



EB 2019/085

Resolución 121/2019, de 11 de julio, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ALERE HEALTHCARE, S.L.U. contra la adjudicación del contrato de “Suministro de reactivos y materiales necesarios para la detección de microorganismos causantes de infecciones de transmisión sexual y toxiinfecciones gastrointestinales en el HUB para la OSI Bilbao Basurto (Lote 6)”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 20 de mayo de 2019, la mercantil ALERE HEALTHCARE, S.L.U. (en adelante, ALERE) interpuso 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), un recurso especial en materia de contratación pública contra la adjudicación del contrato de “Suministro de reactivos y materiales necesarios para la detección de microorganismos causantes de infecciones de transmisión sexual y toxiinfecciones gastrointestinales en el HUB para la OSI Bilbao Basurto (Lote 6)”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 21 de mayo este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). La citada documentación se recibió el día 2 de junio.



TERCERO: Con fecha 10 de junio se ha trasladado el recurso a los interesados en el procedimiento, habiéndose recibido el 17 del mismo mes las alegaciones de MONLAB, S.L. (en adelante, MONLAB), adjudicataria impugnada del lote 6.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. J.A.L.F., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa en un único argumento consistente en que la oferta de la adjudicataria y las de las licitadoras clasificadas en 2º, 3º y 4º lugar no cumplen con las prescripciones técnicas exigidas por los pliegos, ya que estos solicitan que los productos ofertados deben reunir las siguientes características: enzimoimmunoensayo rápido de membrana para la detección simultánea del antígeno glutamato deshidrogenasa de *Clostridium difficile* y de toxinas A y B en un mismo pocillo de reacción y ninguna de las ofertas que han precedido a la de la recurrente en el orden de clasificación cumplen con la prescripción de ser un enzimoimmunoensayo, ni con la de realizar la detección del GDH y las toxinas en un mismo pocillo de reacción. La consecuencia de ello debería haber sido la exclusión de dichas ofertas, por lo que la pretensión del recurso consiste en la anulación de la adjudicación del lote 6 con retroacción de las actuaciones y exclusión de las licitadoras clasificadas en los cuatro primeros lugares, adjudicando el contrato al siguiente clasificado con una oferta válida.

SÉPTIMO: ALEGACIONES DE MONLAB

La adjudicataria se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones:

- a) El informe técnico no consideró como excluyente el hecho de que el producto presentado por MONLAB no fuera enzimoimmunoensayo dado que tiene características técnicas o científicas similares, ni tampoco indica que el proceso debiera ser exclusivamente de enzimoimmunoensayo rápido de membrana para la detección simultánea del antígeno glutamato deshidrogenasa de *Clostridium difficile* y de toxinas A y B en un mismo pocillo de reacción.
- b) Existe una posible vulneración del principio de concurrencia al ser la recurrente la única empresa en España que suministra al mercado este tipo de producto.

c) Considera, finalmente, que no cabe la exclusión de su oferta, ya que el producto ofertado cumple de forma equivalente los requisitos exigidos en las prescripciones técnicas.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega en su informe que el motivo en el que se fundamenta el recurso es cierto y que la oferta de la adjudicataria no cumple con el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), cuyos requisitos se basan en las recomendaciones de la Guía de la European Society of Clinical Microbiology and Infectious Diseases. Por ello, se solicita la anulación de la adjudicación del lote 6 y una nueva valoración de las ofertas presentadas.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre los argumentos del recurso.

a) Sobre la admisión por el poder adjudicador de la viabilidad del recurso

Con carácter previo al estudio del motivo de recurso esgrimido por la recurrente, procede analizar las consecuencias de las alegaciones del órgano de contratación, pues implican un reconocimiento de los argumentos de la recurrente. El efecto de dicho reconocimiento no está expresamente previsto en la LCSP ni en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de aplicación supletoria. Por ello, procede, por analogía, acudir al artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que regula la figura del allanamiento del demandado, y que, según su apartado segundo, implica el dictado de la resolución de conformidad con la pretensión del recurrente, siempre que se adopte el correspondiente acuerdo por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos. En el supuesto que nos ocupa, quien propone el allanamiento es el Director Gerente de la Osi Bilbao-Basurto, si bien el documento viene firmado por la Directora Económico-

