EB 2023/013

Resolución 102/2023, de 31 de mayo, 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 pública interpuesto por BECTON DICKINSON, S.A. contra los pliegos del contrato "Suministro de reactivos de microbiología molecular para el Servicio de Microbiología de la Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces (lote 9)", tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de enero de 2023 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) un recurso en materia de contratación interpuesto por BECTON DICKINSON, S.A. (en adelante, BECTON) contra los pliegos del contrato "Suministro de reactivos de microbiología molecular para el Servicio de Microbiología de la Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces", tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 24 de enero se remitió el recurso al poder adjudicador y se 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). Dicha documentación se recibió el día 7 de febrero de 2023.

TERCERO: No constan más interesados que la recurrente y el poder adjudicador.

Nahi izanez gero, J0D0Z-T4P64-79A4 bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: https://euskadi.eus/lokalizatzailea

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T4P64-79A4 en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

CUARTO: Con fecha 15 de febrero de 2023, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 007/2023, por la que se adopta la medida cautelar de suspender la tramitación del procedimiento de adjudicación a partir de la finalización del plazo de presentación de ofertas.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.H.R., 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 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP, 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, concretamente, de Administración Pública.

SEXTO: <u>Motivos del recurso</u>

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes motivos:

a) La configuración del lote 9 y los requisitos técnicos establecidos para el mismo deben anularse por los siguientes motivos:

- se debe licitar forzosamente a los tres sublotes en los que se divide, sin que exista en el mercado un proveedor que pueda ofrecer productos a los tres. Además, el sublote 9.3 sólo puede ser suministrado por una compañía (Seegene) sin que el órgano de contratación haya justificado en el expediente los motivos de su inclusión.
- El requisito técnico establecido en los puntos 13 del apartado a) de la cláusula 22.2.1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y en el punto 13 apartado a) de la cláusula 7 del Pliego de prescripciones técnicas (PPT) exige que las dianas de detección del panel de protozoos cumplan con unos requisitos técnicos que no pueden ser cumplidos por ninguno de los siete productos que existen en el mercado: cada uno de ellos incumple alguno o algunos de los requisitos exigidos.
- el requisito técnico establecido el punto 14 del apartado a) de la cláusula 22.2.1 del PCAP y en el punto 14 del apartado a) de la cláusula 7 del PPT (página 15) exige que las dianas de detección del panel de bacterias enteropatógenas II cumplan con unos siguientes requisitos técnicos. Sin embargo, ninguno de los tres sublotes exige este tipo de diana.
- El requisito técnico establecido en el punto 15 del apartado a) de la cláusula 22.2.1 del PCAP y en el punto 15 del apartado a) de la cláusula 7 del PPT exige que las dianas de detección del panel de helmintos intestinales cumplan con unos requisitos técnicos que no satisface ningún producto del mercado.

b) Hay una manifiesta contradicción en lo relativo a los criterios de adjudicación en los pliegos del contrato sobre los siguientes aspectos:

- Sobre el umbral mínimo a alcanzar, ya que en la cláusula 22.2.1 del PCAP se indica que el umbral es de 10 puntos, mientras que en la cláusula 5.B) del PPT se fija en 20 puntos.
- En lo relativo a los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor se establecen varias horquillas de puntuación que no se encuentran justificadas en los Pliegos ni tampoco están suficientemente determinadas, de modo que impiden conocer a los licitadores los criterios que tendrá en cuenta el órgano de contratación para valorar la calidad de los productos. Sin embargo, en lo relativo a los criterios de valoración del lote 9, tanto el PCAP como el PPT establecen unos criterios diferentes y contradictorios distribuyendo automáticamente los 48 puntos en función de que se cumplan o no unos determinados requisitos sin que medie valoración.

c) En lo que respecta al lote 9 tanto el PCAP y el PPT exigen que el precio incluya "todos los reactivos necesarios para la amplificación y detección de dianas enteropatógenas, incluyendo controles y calibradores en su caso" que, no obstante, no son debidamente enumerados, concretados ni valorados económicamente en el expediente de contratación, lo cual supone una indeterminación manifiesta del objeto del suministro y de las obligaciones que asumiría el adjudicatario y vulneración del artículo 100 y 102.1 de la LCSP.

d) El PPT incluye numerosos aspectos que deben figurar en el PCAP, por lo que se incumple con lo establecido en los artículos 122 y 124 de la LCSP y con los artículos 67 y 68 del Reglamento General de Contratación.

e) Finalmente, se solicita que se declaren nulos, se anulen, o se revoquen y, en todo caso, se dejen sin efecto, el PCAP y el PPT en lo relativo al Lote 9 del expediente 2022/03076 "Suministro de Reactivos de Microbiología Molecular para el Servicio de Microbiología de la Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces, por las causas indicadas en el recurso.

