



EB 2017/002

Resolución 023/2017, de 15 de febrero 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, en relación con el recurso especial interpuesto por la empresa MYRIAD GENETICS ESPAÑA, S.L.U. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de tests multigénico para pacientes de cáncer de mama localizado para la valoración pronóstica y predictiva terapéutica”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 3 de enero de 2017 tuvo entrada 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 la empresa MYRIAD GENETICS ESPAÑA, S.L.U. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de tests multigénico para pacientes de cáncer de mama localizado para la valoración pronóstica y predictiva terapéutica”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día 3 de enero de 2017 el recurso fue trasladado al poder adjudicador habiéndose recibido el expediente del contrato y el informe al que se refiere el artículo 46.2 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) en las dependencias del OARC / KEAO el día 17 de enero de 2017.

TERCERO: Traslado el recurso a los interesados en el procedimiento el día 18 de febrero de 2017, al efecto señalado en el art. 46.3 del TRLCSP, se han recibido alegaciones de la empresa PALEX con fecha 25 de enero de 2017.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios con un valor estimado superior a 209.000,00 €, y el de que nos ocupa es de 945.000 €.

TERCERO: Los acuerdos de adjudicación son recurribles, de conformidad con el artículo 40.2. c) del TRLCSP.

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, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El presupuesto de licitación se ha definido de acuerdo con unas unidades estimadas/año (310 tests) y un presupuesto máximo estimado de 450.000 euros. De esta forma el precio unitario máximo a ofertar por test para no superar el presupuesto máximo de licitación es de 1.451,29 €. Palex ha ofertado 202 tests a un precio de 2.004,00 € añadiendo 108 unidades a precio 0 para no superar el presupuesto de licitación global. Si las necesidades asistenciales son inferiores a 202 tests, la administración estaría comprando a una empresa que no ha realizado la oferta económicamente más ventajosa y la oferta se caracteriza por su indeterminación.

b) El PPT no permite la presentación de variantes o la oferta de otras condiciones económicas y la oferta de la adjudicataria ofreciendo dos precios



diferentes en función de que se cumpla una condición incierta, podría vulnerar el TRLCSP.

c) Error manifiesto en la oferta de PALEX o susceptible de aclaración y la admisibilidad de una aclaración alteraría visiblemente el resultado.

d) La pretensión consiste en que se proceda a adjudicar el contrato a la recurrente por haber realizado la oferta económicamente más ventajosa.

SÉPTIMO: El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) PALEX ha sido la empresa mejor valorada en los criterios sujetos a juicio de valor, ampliamente distanciada de la valoración técnica asignada a la oferta de la recurrente.

b) La oferta de PALEX no es incierta pues ha ofertado un importe total de 404.808 € para una estimación de 310 unidades, por lo tanto, el precio unitario es de 1.305,83 €.

c) Habría oferta de más de un precio cuando lo que se utiliza para la valoración económica es el “precio unitario”, pero no cuando se valora el “valor total ofertado”.

OCTAVO: Por su parte, el adjudicatario impugnado, PALEX, alega lo siguiente:

a) De la cláusula 12.2 del PPT se desprende que lo fundamental es que se presente una oferta que no exceda del presupuesto máximo de licitación que es de 450.000 €, no sobrepasando la oferta de PALEX dicha cantidad pues es de 404.808 €.

b) Se podría entender que una empresa presenta más de un precio cuando el dato del precio unitario es esencial o cuando el dato del precio unitario se va a



comparar para establecer la oferta económicamente más ventajosa, pero no es éste el caso pues no se supera el precio máximo de licitación establecido en los pliegos.

NOVENO: El recurso plantea la inadmisibilidad de una oferta económica por entender que oferta una variante, pues efectúa dos ofertas económicas cuando tal circunstancia no está prevista en los pliegos de la licitación, y por considerar que la adjudicación recae en la oferta económicamente menos ventajosa.

