



RE 026/2012

Acuerdo 20/2012, de 14 junio de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por ROCHE DIAGNOSTIC, S.L. contra la resolución por la que se adjudica el contrato, en el procedimiento de licitación denominado: «Suministro de reactivos y materiales necesarios para la realización de técnicas histológicas automáticas (Lote 1 Inmunohistoquímica y tinciones histológicas)», promovido por el Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos, del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 6 de enero de 2012 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento de adjudicación denominado «Suministro de reactivos y materiales necesarios para la realización de técnicas histológicas automáticas», convocado por el Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos (en adelante CGIPC), del Servicio Aragonés de Salud, acuerdo marco sujeto a regulación armonizada, procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y dos lotes, con un valor estimado para el conjunto de los mismos de 5 550 022,24 euros, IVA excluido.

El apartado I de la hoja resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación (en adelante PCAP), señala que no procede la admisión de variantes, permitiéndose no obstante mejoras tanto en los criterios de valoración de las ofertas sujetos a evaluación



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

previa, como en los sujetos a evaluación posterior (Anexos VI y VII del PCAP), en los términos que mas adelante se detallarán.

SEGUNDO.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas varios licitadores, entre ellos las mercantiles DAKO DIAGNOSTICOS, S.A. (en adelante DAKO) y ROCHE DIAGNOSTICS, S.L. (en adelante ROCHE).

La Mesa de contratación, en sesión celebrada el día 29 de febrero de 2012, procedió a la apertura y calificación de la documentación administrativa (Sobre nº 1), presentada por los licitadores, y advirtió deficiencias y omisiones subsanables en varios de ellos, para lo cual les requirió, a los efectos de subsanación, según se recoge en el acta correspondiente.

TERCERO.- En sesión pública celebrada el 7 de marzo de 2012, tras comprobar la subsanación de la documentación administrativa por parte de las requeridas y admitir a todos los licitadores, se procedió a la apertura del Sobre nº 2, que contenía la documentación que debía ser objeto de evaluación previa, de acuerdo con los criterios del Anexo VI del PCAP. El representante de ROCHE, presente en el acto público, solicitó el examen de las ofertas, lo que le fue denegado por considerar la Mesa de contratación que el contenido del acto debe limitarse a dar a conocer el contenido de las ofertas, pero no al examen de las mismas, correspondiendo esta función al órgano técnico encargado de su evaluación. La documentación del Sobre nº 2 se trasladó a los responsables técnicos para su valoración y emisión del correspondiente informe. Estas circunstancias, quedan acreditadas en el acta de la sesión de la Mesa.

CUARTO.- Mediante escrito de 21 de marzo de 2012, con entrada en el Registro del Servicio Aragonés de Salud el 23 de marzo, los



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

representantes de ROCHE presentaron —al amparo del artículo 40.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP)—escrito de alegaciones en el que, en síntesis, manifestaban que en el acto de apertura de las propuestas sujetas a evaluación previa celebrado el 7 de marzo de 2012 se produjeron infracciones procedimentales que determinaban su nulidad de pleno derecho. En concreto, en la constitución de la Mesa de contratación, en la apertura de los Sobres nº 2 sin informar acerca del contenido de los mismos, y en la negativa, por parte de la Mesa de contratación, de hacer constar en el Acta las alegaciones y peticiones formuladas por ROCHE. Argumentan también que fue invocado incorrectamente el principio de confidencialidad para impedir el acceso a la documentación incorporada a los mencionados sobres, sin respetar la preeminencia de los principios de publicidad y transparencia que solo pueden desplazarse por el de confidencialidad en los términos establecidos en el artículo 139.1 TRLCSP.

En respuesta a dichas alegaciones, con fecha 18 de abril de 2012, la Presidenta de la Mesa de contratación les comunicó que la misma estaba legalmente constituida, que la apertura de los Sobres nº 2 se llevó a cabo en acto público, dando ocasión a los interesados de comprobar que se encontraban en idénticas condiciones en las que fueron entregados e invitando a los asistentes a que manifestaran sus dudas o pidieran explicaciones, procediendo la Mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes, constando en el Acta de la sesión las alegaciones y peticiones hechas por los representantes de ROCHE.