SEPTIMO: <u>Alegaciones de Osakidetza</u>

El poder adjudicador se opone a la impugnación por los motivos que a continuación se resumen:

a) El recurrente utiliza argumentos contradictorios para impugnar la configuración del lote, pues por una parte afirma que se limita la competencia porque tan sólo un proveedor es capaz de cumplir las prescripciones y, por otra parte, se asegura que no existe ningún producto en el mercado que cumpla con todas las especificaciones técnicas exigidas. De ser cierta esta última afirmación el recurso carecería por completo de sentido pues necesariamente el lote debería quedar desierto al no poder cumplir ningún proveedor con los requisitos técnicos requeridos. Lo cierto es que, según afirman los servicios técnicos tras ser consultados sobre este punto, sí existen en el mercado soluciones capaces de satisfacer todas las exigencias técnicas requeridas, de hecho, actualmente se está suministrando a nuestra organización el objeto del lote impugnado con las mismas exigencias a plena satisfacción. Tampoco puede conducir a la estimación del recurso la mera afirmación de que la prestación tan sólo puede ser cumplida por un proveedor, siempre y cuando, como en el caso que nos ocupa, las propiedades que se exijan al objeto del contrato sean razonables y respondan a la finalidad de satisfacer necesidades, obtener ventajas y mejorar los procesos de atención al paciente, con independencia del número de proveedores que puedan ofertar los productos. De lo contrario se caería en el absurdo de no poder optar a soluciones más ventajosas, pioneras y/o líderes en el mercado por el hecho de que su distribución no la pueda ofertar un determinado número de proveedores.

b) Sobre la supuesta contradicción entre el PPT y el PCAP al fijar el umbral mínimo del criterio de adjudicación “Calidad técnica” se alega que lo consignado en el apartado 22.2.1 del PCAP obedece simplemente a una errata, fácilmente deducible de lo dispuesto en el resto del PCAP, así como en el PPT y que, en su

caso, sólo puede dar lugar a una corrección de errores. Es claro que el umbral mínimo de la valoración técnica está fijado en 20 puntos.

c) En lo relativo a la contradicción observada en los criterios evaluables mediante un juicio de valor al considerar el recurrente que son más bien criterios automáticos, se opone que, si bien es cierto que los 48 puntos de la valoración técnica se distribuyen en función del cumplimiento o incumplimiento de cinco aspectos puramente técnicos claramente descritos en el pliego, pero no por ello pierde la condición de criterio cualitativo, pues es evidente que para determinar si una oferta cumple o no los diferentes aspectos es necesario un estudio de la misma y una posterior valoración que debe ser realizada por los técnicos de laboratorio especialistas en la materia. En ningún caso la mesa de contratación puede determinar el cumplimiento o no de los aspectos indicados sin un asesoramiento técnico adecuado.

d) Los reactivos se engloban en el mismo producto y en otros casos se suministran individualmente; no existe pues un formato estándar. Por ello, lo que es incierto para el órgano de contratación, que no para el licitador, en la fase de licitación es el número de reactivos y controles para cada prueba, pero cada licitador, perfecto conocedor de la técnica que oferta, puede ofrecer un precio obtenido por la suma de los precios de los productos necesarios para la técnica concreta. Ese precio será para el adjudicatario el precio unitario que figurará en el contrato y será un precio cierto de acuerdo con el art 100 de la LCSP. La indeterminación se produce tan solo en cuanto al número de elementos que componen el presupuesto base de licitación en la fase de licitación del contrato, pero ya en la fase de adjudicación y formalización del contrato, éste tiene un precio cierto.

e) Se duplican determinadas cláusulas en ambos documentos con la única finalidad didáctica de facilitar la labor de los operadores económicos que así pueden disponer en un solo documento, el PPT, de todos los elementos básicos de la licitación. De cualquier forma, si bien puede ser discutible o no

recomendable esta práctica, en ningún caso debe dar lugar a la nulidad de pleno derecho de los pliegos.

