

**RECURSO 95/2022
RESOLUCIÓN 121/2022**

Resolución 121/2022, de 4 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por Menarini Diagnósticos, S.A., contra la adjudicación del contrato de suministro del material necesario para la realización de las técnicas analíticas de hemoglobina glicosilada, incluyendo el arrendamiento sin opción de compra y el mantenimiento de los equipos necesarios, convocado por la Gerencia de Asistencia Sanitaria de Ávila (Expte 1301-131-1-2022-12466 (GAS104/2022)).

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- Mediante Resolución de la Gerencia de Asistencia Sanitaria de Ávila, de 23 de marzo de 2022, se aprueba el expediente y los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT) del contrato de suministro del material necesario para la realización de las técnicas analíticas de hemoglobina glicosilada, incluyendo el arrendamiento sin opción de compra y el mantenimiento de los equipos necesarios.

El 26 de marzo se publica el anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Segundo.- El 13 de julio de 2022, la empresa Menarini Diagnósticos, S.A., representada por Dña. yyy, presenta ante este Tribunal un recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de 21 de junio de 2022, de la Gerencia de Asistencia Sanitaria de Ávila, por la que se adjudica el contrato a la mercantil Arkray España, S.A.

Tercero.- En la misma fecha de presentación del recurso se incorpora al registro de expedientes con el número 95/2022, y se requiere al órgano de contratación para que, en el plazo de dos días hábiles, remita a este

Tribunal el expediente, acompañado del correspondiente informe y de la relación con los datos de todas las empresas licitadoras interesadas, a efectos de notificarles la concesión del preceptivo trámite de audiencia.

Cuarto.- El 21 de julio se recibe en el registro de este Tribunal el expediente, así como el informe del órgano de contratación, que considera que procede desestimar el recurso.

Quinto.- En esa misma fecha se concede el preceptivo trámite de audiencia a las empresas interesadas, sin que conste que se hayan presentado alegaciones.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en los artículos 46.1 del de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto frente a la adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, susceptible, por tanto, de recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP. Así, el 23 de junio de 2022 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público la Resolución de adjudicación del contrato, y el 13 de julio se interpone frente a ella recurso especial en materia de contratación.

3º.- En cuanto al fondo del asunto, dos son las cuestiones planteadas en el recurso:

1ª) En primer lugar, la recurrente solicita que se excluya del lote único del expediente de referencia a la empresa que ha resultado adjudicataria del procedimiento de contratación, Arkray España, S.A.U., por la irregular configuración de su oferta, y que se retrotraigan las actuaciones al momento procesal oportuno y se proceda a una nueva valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor.

No obstante, expone en su escrito que, aunque el *petitum* anterior sería lo deseable, lo que realmente solicita es que se declare la nulidad del procedimiento a causa de las evidentes irregularidades de que adolece la resolución de adjudicación y la imposibilidad de revalorar las ofertas respecto de los criterios subjetivos de valoración una vez que el organismo es conocedor de la documentación e información de carácter automático.

Mantiene que dicha empresa ha incluido información relativa a criterios evaluables mediante fórmulas en el sobre donde únicamente debía obrar la información relativa criterios que dependen de un juicio de valor.

Basa su pretensión en el contenido de la cláusula 2.5.1.2 del PCAP, que contiene las indicaciones que han de observarse para presentar las proposiciones, según la cual:

»Respecto al contenido, indica que constará de dos sobres separados e independientes, identificados con las siguientes denominaciones:

»- Sobre de "Criterios que dependen de un juicio de valor" que incluirá la siguiente documentación:

»(...) B) Los documentos que permitan valorar la proposición de acuerdo con los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor y que están indicados en el apartado 16.1.1 del Cuadro de Características de este Pliego.

En este apartado se añade expresamente la siguiente mención: " La inclusión en este sobre de documentación que esté relacionada con los criterios evaluables mediante la mera aplicación de fórmulas dará lugar a la exclusión de la proposición del procedimiento de adjudicación por vulnerar el carácter secreto que han de tener las proposiciones".