QUINTO.- En sesión de la Mesa de contratación celebrada el 28 de marzo de 2012, se da lectura pública del informe elaborado por los



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

responsables de los Servicios de Anatomía Patológica del Servicio Aragonés de Salud sobre los criterios sujetos a evaluación previa (Sobres nº 2). La Mesa excluye a una propuesta del Lote 1 y a dos del Lote 2 por no alcanzar la puntuación mínima de 30 puntos prevista en el Anexo VI del PCAP para continuar en el procedimiento.

A continuación, se procede a la apertura de los Sobres nº 3, correspondientes a la oferta económica y a las propuestas sujetas a evaluación posterior de los licitadores admitidos, entregándose los mismos a los responsables técnicos a efectos de valorar los criterios sujetos a valoración posterior.

SEXTO.- En sesión de la Mesa de contratación celebrada el 18 de abril de 2012, a la vista de los criterios de adjudicación previstos en el PCAP y del informe técnico de valoración, se acuerda proponer la adjudicación de los respectivos Lotes del contrato, en el siguiente sentido:

- Lote 1 DAKO.....2 067 676,97 euros (IVA no incluido)
- Lote 2 HOLOGIC IBERIA, S.L1 991 343,33 euros (IVA no incluido)

al haber presentado la oferta económicamente más ventajosa en cada uno de ellos.

Todas estas circunstancias, quedan igualmente acreditadas en el acta de la sesión de la Mesa.

SÉPTIMO.- Mediante escrito de 24 de abril de 2012, los representantes de ROCHE manifiestan que han tenido conocimiento de que la adjudicación del contrato se ha producido y notificado, sin haber recibido como interesados ninguna información hasta ese momento y solicitan acceso a la documentación del Sobre nº 2 y del Sobre nº 3 de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

las empresas licitadoras. En respuesta a dicha solicitud, con fecha 27 de abril de 2012, mediante correo electrónico, se les comunica que el acuerdo marco no ha sido adjudicado todavía.

OCTAVO.- Mediante Resolución de 2 de mayo de 2012, publicada en el Perfil de contratante el 3 de mayo, se adjudicó el Lote 1 del contrato a favor de DAKO, notificándose la misma a los licitadores con fecha 4 de mayo de 2012.

Con fecha 8 de mayo de 2012, los representantes de ROCHE remiten un nuevo escrito en el que solicitan el acceso a la documentación de los Sobres nº 2 y nº 3 de las licitadoras, y el envío del *«detalle del informe técnico que ha dado lugar a la valoración de los criterios de evaluación previa y conocer en base a qué información se ha cuantificado la Mejora económica presentada por la comercial DAKO»*. Con fecha 16 de mayo, nuevamente por correo electrónico, desde el CGIPC se les comunica que no es posible permitir a ninguna empresa el acceso a los Sobres nº 2 y nº 3 de otra empresa, según se establece en el artículo 46.5 TRLCSP, se les adjunta «estadillos» correspondientes a la evaluación de ambos Sobres por los técnicos de los Sectores Sanitarios y —en cuanto a la bonificación de DAKO— se les informa que se ha valorado el importe de los pedidos efectuados en el último ejercicio completo (2011), dando un resultado anual de 128 626,77 € (IVA excluido), correspondiente a la compra de 37 kits de Herceptest y 5 kits de EGFR.

NOVENO.- El 21 de mayo de 2012, en el registro del Servicio Aragonés de Salud, D. Vicente Ballester Morató y D. Jesús Valle Gutiérrez en representación de ROCHE, interponen recurso especial en materia de contratación pública, contra la resolución de adjudicación del contrato denominado «Suministro de reactivos y materiales necesarios para la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

realización de técnicas histológicas automáticas (Lote 1 Inmunohistoquímica y tinciones histológicas)», a DAKO.

