



**EB 2013/121**

**Resolución 12/2014, de 7 de febrero de 2014, del sustituto del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularraren ordezkorena, en relación con el recurso especial en materia de contratación presentado por Dako Diagnósticos, S.A.U. contra la exclusión de su oferta al contrato que tiene por objeto el suministro de los productos y equipos necesarios para realizar técnicas de anatomía patológica en las unidades de gestión clínica de la red de diagnóstico biológico de Osakidetza.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 5 de diciembre de 2013 la empresa Dako Diagnósticos, S.A.U. (en adelante, "DAKO") interpuso ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales/Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante OARC/KEAO) recurso especial en materia de contratación contra la exclusión de su oferta al contrato que tiene por objeto el suministro de los productos y equipos necesarios para realizar técnicas de anatomía patológica en las unidades de gestión clínica de la red de diagnóstico biológico de Osakidetza.

**SEGUNDO:** El expediente junto con el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) fueron requeridos al poder adjudicador con fecha 5 de diciembre de 2013, y causaron registro de entrada en el libro de entradas del OARC/KEAO el 12 de diciembre de 2013. Con fecha 18 de diciembre de 2013 se solicitaron alegaciones a los interesados, habiéndose recibido las de la empresa Roche Diagnostics, S.L.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** Queda acreditada en el expediente la legitimación de la empresa recurrente como licitadora interesada en la adjudicación del contrato, de conformidad con lo previsto en los artículos 42 y 44. 4. a) del TRLCSP.



**SEGUNDO:** El artículo 40.1 del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rigen la licitación establecen que se trata de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada.

**TERCERO:** Según el artículo 40.2 b) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores

**CUARTO:** Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículos 3.2e) y 3.3 a) TRLCSP).

**QUINTO:** El recurso se ha interpuesto en el plazo legalmente previsto en el artículo 44.2 TRLCSP.

**SEXTO:** De forma preliminar a la exposición de los motivos de impugnación alegados por DAKO en su recurso y de la exposición de los argumentos formulados en contra por el poder adjudicador y las alegaciones efectuadas por la adjudicataria del contrato se considera necesario hacer mención previa al recurso especial presentado por DAKO el 19 de julio de 2013 contra un primer acuerdo de exclusión de su oferta al Lote 1 en este mismo procedimiento de adjudicación y que se resolvió por Resolución 93/2013, de 11 de octubre de 2013, de este órgano resolutorio, estimando parcialmente la pretensión formulada y ordenando la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor, donde se tendrá en cuenta lo expuesto en dicha Resolución, cuyo fundamento jurídico undécimo argumentaba de la siguiente forma:

a) Las valoraciones de las ofertas omiten la aplicación de los criterios descritos en el PCAP bajo los epígrafes 1.2.6, 1.2.7 y 1.2.8 (en la valoración del lote 1) y 1.2.2, 1.2.3, 1.2.4, 1.2.5, 1.2.6, 1.2.7 y 1.2.8 (en la valoración del lote 2), lo que es una clara infracción legal que no puede ampararse en el amplio ámbito que la doctrina de la discrecionalidad técnica antes expuesta concede al poder adjudicador, ya que supone eludir la elemental exigencia de que la clasificación de las ofertas se haga de acuerdo “con los criterios de adjudicación señalados en el pliego o en el anuncio” (artículo 151.1 TRLCSP), la cual deriva de los principios de igualdad, transparencia, publicidad y selección de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1 TRLCSP).



b) Igualmente, merece un juicio desfavorable la inclusión, en la valoración referida al lote 1, dentro del criterio 1.1 “Sistema global de información y trazabilidad”, de un subcriterio no previsto en el PCAP y descrito como “Otras funcionalidades ofertadas por los licitadores especialmente las relacionadas con la gestión digital de las imágenes anatomopatológicas (adquisición, tratamiento, almacenamiento y difusión de la misma) así como la posibilidad de escaneado de documentos”, pues se refiere a funcionalidades o prestaciones que no figuraban en el criterio de adjudicación primario, modificando éste e introduciendo elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación, lo que infringe los principios de publicidad, transparencia e igualdad de trato (ver las Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE de 24 de noviembre de 2005, asunto C-331/04 y de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06).