»- Sobre de "Criterios evaluables mediante fórmulas", que incluirá la siguiente documentación de forma separada y ajustada a los modelos indicados en este pliego.

»Se presentarán los documentos que permitan valorar la proposición de acuerdo con los criterios de adjudicación evaluables mediante la mera aplicación de fórmulas y que están indicados en el apartado 16.1.2 del Cuadro de Características de este Pliego.

La cláusula 16 del PCAP establece los criterios de adjudicación de las ofertas, y distingue los evaluables en virtud de un juicio de valor (hasta 30 puntos) y los evaluables mediante fórmulas (hasta 70 puntos).

Como criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, figuran los relativos a "Características de la automatización y procesamiento del análisis de la muestra": (Grado de automatismo e integración (hasta 10 puntos). Facilidad de uso del software (hasta 10 puntos). Calidad en la visualización del cromatograma (hasta 5 puntos). Sistema de detección y dosificación de la muestra (hasta 5 puntos).

Los criterios evaluables de forma automática mediante fórmulas son la 1. oferta económica (hasta 50 puntos). 2.Velocidad de procesamiento en modo variant. (hasta 7 puntos). 3. Calibración trazable respecto a DCCT o IFCC. (hasta 5 puntos). 4. Servicio técnico (hasta 3 puntos). 5. Plazo de entrega de los reactivos y otros consumibles (en días hábiles) (hasta 3 puntos).

La cuestión se plantea en relación con el criterio 2 de los evaluables mediante fórmulas, referido a: "Velocidad de procesamiento en modo variant (hasta 7 puntos), que figura desglosado en los siguientes intervalos: ≤ 60

segundos: 7 puntos; > 60 segundos y ≤ de 89 segundos: 3 puntos; 90 segundos: 0 puntos.

La recurrente pone de manifiesto que, en repetidas ocasiones, la adjudicataria ha indicado en el sobre técnico que el producto “Brochure ADAMS A1c HA8190V” tiene una velocidad en “Modo Variant” de 58 segundos por prueba; y en “Modo Fast” de 24 segundos por prueba.

Esto es, el criterio nº 2 de los evaluables mediante fórmulas valora la velocidad del procesamiento en modo variant, y esta información se ha incluido en repetidas ocasiones en la documentación presentada en el sobre correspondiente a “Criterios que dependen de un juicio de valor”.

De este hecho la reclamante deriva que “la empresa Arkray España, S.A.U. ha adelantado de forma clara en el sobre donde obra la documentación relativa a juicios de valor información que únicamente debía obrar en el sobre de criterios automáticos, lo que doctrinalmente se expresa como una contaminación de las proposiciones y determina la exclusión de la oferta presentada”, al suponer una vulneración del secreto de las proposiciones.

En relación con esta cuestión, hay que destacar que el propio órgano de contratación, en el informe que realiza sobre el recurso planteado, reconoce expresamente que se ha incluido información del criterio 2 de los evaluables mediante fórmulas en el sobre correspondiente a los criterios que dependen de un juicio de valor.

A la vista de la pretensión articulada por la recurrente, la solución del recurso exige determinar si la adjudicación del contrato puede considerarse ajustada al régimen jurídico de la contratación del sector público contenido en la LCSP y normativa de desarrollo y, en especial en este caso, a los PCAP y PPT que constituyen la ley de contrato.

Sobre este eventual motivo de exclusión conviene recordar que el artículo 1 de la LCSP establece como uno de los fines de la regulación de la contratación del sector público el de garantizar que se ajusta al principio de no discriminación e igualdad de trato de los candidatos.

En el mismo sentido, el artículo 132.1 de la LCSP, relativo a la "Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas", dispone que "Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad".

El principio de igualdad de trato implica, concretamente, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego y estas se deben aplicar a todos de la misma manera. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. En definitiva, el principio de igualdad de trato es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (en este sentido Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otro y 19 de junio de 2003, *GAT*). Por su parte, el artículo 122.2 de la LCSP establece que "En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán (...) los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato (...) y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo".

