



EB 2017/102

Resolución 101/2017, de 12 de septiembre de 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, que resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ALERE HEALTHCARE, S.L.U. contra la adjudicación del CONTRATO “Puesta a disposición de los productos y equipos necesarios para realizar la detección de antígenos solubles en orina de Legionella pneumophila y Streptococcus pneumoniae en los laboratorios que componen las unidades de gestión clínica en la red de Diagnóstico Biológico de Osakidetza”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud - Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 28 de julio de 2017 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC – KEAO), el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ALERE HEALTHCARE, S.L.U. (en adelante, ALERE) contra la adjudicación del contrato “Puesta a disposición de los productos y equipos necesarios para realizar la detección de antígenos solubles en orina de Legionella pneumophila y Streptococcus pneumoniae en los laboratorios que componen las unidades de gestión clínica en la red de Diagnóstico Biológico de Osakidetza”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – Osakidetza (en adelante, Osakidetza).

SEGUNDO: El mismo día de su presentación se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe a los que se refiere el art. 46.2 del texto



refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), los cuales entraron en el registro del OARC / KEAO los días 8 de agosto y 7 de septiembre, respectivamente.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados en el procedimiento el día 10 de agosto, se han recibido, con fecha 17 de agosto, las de la empresa WERFEN ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, WERFEN), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de Don A. A.P., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1.a) del TRLCSP son susceptibles de recurso especial los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El artículo 40.2. c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.»

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SEXTO: Expuesto en síntesis, el recurso se fundamenta en los siguientes argumentos:

a) El órgano de contratación ha incurrido en una valoración incorrecta de las ofertas, especialmente en lo que se refiere a los siguientes criterios de valoración:



- Sensibilidad; no se ha valorado que la sensibilidad ofertada por ALERE es la máxima en este tipo de equipos.
 - Especificidad; en igualdad de criterios, se ha valorado mejor a WERFEN que a ALERE.
 - Sencillez en el manejo de los reactivos con mínima manipulación de la muestra y en la interpretación de los resultado; no se ha considerado que los equipos de WERFEN requieren un paso más para alcanzar un resultado fiable.
 - Posibilidad de bidireccionalidad de los datos entre los equipos y el SIL; el órgano de contratación ha incurrido en un error manifiesto, pues los equipos de ALERE permiten la bidireccionalidad de datos entre los equipos y el SIL.
- b) Se han valorado criterios que no constaban en el pliego, se ha incurrido en arbitrariedad y errores manifiestos y la adjudicación no está adecuadamente motivada.
- c) Los errores expuestos tienen su origen en los propios pliegos, que son extremadamente imprecisos y dan libertad ilimitada al órgano de contratación para adjudicar el contrato.
- d) Finalmente, se solicita la declaración de nulidad del acto impugnado.

SÉPTIMO: WERFEN solicita en sus alegaciones la desestimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

- a) Estima que la apreciación de la mejor oferta presentada corresponde al poder adjudicador, función discrecional que se ha ejercido de manera ajustada a los pliegos y en la que no puede ser sustituida por las apreciaciones subjetivas del recurrente ni por el juicio alternativo del OARC – KEAO; alega



que el órgano de contratación ha valorado las ofertas con sujeción a los criterios del pliego.

b) Niega que los pliegos sean imprecisos, como afirma el recurrente pero, en cualquier caso, no fueron recurridos en tiempo y forma, a pesar de lo cual ALERE presentó una oferta, lo cual supone la aceptación de dichos pliegos, siendo ahora extemporánea la impugnación con base exclusiva en dicha imprecisión.

c) El recurrente solo discute la valoración en lo que se refiere a la Legionella, sin que se discuta la puntuación en lo relativo a la detección de Streptococcus Pneumoniae; se recuerda que la puntuación se refiere a ambas bacterias; asimismo, no se discuten en el recurso tres de los criterios previstos en los pliegos y aplicados por el poder adjudicador (tiempo de obtención de resultados, control de calidad y repetitividad y técnica validada para el diagnóstico de meningitis por S Pneumoniae en LCR).

d) Por lo que se refiere a los criterios cuya aplicación se impugna, se alega lo siguiente:

- Sensibilidad: se aportan estudios que acreditan que la evaluación de este factor ha sido adecuada.
- Especificidad: el nivel de especificidad del equipo ofertado por WERFEN es del 100%, siendo sus límites de detección inferiores a los equipos propuestos por ALERE.
- Sencillez de manejo: las pruebas del equipo de WERFEN son más rápidas, más sencillas, no necesitan reactivos y no requieren de mantenimiento diario.
- Bidireccionalidad: la recurrente no prueba que su equipo disponga de protocolos que puedan establecer bidireccionalidad.



e) La motivación del acto impugnado es suficiente, ya que no se requiere que ésta sea exhaustiva.

f) Finalmente, se solicita la desestimación del recurso y que se ordene al poder adjudicador continuar con la tramitación del procedimiento y la adjudicación a WERFEN.