(...)

d) con carácter general, la motivación empleada es insuficiente, puesto que en algunos casos se refiere únicamente a uno de los subcriterios o aspectos a valorar (ver, por ejemplo, la motivación de la “practicabilidad” en los criterios 1.2.2, 1.2.3 y 1.2.4 del lote 1), siendo así que el criterio se divide en varios más, que hacen referencia a distintas características de la oferta, sobre cuya motivación no hay mención alguna. Debe recordarse que, entre otras, es función del requisito de la motivación facilitar la interposición de un recurso fundado por los interesados, función que se frustra si, como en este caso, se desconoce el proceso lógico del que se deriva la puntuación otorgada (ver, por todas, la Resolución 176/2013 del TACRC) porque la explicación no se pone en conexión con el contenido del criterio que se aplica.

Por ello, el recurso debe ser estimado en este punto, con la consecuencia de la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor.

El poder adjudicador, mediante Resolución de fecha 17 de octubre de 2013, procedió a dar cumplimiento a lo acordado en la Resolución 93/2013, de 11 de octubre del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi y con fecha 15 de noviembre de 2013 se emitió un nuevo informe técnico sobre los criterios de adjudicación sujetos a valoración, el cual ha servido de base para que la Mesa de contratación en su sesión de fecha 18 de noviembre de 2013 acuerde la exclusión del procedimiento de la propuesta contractual de la ahora recurrente (DAKO).

**SÉPTIMO:** En síntesis, DAKO basa su pretensión de nulidad radical de la resolución por la que se acuerda la exclusión de su oferta del procedimiento por no haber alcanzado el umbral de 25 puntos en los criterios de valoración no automática, en las siguientes razones:

a) vulneración del principio de conservación del acto (artículo 66 en relación con el artículo 64.2 ambos de la LRJPAC). Entiende que la obligación de mayor motivación impuesta por la Resolución del OARC tan solo puede entenderse como un incremento de explicaciones en relación con los motivos por los cuales se señalan las puntuaciones. Consideran vulnerada la doctrina de los actos propios pues la mesa de contratación emitió un acto expreso de puntuación y valoración de las ofertas presentadas por los licitadores. Dicho acto fue anulado parcialmente y aprovechando el acto de retroacción de las



actuaciones volvió a realizar una nueva puntuación totalmente contraria y manifiestamente incompatible con la anteriormente realizada. Esta infracción implica la necesidad de declarar la nulidad total de la exclusión de DAKO para que la Mesa de contratación reproduzca la valoración con la misma puntuación realizada con fecha 5 de julio de 2013 donde deberá figurar una puntuación de 8 puntos así como una mayor motivación de los puntos otorgados en su día.

b) Subsidiariamente a lo anterior, realizan una serie de objeciones al informe técnico de valoración de fecha 15 de noviembre de 2013:

- La puntuación asignada a cada epígrafe se realiza de manera global y no se especifica subcriterio alguno siendo pacífica la jurisprudencia a este respecto (STJUE de 24 de noviembre de 2008 Asunto Alexandroupulis). El órgano evaluador ha modificado o al menos ha primado más unas cuestiones sobre otras en la valoración y ello ha impedido que la recurrente pudiera realizar una oferta en términos de igualdad.
- El informe penaliza que DAKO no incluye determinada documentación en su oferta cuando sí que lo está, como es el caso del cronograma de trabajo.
- Se penaliza que los equipos de DAKO tengan una capacidad de análisis de muestras inferior a la de ROCHE y, sin embargo, con un simple cálculo matemático se desprende que la capacidad/velocidad del procesado de muestras el producto de DAKO es superior a la del equipo de ROCHE. Esto se debe a que únicamente se ha tomado en cuenta la capacidad sin hacer referencia a la capacidad por unidad de tiempo. Así, en la propuesta de ROCHE figura como capacidad máxima 1530 portas por día mientras que en la página 14 de la propuesta de DAKO figuran 1800 muestras al día.
- En relación con los equipos ofertados para técnicas inmunohistoquímicas convencionales y en las dianas terapéuticas uno de los equipos ofertados por DAKO puede procesar 144 muestras al día y el otro equipo 180 en tanto que los de ROCHE inicialmente pueden procesar 90 muestras al día.
- en la valoración del criterio 1.2.5, se penaliza que los equipos de DAKO no generen informes de calidad y esta exigencia no se requería en los pliegos y, además, esta posibilidad figura en la página 139 de su oferta.
- Se penaliza que DAKO oferte un servicio técnico de peor calidad que el de ROCHE y, sin embargo, con la simple lectura de la oferta se desprende lo contrario: en lo referente al tiempo de respuesta no se ha tenido en cuenta lo señalado en la página 109 de su oferta, de un número de atención telefónica fuera del horario señalado. En lo que respecta a los técnicos ofertados en la zona se observa un tratamiento discriminatorio en relación con la valoración que de este apartado se ha realizado en el lote 2 en el que a igual oferta de personal a la empresa PROQUINORTE se le ha atribuido el máximo de puntos
- Se penaliza que los equipos de DAKO no tengan funcionalidades que si tienen y las ventajas del equipo de ROCHE destacadas en el informe de evaluación también las tiene el equipo ofertado por DAKO: pueden emitir informes de calidad, oferta la funcionalidad de priorización de urgencias (pág. 18), pueden monitorizar el volumen de residuos y del contenedor, la



carga de trabajo es continua para poder procesar en turnos de trabajo donde no haya personal.