Y en consonancia con ello, el artículo 139.1 de la LCSP dispone 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".

Por su parte, el apartado 2 del mismo precepto establece que las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones.

A su vez, el artículo 146.2 de la LCSP dispone 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”.

Esta previsión normativa revela la voluntad legal de separar en dos momentos diferentes la valoración de las ofertas, en atención a que los criterios para su evaluación estén sujetos o no a juicio de valor, con la finalidad de evitar que puedan verse mediatizadas o contaminadas entre sí ambas valoraciones en detrimento del objetivo de asegurar la selección de la oferta económicamente más ventajosa que predica el artículo 1 de la LCSP.

Si se considera que estas exigencias no tienen más finalidad que la de establecer un procedimiento “ordenado” de apertura de las documentaciones, podría admitirse que la falta de su cumplimiento no determinase de forma inevitable la exclusión del procedimiento de las empresas que incumplen dichas previsiones. Sin embargo, tal conclusión adolecería de superficialidad, en la consideración del verdadero propósito de las exigencias formales de la contratación pública. Como se ha señalado, la finalidad última del sistema adoptado para la apertura de la documentación, que constituye la base de la valoración en dos momentos temporales, es mantener, en la medida de lo posible, la máxima objetividad en la valoración de los criterios que no dependen de la aplicación de una fórmula, evitando que el conocimiento de la valoración de los llamados criterios objetivos pueda influenciar la de los sujetos a juicio de valor.

De ello se deduce que, si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido estrictamente la exigencia de presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la de carácter técnico presentada por aquellos podría ser valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta. De modo que se infringirían los principios de igualdad y no discriminación que, con carácter general, consagra la LCSP.

Ante la detección de una infracción como la apuntada, la solución sería la inadmisión de las ofertas cuyas documentaciones hayan sido

presentadas de manera que incumplan los requisitos establecidos en la normativa, con respecto a la forma de presentarlas. Esta postura ha sido mantenida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (informes 43/02, 20/07 y 62/08) y por este Tribunal desde sus primeras resoluciones, la 2/2012, de 13 de abril, seguida por las posteriores, entre otras, la 8, 34 y 38/2013, 34/2014 o 2/2016, en interpretación confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo (de Valladolid) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León nº 259/2017, de 27 de febrero, que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la última de las resoluciones citadas. Otras resoluciones más recientes son la 147/2021, de 7 de octubre, y la 187/2021, de 16 de diciembre.

En cualquier caso para la determinación de los efectos de la "contaminación" de sobres deben considerarse las circunstancias del caso concreto y dependerá de que el resultado suponga indefensión para el resto de licitadores o quiebra del principio de igualdad de trato, o que pueda presumirse un margen de actuación al órgano de contratación que pueda afectar a los citados principios (Resoluciones de este Tribunal 134/2020, de 7 de octubre, 113/2020, de 27 de agosto, 157 y 158/2019, ambas de 22 de octubre, 83/2019, de 10 de junio, o Resolución del TACRC 748/2018, de 7 de septiembre, así como las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009 o de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012).

Puede afirmarse que, en general, la jurisprudencia rechaza un criterio automático para excluir a los licitadores en el caso de inclusión de documentos en sobres equivocados. Sin embargo, se admite dicha exclusión si se comprueba que se ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmulas.

Así pues, en relación con la "contaminación" de sobres -inclusión de información correspondiente a uno de los sobres en otro-, no puede hablarse de una posición única, sino que depende de las circunstancias del caso concreto, por lo que debe valorarse, en síntesis, la información suministrada y su influencia en la decisión del órgano de contratación.

