres.



b) Información sobre el criterio de valoración automático 1.2.1. “Entrega de Refrigeradores para la conservación de los Reactivos”.

Alega que en la memoria técnica de AGILENT se pueden encontrar referencias a la oferta de refrigeradoras para la conservación de los reactivos, y que, al tratarse este de un criterio de valoración automática, no debió efectuarse ninguna mención en el sobre nº 2. En ese sentido, destaca que en la página 46 de la memoria, apartado 2.3, la licitadora anticipa al órgano de contratación que va a ofertar frigoríficos en plural, mención con la que este ya conocía de antemano que ofertaría, como mínimo dos refrigeradores, y podía aventurar que AGILENT procuraría ir por el máximo de puntuación por dicho criterio, como de hecho sucedió ya que, al abrir el sobre nº 3 se observó que había ofertado siete refrigeradores, obteniendo con ello la máxima puntuación en dicho apartado.

c) Información sobre el criterio de valoración automático 1.2.4. “Sistema de digitalización de imagen (IHQ)”, apartado “Tiempo de disponibilidad de las imágenes de IHQ escaneadas para acceso rápido del patólogo”.

Pone de manifiesto que en la página 58, apartado e) de la memoria técnica se puede observar en la descripción de la oferta que AGILENT propone para cada uno de los siete hospitales un almacenamiento en local para acceso rápido de las imágenes hasta seis meses, y con esta referencia AGILENT anticipaba en el sobre nº 2 información sobre el criterio de valoración automático 1.2.4 al señalar que el tiempo de disponibilidad de las imágenes que ofrece es de hasta 6 meses. Además, señala que en la oferta del sobre nº 3 AGILENT marcó 12 meses en lugar de los 6 que se desprenden de la memoria técnica por lo que cabría incluso cuestionarse si la oferta de 12 meses estaba sustentada en documentación técnica, a la vista de la contradicción existente entre la información del sobre nº 2 y la del sobre nº 3.

d) Información sobre el criterio de valoración automático 1.2.3. “Capacidad de inmunotinciones diarias del inmunoteñidor (de mayor tamaño)”.

Finalmente, señala que, siendo un criterio de valoración automática la referida capacidad, AGILENT proporciona información sobre la capacidad del inmunoteñidor (de mayor tamaño) en la página 34 de la memoria al indicar que el equipo tiene un tiempo de procesamiento de portaobjetos de 40-180´ de media dependiendo del protocolo.

Defiende que, como tienen declarado numerosos tribunales de resolución de recursos especiales, mencionando en concreto la Resolución 25/2023 de este Tribunal, la anticipación de información en el sobre nº 2 debe llevar aparejada la exclusión del procedimiento de licitación del licitador que incurre en tal irregularidad con el fin de salvaguardar los principios de igualdad de trato y objetividad, invocando, entre otras, la Resolución 392/2022 de 21 de julio de este Tribunal, o la Resolución 727/2019 de 27 de junio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación se opone al presente motivo de impugnación con fundamento en las siguientes alegaciones:

a) Niega que se haya producido contaminación o adelanto de información respecto del criterio de valoración automático 1.2.2 “Suministro de los anticuerpos primarios en formatos listos para usar”. En este sentido, señala que en la página de la oferta de AGILENT se transcribe únicamente lo exigido por el PPT -que refiere que al menos el 80% de los anticuerpos sean “listos para usar”- por lo que dicha redacción en la oferta de la



adjudicataria garantiza el cumplimiento de lo exigido por el PPT, sin que permita inferir la puntuación probable a obtener que pudiera suponer una ruptura del principio de objetividad. Añade que la aportación de las fichas de seguridad por la adjudicataria no ha supuesto la quiebra del referido principio puesto que se trata de documentos que deben disponerse para la ejecución del contrato ante la información relevante en materia de protección individual que se debe trasladar al profesional que los utiliza. Esgrime que el listado de productos incluido en el sobre 2 de la oferta de la adjudicataria corresponde al total actual ofertado disponible por el ofertante no indicándose en ningún momento ni el número ni el porcentaje correspondiente a anticuerpos en formato prediluido, y listos para usar que se exige en el sobre 3, no pudiéndose concluir que se haya menoscabado la objetividad en el proceso valorativo. Invoca la doctrina de este Tribunal conforme a la cual la mera información facilitada no supone *per se* la exclusión de la licitadora del procedimiento pues no sirve para determinar la puntuación que iba a obtener por la aplicación del referido criterio.

b) Critica la interpretación que califica de “enrevesada” efectuada por la recurrente y considera que tampoco se ha producido adelanto de información en el sobre 2 respecto del criterio de valoración automático 1.2.1 “Entrega de los refrigeradores para la conservación del reactivo”. Así, a pesar de que reconoce que la documentación aportada por la adjudicataria refiere de manera expresa que “ofertará” frigoríficos no indica ni el número ni otro dato adicional que permita extraer la puntuación que se le otorgaría.

c) Niega la contaminación de información respecto del criterio de valoración automático 1.2.4 “Sistema de digitalización de imagen (IHQ), apartado “tiempo de disponibilidad de las imágenes de IHQ escaneadas para acceso rápido del patólogo”.