- Se priman modos de realizar un proceso de análisis sin respaldo científico alguno. Así, el informe de evaluación otorga mayor puntuación a ROCHE pues dice que DAKO utiliza un sistema de tinción que puede generar problemas en los análisis de muestras. El recurso muestra su disconformidad con dicha afirmación y concluye que en sus equipos es cierto que puede primar un sistema de tinción concreto pero no se justifica que dicho sistema sea mejor.

**SÉPTIMO:** Por su parte, el poder adjudicador en su informe, opone lo siguiente:

a) la Resolución 93/2013 del OARC/KEAO ordena la retroacción de actuaciones hasta el momento de la aplicación de los criterios sujetos a un juicio de valor, por lo que todos los actos posteriores, incluidos el informe técnico, han quedado anulados. Ello ha llevado a la Mesa de contratación a la confección de un nuevo informe en el que se ha tenido en cuenta lo dispuesto en la citada Resolución 93/2013. No hay posibilidad de conservación de actos en un trámite que deviene inexistente. En caso de mantenerse lo que sostiene DAKO en su recurso la puntuación no habría variado y sólo habría que haberse expuesto la natural confusión que sobre los subcriterios 1.2.6, y el 1.2.7 y 1.2.8 correspondientes al criterio 1.2 se ha producido y que hacía precisa su clarificación.

b) en la introducción del informe técnico se explica la distribución por lotes de los criterios de valoración, que no figura en los pliegos y que hizo entender al OARC que correspondían todos ellos a la valoración del lote 1 cuando, en realidad, el subcriterio 1.2.6 correspondía al lote 2, y los subcriterios 1.2.7 y 1.2.8 al lote 3, lo que ha obligado a redefinir la estructura del informe. Por tanto, la correspondencia entre lotes y criterios es el siguiente:

<b>Lote 1</b>	1.2.1 Tinción automática hematoxilina
	1.2.2 Técnicas histoquímica
	1.2.3 Técnicas inmunohistoquímicas convencionales
	1.2.4 Técnicas inmunohistoquímicas para dianas terapéuticas (her 2, C-kit, y otras)
	1.2.5 Técnicas inmunofluorescencia directa
<b>Lote 2</b>	1.2.6 Sistemas automatizados para la realización de técnicas moleculares (mutaciones genéticas por PCR cuantitativa a tiempo real)
<b>Lote 3</b>	1.2.7 Técnicas de hibridación <i>in situ</i> fluorescente (FISH)
	1.2.8 Técnicas de hibridación <i>in situ</i> cromogénica (CISH)

c) considera que no hay vulneración del principio de actos propios pues con la retroacción no hay actos posteriores válidos. Además, si se aplica este principio, tampoco se podrían mantener las puntuaciones que en el nuevo informe favorecen a DAKO.



d) en lo que respecta a la incorrecta aplicación de los criterios, se remite al informe técnico si bien realizan, por su relevancia, las siguientes aclaraciones a la parte técnica:

- sistema de telepatología: consiste en la difusión de una imagen entre patólogos situados en otros centros para poder realizar consultas de diagnósticos. Cuando evalúan el sistema de trazabilidad/sistemas de información asociados a este procedimiento como diferencial en relación a “Gestión digital de la imagen” es porque el sistema de trazabilidad por si solo contempla la integración de los procesos y trazabilidad hasta el nivel de la telepatología y la gestión digital de la imagen. De igual manera ha sido valorado el hecho de que el sistema de ROCHE incluye un completo sistema de gestión de estadísticas, tiempos de respuesta, gestión de archivo, gestión de calidad y otras funcionalidades prácticas.
- equipos y reactivos: en la tinción automática hematoxilina (H&E), el equipo ofertado por ROCHE permite la carga de 500 portas a la vez, de forma simultánea. Permite un trabajo overnight de 500 muestras ya que en el elevador se pueden dejar en espera bandejas antes del horneado. Por otra parte existe la posibilidad de obtener 500 portas a primera hora de la mañana ya que al poder trabajar overnight se puede dejar el equipo cargado y obtener 500 portas nada más llegar al laboratorio mientras que con DAKO el primer resultado posible sería de 120 portas. Las 1.530 muestras descritas en los pliegos hacen referencia a las 7 horas laborables del laboratorio, pero teniendo en cuenta la funcionalidad overnight, el número de portas que es capaz de procesar al día es de 2.030 portas. En lo referente a las técnicas histoquímicas (IHQ) ROCHE ofrece para cada centro al menos dos equipos IHQ por lo que la carga real que se podría procesar por laboratorio será de 180 muestras al día que realizan una automatización completa desde el horneado hasta la contratación incluyéndose el desparafinado y desenmascaramiento antigénico, sin necesidad de manipular las muestras. El cálculo está realizado en base a su uso en la jornada laboral y se puede aumentar en 90 portas/día con lo que los dos equipos podrían realizar 270 portas/día. Los equipos ofertados por DAKO no disponen de control informático de líquidos, el trabajar con la etapa de procesamiento y desparafinado fuera de uno de los equipos ofertados obliga a juntar casos para optimizar líquidos comunes y no gastar más buffer del necesario (8 son los recomendados), mientras que con los otros equipos no hay que juntar casos.

e) el sistema de ROCHE permite la integración de diferentes tipos de técnicas como IHQ, ISH y FITC en un solo equipo. Para realizar técnicas de hibridación in situ con DAKO es necesario usar equipos adicionales que retrasan y van en contra de la optimización del flujo de trabajo y del espacio en laboratorio.

f) gestión de residuos: los equipos ofertados por ROCHE gestionan los desechos como residuo químico acumulado en un único depósito con el fin de evitar errores en su manipulación. Los equipos ofertados por DAKO (Artisan Link y Autostainer Link) no tienen sensores de nivel en el control de residuos de



tal manera que se pueden desbordar los tanques de residuos y obliga al control visual y dificulta el trabajo de overnight.

g) informes personalizados: los equipos ofertados por ROCHE llevan incorporado un módulo de generación de informes donde se identifican una serie de datos que pueden ser visualizados desde la solución de trazabilidad VANTAGE de tal modo que para una preparación podremos tener todo el detalle técnico del reactivo utilizado. Adicionalmente se permite conocer en tiempo real la situación de cada una de las muestras que se está procesando y permite el registro de incidencias de calidad en cada una de las estaciones de trabajo y el portal de gestión del sistema permite realizar estadísticas en tiempo real para conocer el volumen de muestras que se están gestionando. Los equipos de DAKO, al utilizar diferentes sistemas (PT Link y Autostainer) para hacer la técnica IHQ, no pueden trazar una parte del proceso, por ser manual, por lo que esta fase no aparecería trazada.

h) cronograma de trabajo relativo al plan de diseño de las instalaciones, equipamiento e infraestructura auxiliar. De lo especificado en las cláusulas del PPT se deriva que los licitadores estaban obligados a presentar la documentación técnica en formato papel.

i) servicio técnico: La capacidad para dar un tiempo de respuesta urgente requiere no sólo un horario sino disponibilidad de personal en la zona para poder ejecutarla y los recursos humanos ofertados por ROCHE son muy superiores tanto en número como localización a los ofertados por DAKO. En lo que respecta a los técnicos ofertados en la zona, se ha valorado cada lote de forma independiente. El número de equipos, actividad analítica y el tipo de test a realizar en el lote 1 es muy superior al requerido para el lote 2 por lo que la asistencia al lote 1 debe ser superior. Por ello, para el mismo número de técnicos ofertados la valoración debe ser diferente.

**OCTAVO:** La empresa ROCHE, por su parte, realiza las siguientes alegaciones:

a) DAKO realiza una exégesis interesada de la Resolución 93/2013 del OARC/KEAO pretendiendo imponer una interpretación excesivamente restrictiva. La jurisprudencia (Resolución 40/2013, de 6 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid) no avala una supuesta interdicción en la modificación del informe de valoración de las ofertas en aquello que supere lo estrictamente impugnado por la recurrente, por cuanto la actuación administrativa debe ser coherente y congruente en todos sus extremos y, debe tender a la persecución de la mayor eficiencia posible. Considera, en contra de lo que señala la recurrente, que no es de aplicación la doctrina de los actos propios pues una administración pública no puede vincularse a sus propios actos cuando de los mismos pudiera resultar una lesión del ordenamiento jurídico (STS de 14 de mayo de 2002).



b) carece de fundamentación el argumento de que el órgano de contratación ha utilizado criterios de valoración que no fueron definidos con anterioridad pues en todo momento ha seguido los criterios fijados en el Anexo VIII del PPT. Señala que la discrecionalidad técnica de la que goza la administración en la valoración de las ofertas impide que se sustituya el juicio técnico del órgano de contratación en lo que se refiere a la valoración de la adecuación de las propuestas a los requerimientos técnicos y a los distintos criterios de adjudicación, que es lo que pretende el recurrente.

c) correcta aplicación de los criterios de adjudicación basados en juicios de valor.