En el supuesto planteado, ha quedado probada, y reconocida por el órgano de contratación en su informe, la circunstancia señalada por la recurrente, en cuanto a la inclusión del criterio nº 2 de los evaluables mediante fórmulas en el sobre correspondiente a los criterios que dependen de un juicio de valor

No obstante, el informe añade que "A pesar de ello, esta circunstancia en nada ha afectado a la valoración que el Servicio de Análisis Clínicos ha realizado respecto de los criterios de juicio de valor. El informe se ha elaborado teniendo en cuenta la documentación presentada y que tiene relevancia única y exclusivamente para la evaluación del criterio de juicio de valor y empleando la forma de valoración establecida en el cuadro del PCAP.

»El informe, así mismo, se ha elaborado teniendo presente la igualdad de trato y no discriminación, de forma y manera que todas las ofertas presentadas siguieran los mismos patrones en la evaluación desde el punto de vista técnico".

Al margen de estas apreciaciones, hay que decir que es cierto que con la información proporcionada por la adjudicataria de extremos correspondientes al criterio nº 2 de los evaluables mediante fórmulas en el sobre correspondiente a los que dependen de un juicio de valor, podía conocerse anticipadamente que la puntuación que le correspondería a aquella por tal criterio sería de 7 puntos. Puntuación, por otra parte, idéntica a la que se ha otorgado a las otras dos licitadoras en el mismo criterio, según consta en la propuesta de adjudicación del contrato, que se reproduce a continuación:

ORDEN	LICITADOR	CRITERIOS JUICIO DE VALOR	CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE FORMULAS					TOTAL
			Características de la automatización y procesamiento del análisis de la muestra	Oferta económica	Velocidad de procesamiento en modo variant	Calibración trazable respecto a DCCT o IFCC	Servicio técnico	
1	ARKRAY ESPAÑA, SA	28	50,00	7	5	5	3	98,00
2	HORIBA ABX IBERICA, SUCURSAL EN ESPAÑA DE HORIBA ABX, SAS	29	41,33	7	5	5	3	90,33
3	MENARINI DIAGNOSTICOS, SA	21	49,10	7	5	5	3	90,10

Según el resultado de las puntuaciones asignadas a cada una de las licitadoras por el criterio sujeto a juicio de valor, se observa que la puntuación más elevada no corresponde a la adjudicataria (28), sino a Horiba (29), mientras que la recurrente obtiene 21 puntos.

Sobre esta cuestión, el informe señala: "Entendemos que la valoración del criterio de juicio de valor se ha efectuado teniendo presente la documentación aportada por los licitadores al expediente de contratación, que se ha procedido con objetividad y trato igualitario, que las opciones aportadas por los tres licitadores incorporan elementos que han sido considerados que se adecúan unas mejores que otras a la disposición y protocolo de trabajo del Laboratorio de Análisis Clínicos, y que por lo que respecta al uso, manejo e interacción del software, se ha considerado que la solución ofrecida por Horiba es la que más se acerca a los requerimientos y necesidades del Servicio".

En cuanto a la valoración correspondiente a los criterios nº 2, 3, 4, y 5 evaluables mediante fórmulas, la puntuación es la misma para las tres licitadoras (7, 5, 5 y 3), por lo que sería el criterio nº 1, relativo a la oferta económica, el que establecería la prelación entre ellas, al corresponderle 50,00 a Arkray España, S.A., 41,33 a Horiba y 49,10 a Menarini.

Así las cosas, resulta patente la diferencia existente entre las puntuaciones globales otorgadas a las tres licitadoras y la ventaja obtenida

por la adjudicataria respecto a las demás: 98,00 (Arkray España, S.A.), 90,33 (Horiba) y 90,10 (Menarini).

A la vista de lo expuesto, no puede concluirse que la puntuación obtenida por la adjudicataria en el criterio sujeto a juicio de valor haya estado condicionada por la información proporcionada relativa al criterio nº 2 (7 puntos), ya que, incluso si hubiera obtenido 0 puntos en este último criterio, la proposición de Akray España, S.A. seguiría siendo la oferta más ventajosa.

