



EB 2015/034

Resolución 054/2015, de 8 de mayo de 2015, 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 en materia de contratación interpuesto por MONLAB, S.L. frente a la adjudicación del acuerdo marco para el “suministro de test de detección rápida estreptococo en faringe para las organizaciones sanitarias de Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 25 de marzo de 2015, la empresa MONLAB, S.L. (en adelante, MONLAB) interpuso recurso especial en materia de contratación frente a la adjudicación del acuerdo marco para el “suministro de test de detección rápida estreptococo en faringe para as organizaciones sanitarias de Osakidetza”.

SEGUNDO: El mismo día 25 de marzo de 2015 se trasladó el recurso al órgano de contratación. El expediente de contratación y el informe al que hace referencia el art. 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) han causado entrada en el registro del OARC / KEAO el día 1 de abril de 2015.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados en fecha 27 de marzo de 2015, no se ha recibido ninguna.

CUARTO: Con fecha 1 de abril de 2015 se adoptó la Resolución B-BN 007/2015 por la que se denegaba la petición de OSAKIDETZA de no proceder a la adopción de la medida cautelar en el mencionado acuerdo marco,



manteniendo la suspensión automática del procedimiento previsto en el art. 45 del TRLCSP.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente y la representación de Don F. M.G. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, entre otros, 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.

El acto recurrido es la Resolución de 6 de marzo de 2015, del Director General de OSAKIDETZA, de adjudicación del acuerdo marco para el suministro de test detección rápida de estreptococo en faringe para las organizaciones sanitarias de OSAKIDETZA.

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

QUINTO: Los argumentos impugnatorios aducidos por el recurrente son, en síntesis, los siguientes:

a) Se han detectado dos errores en la valoración realizada a MONLAB en el informe técnico referente a los criterios de adjudicación basados en juicios de valor:

- En lo referente a la “sensibilidad del test: capacidad del test para identificar a sujetos enfermos (verdaderos positivos)”, el test de MONLAB tiene una sensibilidad de como mínimo 90 % con lo que el valor debe ser 3, y no 2. En el mismo informe de valoración, en el apartado “Observaciones” se indica que la “sensibilidad es superior al 99%”.



- El otro error producido es que se menciona que el producto presentado a la licitación (que es el mismo que actualmente se suministra en exclusiva), no dispone de control positivo. Es materialmente imposible que no estuviera en el test el control positivo pues el número de esta clase de incidencia en el test de Monlab es de “0” y, habiéndose suministrado 5 kids en el proceso, la probabilidad de que el 100% de los mismos no contuviera el control positivo es nula. Se supone que al ser un sistema de control diferente al resto de los licitadores, consistente en un escobillón seco sellado en sobre, la persona que ha realizado el test no lo ha reconocido, suponiendo que debía ser en formato líquido, tal y como lo presenta la competencia.

b) Basándose en ello, se solicita anular el proceso de licitación por haberse observado errores graves que determinan la nulidad del proceso, de conformidad con lo establecido en el art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

SEXTO: Osakidetza se opone al recurso en base a los siguientes argumentos:

a) En la documentación técnica aportada por MONLAB para acreditar la sensibilidad se aporta un estudio de correlación realizado por un laboratorio asociado en septiembre de 2013 sobre 38 muestras donde se muestran unos resultados confirmados mediante *cultivo*. También se presenta hoja de instrucciones de diciembre de 2014 donde se muestran los mismos valores que en el estudio con cultivo, pero en la que no se especifica el tamaño de la muestra. Asimismo, en la documentación anexa al recurso aporta como documento de prueba nº 2 un estudio comparativo de 2 test Inmunocromatográficos para detección de streptococcus grupo A con N: 53 muestras y una sensibilidad >99 %, pero este estudio no tiene las mismas características que el de correlación con cultivo porque compara dos test rápidos. El de correlación, por el contrario, compara la prueba rápida MONLABTest con una prueba de cultivo en laboratorio. Por estas razones la Comisión técnica consideró valorar a MONLAB el valor 2 (suficiente) en lugar



del 3 (Preferente), tanto en la característica *“01 Sensibilidad del test: capacidad del test para identificar a sujetos enfermos (verdaderos positivos)”* como en el *“03 Especificidad del test: capacidad del test para identificar a sujetos sanos (verdaderos negativos)”*.

b) La información *“Sensibilidad >99 %”* del apartado observaciones se refiere a los datos del estudio sobre 38 personas llevado a cabo por un laboratorio asociado de MONLAB, dato que se constata en el documento CT-T.01.169: INFORME DE evaluación Strep A MONLAB incluido en la documentación técnica del expediente (Sobre C). Es decir, con ese dato en ningún momento se está expresando la opinión de la Comisión, sólo se refleja el resultado del estudio,

c) Los reactivos de la empresa MONLAB (10mL) tienen un 20 % menos de capacidad que los de ALERE (12mL). En cuanto al control de calidad externo, la empresa MONLAB solo dispone de control positivo, a diferencia de la empresa ALERE que dispone de positivo y negativo. Los controles positivo y negativo sirven para garantizar la funcionalidad de los reactivos y el rendimiento correcto y las buenas prácticas en laboratorio recomiendan el uso de ambos controles. Estos dos aspectos, además de los citados en el apartado *“Observaciones”* como *“Juicios de valor”* han motivado que la Comisión Técnica decida otorgar a MONLAB el valor 2 (suficiente) en lugar del 3 (preferente) en la característica *“04 Otras mejoras no valoradas en los ítems anteriores que, a título de ejemplo, hagan referencia a la facilidad de manejo, envases alternativos con diferente número de test, tiempo de obtención de los resultados o claridad de las instrucciones de uso”*.

d) A tenor de lo indicado por MONLAB en el recurso interpuesto en relación a que el control positivo no se presenta en formato líquido como lo ha hecho la competencia, sino en forma de escobillón, se revisan las dos cajas de muestras entregadas en la Organización central y se observa que cada una contiene un envase de color blanco con un diseño parecido al del test (color plateado). Por



lo expuesto, la Comisión eliminará del informe técnico toda mención relativa a que la oferta de MONLAB no dispone de control positivo.