OCTAVO: <u>Apreciaciones del OARC / KEAO</u>

En resumen, la pretensión del recurso se sustenta en (i) la barrera de acceso al contrato que supone la configuración del Lote 9 y los requisitos técnicos exigidos, (ii) la contradicción entre diversas cláusulas contractuales en lo relativo al tipo de criterio de adjudicación y el umbral de valoración establecido para continuar en el procedimiento, (iii) la forma de determinación del precio del contrato en lo relativo a los reactivos y (iv) infracción en lo que respecta al tipo de información que debe contener cada pliego.

a) <u>Sobre la configuración del Lote 9</u>

Entiende la recurrente que el Lote 9 se ha configurado incorrectamente porque exige la oferta de tres productos (denominados sublotes en los pliegos) que deben cumplir unas detalladas prescripciones técnicas que, en el caso del sublote 9.3 sólo hay un producto en el mercado que las satisfaga y en el caso de los sublotes 9.1 y 9.2 no hay productos en el mercado que cumplan dichos requisitos en su totalidad, siendo el resultado de todo ello que no hay un proveedor que pueda ofrecer los tres productos.

Lo que realmente plantea la recurrente es la existencia de barreras de entrada a la licitación debido a que las prescripciones técnicas son desproporcionadamente detalladas. El análisis de esta cuestión debe comenzar por la cláusula impugnada:

PPT

(…)

7.- ANEXO RELACIÓN DE MATERIALES, UNIDADES ESTIMADAS, PRECIOS UNITARIOS.

(…)

LOTE 9. SISTEMA DE DIAGNÓSTICO MOLECULAR MEDIANTE PCR EN TIEMPO REAL PARA ENTEROPATÓGENOS					
	Gestlab		Precio licitación sin IVA / unid	Unidades 4 años	Importe total
Sublote 9.1		Kit integral de paneles pcr multiplex para detección de enteropatógenos bacterianos, víricos y protozoarios	33,00	40.000	1.320.000,00
Sublote 9.2		Panel pcr multiplex para detección de otros enteropatógenos bacterianos	15,00	500	7.500,00
Sublote 9.3		Panel pcr multiplex para detección de helmintos intestinales	15,00	100	1.500,00
		TOTAL LOTE 9			**1.329.000,00**

A-Condiciones que obligatoriamente deben cumplir las ofertas presentadas:

- Los reactivos y el instrumento ofertados deben disponer del marcado CE como instrumento para diagnóstico in vitro (IVD).
- El precio incluye todos los reactivos necesarios para la amplificación y detección de dianas enteropatógenas, incluyendo controles y calibradores en su caso.
- Tecnología PCR Real Time multiplex, con amplificación en un solo paso.
- Sistema abierto de extracción de ácidos nucleicos, con lector de código de barras y PCR setup con marcado CE, que permita el volcado automático de las listas de trabajo al termociclador.
- Termociclador compacto de PCR a tiempo real, de alta capacidad, abierto para poder montar otras pruebas de PCR, con posibilidad de procesar de forma simultanea de 1 hasta 96 muestras en una misma tanda de trabajo.
- Visualización de los valores individuales de Ct para cada patógeno, así como el valor Ct del control interno.
- Control interno exógeno en cada tubo de PCR como control de extracción y PCR.
- Será por cuenta del adjudicatario la conexión de este software al SIL del laboratorio (Gestlab), así como la adaptación a los requerimientos de seguridad de Osakidetza.
- El adjudicatario deberá ocuparse del mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos en cesión durante la vigencia del contrato.
- Será por cuenta del adjudicatario la formación y adiestramiento en la utilización de los equipos y el software.
- En caso de producirse mejoras en el producto se introducirían automáticamente sin la necesidad de solicitar un nuevo producto.
- Las dianas de detección deben incluir los enteropatógenos bacterianos y víricos más frecuentes (“dianas indispensables”). Como mínimo el equipo debe ser capaz de detectar los siguientes enteropatógenos: Campylobacter spp.; Salmonella spp., Shigella spp./E.coli enteroinvasivo; Yersinia enterocolitica; Vibrio spp.; Norovirus GI/GII; Rotavirus; Adenovirus; Astrovirus; Sapovirus.