Señala que la memoria técnica aportada por la adjudicataria refiere un tiempo de seis meses, pero el dato no hace referencia a la disponibilidad de imágenes de IHQ sino a un sistema de almacenamiento en local conformado por servidores, no reflejándose, por tanto, que el sistema vaya referido al tiempo de disponibilidad de imágenes escaneadas. Alega lo siguiente: “*Es más, como también señala el recurrente, el **anexo relativo a dicho criterio de adjudicación** aportado por la adjudicataria refiere un tiempo de DOCE MESES, a diferencia de SEIS MESES que es el ámbito temporal referido en la memoria, lo que sirve para verificar que son tiempos diferentes para supuestos de hecho diferentes.*”

Hay que indicar al respecto, que esa diferencia en ítems temporales, conlleva puntuación diferente en la aplicación del criterio, para el supuesto de identificar ambos períodos temporales como referidos al tiempo de disponibilidad de imágenes de IHQ, por lo que nula contaminación ha podido existir para el comité evaluador pues el resultado final evaluador del criterio, aportado en el sobre electrónico número 3 es distinto y manifiestamente superior a lo que podría imputarse o derivarse de lo señalado en el sobre electrónico número 2”.

d) Respecto del adelanto de información sobre el criterio de valoración automático 1.2.3 “Capacidad de inmunotinciones diarias del inmunoteñidor (de mayor tamaño)” el informe del órgano señala que el texto y/ o página referida por la recurrente en su recurso para defender la contaminación de los sobres va relacionada con el equipo aportado para los hospitales de menor tamaño/ volumen de inmunotinciones requeridas, que no es lo solicitado por el criterio automático de valoración. Señala, además, que el dato hace referencia a “*tiempo de procesamiento*”(*procesamiento de portaobjetos de 40-180 ´*) y no al número de inmunotinciones. En síntesis, el dato del tiempo de procesamiento que se aporta en el recurso va referido a un equipo que no es el que se valora en el criterio automático que se cuestiona, al no ser el dato del “equipo de mayor tamaño”.

Defiende, en cualquier caso, con fundamento en la Resolución 324/2022, de 20 de junio de este Tribunal y en la Resolución 1369/2023, de 20 de octubre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que es preciso valorar de manera casuística si se ha producido una violación del secreto de la oferta que conlleve una



ruptura del principio de objetividad, concluyendo que en el supuesto que se plantea, no ha quedado acreditado que se haya producido aquella.

3. Alegaciones de AGILENT.

AGILENT formula escrito de alegaciones solicitando la desestimación íntegra del motivo de impugnación con el contenido que obra en actuaciones. No obstante, en síntesis, exponemos a continuación, de forma concisa, la argumentación que opone, tras partir, como premisa previa, de la jurisprudencia más reciente sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo 523/2022 de 4 de mayo sobre esta cuestión, que invoca para fundamentar la necesidad de analizar en cada caso la trascendencia de la información anticipada y la posible afectación al principio de objetividad e igualdad. Así, la adjudicataria considera que no existe la supuesta contaminación de información, con arreglo a los siguientes extremos que resulta de interés exponer:

a) Respecto de la información sobre el criterio de valoración automático 1.2.2 “Suministro de los anticuerpos primarios en formatos listos para usar” niega la anticipación de información esgrimiendo que la frase utilizada en la memoria es literalmente similar a la que consta en la cláusula 3.1 del PPT, por lo que se trata de un requisito mínimo de los reactivos y consumibles de la agrupación 1 que carece de relevancia a la hora de valorar el criterio automático 1.2.2. Invoca, al respecto, la Resolución 1670/2021, de 19 de noviembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que conforma que cuando la oferta contempla la exigencia mínima del pliego, sin perjuicio de lo que después se oferte en el sobre 3, la supuesta anticipación de información únicamente constata el cumplimiento del PPT.

Además, sostiene que el hecho de haber aportado en el sobre 2 las fichas de seguridad de los anticuerpos ofertados (no las fichas técnicas, según puntualiza) no permite determinar qué cantidad de anticuerpos serán entregados en formato “listo para usar” ya que estas fichas tan solo incluyen los anticuerpos de marca Dako que contienen en su composición el diluyente de anticuerpos Dako, por lo que dicha información no es suficiente para poder calcular el porcentaje de anticuerpos “listos para usar” y que es un dato que sí consta en la información contenida en el sobre 3.

b) Con relación a la información relativa al criterio de valoración automático 1.2.1 “Entrega de los refrigeradores para la conservación del reactivo” AGILENT alega que la recurrente efectúa una afirmación totalmente capciosa, al entender que *de facto* está desvelando información por el hecho de haber usado el plural al referirse a “los frigoríficos” siendo un contrasentido que se atribuya a una cuestión de estilo o redacción un compromiso vinculante que resulta contrario al tenor literal de la frase.

c) Respecto de la información relativa al criterio de valoración automático 1.2.4 “Sistema de digitalización de imagen (IHQ), apartado “tiempo de disponibilidad de las imágenes de IHQ escaneadas para acceso rápido del patólogo”.