Por tanto, si bien es cierto que al valorar a la adjudicataria el criterio dependiente de un juicio de valor podía conocerse la puntuación que le correspondería por un criterio de valoración automática, sin embargo, las circunstancias concurrentes en este caso no permiten apreciar arbitrariedad en la valoración realizada por el órgano de contratación.

Y ello porque se considera que se está ante una contaminación por su contenido de escasa transcendencia práctica, que difícilmente puede conllevar una modificación trascendente de las puntuaciones y que conllevaría, en su caso, de estimarse esta alegación, la exclusión de empresa adjudicataria de un procedimiento de contratación anulado.

Así las cosas, cabe concluir que, pese al eventual incumplimiento de la garantía de conocimiento sucesivo y ordenado de la documentación presentada, los datos revelados no tienen influencia en el secreto debido de las proposiciones, no afectan a la objetividad del órgano de contratación ni tampoco vulneran el principio de igualdad de trato de los licitadores, por lo que ha de desestimarse el recurso planteado.

2ª) La segunda de las cuestiones planteadas en el recurso tiene que ver con la incorrecta valoración de la proposición presentada por Horiba ABX S.A.S (en adelante Horiba) frente a la presentada por la recurrente, Menarini Diagnósticos, S.A. (en adelante Menarini).

La recurrente se refiere a los criterios dependientes de un juicio de valor y, en concreto, al subcriterio relativo a la "facilidad de uso de software", puntuable hasta 10 puntos.

Indica que la empresa Horiba ha recibido 3 puntos más que la oferta de Menarini, diferencia que, en su opinión, no responde a una valoración regular de las soluciones aportadas. Añade que hay determinadas características del producto ofertado por Menarini, que no han sido objeto de valoración, o no se han valorado en igualdad de condiciones.

En relación con esta cuestión, el informe del órgano de contratación, tras aclarar que el producto ofertado por Horiba no se denomina Middleware Minilab (que es el ofrecido por Arkray) como mantiene la recurrente, sino TOSOH Piano EVO, pone de manifiesto que la documentación aportada por Menarini, relativa al criterio de valoración, es bastante escueta y con falta de detalles, señala que, con base en ella, se ha procedido a valorar su oferta.

De igual modo, mantiene que la documentación de Horiba presenta un grado muy superior de detalle y explicación y que incorpora gráficos ilustrativos que ayudan a comprender mejor su oferta.

Asimismo, pone de manifiesto que “el único criterio de juicio de valor se refiere a las características de la automatización y procesamiento del análisis de la muestra. Su forma de valoración se distribuye en cuatro apartados o subcriterios, todos ellos valorados, ponderados y entendemos que justificados en el informe realizado por la jefa de Servicio de Análisis Clínicos”.

Sobre las cuestiones planteadas en el recurso, referidas a aspectos técnicos de las ofertas presentadas, procede traer a colación la doctrina de la discrecionalidad técnica, a la que se refieren la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina emanada de las resoluciones de los distintos Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.

Sirva a este respecto el pronunciamiento realizado por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, entre otras, en la Resolución 48/2022, de 6 de abril, donde, en relación con tal doctrina, expone: “Por lo que se refiere a la valoración técnica de las ofertas presentadas por los licitadores y su enjuiciamiento y control por los tribunales, es preciso recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado, de manera reiterada, que la Administración goza de

discrecionalidad técnica en la ponderación de criterios evaluables en función de juicios de valor; por lo que, al tratarse de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. Resulta manifiesto que este Tribunal carece de la suficiente formación para entrar en consideraciones estrictamente técnicas. Ello no obsta para que el Tribunal pueda analizar tal valoración, pero tal examen debe quedar circunscrito a sus aspectos formales, tales como normas de competencia o procedimiento, la vigilancia de que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios o que no se haya incurrido en error material. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

»La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000 señala que la "discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados - cuando éstos existan-, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto".

»Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012, entre otras, declara que "la discrecionalidad técnica expresada conduce a partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción iuris tantum sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.

»Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los

elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”.

»Todo ello en el bien entendido de que, como refiere la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2017 (Rec. 2504/2015), “la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados”.