El licitador recurrente, anunció el mismo día, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 TRLCSP.

El 24 de mayo de 2012 tiene entrada en el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, remitido por el CGIPC, el recurso interpuesto, el informe al que hace referencia el artículo 46.3 TRLCSP y parte del expediente de contratación.

El día 28 de mayo de 2012, el Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó la interposición del recurso a los restantes interesados, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP.

El 5 de junio de 2012, el Tribunal solicita del CGIPC la remisión en el plazo de dos días hábiles, de documentación esencial del expediente, inicialmente no aportada. El 6 de junio tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada, a excepción de la solicitud de aclaraciones a DAKO por parte de la unidad gestora del expediente, informando ésta mediante correo electrónico remitido al Tribunal que el requerimiento se emitió de formal verbal.

DÉCIMO.- El recurso alega y fundamenta, en síntesis, lo siguiente:

- 1) Tras relatar los antecedentes del procedimiento —con detalle de que en el acto público de apertura de ofertas económicas la Mesa puso de manifiesto que, al parecer, DAKO había incluido una serie de bonificaciones en calidad de mejoras económicas, las cuales no se podían describir en el acto público, al no estar



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

cuantificadas ni detalladas—, manifiestan que han tenido conocimiento de la presentación por DAKO el 10 de abril de 2012 (una vez abiertas las proposiciones de todas las licitadoras) una nota aclaratoria, cuantificando las bonificaciones en 128 627,77 € al año (IVA excluido). Argumentan que sin tener en cuenta la bonificación, la puntuación asignada a DAKO en la oferta económica y criterios sometidos a evaluación posterior hubiera sido de 3,12 puntos frente a los 41 de ROCHE, pero tomando en consideración la mismas, la puntuación asignada a DAKO en este apartado es de 45,3 puntos. Detallan todas las peticiones de acceso a información cursadas al CGIPC y las respuestas recibidas, que se detallan en los antecedentes CUARTO, SÉPTIMO y OCTAVO del presente Acuerdo.

- 2) Señalan que las mejoras previstas en las soluciones económicas, contenidas en el Anexo VII del PCAP, no se ajustan a los requisitos legales contenidos en los artículos 147 TRLCSP y 67 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 (en adelante RGLCAP), al estar carentes de cualquier tipo de motivación o delimitación. Impugnan la citada cláusula en base a su nulidad radical, aun cuando no se hayan impugnado previamente los Pliegos, y aplican la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales contenida en su Resolución de 21 de marzo de 2012, cuyo contenido reproducen.
- 3) Por si el Tribunal no considera que la previsión sobre las mejoras contenida en el PCAP deba ser declarada nula, mantienen que la valoración de la bonificación ofertada por DAKO efectuada



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

por el órgano de contratación supone una flagrante vulneración del principio de igualdad de trato de los licitadores, al haber brindado la Mesa de contratación a DAKO la posibilidad de modificar los términos de su oferta conociendo perfectamente los detalles de la presentada por ROCHE, actuación que es contraria a las previsiones contenidas en los artículos 139 TRLCSP y 84 RGLCSP. Entienden que ello ha supuesto una completa alteración de la clasificación de las proposiciones presentadas. Reproducen y transcriben jurisprudencia y doctrina vertidas sobre la materia y, en concreto, sobre la posibilidad de solicitar aclaraciones sobre la oferta económica o la documentación presentada en el sobre relativo a los criterios objetivos.

- 4) Destacan finalmente la a su juicio desmesurada cuantificación de las mejoras ofertadas por DAKO, teniendo en cuenta que los anticuerpos ofertados por ésta están incluidos en la cartera de anticuerpos del Acuerdo marco licitado, por lo que hubo de acudirse al precio fijado en los Pliegos en dichos productos (15 €), y no al importe de los pedidos efectuados en 2011 (75 €).