Niega tal contaminación aduciendo que el dato contenido en la memoria técnica relativo a que “*En cada uno de los 7 Hospitales se propone almacenamiento en local para acceso rápido de las imágenes de hasta 6 meses*” hace referencia a una solución global pero no concreta específicamente el tiempo de disponibilidad de las imágenes de IHQ (inmunohistoquímica) escaneadas para acceso rápido del patólogo que es objeto de valoración en el criterio automático. De hecho, señala que la oferta de AGILENT en relación con este criterio ha sido de 12 meses y no de 6,

hecho que evidencia que no se ha anticipado la información relevante para la valoración de este criterio, tratándose de conceptos distintos.



d) Respecto de la información relativa al criterio de valoración automático 1.2.3 “Capacidad de inmunotinciones diarias del inmunoteñidor (de mayor tamaño)” señala que la recurrente ha incurrido en un error al referirse a un equipo de la oferta de AGILENT que no corresponde con el de mayor capacidad ofertado – que es el que debe tomarse como referencia para la aplicación de este criterio- y en este sentido, se refiere al tiempo medio de procesamiento del “Dako Autostainer 48 link”, cuando el equipo de mayor tamaño ofertado por AGILENT es el modelo “DAKO OMNIS”. Por otra parte, alega que dicho tiempo medio de procesamiento, no puede considerarse una información equivalente a la que se valora en este criterio, que no es otra que el número de inmunotinciones diarias. Señala, además, que se trata de un criterio cuya puntuación final depende de lo que hayan ofertado el resto de los licitadores, razón por la que no puede apreciarse, sin más, que se haya anticipado información relevante para valorar este aspecto, invocando la Resolución 1375/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en apoyo de su tesis.

Concluye, por tanto, que no ha existido ninguna irregularidad en la valoración de la oferta de AGILENT, sin que se haya anticipado en la memoria técnica la información determinante para la aplicación de los criterios automáticos analizados.

Finalmente, alega que, a los efectos de discernir cualquier duda adicional en relación con esta cuestión, debe tenerse en cuenta que, si a la hora de valorar la posible incidencia de las cuestiones manifestadas por la recurrente, tras descartar aquellas que, a todas luces resultan absolutamente irrelevantes, todavía existiese alguna mínima duda respecto algún criterio en concreto, cabría aplicar en todo caso el criterio doctrinal según el cual, adicionalmente a todo lo anterior, el principio de proporcionalidad también conlleva la necesidad de tomar en consideración la puntuación afectada por dicho criterio. En este sentido, señala que difícilmente las cuestiones alegadas por la recurrente podrán tener una incidencia determinante en la valoración del criterio en cuestión, dada la distancia existente entre la puntuación total obtenida por AGILENT y la obtenida por la recurrente que se sitúa en 8,67 puntos.

4. Consideraciones del Tribunal.

Para la adecuada resolución de la controversia planteada, hemos de partir del carácter preceptivo de unos pliegos que gozan de la eficacia de *lex contractus* y que además no han sido recurridos en tiempo y forma, por lo que gozan también de las notas propias de la firmeza administrativa. En efecto, los pliegos tienen valor vinculante y plena eficacia jurídica no sólo para la Administración convocante, sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación, con especial intensidad para las empresas licitadoras concurrentes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139.1 de la LCSP, según el que: «*Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea*».

Por otra parte, el artículo 1.1 de la LCSP establece entre sus fines la garantía del principio de “no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores”, que implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad, tanto en el momento de presentar sus ofertas como en el de ser valoradas por la entidad contratante. Debe tenerse en cuenta asimismo que el artículo 139.2 de la LCSP prescribe que: «*Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación*».



Esta norma legal se reitera en el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Por su parte, el artículo 157 de la LCSP establece en sus apartados 1 y 2 que: «1. *La Mesa de contratación calificará la documentación a que se refiere el artículo 140, que deberá presentarse por los licitadores en sobre o archivo electrónico distinto al que contenga la proposición. Posteriormente, el mismo órgano procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario.*

2. *Cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.* (el subrayado es nuestro)

En consecuencia, conforme a estas disposiciones normativas transcritas, en primer lugar, deben evaluarse los criterios que no sean cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas; y para garantizar que esa valoración se haga con pleno respeto al principio de neutralidad, se impone la presentación de unos y otros documentos en distintos sobres o archivos electrónicos. Ello es en realidad una garantía para todos los licitadores, al asegurar que, a la hora de valorar las proposiciones cuya ponderación depende de un juicio de valor, ese juicio sea lo más objetivo posible, y no se vea afectado por el conocimiento de la oferta económica ni por las mejoras ofrecidas por unos u otros licitadores.