OCTAVO: El poder adjudicador se opone al recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) Se alega que la valoración de los criterios de adjudicación ha sido correcta:

- Sensibilidad: la acreditada por WERFEN es superior a la de la recurrente, que no menciona las de la prueba de estreptococo, también inferiores; además, se valoró la detección de otros serogrupos.
- Especificidad: el recurrente no ha tenido en cuenta los datos referidos a las dos bacterias a las que hace referencia el objeto del contrato y aporta un estudio con muy pocas muestras; la puntuación de WERFEN está justificada por sus resultados, superiores a los de ALERE.
- Sencillez: una vez probados ambos equipos, se acredita que la de WERFEN muestra antes los datos en pantalla, no necesita reactivos y no tiene mantenimiento.
- Bidireccionalidad: a diferencia de lo que sucede con la oferta de WERFEN, no se acredita esta característica en el equipo del recurrente pues él mismo admite que solo integra los resultados de las pruebas del paciente procesadas con el sistema de información del laboratorio o del Hospital.

b) La valoración técnica se refiere únicamente a los criterios de adjudicación expuestos en los pliegos; así, la detección de otros serogrupos responde al



criterio “sensibilidad”; se considera que se ha actuado dentro de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador.

c) El recurso no concreta las arbitrariedades y errores manifiestos en la valoración que denuncia.

d) La recurrente no ha impugnado los pliegos que critica por imprecisos ni ha solicitado aclaración alguna al respecto.

e) Finalmente, solicita la inadmisión del recurso.

NOVENO: De los motivos del recurso, debe analizarse previamente a los demás el de la falta de motivación del acto impugnado; la razón para ello es que si se considerara que la motivación es insuficiente, la conclusión podría ser la retroacción de actuaciones para que la Administración emitiera una motivación correcta que abriera un nuevo plazo de impugnación, por lo que no sería necesario entrar en los demás motivos del recurso. En este sentido, es doctrina de este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, su Resolución 001/2014) que la motivación cumple, entre otras, la función de facilitar a los operadores jurídicos, y singularmente a los interesados legitimados para recurrir, la revisión de la legalidad de los actos del poder adjudicador, especialmente la comprobación de que la discrecionalidad se ha ejercido dentro de los límites legales. Consecuentemente, el artículo 151.4 del TRLCSP exige que la adjudicación sea motivada de modo que su notificación contenga, en todo caso, “la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.” Debe recordarse que esta funcionalidad no se cumple mediante una motivación posterior (como, por ejemplo, los argumentos aportados en el informe de respuesta al recurso), ya que ésta no pudo servir para elaborar los argumentos del recurso (ver, por ejemplo, la Resolución 100/2015 del OARC / KEAO).



Una reiterada doctrina establece que la motivación debe dar plena razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción de la decisión, sin que quepan meras atribuciones de puntuación o el uso de fórmulas estandarizadas (como “correcto”, muy bueno u otras similares) que no hacen referencia alguna a las concretas circunstancias del caso. En síntesis, la motivación debe contener, cuando el acto del que se trata es la adjudicación del contrato, la descripción de los aspectos de la oferta sobre los que se realiza la evaluación, el juicio valorativo que merecen y la puntuación que, en coherencia con todo ello, corresponde a la proposición (ver, por ejemplo, la Resolución 130/2015 del OARC / KEAO).

Contrastados los requisitos expuestos con el informe técnico que fundamenta la motivación del acto recurrido, este Órgano entiende que la motivación no los satisface. En dos de los criterios valorados (sensibilidad y especificidad) la motivación de la oferta de ALERE se limita a la palabra “adecuada”, lo que es del todo insuficiente, de acuerdo con lo señalado anteriormente; en el caso de WERFEN, la misma inconcreción aqueja a “Óptima especificidad”, mientras que la “detección de otros serogrupos” tiene el problema de que no aclara cuáles son los serogrupos distintos de esos “otros”, ya que los pliegos no se refieren a ninguno de ellos. En otros criterios sí hay una breve exposición de las características de la proposición, pero no parece suficiente, por ser excesivamente escueta, como para justificar expresivamente la gran diferencia de puntuación entre la oferta del recurrente y la de WERFEN (22 puntos sobre 50), sobre todo teniendo en cuenta que este último obtiene la máxima puntuación y que en dos de los criterios (“control de calidad y repetitividad” y “Técnica validada para el diagnóstico de meningitis”) ambas ofertas merecen el mismo comentario.

Por todo ello, debe estimarse que el acto no está suficientemente motivado, lo que implica su anulación y la retroacción de actuaciones para que el poder adjudicador, manteniendo la puntuación adjudicada, elabore una motivación



que la justifique y que cumpla con los requisitos expuestos y permita, previa su adecuada notificación, la interposición por el interesado, en su caso, de un recurso fundado.

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 Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ALERE HEALTHCARE, S.L.U. contra la adjudicación del CONTRATO “Puesta a disposición de los productos y equipos necesarios para realizar la detección de antígenos solubles en orina de *Legionella pneumophila* y *Streptococcus pneumoniae* en los laboratorios que componen las unidades de gestión clínica en la red de Diagnóstico Biológico de Osakidetza”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – Osakidetza, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción del procedimiento para que se motive y notifique adecuadamente la adjudicación del contrato en los términos expuestos en el fundamento jurídico noveno.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.



CUARTO: 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, 2017ko irailaren 12a

Vitoria-Gasteiz, 12 de septiembre de 2017