En concreto, PALEX, adjudicataria impugnada, efectúa la siguiente proposición económica:

Lote	Art.	Código	Denominación	Unidad de Medida Básica UMB*	Número Total de Unidades	Precio Unitario Licitación SIN IVA	Referido a (UMC)	Numero de Unidades Mínimas de Licitación	Presunto Estimado SIN IVA	IVA %	Oferta*	Precio unitarios ofertado SIN IVA	Importe total ofertado SIN IVA
1	1	6999	TEST DETERM. GENET. PAC. CANCER MAMA		202				450.000,0000	0,00	OB	2.004,00	404.808,0000
		6999	TEST DETERM. GENET. PAC. CANCER MAMA		108							0	0,0000
Lote 1			TEST DE DETERMINACIÓN GENÉTICA DE MUESTRA BIOLÓGICA PARA PACIENTES DE RECIENTE DIAGNÓSTICO DE CANCER DE MAMA POR RT-PCR		310				450.000,0000	0,00	OB		404.808,0000
Total general									450.000,0000				404.808,0000

Las cláusulas del Pliego relevantes para la resolución de la cuestión planteada son:

Cláusula 3 de la carátula del PCAP:

«3.- PRESUPUESTO DE LICITACIÓN (las ofertas no pueden superar los importes totales señalados)

El presupuesto de licitación asciende a 450.000,00 euros + 0,00 euros de IVA, resultando un importe total de 450.000,00 euros.

LOTE 1	Unidades previstas año	Presupuesto estimado 1 año
Test de determinación genética de	310	450.000 €



muestra biológica para pacientes de reciente diagnóstico de cáncer de mama por RT-PCR		
TOTAL	310	450.000 €

Cláusula 4.- PRECIO Y PAGOS

«4.1.- Sistema de determinación del precio: Precio Alzado. Este precio tiene carácter de máximos, en consecuencia, las ofertas que lo superen serán rechazadas.

4.2.- Modalidad de pago del precio:

- Pago único: No
- Pagos parciales: Si. Mensual en base al número de servicios efectuados.»

Del PPT cabe destacar las siguientes cláusulas:

«8.- VARIANTES.

- No se admitirá la presentación de variantes.

9.-PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN

9.1 DETERMINACIÓN DEL PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN

A todos los efectos el número de test previsto es estimativo, estando sujeto al gasto efectivo que vendrá condicionado por las necesidades reales derivadas de la actividad asistencial de Osakidetza y por lo tanto no se considera elemento esencial del contrato. Osakidetza, por lo tanto, no queda obligada a la demanda de una determinada cuantía de tests, ni a gastar la totalidad del presupuesto”

(...)

9.5. FORMA DE PAGO:

Mensual, en base al número de servicios efectuados.

(...)

12.2 CRITERIOS BASADOS EN FÓRMULAS.

✓ **Valoración Económica: 50 puntos**

Metodología utilizada:



Fórmula: $[(C/B) \times 0,57 + ((D-B) / (D-C)) \times 0,25] \times A$

A	Puntos máximos
B	Importe total ofertado por la empresa
C	Importe total ofertado más bajo
D	Importe total de licitación

El importe total ofertado será el resultado de multiplicar los precios unitarios por el número de servicios estimados en el Anexo I del Pliego de Bases Técnicas.»

De conformidad con las cláusulas 9.1 del PPT, la cantidad a suministrar establecida en los Pliegos no es vinculante para el órgano de contratación, que puede, según las necesidades, no agotar la misma, por lo que la cifra de 310 unidades es estimativa y no se configura en el contrato como un compromiso de compra mínima de dicha cantidad. Esta consideración de que nos hallamos ante un contrato de servicios en el que el precio del contrato se establece por unidades efectivamente entregadas también se desprende de las cláusulas 9.5 del PPT y 4.2 de la carátula del PCAP que establecen que el precio se pagará mensualmente en base al número de servicios efectuados; cláusulas que desmienten que el sistema de determinación del precio sea a tanto alzado, que es lo que se consigna el punto 4.1 de la carátula del PCAP. Sin embargo, el criterio de adjudicación establecido por el poder adjudicador para designar la oferta económicamente más ventajosa se efectúa sobre el valor total ofertado, que se ha de estimar sobre la base del precio unitario ofertado para una previsión de compra de 310 tests. Consecuentemente, el coste final del contrato será diferente al ofertado por los licitadores en su oferta económica y solo se conocerá una vez adjudicado el contrato.