Sobre el fondo de la cuestión que se nos plantea procede citar la doctrina que este Tribunal tiene establecida sobre la introducción de aspectos de la oferta evaluables con arreglo a criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmulas, en el sobre de documentación a valorar conforme a criterios que dependen de un juicio de valor, recogida, entre otras, en las Resoluciones 180/2021, de 6 de mayo, 398/2021, de 21 de octubre y 277/2022, de 20 de mayo. Siguiendo la citada doctrina, ha de partirse del antepenúltimo y penúltimo párrafo del artículo 146.2.b) de la LCSP que disponen que «*En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. La citada evaluación previa se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la mera aplicación de fórmulas.*» Asimismo, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público establece que «*La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos*», y el artículo 30.2 del citado Real Decreto prevé que «*En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor*».

La finalidad perseguida por la regulación expuesta no es otra que garantizar la imparcialidad y objetividad de los órganos técnicos de la Administración en la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, evitando que esta valoración pueda resultar influenciada por un conocimiento anticipado de determinados aspectos de la oferta que deben evaluarse en una fase posterior de la licitación mediante la aplicación de fórmulas. Así las cosas, las cautelas que se establecen para la valoración de los criterios de adjudicación, en los casos en que su cuantificación dependa de un juicio de valor, no son meros requisitos formales del procedimiento sino que tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato entre entidades licitadoras, especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Por ello, el



conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas puede afectar al resultado de esta y, en consecuencia, cuando son conocidos los de alguna licitadora, pueden implicar desigualdad en el trato de estas con el consiguiente quebranto, de las garantías de objetividad e imparcialidad y de los principios de igualdad de trato entre licitadoras y del secreto de la oferta consagrados en los artículos 1 y 146.2 de la LCSP.

Como se ha indicado, el órgano de contratación y la entidad interesada manifiestan que no se ha producido el adelanto de información que alega la recurrente. Además, argumentan que, en el supuesto que se plantea, tampoco ha quedado acreditado que se haya producido una violación del secreto de la oferta que conlleve una ruptura del principio de objetividad, concluyendo que es de aplicación el principio de proporcionalidad del que se derivaría la improcedencia de la exclusión de la oferta de la adjudicataria.

El principio de proporcionalidad respecto al secreto de la oferta es una cuestión sobre la que este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, entre otras, en la reciente Resolución 186/2024, de 26 de abril, así como en la Resolución 324/2022, de 20 de junio, citada expresamente por el órgano de contratación, y en la que nos pronunciábamos en los siguientes términos:

«El sentido de la prohibición de incluir documentación que corresponde a otro sobre, no es otro que el de no contaminar a la mesa de contratación y velar por los principios de igualdad de trato sin discriminación a los licitadores. Según el Tribunal Supremo, la infracción del deber de secreto de las ofertas no tiene necesariamente que implicar la exclusión automática de la oferta, sino que habrá que analizar, de acuerdo con dicho principio, la incidencia que haya podido tener en la adjudicación. En este sentido recientemente se ha de citar a un supuesto donde la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), mediante Sentencia nº 523/2022, de 4 de mayo, (presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia), señalaba en primer lugar, que la apreciación de la infracción del deber de secreto en las proposiciones de los licitadores requiere un test jurídico de proporcionalidad para valorar si tal infracción tiene entidad suficiente para incidir en la adjudicación o, por el contrario, si la mera constatación formal de la infracción debe conducir a la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria. (...) La controversia versaba, sobre la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad en la apreciación de la relevancia de la infracción del deber de secreto de las ofertas, de manera que si su mera constatación debe determinar necesariamente la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria o debe ponderarse la relevancia de la infracción y su posible incidencia en la adjudicación. Ya entonces, se señalaba que el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 no imponía que cualquier infracción del deber de secreto de las ofertas tuviera que implicar la exclusión automática de la oferta y que, en todo caso, los artículos 145.2 y 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, debían ser objeto de interpretación de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Pues bien, el TS avala esta interpretación y considera necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad. Dado que el artículo 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011 nada decía en cuanto a las consecuencias del incumplimiento del deber de secreto de las ofertas, en defecto de los criterios acordados al respecto por el órgano de contratación se impone la exigencia general del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público así como en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/CE, tratándose además de un principio cuya necesaria aplicación en materia de contratación pública está ampliamente reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En particular, la sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020 (asunto C-395/18) hace referencia a la necesidad de aplicación especialmente intensa del principio de proporcionalidad en los motivos de exclusión potestativos. Estima que deben aplicarse las causas de exclusión, en especial



las de carácter potestativo, de manera proporcionada, es decir, atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma. Considera por tanto que la valoración de la trascendencia de la infracción del deber de secreto de las ofertas que hicieron tanto el órgano de contratación como el Tribunal de Recursos Contractuales se ajustó al principio de proporcionalidad. Supone pues una excepción a la aplicación del criterio fundado en el principio formalista cuando éste es llevado a su extremo más absurdo».