- las afirmaciones de DAKO de que se ha penalizado que sus equipos tengan una capacidad inferior a los de ROCHE no es cierta pues de un simple cálculo matemático se desprende lo contrario. El equipo ofertado por ROCHE para la tinción automática Hematoxilina si bien es capaz de cargar 500 portas de forma simultánea dentro del equipo para su posterior tratamiento y tinción, este hecho permite un trabajo overnight. Las 1.530 muestras descritas en los pliegos hacen referencia únicamente a las 7 horas laborales en laboratorio. Así, el número de portas diario puede ser de 2.030 portas, cantidad superior a las 1.800 muestras indicadas en su oferta por la recurrente. Este cálculo está hecho para operar en modo "run" por lo que, si se usa el sistema en su máxima pontencialidad (carga continua) existe la posibilidad de aumentar la rapidez de obtención de resultados. Además, tal y como se indica en la oferta, ROCHE instalará 7 equipos para 5 UGC lo que implica que en algunos centros la velocidad pasará a ser de 4.060 portas al día. En cuanto a los equipos ofertados para las técnicas inmunohistoquímicas, ROCHE ha ofertado para cada centro al menos 2 equipos por lo que la carga real que podrá procesarse será de 180 muestras al día. Este cálculo corresponde a la jornada laboral por lo que este número se puede ver incrementado en 90 portas más al día y con 2 equipos se podría llegar a 270 portas al día. En lo relativo a la obtención de resultados de las dianas terapéuticas, al trabajar los equipos ofertados por DAKO con la etapa de procesamiento y desparafinado fuera de uno de los equipos ofertados, obliga a juntar casos para optimizar los líquidos comunes y no gastar más buffer del necesario y por lo que los resultados de las técnicas inmunohistoquímicas de las dianas terapéuticas se demora hasta juntar 8 casos.
- en lo relativo a la penalización de DAKO por no generar informes de calidad cuando dicha exigencia no se requería en los pliegos y, además, los equipos de DAKO si emiten informes de calidad, opone ROCHE que estas afirmaciones constituyen meras aseveraciones de parte pues DAKO no acompaña ningún documento para acreditar el cumplimiento de dicha característica técnica aun pudiendo haberlo aportado junto con el recurso especial.
- en relación con las manifestaciones tendentes a demostrar que el servicio técnico de DAKO es de mejor calidad que el de ROCHE opone que la capacidad para dar un tiempo de respuesta urgente no requiere solamente de una línea telefónica de horario ininterrumpido sino que es imprescindible





la disponibilidad de personal en la zona para poder ejecutar las incidencias comunicadas. Carecen de relevancia las valoraciones realizadas en otros lotes porque cada lote es valorado de modo independiente.