Por todo lo alegado, solicitan se acuerde la nulidad de la cláusula incluida en el Anexo VII del PCAP (pág. 36) relativa a la posibilidad de presentar mejoras económicas o bonificaciones, o, en su defecto, la nulidad de la valoración de las mejoras económicas de DAKO y la retracción de las actuaciones al momento anterior a la valoración incluida en el Sobre nº 3, sin tener en cuenta dichas mejoras, y se proceda a adjudicar el contrato a ROCHE.

DECIMOPRIMERO.- El 1 de junio de 2012, D. Salvador Rosa López, en representación de DAKO, presenta ante este Tribunal, escrito en el que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

se opone al recurso especial planteado por ROCHE, en atención a que recibió de la Mesa de contratación solicitud de subsanación de documentación de carácter administrativo, antes de la apertura de cualquier otro sobre. Posteriormente, y dentro de los plazos estipulados al efecto, recibió solicitud de aclaraciones por parte de la misma, posibilidad que se contempla en los Pliegos. Las presentó el 10 de abril de 2012, en forma y plazo, respetando los principios de transparencia y no alteración de los términos de la oferta, por lo que su actuación a lo largo de todo el proceso ha sido correcta.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

También queda acreditado, que el recurso se han interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministros, en la modalidad de Acuerdo marco, cuyo valor estimado es superior a 100 000 €. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público en Aragón.

SEGUNDO.- Las cuestiones de fondo planteadas en el recurso son tres: en primer lugar, si las previsiones sobre las diferentes soluciones económicas sobre el criterio precio contenidas en el Anexo VII del PCAP son nulas de pleno derecho, en segundo lugar, si la solicitud de aclaración de la oferta económica a DAKO cumplió con todos los



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

requisitos legales y respetó los principios de igualdad de trato y transparencia, y, en tercer lugar, si fue adecuada la valoración de la oferta de DAKO, en el criterio «Precio», recogido en el Anexo VII del PCAP, tras la aclaración formulada.

La resolución del recurso requiere, en consecuencia, examinar si la actuación del órgano y la Mesa de contratación, se ajustaron al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo), y, en especial, al PCAP que constituye, junto con el PPT, la ley de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

TERCERO.- Con carácter previo al análisis de los tres motivos del recurso, este Tribunal considera procedente realizar una serie de consideraciones previas relativas a la admisibilidad, límites y requisitos de las mejoras —distintas de las variantes— como criterio de adjudicación, cuya posible introducción —ex artículo 147 TRLCSP (y 67 RLCAP) — debe permitir, sin alterar el objeto del contrato, favorecer la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, garantizando en todo caso, la igualdad de trato. Exige, por tanto, una adecuada motivación y previa delimitación de las mejoras a tener en cuenta y su eventual ponderación, que deberá garantizar que no se altere la ponderación de los otros criterios de adjudicación. La previa concreción es un requisito esencial, pues como ha recordado la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

Para aclarar el alcance de este criterio resulta de interés la opinión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010, que se ha pronunciado favorablemente a la posibilidad de admitir mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación —posibilidad expresamente recogida en los pliegos aportados en la documentación— siempre que se establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato.

En sentido similar conviene reseñar el Informe 1/2011, de 12 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, donde se recuerda que los pliegos han de identificar la prestación en todos sus elementos, indicando si se admiten variantes y mejoras, y en tal caso, sobre qué han de versar unas y otras, cuales son sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre el que son admitidas. En todo caso, es imprescindible expresar en los informes técnicos de valoración las razones por las que determinadas variantes o mejoras se aceptan y valoran, o no, pues lo contrario no puede ser admitido por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir igualmente en causa de anulación por falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento indicados en el pliego, exigida por el artículo 150 TRLCSP.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Como ya se dijera en nuestro Acuerdo 8/2012, de 7 de febrero de 2012, por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado, en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Es imprescindible, en consecuencia, su vinculación al objeto de la prestación (objetividad) y la justificación de en qué mejora, porqué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias. La valoración de las mejoras, en el ámbito de la contratación pública, nunca puede ser una mera declaración de voluntad de quien la realiza; antes bien y al contrario, por su propia indeterminación, requiere una precisa justificación, medición y ponderación, que debe quedar reflejada en la motivación del informe que sirve de base a la propuesta de adjudicación.