- Las dianas detección del panel de protozoos deben incluir la detección multiplex y simultánea de al menos, Giardia lamblia, Entamoeba histolytica, Crytosporidium spp. , Blastocystics hominis, Dientamoeba fragilis, Cyclospora cayetanensis y Control interno en un único tubo de reacción, informándose cada uno de ellos individualmente.
- Las dianas detección del panel de bacterias enteropatogenas II deben incluir la detección multiplex y simultánea de al menos, E.coli enteroagregativo, E.coli enteropatógeno, E.coli enterohemooragico serotipo verotoxigenico O157, E.coli enterotoxigenico, E.coli enterohemorragico productor de toxina shiga-like (stx1/2), Ribotipo hipervirulento de Clostridium difficile y Control interno en un único tubo de reacción, informándose cada uno de ellos individualmente.
- Las dianas detección del panel de helmintos intestinales deben incluir la detección multiplex y simultánea de al menos, Ancylostoma spp., Ascaris spp., Enterobius vermicularis, Hymenolepis spp., Taenia spp., Strongyloides spp, Trichuris trichiura y Control interno en un único tubo de reacción, informándose cada uno de ellos individualmente.

Las consideraciones de este OARC / KEAO sobre la impugnación son las que se manifiestan continuación:

a.1) Sobre el establecimiento de prescripciones técnicas

En relación con el establecimiento de prescripciones técnicas, el artículo 126.1 de la LCSP establece que las prescripciones a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia. De este precepto se deduce que, si bien los poderes adjudicadores pueden configurar el objeto del contrato de la manera más adecuada para la satisfacción de sus necesidades, no pueden establecer prescripciones técnicas que impidan injustificadamente el acceso a la licitación. Entre otros casos, y por lo que interesa al objeto de este procedimiento de recurso, tal obstrucción se produce cuando se cumplen dos condiciones (ver, por todas, la Resolución 87/2018 del OARC / KEAO). La primera de ellas es que se fije un requisito técnico que solo puede ser cumplido por una o varias empresas determinadas, dificultando el acceso al contrato de los demás operadores, y la segunda, que tal condición sea arbitraria, es decir, no estrictamente exigida por el cumplimiento de la finalidad del contrato, la cual podría

quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten. Para la apreciación de estas circunstancias, debe tenerse en cuenta que el poder adjudicador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en la configuración del objeto del contrato; finalmente, debe ponderarse la proporcionalidad de la medida, de modo que no se impongan requisitos obligatorios cuyo valor añadido para el objeto de la prestación no compensa su efecto restrictivo de la concurrencia (ver en este sentido las Resoluciones del OARC / KEAO 116/2014, 7/2016, 111/2017 y 70/2018, así como la sentencia del TSJPV número 217/2021, de 28 de mayo de 2021).

a.2) Sobre la configuración del objeto del contrato

Este Órgano ha venido sosteniendo que, para delimitar el objeto del contrato y su clausulado, el poder adjudicador está amparado por una amplia discrecionalidad técnica para definir la mejor forma de satisfacer el interés general implicado en el contrato, sin que los operadores económicos puedan exigir una configuración de dicho objeto que les sea favorable. Consecuentemente, son aplicables los límites típicos de las potestades discrecionales, como son el respeto a los principios generales de la LCSP (especialmente, al principio igualdad de trato) y a lo dispuesto en el artículo 34.1 de la LCSP, que exige que el contenido del contrato se ajuste al interés público, al ordenamiento jurídico y al principio de buena administración (ver, por ejemplo, las Resoluciones 138 y 186/2018 del OARC / KEAO).

a.3) Sobre el Lote 9

Aplicada la doctrina expuesta en los apartados a.1) y a.2) anteriores, este OARC / KEAO considera que la alegación debe ser estimada por las siguientes razones:

1) El objeto del Lote 9 se compone de lo que el PCAP denomina tres “sublotes”, consistentes en tres paneles pcr multiplex para la detección de enteropatógenos, debiendo cumplir cada uno de ellos un total de quince

especificaciones técnicas. A este respecto, el recurrente alega que, en lo referente a los sublotes 9.1 y 9.2, no existe en el mercado ningún producto que pueda satisfacer todos los requisitos exigidos y que en lo concerniente al sublote 9.3 solamente existe un único producto. A tal efecto, realiza un análisis de siete productos que se comercializan en el mercado, expresando por cada uno de ellos la prescripción técnica que se incumple.