Financiera en virtud de la Resolución N° 1547/2017, de la Dirección Gerencia delegando la firma. No obstante, esta delegación únicamente lo es respecto de las funciones que en materia económico-financiera vienen atribuidas a la Dirección Gerencia, entre las que no pueden considerarse comprendidas las de acordar el allanamiento en procedimientos de recurso como el presente. Consecuentemente, el informe del poder adjudicador tiene la consideración de una alegación más de las que este Órgano debe tener en cuenta para la resolución del recurso (ver, por ejemplo, la Resolución 162/2018 del OARC / KEAO)

b) Sobre el incumplimiento del PPT

El fondo del asunto del recurso versa sobre el incumplimiento de los productos ofertados por las cuatro primeras clasificadas (para el lote 6) de las prescripciones establecidas en el PPT. El estudio de este motivo de impugnación debe partir del contenido de los pliegos que por no haber sido impugnados en tiempo y forma son firmes y vinculan tanto a los licitadores como al poder adjudicador. En concreto, de la formulación de la prescripción técnica contenida en la cláusula 2 del PPT, que se alega que es incumplida.

2. Características técnicas de los materiales

(...)

Lote 6: enzimoimmunoensayo rápido de membrana para la detección simultánea del antígeno glutamato deshidrogenasa de *Clostridium difficile* y de toxinas A y B en un mismo pocillo de reacción.

Por su parte, la cláusula 14.1 h) del PCAP relativa a los motivos de rechazo de ofertas dispone que se acordará el rechazo de aquellas que Incumplan las condiciones o requisitos establecidos en el PCAP o PPTP.

Las apreciaciones de este Órgano sobre las cuestiones debatidas son las siguientes:

- 1) El inmunoensayo enzimático (EIA, por sus siglas en inglés) es una técnica que recurre a un sistema colorimétrico enzimático para detectar una sustancia específica en una muestra. Según la definición de enzimoimmunoensayo que da la Clínica de la Universidad de Navarra se trata de un Inmunoensayo que utiliza un anticuerpo marcado con un sistema enzimático, cuya actividad se modifica en razón a la reacción antígeno-anticuerpo. Se trata pues, de una prueba de laboratorio que utiliza una técnica concreta y específica de detección de antígenos basada en enzimas que es diferente a los inmunoensayos cromatográficos, ofertados por el resto de licitadores impugnados, cuya técnica se basa en la aparición de diversos colores en función del resultado de la prueba. Es decir, son dos métodos de detección de antígenos que revelan la presencia de estos de forma diferente, unas, fijadas a partículas (moléculas de oro coloidal, partículas de látex, etc.) y otras, unidas químicamente a enzimas.

El poder adjudicador justifica la exigencia de un reactivo que sea un enzimoimmunoensayo (EIA) rápido de membrana para la detección simultánea del antígeno glutamato deshidrogenasa (GDH) y toxinas A y B del *Clostridium difficile* con base en la intención de seguir las recomendaciones de la Sociedad Europea de Microbiología Clínicas y enfermedades infecciosas. Dicha guía incluye una relación de varios enzimoimmunoensayos rápidos de membrana de diversos productores, entre los que se incluye los de la recurrente. La existencia de diversos fabricantes de este tipo de reactivos hace que decaiga la alegación de la adjudicataria relativa a una posible vulneración del principio de concurrencia por ser la recurrente la única empresa en España que suministra al mercado este tipo de producto; alegación que, por otro lado, resulta ser extemporánea por hallarnos ante unos pliegos firmes y consentidos por las partes.