No obstante, el criterio de adjudicación referido a la “Valoración económica”, que es uno de los criterios tendentes a designar la oferta económicamente más ventajosa, se halla correctamente definido en los pliegos de la licitación y su método de valoración es claro pues no admite más que una única interpretación: se valora el importe total ofertado por la empresa. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido que, siempre que se mencione en el



pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, como ocurre en el asunto que nos ocupa, un criterio de adjudicación puede versar sobre un dato que sólo se conocerá con precisión después de la adjudicación (STJUE de 18 de octubre de 2001, asunto C-19/00 ECLI:EU:C:2001:553, apartado 38) y, en este sentido, ha considerado admisible como criterio de adjudicación el de la seguridad del abastecimiento de un producto (STJUE de 28 de marzo de 1995, C-324/93 ECLI:EU:C:1995:84). Consecuentemente las alegaciones efectuadas por el recurrente acerca de que la oferta seleccionada no es la económicamente más ventajosa deben ser desestimadas pues la adjudicación se ha efectuado sobre la base de un criterio de adjudicación referido al valor inicial del contrato, establecido de esta forma en los pliegos de la licitación y conocido por los licitadores que han presentado su oferta.

DÉCIMO: El contrato se adjudica a PELMEX por un importe de 404.808,00€ con un precio unitario de 2.004,00 € para 202 unidades y un precio de 0 euros para 108 unidades, especificándose en nota al pie de la oferta que «Se facturarán las primeras 202 pruebas realizadas y a partir de la prueba 203 serán sin coste para todos los centros incluidos en el expediente». Sostiene el recurrente que esta forma de ofertar el precio resulta una variante no permitida por los pliegos de la licitación. A este respecto, debe recordarse que las variantes, siempre que estén autorizadas, son la única posibilidad de que los licitadores presenten varias ofertas simultáneas sin que ello suponga el rechazo de todas ellas (artículo 145.3 TRLCSP).

Como se ha indicado anteriormente, en el contrato que nos ocupa el precio final del contrato es determinable conforme a dos parámetros que son el número de unidades consumidas y el precio de la unidad y lo que propone el adjudicatario es un único precio para los 202 primeros tests, siendo el resto gratuitos.

Este OARC/KEAO considera que no nos hallamos ante una oferta variante pues no se ofrece al poder adjudicador la posibilidad de elegir entre dos soluciones técnicas distintas de modo alternativo, de tal manera que pueda



elegir una cualquiera de entre ellas (en este sentido, ver Resolución 76/2014, de este OARC/KEAO). Tampoco la oferta de las unidades siguientes a la 203 a un coste de 0,00 € se considera que sea la oferta de un segundo precio pues el precio unitario ofertado es único (hasta la unidad 202), los pliegos de la licitación no fijan precio alguno a la unidad y no contienen pauta alguna para ofertar los precios unitarios, por lo que la oferta efectuada se considera admisible.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 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:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por la empresa MYRIAD GENETICS ESPAÑA, S.L.U. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de tests multigénico para pacientes de cáncer de mama localizado para la valoración pronóstica y predictiva terapéutica”, tramitado por Osakidetza, anulando el acto impugnado, lo que conlleva la emisión de una nueva adjudicación a favor del siguiente licitador en el orden de clasificación previsto por el artículo 151.1 del TRLCSP

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.



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

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, 2017ko otsailaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de febrero de 2017