2) En lo que se refiere al contraste de la arbitrariedad de las prescripciones, debe partirse de la base de que el poder adjudicador no justifica su establecimiento en el expediente de contratación. Si bien es cierto que el órgano de contratación no está obligado a justificar todas y cada una de las prescripciones contractuales y que dicha justificación no tiene que constar en el expediente de contratación (ver, por ejemplo, el artículo 116.4 de la LCSP), ello no significa que no corresponda al poder adjudicador defender dichas prescripciones ante un recurso especial que las ataca una vez que el recurrente ya ha hecho un esfuerzo por argumentar su ilegalidad (ver, en este sentido, la Resolución 215/2021 de este OARC / KEAO). En el supuesto que nos ocupa, el poder adjudicador se ha limitado a señalar dos argumentos genéricos: (i) que sí existen en el mercado soluciones capaces de satisfacer todas las exigencias requeridas que, de hecho, el actual proveedor las satisface y (ii) que las propiedades que se exigen al producto son razonables y respondan a la finalidad de satisfacer necesidades. Estas alegaciones no pueden ser aceptadas por las siguientes razones:

   - Se observa una falta de razonamiento o de argumentos ajustados al caso. Cada uno de los tres paneles a ofertar por los licitadores debe cumplir unas minuciosas prescripciones técnicas y, ni en el expediente ni en el informe de oposición al recurso se manifiestan las razones que justifican su exigencia ni cuál es la finalidad que pretenden satisfacer dichas prescripciones, por lo que no se puede emitir un juicio sobre la proporcionalidad de su exigencia.

- El informe de oposición al recurso afirma que existen en el mercado soluciones que satisfacen las exigencias de los pliegos, pero no identifica ni los "servicios técnicos" a los que se ha efectuado la consulta, ni los productos que cumplen con las prescripciones, ni los productos suministrados por el actual adjudicatario.

- No se emite ninguna consideración respecto del análisis que efectúa la recurrente sobre siete productos del mercado que no cumplen con la totalidad de las prescripciones, al margen de señalar la contradicción de que en el Sublote 9.3 existe un proveedor que sí las cumple.

- Por último, cabe señalar que lo relevante no es que exista en el mercado un producto que satisfaga las prescripciones impugnadas, sino si hay o no razones proporcionadas para establecer unas prescripciones que sólo las puede satisfacer un único o un reducido grupo de proveedores y el poder adjudicador no ha efectuado este esfuerzo.

3) En conclusión, cabe afirmar que no se ha justificado en la tramitación del procedimiento de recurso el carácter no arbitrario de las prescripciones debatidas, por lo que se desconoce el objetivo que se pretende alcanzar con ellas; cuestión básica para realizar un juicio de idoneidad y proporcionalidad para concluir si nos hallamos ante una exigencia caprichosa o, por el contrario, necesaria. Por su parte, la existencia de un producto o conjunto reducido de productos que satisfagan las prescripciones técnicas sin que medie dicha justificación viene a confirmar el carácter discriminatorio o desproporcionado de las prescripciones técnicas exigidas.

4) Por el contrario, en contra de lo aducido por el recurrente, la exigencia de presentar oferta por los tres productos que componen el lote no supone un obstáculo a la participación en la licitación, ya que la cláusula 3 del

PPT permite que el licitador presente productos comercializados por otros operadores económicos.

b) Sobre la contradicción en los criterios de adjudicación

Se alega (i) contradicción entre diversas cláusulas de los pliegos acerca del umbral a alcanzar en el criterio de adjudicación relativo a la "Valoración técnica" y (ii) en la configuración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor.