De acuerdo con esta doctrina, cuando se trata de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. Ello no supone que el Tribunal no pueda analizar el resultado de las valoraciones, ahora bien, el análisis debe limitarse exclusivamente a los aspectos formales de la valoración, tales como normas de competencia o procedimiento, la vigilancia de que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios o que no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Aclarada esta cuestión, el informe del órgano de contratación al recurso planteado, tras aclarar que el producto ofertado por Horiba no se denomina Middleware Minilab como recoge en su escrito Menarini, sino TOSOH Piano EVO (el producto Middleware Minilab es el ofertado por la empresa Arkray), analiza las cuestiones alegadas por la empresa recurrente, que se refieren a aspectos técnicos, en los siguientes términos:

Menarini recurre la valoración técnica de los siguientes apartados del único criterio de juicio de valor, relativo a la caracterización de la automatización y procesamiento del análisis de la muestra:

»• Facilidad de uso: Se considera que el Software presentado por Horiba, TOSOH Piano Evo, es muy completo y fácil de manejar. En la descripción técnica aportada viene toda la información especificada y detallada, se considera que el entorno de escritorio es más amistoso a la hora de interactuar, con búsquedas y estadísticas más simples y rápidas, la interface nos parece más intuitiva. No es el caso de la información presentada por Menarini, que es más simple y los puntos están poco detallados. Prueba de ello, es que en el informe presentado como recurso se hace alusión a muchas acciones y especificaciones que no son mencionadas, en la memoria aportada en la licitación y que se pretende que sean valoradas, o si se mencionan no lo hacen con el detalle que se relata en el recurso.

»• Software que permite la gestión de peticiones y validación de resultados: Refiere Menarini que el sistema Middleware Minilab (reiteramos que esta referencia no se corresponde con lo ofertado por Horiba) no dispone del envío de resultados al LIS. La memoria de proyecto técnico presentada en la licitación por Horiba recoge que se dispone de comunicación bidireccional con SIL.

»El envío de resultados a LIS no es una condición de valoración, sino que es una exigencia establecida en el PPT cuando en el punto 11 denominado "conectividad informática" se establece que "el equipamiento ofertado se conectará al Sistema Informático del Laboratorio (SIL) del Complejo Asistencial de Ávila. Los analizadores deben tener una conexión bidireccional con el SIL". Por tanto, si no se cumpliese esta condición la oferta presentada por Horiba habría sido excluida, hecho que no ha acontecido, puesto que los equipos ofertados se pueden y deben conectar al SIL.

»• Interacción entre el sistema de gestión y el usuario mediante algoritmos automáticos: En relación al sistema de autovalidación del que dispone el Menasoft 6HB sí que ha sido valorado de manera positiva y tenido en cuenta. Aun así, los filtros y reglas que pueden ser configurados para llevar a cabo dicha acción, en la solución ofertada por Horiba simplifica más las tareas y alcanza un comportamiento más automatizado que la presentada por Menarini. En la documentación presentada por Horiba se especifica la validación automática de los resultados y revisión de resultados con alarmas de patologías, en cuanto a calidad de la muestra analizada, funcionamiento

del sistema y naturaleza de los resultados anormales. Además, dispone de dos niveles de alarmas: con resultado informado y resultado sin informar. Sin embargo, la información dada por Menarini en relación a este punto es sencilla y poco detallada, no pudiendo concluir que incorpore algunos detalles mencionados anteriormente que se consideran relevantes.

»• Dispone de funciones estadísticas: Respecto al módulo de estadística de los que los dos middlewares disponen, el módulo del programa de Horiba consideremos más accesible y de más fácil interacción que el de Menarini. Las funciones referidas en cuanto a datos e imágenes exportables a otras aplicaciones y los gráficos de controles y graficas de Levey Jennings están disponibles en el programa de HORIBA y de Menarini.