En el supuesto que se examina, conviene acudir a lo dispuesto en el PCAP sobre la documentación a incluir en cada uno de los sobres. Así, la cláusula 6.4 “DOCUMENTACIÓN ECONÓMICA Y TÉCNICA (SOBRES ELECTRÓNICOS Nº 2 Y 3) dispone lo siguiente:

«Se establecen criterios de valoración evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, así como criterios evaluables mediante un juicio de valor, la documentación técnica se presentará de modo que los aspectos de la misma que permitan su valoración conforme a criterios de evaluación automática figuren de modo separado a aquellos otros que deban ser valorados conforme a criterios cuantificables mediante un juicio de valor. Se presentarán dos sobres electrónicos, el sobre electrónico nº 2: “Documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación no automática.” y el sobre electrónico nº 3: “Documentación económica y documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación automática.”

6.4.1.-Documentación técnica para su valoración conforme a criterios no automáticos (sobre electrónico nº 2):

Contendrá los documentos donde se reflejen las características técnicas de la oferta de la persona licitadora, en relación con la realización del suministro objeto de licitación y lo previsto en este Pliego, sus Anexos y el Pliego de Prescripciones Técnicas. En concreto incluirá catálogos, informes de productos y cualquier otra información que la persona licitadora estime oportuna para hacer más comprensiva su oferta.

Asimismo, se deberá tener en cuenta lo establecido en la cláusula 6.4 del presente pliego, en cuanto a la inclusión en sobres separados de la documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación automática y de aquella documentación técnica susceptible de valoración conforme a criterios de evaluación no automática(.....)».(el subrayado es nuestro).

Por su parte, en la cláusula 7.4.1, por lo que aquí nos interesa, se establecen dentro de los criterios automáticos (0-70 puntos) los relativos a la oferta técnica (0-30 puntos) con el siguiente tenor:

“Se adjuntará por el licitador en relación a estos criterios automáticos de valoración, el Anexo XIV.1 cumplimentado, en el sobre electrónico número 3.

1.2.1 Entrega de Refrigeradores para la conservación de los Reactivos: De 0 a 3,5 puntos

Características técnicas de los refrigeradores ofertados, para lo cual se adjunta ficha técnica de los mismos, acreditativa de las características solicitadas:

o Frigoríficos de laboratorio de 350 litros aproximadamente,

o Con puerta de cristal transparente que permita visualizar su contenido sin abrirla.

o Control digital de temperatura, visible desde el exterior y gráfica de registro, exportable

o Sistema de alarma ante fallos de temperatura.

(Marcar lo que proceda)

Entrega 1 refrigerador.....0,5 puntos.

Entrega 2 refrigeradores.....1,0 punto.

Entrega 3 refrigeradores.....1,5 puntos.

Entrega 4 refrigeradores.....2,0 puntos.



Entrega 5 refrigeradores.....2,5 puntos.
Entrega 6 refrigeradores.....3,0 puntos.
Entrega 7 refrigeradores.....3,5 puntos.

1.2.2 Suministro de los Anticuerpos primarios en formato “listo para usar”: 1 a 3 Puntos.

Suministro de los Anticuerpos primarios (Inmunohistoquímica General) en formato “listo para usar”. Se otorgará la puntuación en virtud del porcentaje de los mismos en el formato señalado:

>80% al <=90%1 punto
>90% a <= 95%2 puntos
>95%.....3 puntos

1.2.3 Capacidad de inmunotinciones diarias del inmunoteñidor (de mayor tamaño): De 0 a 4 Puntos

Se otorgará la máxima puntuación a la oferta que presente la máxima capacidad de inmunotinciones estándar (IHQ General de Tejidos fijados en formol) diarias (24 horas, pero con una organización del trabajo consistente en la presencialidad de personal técnico solo durante 7 horas en jornada laboral de mañana). Al resto de ofertas se le otorgará la puntuación en base a la siguiente fórmula:

$4 \times \text{número de inmunotinciones diarias ofertadas} / \text{número mayor de inmunotinciones ofertadas}$.