Los análisis de estas cuestiones deben partir de las cláusulas de los pliegos debatidas:

CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DEL PCAP

(…)

22.2.1.-Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: Sí

VALORACIÓN	UMBRAL MÍNIMO	PUNTOS
A.- Económico		50
B.- Valoración Técnica	20	48
C.- Criterios Ambientales		2

CRITERIO VALORACIÓN TÉCNICA: 48 puntos, con un umbral mínimo de 10 puntos. La calidad del producto se puntuará hasta un máximo de 48 puntos pudiendo ser:

0 puntos: Ofertas de las que no se dispone de documentación técnica suficiente, no presentación de muestras o el producto ofertado es diferente al solicitado o no válido.

De 1 a 19 puntos: Productos técnicamente válidos, pero de una calidad no suficiente.

De 20 a 30 puntos: Productos técnicamente válidos de una calidad adecuada.

De 31 a 48 puntos: Productos u ofertas preferentes de calidad excelente.

CONDICIONES OBLIGATORIAS Y ASPECTOS A VALORAR POR LOTE:

(…)

LOTE 9

(…)

B-Criterios cuya valoración depende de juicios de valor. (hasta 48 puntos)

Justificación y Descripción	Puntuación
SISTEMA INTEGRADO DE DIAGNÓSTICO MOLECULAR MEDIANTE PCR EN TIEMPO REAL PARA ENEROPATÓGENOS	
Todos los paneles ofertados tengan idéntico perfil térmico para que puedan implementarse en un mismo run de extracción y/o amplificación. **SI=10 puntos, NO=0 puntos**	**10 Puntos**
Optimización del gasto de los reactivos de MMIX, sin necesidad de agrupar muestras en un run de trabajo. **SI=10 puntos, NO=0 puntos**	**10 Puntos**
Preparación automatizada y selectiva de DNAteca (conservación eluídos) en tubos eppendorf 1,5 ml **SI=10 puntos; NO=0 puntos**	**10 Puntos**
Servicio Técnico: Tiempo de respuesta garantizado ante averías (presencial máximo 24 horas) / Frecuencia estipulada de revisiones (mínimo 1 cada 6 meses por aparato) **SI=8 puntos; NO=0 puntos**	**8 Puntos**
La oferta de más de un equipo termociclador que facilite la disponibilidad de una alternativa en caso de que el equipo principal sufra una avería **≥2 equipos termocicladores=10 puntos, ≤2 equipos termocicladores=0 puntos**	**10 Puntos**
TOTAL	**48 Puntos**

(…)

Las consideraciones del OARC / KEAO sobre las cuestiones planteadas son las siguientes:

1) En la cláusula específica 22.2.1 del PCAP consta un cuadro en el que figuran tres criterios A.- Económico, B.- Valoración técnica y C.-Criterios ambientales, describiéndose, a continuación, bajo el epígrafe de "Criterio valoración técnica" que se ponderará "la calidad del producto", conforme a una horquilla de puntuación según si la calidad apreciada es "suficiente", "adecuada" o "excelente". Seguidamente, en esta misma cláusula, bajo el epígrafe de "Condiciones obligatorias y aspectos a valorar por lote", se relacionan por cada lote, las prescripciones técnicas que deben satisfacer los bienes ofertados, que coinciden con las establecidas en el PPT, y, bajo el

subepígrafe de "Criterios cuya valoración depende de un juicio de valor. (hasta 48 puntos)", en lo que al lote 9 se refiere, constan cinco criterios secundarios con un funcionamiento binario (si/no) según se oferte o no la ventaja descrita en el criterio. Es indudable que esta forma de valorar entra en contradicción con la descrita en el epígrafe "Criterio valoración técnica", por las siguientes razones:

(i) Dentro de la misma cláusula específica se describen dos formas de valorar: una primera referida a "la calidad", si bien no se especifica en qué consiste ésta, y otra segunda que consta de cinco criterios secundarios fuertemente reglados en su descripción y en su valoración.

(ii) La contradicción abarca, tanto al aspecto a valorar (si la calidad o los elementos que figuran en el epígrafe B) como a la configuración de los criterios secundarios que se describen en el epígrafe B, que por su funcionamiento se acercan a los criterios automáticos.

La evidente contradicción en la información contractual conlleva la estimación de este motivo de impugnación, dado que el principio de transparencia se opone a que los pliegos contengan información errónea o contradictoria (en este sentido, la Resolución 92/2022 de este OARC / KEAO). A este respecto, este Órgano ha venido señalando (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2018 y la jurisprudencia europea que en ella se cita) que el poder adjudicador tiene una obligación de transparencia que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que todos los licitadores puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate, aspectos que no cumple la cláusula impugnada.