Y como bien ha indicado la Resolución número 43, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 28 de julio de 2011, dictada en el recurso número 40 de 2011, los requisitos para que se puedan admitir las mejoras son:

- a) Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación
- b) que guarden relación con el objeto del contrato
- c) que deberán mencionarlos en el pliego y en los anuncios
- d) que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.

Estos requisitos exigidos por el TRLCSP para las mejoras derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en idénticas condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar y se



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

respete, en suma, la regla de la comparación de ofertas para poder decidir cual es la económicamente más ventajosa.

CUARTO.- Sentado lo anterior, en cuanto al primero de los motivos impugnatorios, debe reproducirse el contenido del Anexo VII del PCAP (*«CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS SUJETOS A EVALUACIÓN POSTERIOR. SOBRE TRES»*) bajo el epígrafe *«Soluciones económicas»*:

«Los licitadores podrán presentar diferentes soluciones económicas, que se valorarán en el criterio "Precio", consistentes en ofrecer descuentos directos sobre el precio o entrega de productos sin cargo de igual o similar naturaleza de las que el licitador pudiera resultar adjudicatario en función de los lotes o partidas adjudicadas, etc.

En caso de tratarse de productos no incluidos en este Acuerdo Marco, dichas soluciones económicas se cuantificarán tomando como elemento de valoración el precio medio de compra actual del producto en los Centros del Servicio Aragonés de Salud».

Tal y como ha quedado explicitado en el fundamento anterior, nos encontramos ante la fijación de una mejora, de carácter económico, que se añade a otras posibles mejoras técnicas recogidas como criterios de adjudicación en los Anexos VI y VII del PCAP (en el que expresamente señalaba el apartado I de su hoja resumen que no procedía la admisibilidad de variantes). Mejora en la que deben concurrir los requisitos y límites igualmente señalados.

Pues bien, como argumenta la recurrente, del tenor literal de dicha cláusula se desprende la carencia de cualquier tipo de motivación o delimitación de las mejoras permitidas, puesto que en ningún momento se hace referencia a los límites admitidos, ni al procedimiento a seguir para la valoración de las mismas. La posibilidad de ofrecer descuentos directos sobre el precio resulta consustancial a la propia formulación de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

una proposición económica, pero la entrega de productos sin cargo «de igual o similar naturaleza» o «no incluidos en este Acuerdo marco», no determina los requisitos que deben reunir para ser admisibles, ni la valoración que debe atribuirse en función de las cualidades de los mismos. Resulta así que la admisión como mejoras de las ofertadas en este punto por los licitadores y la determinación del valor atribuible a las mismas queda al arbitrio del órgano de contratación, sin más limitación que la derivada del propio pliego al exigir que las entregas de otros productos se realicen sin cargo.

En tales términos es evidente que en la aplicación de las cláusulas del pliego no queda garantizada la necesaria igualdad, ni el trato no discriminatorio de las diferentes ofertas presentadas. En consecuencia, debemos plantearnos la cuestión de si tal cláusula es de aplicación obligatoria a pesar de todo, o si, por el contrario, debe considerarse como no puesta.

A estos efectos, es doctrina reiterada de este Tribunal desde su Acuerdo 14/2011, de 19 de julio, que una vez aceptado y consentido el PCAP— ley por la que se rige el procedimiento licitatorio— el mismo deviene firme, y no cabe ya cuestionar ninguno de sus extremos, conforme a la jurisprudencia consolidada por el Tribunal Supremo, siempre que no se aprecien vicios determinantes de nulidad de pleno derecho.