- en lo que respecta a la penalización impuesta a DAKO por la no valoración de funcionalidades de sus equipos que sí que tienen,
  - .- informes de calidad: son aseveraciones de la recurrente que no van acompañados del correspondiente documento acreditativo.
  - .- priorización de urgencias: la posibilidad indicada por la recurrente de crear protocolos rápidos donde se puedan customizar tiempos, pasos etc., nada tiene que ver con un procedimiento de priorización de urgencias, que sí que tiene el equipo ofertado por ROCHE que, independientemente de la carga de trabajo existente con anterioridad a la urgencia, permite que ésta pueda ser procesada inmediatamente por delante de las muestras previamente cargadas.
  - .- monitorización del volumen de residuos y del contenedor: únicamente los equipos de ROCHE gestionan los desechos como residuo químico acumulado en un único depósito con el fin de evitar errores en la manipulación de los mismos, a lo que debe añadirse que los equipos tienen un sensor de nivel que evita cualquier riesgo de desbordamiento de los residuos.
  - .- carga de trabajo: en continuo, para procesar en turnos donde no haya personal y uso de módulos por separado: el equipo Symphony ofertado por ROCHE es un equipo de carga continua “real” pues permite que puedan introducirse portas en todo momento hasta 500 a la vez y recogerlos todos completamente montados y listos para evaluar. Sin embargo, en el equipo ofertado por DAKO la carga es por racks de 120 portas y es necesario esperar a que el módulo de horneado se libere para poder alimentar con otro rack.
  - .- Modo de procesar las muestras por los equipos de DAKO: en el sistema PT Link/Autostainer ofertado por DAKO el proceso de desparafinación hasta la tinción está separado en dos equipos distintos e implica manipulación intermedia por parte del técnico. Es, por tanto, una plataforma que no se encuentra integrada en un único equipo y, por tanto, requiere de manipulación por parte de los técnicos de laboratorio. Pero es que, además, los equipos (i) no disponen de alternativa de alimentación en continuo de portas y reactivo, (ii) los reactivos, como la DAB del kit de detección, tienen que ser preparado manualmente y de forma periódica (iii) no disponen de control de nivel de residuos ni de los líquidos comunes. El otro equipo ofertado por DAKO, el Omnis, es un equipo que no puede ser valorado puesto que no se dispone de experiencia de trabajo con el mismo en laboratorios de anatomía patológica y, por tanto, se ignora una de las características esenciales del equipo definidas en el PPT, esto es, que el equipo sea susceptible de ser integrado en un sistema global de gestión de calidad a tiempo real en el laboratorio.
- en lo que respecta a la alegación de DAKO de que se da primacía a los modos de realizar un proceso de análisis sin respaldo científico alguno (sistema de tinción), se pone de manifiesto que el equipo Symphony ofertado por ROCHE realiza la tinción individualizada por muestra evitando



riesgos de contaminación cruzada entre muestras y asegurando la misma calidad de tinción en cada uno de los portaobjetos y el sistema utiliza reactivos frescos por cada tinción y no usa sistemas de tinción por inmersión, además, garantiza la eliminación absoluta de contaminación cruzada entre reactivos. Por el contrario, el equipo ofertado por DAKO recurre a un sistema de tinción por inmersión que no utiliza reactivos frescos individualizados para cada muestra. De hecho los reactivos de tinción son recirculados y reutilizados. El hecho de que las muestras viajen en una única dirección no implica la eliminación de riesgo de contaminación cruzada puesto que las muestras posteriores utilizan ese mismo flujo de trabajo y, por tanto, utilizan los mismos reactivos utilizados anteriormente.

**NOVENO:** La primera cuestión que procede analizar es si el poder adjudicador ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución 93/2013, de 11 de octubre, de este órgano resolutorio respecto a lo señalado para el lote 1, que es el único al que ha licitado DAKO, en la ejecución de lo dispuesto en la misma, en la que se acordaba la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor, donde se tendría en cuenta lo expuesto en la citada Resolución, cuyo fundamento jurídico undécimo, reproducido en el fundamento jurídico sexto de esta resolución, en sus apartados a), b), y d), que hacen referencia expresa de forma concreta o genérica al lote 1 del contrato, viene a señalar lo siguiente:

a) la valoración de las ofertas omite la aplicación de los criterios descritos en el PCAP bajos los epígrafes 1.2.6, 1.2.7 y 1.2.8. A este respecto, el poder adjudicador alega que los criterios descritos bajo estos epígrafes no son de aplicación al lote 1, pues el 1.2.6 es aplicable al lote 2 y el 1.2.7 y 1.2.8 al lote 3 si bien reconoce que el Anexo VIII no lo especifica así. Este órgano resolutorio constata que, en efecto, en el Anexo VIII del PPT los criterios y subcriterios de adjudicación se hallan relacionados sin especificar si serán de aplicación a un lote en concreto de lo que pudiera deducirse que todos ellos lo serían a cada uno de los lotes en los que se divide el objeto del contrato y en este sentido se pronunció este órgano resolutorio. No obstante, tras la alegación realizada por el poder adjudicador se constata que el epígrafe del subcriterio 1.2.6 es el de «sistemas automatizados para la realización de técnicas moleculares (mutaciones genéticas por PCR cuantitativa a tiempo real)», que se corresponde con el objeto de lote 2 definido en la cláusula 3 del PPT y que el epígrafe 1.2.7 «Técnicas de hibridación in-situ fluorescente (FISH)» y el 1.2.8 «Hibridación in situ cromogénica (ISH)», se corresponden con el objeto del contrato definido en la cláusula 4 del PPT, de lo que únicamente cabe concluir que la Resolución 93/2013, de 11 de octubre, no puede ser ejecutada en este aspecto pues los referidos subcriterios únicamente son de aplicación a los lotes 2 y 3 del contrato, que no son objeto del recurso.