2) Igualmente, es manifiesta, y aceptada por el poder adjudicador, la contradicción en el umbral mínimo a exigir a las licitadoras en la valoración técnica para continuar en el procedimiento consistente en especificar en el cuadro resumen de los criterios de adjudicación que el umbral mínimo en el criterio "Valoración técnica" ha de ser de 20 puntos sobre 48 para, a continuación, en el criterio de la valoración técnica especificar que el umbral es de 10 puntos.

c) Sobre la determinación del precio del contrato

CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DEL PCAP

1.5.- Tracto: Sucesivo
El número de unidades de prestación que integran el objeto del contrato se define con exactitud: NO. Al estar el precio fijado por unidades de ejecución o de tiempo, e importe total indeterminado, debe tenerse en cuenta que el gasto efectivo está condicionado por las necesidades reales de la administración que, por tanto, no queda obligada a demandar una determinada cantidad de unidades ni *a gastar la totalidad del presupuesto.*
(…)
5.2.- Modalidad de pago del precio: Pagos parciales contra pedido.

La recurrente denuncia (i) inconcreción de los materiales concretos que se deben suministrar y las características de los mismos y, (ii) falta de valoración económica individual y de los posibles medios empleados para el cálculo de los reactivos, controles y calibradores exigidos en los pliegos.

A juicio de este OARC / KEAO estas alegaciones deben ser desestimadas por las siguientes razones:

1) El objeto del contrato consiste en el Suministro de Reactivos de Microbiología Molecular para el Servicio de Microbiología y la puesta a disposición del equipamiento necesario para su uso y en el PPT se especifica las características de los Kit

junto al precio unitario máximo a ofertar y el número estimado de unidades que se demandarán en el plazo de duración del contrato.

2) El precio del contrato se determina por precio unitario, que es una de las formas de formulación del precio del contrato según el artículo 102.4 de la LCSP. Este sistema de retribución supone que el licitador debe ofertar un precio por unidad. En particular, se trata de un contrato configurado al amparo de la Disposición adicional trigésima tercera de la LCSP que describe los contratos de suministros y servicios en los que "…el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud al tiempo de celebrar este, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración…". Se debe partir de que la finalidad de esta disposición es permitir la contratación de determinados suministros y servicios cuando al órgano de contratación no le resulta posible fijar a priori el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato al tiempo de celebrar el contrato, por hallarse subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración (en este sentido el Informe 14/20 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado).

3) En los pliegos constan, en coherencia con la citada Disposición adicional, la descripción de los bienes a suministrar, el precio unitario máximo de licitación, el presupuesto de gasto máximo y, además, se señalado el número estimado de unidades a suministrar. A juicio de este Órgano, los pliegos contienen la información suficiente para elaborar una oferta, sin perjuicio del margen de incertidumbre respecto al número de unidades finalmente ejecutadas, que es inherente a esta modalidad contractual.

4) De conformidad con lo establecido en la cláusula 4.A) del PPT el precio unitario incluirá cualquier tipo de coste derivado de otros conceptos requeridos en los pliegos. Esta estipulación no contraviene de ninguna manera el principio de precio cierto, que supone que este elemento debe

constar en el contrato y no puede dejarse a resultas de actuaciones posteriores a la perfección del mismo (ver, en este sentido la Resolución 112/2021 de este OARC / KEAO). Por el contrario, no existe obligación alguna de determinar el precio de las prestaciones asociadas o vinculadas al suministro de forma individualizada. Un operador que ofrece habitualmente en el mercado los bienes objeto del suministro es quien mejor conoce los costes asociados al bien que ofrece y, por consiguiente, quien puede imputarlos al precio unitario a ofertar. A este respecto, resulta relevante señalar que el recurrente no discute la suficiencia del precio unitario máximo establecido en los pliegos.