Y esto es lo que sucede en el caso que nos ocupa, dado que la indebida configuración y posterior valoración del criterio de las mejoras, al alterar el principio inherente a toda licitación pública de igualdad de trato implica un vicio de nulidad de pleno derecho ex artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

(en adelante LRJPAC). Este es, por lo demás, el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la resolución dictada el 20 de julio de 2011, por la que se resolvía el recurso 155/2011 y, mas recientemente, en la de 21 de marzo de 2012, por la que se resuelve el recurso 44/2011, en la que ha señalado:

«...la previa concreción de las mejoras es un requisito esencial pues como ha recordado la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores». Lo que nos lleva ya a considerar que si no se han establecido previamente los criterios a aplicar para la valoración de las mejoras, el pliego adolece de evidentes vicios en cuanto a su validez.

También en dicha resolución citábamos el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 59/2009, de 26 de febrero que se pronunciaba favorablemente “a la posibilidad de admitir mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación siempre que se establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”. Es decir que, en todo caso, la admisión de estas mejoras comporta la necesidad de identificarlas suficientemente así como el establecimiento de los criterios claros y precios para valorarlas.

Aplicando esta doctrina al caso presente debemos destacar que en las cláusulas cuyo contenido se ha transcrito previamente queda manifiesta la insuficiente regulación de las mejoras habida cuenta de que ni figuran detalladas, ni se expresan sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente quedando claro asimismo que tampoco figuran los criterios a seguir para su valoración, lo que ha obligado a fijar a posteriori reglas y subcriterios de valoración a la comisión designada para llevarla a cabo en franca contradicción con la doctrina sentada



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia mencionada anteriormente.

Así las cosas, es indudable que, como dijimos en nuestra resolución 5/2012, de 5 de enero, por la que resolvimos el recurso nº 317/2011, “la existencia de una valoración de mejoras sin apoyo en criterios previamente determinados supone una infracción material del principio de igualdad que debe ser conocida por este Tribunal sin que pueda aceptarse que la no impugnación del pliego obliga a los licitadores a estar y pasar por cualquier valoración de las mejoras”. Afirmación esta última que no puede entenderse como una contradicción de la doctrina jurisprudencial antes mencionada en relación con la impugnación de los pliegos pues dicha doctrina contempla como excepción el supuesto de que la cláusula afectada sea nula de pleno derecho. Y no de otra forma debe ser calificada a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.1 del Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público en relación con el 62.2 a) de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre una cláusula de la que puede derivar, sin miedo a violentarla, una valoración de las ofertas contraria al principio de igualdad y de trato no discriminatorio. En efecto dicho precepto declara nulos de pleno derecho los actos administrativos “que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”, entre los cuales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española, debe considerarse incluido el derecho a la igualdad ante la Ley.

Frente a este argumento no cabe aducir que las cláusulas en cuestión no comportan por sí mismas una infracción del principio de igualdad porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta ».

La aplicación de esta doctrina, que se comparte íntegramente por este Tribunal, al presente caso, obliga a concluir que la cláusula transcrita no expresa adecuadamente los requisitos y límites exigibles, y puede comportar discriminación entre los licitadores por lo que se considera afectada por el vicio de nulidad absoluta, admitiéndose, en consecuencia, el primero de los motivos del recurso.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

QUINTO.- El segundo de los motivos del recurso obliga a este Tribunal a analizar si la solicitud y admisión de una aclaración de la oferta económica a DAKO cumplió con todos los requisitos legales y respetó los principios de igualdad de trato y transparencia predicables de la contratación pública.

A estos efectos, el artículo 9 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, establece textualmente:

«Artículo 9.— Aclaración de ofertas.

1. Únicamente podrá requerirse información a los candidatos o los licitadores tras la apertura de las ofertas, en el supuesto de que se solicite aclaración sobre una oferta o si hubiere que corregir manifiestos errores materiales en la redacción de la misma y siempre que se respete el principio de igualdad de trato.

2. En estos supuestos la Mesa de contratación o el órgano de contratación podrá tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador, sin que tal contacto pueda entrañar, en ningún caso, una modificación de los términos de la oferta. En todo caso deberá dejarse constancia documental de estas actuaciones».