SÉPTIMO: El recurrente formula una crítica a las valoraciones del informe de valoración de los criterios de adjudicación basados en un juicio de valor. Al igual que en otras ocasiones, debe exponerse en primer lugar 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 (Resolución 93/2014, por todas) 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 8JUR 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 análisis de este órgano debe limitarse a los ámbitos citados, únicos en el que la presente Resolución puede entrar. En este sentido, se observa lo siguiente:

- La valoración de suficiente asignado al bien ofertado por la recurrente en la característica 01 “*Sensibilidad del test: capacidad del test para identificar a sujetos enfermos (verdaderos positivos)*” se basa en que la Comisión de valoración considera que el estudio con cultivo (exigido en el apartado 3.1 del Pliego de bases técnicas) tiene mayor validez a la hora de ponderar esta característica del bien y, dado que este estudio arroja unos resultados basados en una muestra muy pequeña, su oferta no merece el juicio de “preferente” sino



el de “suficiente”. Este OARC/KEAO no observa error en el actuar de la Comisión de valoración, que en su informe especifica que la sensibilidad del producto es de >99%, sino una actuación sujeta a la discrecionalidad que le asiste en esta fase del procedimiento de adjudicación.

- No cabe indicar lo mismo del segundo de los errores de valoración denunciados por la recurrente, consistente en no valorar que el producto dispone de Control positivo, pues el informe del órgano de contratación viene a reconocer dicho error al señalar que *“(...) Por lo expuesto, la Comisión eliminará del informe técnico toda mención relativa a que la oferta de MONLAB no dispone de Control Positivo”*.

OCTAVO: El juicio técnico se ha asentado sobre una base fáctica errónea (considerar que el producto ofertado carece de control positivo cuando ello no es cierto), lo cual forzosamente ha de tener un reflejo en la ponderación de la oferta pues, si este dato hubiera sido irrelevante, no hubiera formado parte de la motivación.

La estimación parcial de las pretensiones del recurrente conllevaría, en principio, la elaboración de un nuevo informe de valoración de las ofertas. No obstante, este OARC/KEAO se encuentra con que la Comisión de valoración ha realizado una valoración conjunta de todos los criterios de adjudicación y se desconoce cuál hubiera podido ser el peso máximo de esta característica en el conjunto de la valoración. Es decir, en el informe técnico no se han motivado cuáles han sido las características de la oferta que han determinado la ponderación asignada en relación con cada uno de los criterios, de tal manera que se desconoce si el error observado ha sido determinante para uno, varios o todos los criterios de adjudicación. En este sentido, resulta significativo que el recurrente considere que el primero de los errores observados, el referente a la sensibilidad del producto, debería ser valorado en el criterio 1 *“sensibilidad del test: capacidad del test para identificar a sujetos enfermos (verdaderos positivos)”*, mientras que del informe de la Comisión de valoración de contestación al recurso se deriva que dicha característica es valorada en el



criterio 4 *“Otras mejoras no valoradas en los ítems anteriores que, a título de ejemplo, hagan referencia a la facilidad de manejo, envases alternativos con diferente número de test, tiempo de obtención de resultados o claridad de las instrucciones de uso”*.

A todo ello se debe añadir que se ha efectuado la ponderación de los criterios de adjudicación valorables mediante la aplicación de fórmulas, por lo que la emisión del nuevo juicio de valor se hallaría comprometido pues quien debe configurarlo conoce el resultado de la evaluación de los criterios automáticos y, conscientemente o no, puede tender a que el resultado del procedimiento no varíe, todo lo cual conduce a la cancelación del procedimiento de adjudicación. Este OARC/KEAO, se ha pronunciado sobre esta cuestión en pronunciamientos anteriores. Así, en la Resolución 21/2015 manifiesta que «(...) debe reseñarse que el nuevo examen se realizaría una vez conocidas las proposiciones económicas de los licitadores, con lo que se quebraría el iter procedimental que establece el párrafo 3º del artículo 150.2 del TRLCSP y los artículos 27 y 30 del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de Sector Público aprobado por el Real Decreto 817/2009, y se violaría el secreto de la oferta al valorarse los criterios que exigen la realización de un juicio de valor con el conocimiento previo del contenido de las ofertas económicas, lo que podría condicionar su actuación (ver, por ejemplo, la Resolución 64/2014, del OARC / KEAO). La consecuencia de todo lo expuesto nos conduce a la cancelación del procedimiento y a la iniciación de uno nuevo. (...).»

Por último, cabe añadir que el hecho de que el PCAP establezca un umbral mínimo de puntuación en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor exige extremar el rigor en dicha valoración subjetiva y en la formulación de los criterios de adjudicación, pues de la misma depende la exclusión de la licitación, como ha sucedido con el aquí recurrente, por no haber alcanzado el umbral mínimo de puntos exigidos en el PCAP.

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,

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por MONLAB frente a la adjudicación del acuerdo marco para el “suministro de test de detección rápida estreptococo en faringe para as organizaciones sanitarias de Osakidetza, anulando el acto impugnado y todo lo actuado, debiendo iniciarse, en su caso, una nueva licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento.

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, 2015eko maiatzaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de mayo de 2015