b) dentro del subcriterio 1.1. «Sistema global de información y trazabilidad» se incluye un subcriterio no previsto en el PCAP y descrito como «Otras funcionalidades ofertadas por los licitadores especialmente las relacionadas con la gestión digital de las imágenes anatomopatológicas (adquisición, tratamiento, almacenamiento y difusión de la misma) así como la posibilidad de escaneo de documentos.» Se ha de indicar que la valoración de este subcriterio era criticada en las tantas veces mencionada



Resolución 93/2013, de 11 de octubre, pues respondía a prestaciones o funcionalidades que no figuraban en el criterio de adjudicación primario, modificando éste e introduciendo elementos que de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas habrían podido influir en tal preparación. Pues bien, en el nuevo informe de valoración de fecha 15 de noviembre de 2013 se vuelve a valorar el mencionado subcriterio, además de modificarse la puntuación atribuida en este subcriterio a cada una de las licitadoras (la de DAKO pasa de ser valorada en 4,5 puntos a 8 y la de ROCHE de 10 a 11), siendo prácticamente la misma la motivación que figura en los dos informes técnicos.

c) con carácter general, motivación insuficiente de los criterios de adjudicación. De la Resolución 93/2013 se deriva que lo que se pretende es una mayor argumentación y expresión de las características, ventajas o desventajas de la oferta que han dado lugar a una concreta puntuación. En este sentido, se observa que el nuevo informe se ha esforzado en realizar una mayor motivación tal y como se deriva del hecho de que DAKO ha basado su recurso en la valoración contrastada del contenido de las propuestas de la adjudicataria con la suya propia.

En consecuencia, la retroacción de actuaciones para depurar el vicio observado exigía el tener que emitir un nuevo informe técnico, ajustado a lo que se señalaba en la Resolución 93/2013, de 11 de octubre, y el que se ha emitido no lo ha ejecutado de forma correcta pues se sigue infringiendo el principio de transparencia al seguir valorándose un subcriterio dentro del criterio 1.1. «Sistema global de información y trazabilidad» que no figuraba en los pliegos del contrato.

**DÉCIMO:** DAKO critica que el nuevo informe de valoración, emitido en ejecución de la Resolución 93/2013, de 11 de octubre, modifica las puntuaciones del informe técnico primigenio y entiende que, de esta forma, el poder adjudicador está actuando contra sus propios actos mientras que éste, por el contrario, considera que una vez retrotraídas las actuaciones no cabe la conservación de actos.

La resolución de esta cuestión requiere examinar si la ejecución de las tantas veces citada resolución exigía dicha actuación, la de la modificación de las puntuaciones, y si la actuación del poder adjudicador se ha ajustado a las normas y principios del TRLCSP.

Como se ha señalado anteriormente, aparte de la no valoración en el criterio de adjudicación 1.1 de un subcriterio no previsto en los pliegos que, además, no se ha aplicado de forma correcta, la resolución manifestaba la necesidad de mayor motivación que, por si misma, no exige volver a valorar las ofertas contractuales sino plasmar la explicación de por qué la aplicación de los criterios de adjudicación conduce al resultado individualizado de otorgar la preferencia a un candidato frente a otros.



El informe y nuevas puntuaciones impugnadas son las que evalúan los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor. El TRLCSP establece una evaluación sucesiva y separada de estos criterios de los evaluables mediante fórmulas. Así, el artículo 150.2 TRLCSP establece que «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». Para hacer posible esta valoración separada, «las normas de desarrollo de esta Ley determinan los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada». La finalidad de esta forma de evaluar es, tal y como ha señalado este órgano resolutorio en su Resolución 100/2013, la de

(...) evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, la cual se podría ver comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso se posibilitaría una valoración que, conscientemente o no, compensara en favor o perjuicio de alguna empresa las puntuaciones resultantes de dicha evaluación. El sistema anula también el denominado “efecto halo” en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que el personal que efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata.