En coherencia con el precepto, la cláusula 2.2.11 del PCAP señala:

«2.2.11. Aclaración de ofertas

La mesa o el órgano de contratación podrán solicitar al licitador aclaración sobre la oferta presentada o si hubiere de corregir manifiestos errores materiales en la redacción de la misma y siempre que se respete el principio de igualdad de trato y sin que pueda, en ningún caso, modificarse los términos de la oferta. De todo lo actuado deberá dejarse constancia documental en el expediente (art. 9 Ley 3/2011)».

Esta regulación de la aclaración de ofertas encuentra su fundamento en la doctrina contenida en la STJUE de 10 de diciembre de 2009, Antwerpse Bouwwerken NV, Asunto T-195/08. El límite de estas aclaraciones se encuentra en la posibilidad de que por esta vía se



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

introduzcan modificaciones en las ofertas (es decir, no se puede cambiar la oferta ni «reofertar»). Y es que se considera contrario al principio de buena administración rechazar una oferta ambigua o que presente errores manifiestos sin solicitar antes aclaraciones al licitador, ello siempre que se respete el principio de igualdad de trato y no se modifiquen los términos de la oferta.

Del análisis del expediente remitido, y de la respuesta dada por la unidad gestora confirmando que la aclaración se requirió «de formal verbal», se constata que no se han respetado en la solicitud de aclaraciones a DAKO los requisitos mínimos señalados en la normativa transcrita, alterando el fundamento de esta técnica y de la propia licitación. En concreto, no ha podido acreditarse ante este Tribunal ni el contenido y alcance de la aclaración solicitada, ni la fecha de su formulación. Ni siquiera en las Actas de las sesiones de la Mesa de contratación celebradas se alude a su existencia, aun cuando el recurrente manifiesta en su recurso que en el acto de apertura del Sobre n.º 3 la Mesa puso de manifiesto que, al parecer, DAKO había incluido en dicho sobre, concretamente en el documento relativo a la cartera de anticuerpos, una serie de bonificaciones en calidad de mejoras económicas, las cuales no se podían describir en dicho acto público al no estar cuantificadas ni detalladas.

En conclusión, el trámite de aclaración llevado a efecto ha sido verificado sin respeto a la previsión legal y a los principios de igualdad de trato y de transparencia, invalidando así el procedimiento, procediendo admitir en consecuencia este motivo de recurso.

SIXTO.- Aunque la admisión de los dos motivos de recurso anteriores haría innecesario este análisis, resta por determinar si fue adecuada la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

valoración de la oferta de DAKO, en el criterio «Precio», recogido en el Anexo VII del PCAP, tras la aclaración formulada.

De acuerdo con el PCAP:

«En caso de tratarse de productos no incluidos en este Acuerdo Marco, dichas soluciones económicas se cuantificarán tomando como elemento de valoración el precio medio de compra actual del producto en los Centros del Servicio Aragonés de Salud».

Argumenta en este punto la recurrente que, teniendo en cuenta que los anticuerpos ofertados como bonificación por DAKO estaban incluidos en la cartera de anticuerpos del Acuerdo marco licitado, debió acudirse al precio fijado en los Pliegos en relación a dichos productos (15 €), y no acudir al importe de los pedidos realizados en 2011. Por su parte la unidad gestora argumenta que de la aclaración formulada por DAKO se concluye que se trata de la entrega de kits completos en formato de kit farmacodiagnostico de los productos EGFR-PhDx y HercepTest, que incluyen su propio sistema de visualización, accesorios y componentes, por lo que en consecuencia se trata de productos cuya adquisición se produce fuera del objeto del contrato y que ellos valoran en 127 000 €. Continúan argumentando que la Subdirección lo que hizo fue verificar la valoración del ahorro que supondría la adquisición anual a coste 0 de dichos productos, y para ello se sumaron las compras de los citados productos que se habían realizado en el ejercicio 2011 por todos los Centros sanitarios del Servicio Aragonés de Salud, resultando un importe anual de 128 626,77 € IVA excluido. Se acompaña documentación que acredita el mencionado importe.