- 2) Como ha puesto de manifiesto este OARC/KEAO en ocasiones anteriores (ver, por ejemplo, la Resolución 089/2019), el PPT realiza una descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que el poder

adjudicador desea obligarse con el adjudicatario, y refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato. Además, las prescripciones técnicas representan el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtenerse y deben alcanzar todas las ofertas, por lo que es contrario a dicho interés admitir una proposición que no lo satisfaga. Consecuentemente, el poder adjudicador no puede obviar sus propias prescripciones técnicas y adjudicar el contrato a una oferta que las incumple, ya que se vulnerarían los principios de transparencia e igualdad de trato (artículo 132 de la LCSP).

- 3) Igualmente, constituye doctrina consolidada de los Tribunales y Órganos resolutorios de recursos contractuales que el incumplimiento del PPT por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. Por ello, se debe valorar si de la documentación aportada por la recurrente, de conformidad con el PCAP, cabe deducir un incumplimiento claro, palmario y evidente más allá de toda duda técnica o jurídica, de las prescripciones técnicas exigidas en el PPT que permita deducir sin género de dudas que la descripción técnica del producto ofrecido no se corresponde con lo exigido en el pliego.
- 4) Contrastados los pliegos con las fichas técnicas aportadas por los licitadores clasificados en los cuatro primeros lugares, se observa que ninguna de ellas realiza inmunoensayos enzimáticos, ni tampoco se realiza la detección del GDH y toxinas A y B en un mismo pocillo de reacción. Así, la adjudicataria oferta un producto en el que el inmunoensayo es cromatográfico y se utilizan dos membranas (pocillos) para la detección del GDH y las toxinas. Lo mismo cabe decir del resto de licitadoras que preceden a la recurrente en la clasificación de las ofertas, dado que el tipo de ensayo es en todas ellas cromatográfico y se utilizan entre dos y tres pocillos para la detección. Por otra parte, debe añadirse, que no cabe aceptar la alegación de la adjudicataria relativa a que no procede la exclusión de su oferta porque su producto cumple de forma equivalente los requisitos exigidos en el PPT, ya que ni lo ha acreditado

(ver, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2018, asunto C-14/17, ECLI:EU:C:2018:568), ni el órgano de contratación ha considerado adecuado, en el ámbito de la discrecionalidad técnica que le asiste para configurar el objeto del contrato, aceptar también técnicas distintas que pudieran lograr resultados equivalentes. En este sentido, (ver la Resolución 96/2018 de este Órgano) debe descartarse que el órgano de contratación deba aceptar la solución técnica propuesta por la recurrente por ser equivalente a la establecida en el PPT porque satisface la misma funcionalidad, ya que en este caso el PPT ha optado por una descripción concreta de una prescripción, consistente en la realización de una prueba de laboratorio específica, y los licitadores impugnados, aun conociendo y consintiendo los pliegos, han presentado unas ofertas que no la satisfacen: inmunoensayo enzimático en un mismo pocillo de reacción frente a inmunoensayos cromatográficos en dos o más membranas, tiras o bandas de reacción. La conclusión a ello es, como reconoce el propio poder adjudicador en el informe de contestación al recurso, que las ofertas de las licitadoras que anteceden a ALERE incumplen las prescripciones técnicas solicitadas, por lo que debe estimarse el recurso en su integridad, excluyendo a todas ellas.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ALERE HEALTHCARE, S.L.U. contra la adjudicación del contrato de “Suministro de reactivos y materiales necesarios para la detección de microorganismos causantes de infecciones de transmisión sexual y toxiinfecciones gastrointestinales en el HUB para la OSI Bilbao Basurto (Lote 6)”, tramitado por Osakidetza, anulando el acuerdo de adjudicación y ordenando la

retroacción del procedimiento para que se proceda a la exclusión de las cuatro primeras clasificadas en este lote, y se adjudique el contrato a la siguiente oferta del orden de clasificación, previa actuación de lo dispuesto en el art. 150.4 de la LCSP.

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

TERCERO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

CUARTO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

QUINTO: 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, 2019ko uztailaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de julio de 2019