1.2.4 Sistema de digitalización de imagen (IHQ): De 0 a 17 Puntos

- Velocidad de escaneado en campo claro (en segundos, para una sección histológica de 15 x15 mm, a 40x) de los escáneres de mayor capacidad de carga simultánea, se distribuyen 3 puntos en función de la siguiente fórmula: $3 \times \text{menor tiempo de escaneado} / \text{tiempo de escaneado de la oferta}$
- Capacidad de carga simultánea del alimentador, en nº de preparaciones (para el escáner de mayor capacidad), se distribuyen 3 puntos en función de la siguiente fórmula:

$3 \times \text{nº de preparaciones de la oferta} / \text{mayor nº de preparaciones}$

Detección automática de la zona ocupada por tejido en el porta como área a escanear:

Si.....2.5 puntos

No.....0 puntos

- Si el sistema, para el supuesto de escaneo de “mala calidad de la imagen”:

Detecta y reescanea de forma automática:.....2.5

puntos

No detecta / reescanea de forma automática:.....0 puntos

- Sistema aportado para captura de imagen fluorescente en los escáneres de mayor tamaño, 3 puntos en función de:

Escáneres con capacidad de digitalizar campo claro y oscuro o fluorescente.....3 puntos.

Captura de imagen fluorescente con sistema adicional.....0 puntos

- Tiempo de disponibilidad de las imágenes de IHQ escaneadas para acceso rápido del patólogo: se asignaría la puntuación de conformidad con la siguiente escala:

3 meses1 punto

6 meses.....2 puntos

12 meses.....3 puntos”

Pues bien, expuesto lo anterior procede abordar desde las premisas establecidas, los extremos controvertidos.



a) Respecto de la información anticipada en el sobre nº 2 relativa al criterio de evaluación automático 1.2.2 “*Suministro de los Anticuerpos primarios en formato “listo para usar”*”- conviene partir del apartado 3.1 del PPT (Descripción, características y especificaciones técnicas de las agrupaciones y lotes) que establece, dentro de las especificaciones técnicas de los reactivos y consumibles de la agrupación 1, que entre los requisitos mínimos debía figurar el siguiente:

*“Los anticuerpos listados deben suministrarse **en formato “listo para usar” en, al menos, el 80 % de los mismos, con información clara de lotes, fechas de caducidad y volumen suministrado**”.* Asimismo, en la página 13 del PPT se establece una relación de los “anticuerpos para inmunohistoquímica general contra” indicándose lo siguiente:

“El cualquier caso, el adjudicatario deberá disponer desde el inicio de, al menos, los Anticuerpos primarios contra los antígenos recogidos en los listados que siguen a continuación, con independencia de nuevas incorporaciones o sustituciones en función de recomendaciones nacionales o internacionales o del desarrollo de nuevos anticuerpos o clonas con mejoras avaladas por evidencias científicas, y proveerá de los mismos a los Servicios de Patología de la provincia que se refieren en el PPT, en función de las solicitudes realizadas por cada centro durante la vigencia del contrato: (...)

De lo anterior se infiere que el PPT exigía, entre los requisitos mínimos, que los anticuerpos deberían suministrarse en formato “listo para usar” en un porcentaje mínimo en, al menos, el 80% de los mismos. Por otra parte, el criterio automático de adjudicación valoraba, según se ha indicado con anterioridad, el porcentaje de suministro de los anticuerpos primarios (Inmunohistoquímica General) en formato “listo para usar” en los tres tramos que se han expuesto con anterioridad otorgando, respectivamente, 1,2 y 3 puntos.

La recurrente circunscribe la impugnación únicamente a la inclusión por la adjudicataria en el sobre nº 2 de las fichas de seguridad de los anticuerpos donde expresamente se detallan los formatos “listos para usar” y sostiene que la información facilitada permitía al órgano de contratación tener la certeza de que puntuaría por este criterio automático resultando, de ello, evidente, a su juicio, la contaminación de los sobres.

El órgano de contratación esgrime que el listado de productos incluido en el sobre 2 de la oferta de la adjudicataria corresponde al total actual ofertado disponible no indicándose en ningún momento ni el número ni el porcentaje correspondiente a anticuerpos en formato prediluido, y listos para usar que se exige en el sobre 3.

Por su parte, el argumento en el que se escuda la adjudicataria es que la frase utilizada en la memoria es literalmente similar a la que consta en la cláusula transcrita del PPT y que el hecho de haber aportado en el sobre 2 las fichas de seguridad de los anticuerpos ofertados no permitían determinar *a priori* qué cantidad de anticuerpos iban a ser entregados en formato “listo para usar”.

Hemos de admitir que la cuestión merece un análisis casuístico atendiendo a las circunstancias de cada supuesto, no debiendo producirse la exclusión automática de la proposición y debiendo tomar en consideración el principio de proporcionalidad. No obstante, en casos meridianamente claros de inclusión de información del sobre 3 en el sobre 2 sin necesidad de realizar esfuerzo interpretativo alguno y concurriendo la infracción respecto de varios criterios de evaluación automática, no puede prevalecer el principio de proporcionalidad sobre los de igualdad de trato y de objetividad en la valoración, colocando en distinta posición a los licitadores infractores frente a aquellos otros que sí han respetado los mandatos legales de separación de la información contenida en los sobres 2 y 3.