La falta de precisión en la mejora económica de los requisitos que deben reunir los productos a ofertar sin cargo hace imposible que este Tribunal se pronuncie sobre si nos encontramos ante productos incluidos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

en el Acuerdo marco, como argumenta la recurrente, o ante productos cuya adquisición se produce fuera del objeto del contrato, como argumenta la unidad gestora.

SÉPTIMO.- Por último, quiere señalarse que constan en el expediente administrativo los diversos escritos formulados por la recurrente para acceder al expediente de contratación y, en concreto, al contenido de los Sobres nº 2 y nº 3 del resto de licitadores, y las respuestas dadas desde el CGIPC denegando el acceso a los mismos en base a lo establecido en el artículo 46.5 TRLCSP. La mención del precepto debe considerarse errónea, ya que el mismo se refiere a la confidencialidad a garantizar por los órganos de resolución del recurso especial. Cabe entender que la referencia ha querido hacerse al artículo 140.1 TRLCSP «Confidencialidad». Dicho precepto garantiza únicamente la confidencialidad de la información designada como tal por los licitadores, como igualmente señala la cláusula 2.2.4.1 apartado 14º cuando señala:

« 14. Documentos y datos de los licitadores de carácter confidencial. Tal como prevé el artículo 124 LCSP, las empresas licitadoras tendrán que indicar, si es el caso, mediante una declaración complementaria qué documentos administrativos y técnicos y datos presentados son, a su parecer, constitutivos de ser considerados confidenciales. Esta circunstancia deberá además reflejarse claramente (sobreimpresa, al margen o de cualquier otra forma) en el propio documento señalado como tal. Los documentos y datos presentados por las empresas licitadoras pueden ser considerados de carácter confidencial cuando su difusión a terceros pueda ser contraria a sus intereses comerciales legítimos, perjudicar la leal competencia entre las empresas del sector o bien estén comprendidas en las prohibiciones establecidas en la Ley de Protección de datos de Carácter Personal. De no aportarse esta declaración se considerará que ningún documento o dato posee dicho carácter».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Salvo cuando concurren los requisitos y condiciones señalados, el derecho de defensa —como ya se indicara en nuestra Resolución 5/2011, de 12 de julio—, exigía haber accedido a lo solicitado por ROCHE, máxime concretados los documentos que se deseaban conocer y que eran necesarios para poder formular adecuadamente el recurso contra la licitación tal y como ha advertido el TJUE en su Sentencia de 23 de diciembre de 2009 (Asunto C-455/08, Comisión Europea/Irlanda).

OCTAVO.- Apreciada por este Tribunal, la nulidad del epígrafe «Soluciones económicas» del Anexo VII del PCAP («CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS SUJETOS A EVALUACIÓN POSTERIOR. SOBRE TRES»), la misma no debe hacerse extensiva al resto de las cláusulas que integran el pliego afectado, dada la función específica de esta cláusula respecto de las otras, que deben permanecer invariables. En consecuencia, procede la aplicación del principio de conservación de actos y trámites que consagra el artículo 66 LRJPAC, a cuyo tenor: «El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción», debiendo declararse la nulidad de la adjudicación y la retroacción del procedimiento hasta la fase de valoración para efectuar una nueva, sin aplicar la cláusula anulada.

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



III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso especial, interpuesto por D. Vicente Ballester Morató y D. Jesús Valle Gutiérrez en representación de ROCHE DIAGNOSTIC, S.L, contra la resolución de adjudicación del contrato denominado «Suministro de reactivos y materiales necesarios para la realización de técnicas histológicas automáticas (Lote 1 Inmunohistoquímica y tinciones histológicas)», promovido por el Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Anular la adjudicación, y ordenar que se retrotraigan las actuaciones, a la fase de valoración dejando sin efecto la cláusula «Soluciones económicas» del Anexo VII del PCAP («CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS SUJETOS A EVALUACIÓN POSTERIOR. SOBRE TRES»), por ser nula de pleno derecho.

TERCERO.- El Centro de Gestión Integrada de Proyectos Corporativos del Servicio Aragonés de Salud deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

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

QUINTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.