El procedimiento señalado en el artículo 150.2 TRLCSP pretende conseguir la mayor objetividad posible en la evaluación de las ofertas por lo que el realizar una diferente valoración de las proposiciones en lo concerniente a los criterios de adjudicación sujetos a valoración cuando no lo requiere la ejecución de la Resolución de este OARC/KEAO, implica el incumplimiento de la Resolución así como, en este supuesto, el no cumplimiento de las normas y principios del TRLCSP pues en esta fase del procedimiento el órgano evaluador tiene conocimiento de las ofertas de todos los licitadores así como de la valoración derivada de la aplicación de los criterios sujetos a fórmula por lo que se deben evitar conductas, conscientes o no, que perjudiquen la objetividad que ha de perseguir todo procedimiento de adjudicación. Téngase en cuenta que lo referido no es de aplicación al criterio de adjudicación 1.1 «Sistema global de información y trazabilidad», el cual se debe de volver a motivar y ponderar sin tener en cuenta el subcriterio «Otras funcionalidades ofertadas por los licitadores especialmente las relacionadas con la gestión digital de las imágenes anatomopatológicas (adquisición, tratamiento, almacenamiento y difusión de la misma) así como la posibilidad de escaneo de documentos», lo cual pudiera implicar un cambio en la ponderación.

También ha de tenerse en cuenta que conforme al artículo 64.2 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), la nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implica la de las partes del mismo independientes de aquella, lo cual implica el saneamiento de los vicios señalados en la Resolución de este órgano resolutorio y el mantenimiento del resto del acto.



**UNDÉCIMO:** Respecto a las incorrectas valoraciones del poder adjudicador en los criterios sujetos a juicio de valor y que el recurso denuncia, debe exponerse el criterio de este órgano resolutorio sobre el uso de la discrecionalidad técnica en la elaboración de informes. Así, en diversas resoluciones del OARC/KEAO se ha manifestado que «(...) en todo informe valorativo de propuestas contractuales concurren elementos reglados y discrecionales, admitiéndose que la Administración goza de un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa (STS de 24 de enero de 2.006 - recurso de casación 7645/00, RJ 2006, 2726 -), con cita de otras anteriores como las de 25 de Julio de 1989 - RJ 1989, 9811 -, 1 de junio de 1999 - RJ 1999, 2745 - y 7 de octubre de 1999 - RJ 1999, 8840 -). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de noviembre de 2009 (recurso nº 740/2009 JUR 2010/140325) con cita, entre otras, de STC 353/1993 (LA LEY JURIS 2406-TC/1993). El control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina “núcleo material de la decisión”, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.»

El nuevo informe técnico se halla suficientemente motivado dado que se han ampliado las razones de los aspectos a valorar en todos los subcriterios y la motivación global, en contra de lo aducido por DAKO, no se considera que sea contraria a lo especificado en el PCAP, en el que para cada criterio y subcriterio de adjudicación se señalan los aspectos que serán evaluados pero sin asignar a estos criterios una ponderación en concreto, lo cual posibilita al poder adjudicador el efectuar una valoración conjunta de los distintos aspectos descritos en cada criterio y subcriterio, sin que ello signifique vulneración del principio de transparencia, tal y como alega el recurrente, pues los licitadores conocen desde un principio los aspectos de su oferta susceptibles de valoración en cada subcriterio.

Igualmente deben ser desestimados el resto de argumentos esgrimidos por DAKO contra el nuevo informe de adjudicación pues o bien se trata de argumentos que tratan de sustituir el juicio de valor efectuado por el órgano de evaluación introduciéndose en el núcleo material de la decisión, esto es, en los juicios de valor técnico emitidos por el órgano evaluador competente sobre los que el OARC/KEAO no puede pronunciarse (primar un proceso de análisis respecto a otro, servicio técnico ofertado, funcionalidades del equipo) o los supuestos errores alegados (capacidad/velocidad del procesado de muestras, número de muestras al día a procesar) no lo son pues el recurrente utiliza una unidad de tiempo distinta a la del evaluador y, además, no tiene en cuenta el número de equipos ofertados por lo que la valoración efectuada en el informe entra dentro del margen de discrecionalidad técnica del que goza el evaluador.

**DUODÉCIMO:** El efecto derivado de la estimación del motivo de impugnación analizado en el apartado noveno y décimo de los fundamentos de derecho de esta resolución no debe ser otro que el de adecuar el informe de valoración de fecha 15 de noviembre de 2013, emitido en ejecución de la Resolución



93/2013, de 11 de octubre de 2013, a lo señalado en los fundamentos jurídico noveno y décimo de esta resolución.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el sustituto del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,

### **RESUELVE**

**PRIMERO:** Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por Dako Diagnósticos, S.A.U. contra la exclusión de su oferta al contrato que tiene por objeto el suministro de los productos y equipos necesarios para realizar técnicas de anatomía patológica en las unidades de gestión clínica de la red de diagnóstico biológico de Osakidetza.

**SEGUNDO:** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

**TERCERO:** Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

**Vitoria-Gasteiz, 2014ko otsailaren 7a**  
Vitoria-Gasteiz, 7 de febrero de 2014