»• Dispone de visión conjunta de los cromatogramas de un paciente en una sola pantalla: La oferta de Menarini indica que permite la visualización de los cromatogramas en curso no que se pueda visualizar de forma conjunta los cromatogramas de un paciente en una sola pantalla. La opción que Menarini quiere comparar con lo valorado en este apartado, también está disponible en la oferta de Horiba, pero no se trata de visualizar cromatogramas en curso sino de visualizar conjuntamente los de un paciente en una pantalla.

»El que disponga de datos adicionales, ya sean demográficos o de reglas expertas de autovalidación, que puedan generar valor agregado, como relata Menarini, es una apreciación subjetiva que en modo alguno ha de ser compartida por el especialista técnico, que tendrá presente a la hora de evaluar los criterios de valor cual es el aporte de mejora en la forma de trabajar y de garantizar unos resultados analíticos de calidad, cumpliendo las prescripciones técnicas establecidas.

»• Control de calidad de la columna, a través de Platos Teóricos se tiene garantía del buen estado de la columna y cuando es preciso cambiarla: También aquí trata la recurrente de comparar elementos técnicos que se han considerado diferentes, y que a juicio de la Jefa de Servicio de Análisis Clínicos el control de calidad de la columna según el método de los equipos de Horiba, la ofrece una garantía de su buen estado y de cuando es precisa su sustitución, proporcionando una seguridad en la gestión diaria de

los procesos analíticos que se han de llevar a cabo con los instrumentos ofertados.

»• Configuración y prueba de equipamiento. Cualificación de instalación (IQ): Lo que se ha valorado positivamente en este apartado es la implementación de Horiba de la documentación de Installation Qualification (IQ) que puede utilizarse por el Laboratorio para procesos de acreditación de UNE-EN ISO 1589. La comparación que trata de hacer Menarini para justificar el trato discriminatorio, en nada se asimila al elemento valorado, ya que el IQ nada tiene que ver con disponer de gráficas dinámicas de trabajo, constatación del éxito de la prueba, repeticiones, validaciones, envíos, etc.”.

En relación con los argumentos utilizados por Menarini sobre el cumplimiento técnico que presenta su oferta, el informe mantiene: “Que en el recurso presentado por Menarini se utilizan argumentos de cumplimiento técnico que no se han incorporado en la oferta presentada en el expediente de licitación, o con un grado de detalle que supera ampliamente lo recogido en su oferta, queriendo inducir a quien ha de resolver, a que considere la evaluación, no por lo aportado en la licitación, que es lo que el evaluador técnico ha de tener presente, sino por el conocimiento del producto por quien lo fabrica o lo distribuye”.

El informe concluye a este respecto que “la valoración del criterio de juicio de valor se ha efectuado teniendo presente la documentación aportada por los licitadores al expediente de contratación, que se ha procedido con objetividad y trato igualitario, que las opciones aportadas por los tres licitadores incorporan elementos que han sido considerados que se adecúan unas mejores que otras a la disposición y protocolos de trabajo del Laboratorio de Análisis Clínicos, y que por lo que respecta al uso, manejo e interacción con el software, se ha considerado que la solución ofrecida por Horiba es la que más se acerca a los requerimientos y necesidades del Servicio”.

A la vista de lo expuesto, este Tribunal no aprecia en las respuestas que desmontan los argumentos esgrimidos por la empresa recurrente ningún vicio sobre los que deba pronunciarse, ya que de hacerlo sobre cuestiones meramente técnicas (como las que se plantean), supondría excederse de los

límites a los que se encuentra sometido por la doctrina de la discrecionalidad técnica, como ha sido extensamente expuesto *ut supra*.

En su virtud, al amparo de lo establecido en los artículos 57 de la LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

III RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Menarini Diagnósticos, S.A contra la adjudicación del contrato de suministro del material necesario para la realización de las técnicas analíticas de hemoglobina glicosilada, incluyendo el arrendamiento sin opción de compra y el mantenimiento de los equipos necesarios, convocado por la Gerencia de Asistencia Sanitaria de Ávila.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. - Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).