Pues bien, expuestas las posiciones de las partes, procede analizar si efectivamente se ha producido la contaminación de información que se denuncia respecto del criterio de evaluación automático 1.2.2.

En ese sentido, este Tribunal ha podido comprobar que en el sobre nº 2 de la adjudicataria efectivamente figuran las fichas de seguridad de anticuerpos *Dako Omnis* pero, como bien indica el órgano de contratación en su informe al recurso, se trata de documentos que deben disponerse para la ejecución del contrato y que contienen información relevante en materia de precauciones personales, equipos de protección y procedimientos de emergencia, entre otros datos, sin que *a priori* pueda inferirse de ello el porcentaje concreto de anticuerpos en formato listo para usar, en la medida que no consta propiamente el dato RTU que denuncia la recurrente en las citadas fichas por lo que no es posible apreciar una inclusión clara y patente de documentación de un sobre en otro, que pudiera comprometer la imparcialidad.

Por otra parte, hemos de tener presente que la indicación del formato listo para usar de los anticuerpos es una exigencia mínima prevista en el PPT y que, como tal debía incluirse en el sobre 2 según lo exigido por los pliegos y hemos expuesto con anterioridad, por lo que, en los términos en que plantea el debate la recurrente, hemos de concluir que la información relativa a las fichas de seguridad de los anticuerpos que figura en el sobre nº 2 no ha producido la contaminación de sobres que se denuncia en el recurso.

b) Respecto de la información relativa al criterio de evaluación automático 1.2.1. “*Entrega de Refrigeradores para la conservación de los Reactivos*”.

La recurrente cuestiona la mención que la adjudicataria efectúa en la página 46 de la memoria, alegando que la información facilitada al referirse a “frigoríficos en plural” permitía conocer de antemano que ofertaría, como mínimo dos refrigeradores, y podía aventurarse que AGILENT procuraría ofertar el máximo de frigoríficos para obtener el máximo de puntuación por dicho criterio.

Tanto el órgano de contratación como la adjudicataria se oponen considerando, en síntesis, que se trata de una argumentación capciosa ya que no se ha producido adelanto de información en el sobre 2 respecto del criterio de valoración automático 1.2.1 “*Entrega de los refrigeradores para la conservación del reactivo*”, puesto que, a pesar de reconocer que la documentación aportada por la adjudicataria refiere de manera expresa que “ofertará” frigoríficos no indica ni el número ni otro dato adicional que permita extraer la puntuación que finalmente se le otorgaría.

Pues bien, este Tribunal ha podido corroborar que efectivamente en la página 46 de la memoria técnica incluida en el sobre 2, en concreto, en el apartado 2.3 “*EQUIPOS ADICIONALES NO AGILENT*” se indica lo siguiente:

“FRIGORÍFICOS DE LABORATORIO

Los frigoríficos ofertados en la propuesta de Agilent, INFRICO LER37G, cumplen con las especificaciones solicitadas en el PPT para este expediente. No se detalla el número de los mismos por entrar en conflicto con la información aportada en el sobre nº 3.

Se adjunta ficha técnica de los frigoríficos ofertados.(...)”

Al respecto, este Tribunal considera que si bien ha de reconocerse que la mención a “frigoríficos” en plural puede vislumbrar que se ofertaría más de un frigorífico, no obstante, en aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir este análisis, no cabe hacer una interpretación tan restrictiva que permita inferir que se estaba revelando claramente información sobre el criterio de valoración automático que -recordemos- puntuaba la oferta de entre 1 a 7 refrigeradores, no siendo suficiente, a nuestro juicio, la información facilitada (que se limita a la ficha técnica de los frigoríficos ofertados) como para calcular el número de frigoríficos a ofertar que era lo que valoraba aquel.



c) Con relación al criterio de valoración automático 1.2.4. “Sistema de digitalización de imagen (IHQ)”, apartado “Tiempo de disponibilidad de las imágenes de IHQ escaneadas para acceso rápido del patólogo”.

La recurrente cuestiona que la información facilitada en la página 58, apartado e) de la memoria técnica (relativa a la propuesta de almacenamiento en local para acceso rápido de las imágenes hasta seis meses), pudiera estar anticipando en el sobre nº 2 información sobre el criterio de valoración automático 1.2.4.

Tanto el órgano de contratación como la adjudicataria señalan, en síntesis, que el dato facilitado en la memoria técnica no hace referencia propiamente a la disponibilidad de imágenes de IHQ sino a un sistema de almacenamiento en local conformado por servidores, por lo que se trata de conceptos distintos. Asimismo, insisten en que prueba de ello es que en el anexo XIV (en la declaración a efectos de criterios automáticos) en el apartado correspondiente relativo al tiempo de disponibilidad de las imágenes de IHQ escaneadas con acceso rápido del patólogo la adjudicataria ofertó un lapso (12 meses) diferente del dato cuestionado.

Este Tribunal ha podido comprobar que en la memoria técnica incluida en el sobre nº 2 por la adjudicataria se incluye lo siguiente:

“e) Despliegue de solución de servidores y almacenamiento en local en cada uno de los 7 Hospitales con servidor central HUB situado en CPD central o uno de los 7 Hospitales englobados en el proyecto:

Se propone una solución de servidores y almacenamiento a nivel local, pero con base de datos centralizada (servidor en CPD central) para mejorar el funcionamiento en RED y nivel regional del proyecto. En cada uno de los 7 Hospitales se propone almacenamiento en local para acceso rápido de las imágenes de hasta 6 meses”.

Pues bien, conviene indicar, en primer lugar, que no podemos compartir o aceptar el argumento relativo a la diferencia de lapso temporal ofertada en el sobre nº 3 respecto del criterio de adjudicación en liza en que se escudan el órgano de contratación y la adjudicataria para defender su tesis, y demostrar que no hubo la contaminación que se denuncia. En este sentido, consideramos que no se trata de poder verificar *a posteriori* que el dato facilitado no es equivalente al incluido en el sobre nº 3, sino de lo que se trata es de verificar y poder apreciar si la revelación del dato o la información en el sobre nº 2 pudo comprometer *ex ante* la imparcialidad en el proceso de valoración de las ofertas. Y esa es precisamente la cuestión que nos ocupa.

Pues bien, tras examinar las alegaciones de las partes y la documentación administrativa consideramos que, si bien ha de reconocerse que pudieran parecer a priori conceptos asimilables, o coincidentes, sin embargo, tal y como plantean el órgano de contratación y la adjudicataria, no es lo mismo el tiempo de disponibilidad de las imágenes de IHQ escaneadas para acceso rápido del patólogo (que era lo que propiamente valoraba el criterio de adjudicación automático) que la solución relativa al almacenamiento en local para acceso rápido de las imágenes de hasta seis meses que era el dato incluido en el sobre nº 2 y que se ofertaba dentro del despliegue de solución de servidores en cada uno de los siete hospitales englobados en el proyecto. De ahí que entendamos que no se puede apreciar la contaminación de información y, por tanto, la influencia del conocimiento previo de aspectos de evaluación automática, en el sentido que pretende la recurrente.

d) Con relación al criterio de valoración automático 1.2.3. “Capacidad de inmunotinciones diarias del inmunotendidor (de mayor tamaño)” es preciso señalar que la literalidad del criterio de adjudicación automático establece que “Se otorgará la máxima puntuación a la oferta que presente la máxima capacidad de inmunotinciones estándar (IHQ General de Tejidos fijados en formol) diarias (24 horas, pero con una organización del trabajo consistente en la presencialidad de personal técnico solo durante 7 horas en jornada laboral de mañana). Al resto de ofertas se le otorgará la puntuación en base a la siguiente fórmula:



4 x número de inmunotinciones diarias ofertadas / número mayor de inmunotinciones ofertadas.

En el recurso se cuestiona la anticipación de información sobre la capacidad del inmunoteñidor (de mayor tamaño) al indicar la adjudicataria en la página 34 de la memoria técnica que el equipo tiene un tiempo de procesamiento de portaobjetos de “40-180 minutos de media dependiendo del objeto”.

Pues bien, tras el examen de las alegaciones de las partes y de la documentación administrativa obrante en el expediente este Tribunal considera que deben prevalecer las explicaciones dadas por el órgano de contratación en su informe y por la adjudicataria.

A tal efecto, y según ha podido comprobar este Tribunal el dato al que se refiere la recurrente está indicado en la memoria técnica respecto de los cuatro sistemas AUTOSTAINER 48 LINK para los centros de menor carga de trabajo (página 32 de la memoria técnica) y no respecto de los de mayor tamaño como requiere el criterio automático. Por otra parte, la información cuya presumible anticipación denuncia la recurrente se refiere al “*tiempo de procesamiento*” (*procesamiento de portaobjetos de 40-180 ´*) y no al número de inmunotinciones, como exige el criterio, por lo que efectivamente el dato relativo al tiempo medio de procesamiento no puede considerarse una información equivalente a la que se valora en este criterio, que no es otra que el número de inmunotinciones diarias.

Procede, por tanto, la desestimación del presente motivo de impugnación, y, por ende, del recurso interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial interpuesto por la entidad LEICA MICROSISTEMAS S.L.U contra la resolución de adjudicación de 14 de mayo de 2024 del procedimiento de licitación del « Acuerdo marco por el que se fijan las condiciones para el suministro de reactivos, productos químicos y material fungible, con disponibilidad de uso y mantenimiento del equipamiento principal y auxiliar necesarios para la realización de determinaciones de anatomía patológica con destino a los centros sanitarios de la provincia de Málaga pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud » (Expediente CONTR 2023 0000836693), respecto de la **agrupación 1 (lotes 1 y 2)** convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del presente recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