5) Este OARC / KEAO ha manifestado con anterioridad (ver su Resolución 39/2016) que el poder adjudicador puede elegir discrecionalmente la forma de determinación del precio que estime más adecuada, siempre que sea compatible con la prestación y con los principios de estabilidad presupuestaria, control del gasto y eficiente utilización de los fondos públicos. A este respecto, es de resaltar que la recurrente no alega nada en este sentido. Por el contrario, en el ANEXO I.1 CÁLCULO PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN del PCAP figura la forma en la que se han calculado el presupuesto base de licitación y los de los bienes que ha sido atendiendo al precio de venta en el mercado de los bienes objeto del expediente y al precio que actualmente se abona por estos bienes en la OSI Ezkerraldea Enkarterri Cruces.

6) En resumen, a juicio de este OARC / KEAO los argumentos de la recurrente sobre la configuración del objeto del contrato en relación con la certeza del precio del contrato pretenden eliminar el riesgo y ventura de la ejecución del contrato, que debe ser asumida por el contratista (artículo 197 LCSP). En suma, el recurrente pretende reducir o eliminar el riesgo y ventura propia de toda actividad empresarial y realizar una configuración de la obligación que le sea favorable pretendiendo imponérsela al órgano de contratación.

7) Todo lo manifestado en los números 1) a 6) anteriores se refiere a la validez de la forma de determinación del precio del contrato establecido en los pliegos, lo cual no desdice las conclusiones del apartado a) del Fundamento Jurídico Noveno de esta Resolución sobre la limitación al libre acceso a la licitación que suponen las prescripciones técnicas solicitadas.

d) Sobre la información que deben incluir el PCAP y el PPT

Alega la recurrente que el PPT incluye aspectos que deben figurar en el PCAP por lo que infringe los artículos 122 y 124 de la LCSP y 67 y 68 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

En el caso analizado, se achaca que el PPT contenga (i) el objeto del contrato, (ii) la justificación de la adjudicación a lote único, (iii) las bases generales para contratación del suministro de material, (iv) los criterios de valoración de la oferta y (v) las condiciones generales de la oferta.

Las consideraciones de este Órgano al respecto son las siguientes:

1) El artículo 124 de la LCSP establece que en el PPT se incluirán las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y que definan sus calidades y sus condiciones sociales y ambientales. En el artículo 68.1 del RGLCAP se concreta que el PPT contendrá, al menos, a) Características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato, b) Precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y número estimado de las unidades a suministrar y c) En su caso, requisitos, modalidades y características técnicas de las variantes. Finalmente, el artículo 68.3 del RGLCAP prohíbe que el PPT contenga cláusulas que deban figurar en el PCAP.

2) Las características técnicas que hayan de reunir los bienes a suministrar conforman el objeto del contrato, por lo que no existe obstáculo a que esta información figure en el PPT.

3) La cláusula 3 del PPT "Justificación de adjudicación a Lote único" facilita información sobre el contenido de la proposición que pueden presentar los licitadores al poner de manifiesto que se pueden ofertar reactivos de otros proveedores. Conforme al artículo 67.2.h) RGLCAP esta información debe ser incluida en el PCAP, por lo que el PPT no es el documento idóneo para ello (en este sentido la Resolución 52/2017 de este OARC / KEAO).

4) La cláusula 4 del PPT, bajo el epígrafe de Bases generales para la contratación del suministro de material", contiene información a incluir en el PCAP, como la relativa a los conceptos que se deben ofertar en el precio unitario, variantes (art. 67.2.j) RGLCAP), documentación a aportar para la evaluación de la oferta (art. 67.2.h) RGLCAP), duración del contrato, periodicidad, plazos máximos de entrega (artículo 67.2.e) del RGLCAP) y lugar de entrega de los suministros (art. 67.5.f) del RGLCAP).

5) En la cláusula 7 del PPT figuran los criterios de valoración insertados en un documento contractual que, como taxativamente establece el mencionado artículo 68.3 del RGLCAP, "en ningún caso" puede incluirlos.

6) No cabe aceptar la alegación del poder adjudicador de que se reproducen en el PPT cláusulas del PCAP para facilitar la comprensión de los documentos a los licitadores. Ello en ningún caso es así, pues la duplicidad de la información en documentos con finalidad, sistemática y estructura diferentes conlleva confusión, oscuridad y posibles contradicciones en la información a trasladar a los licitadores y, para el órgano de contratación, dificultades en su interpretación. A este respecto se ha pronunciado con anterioridad este Órgano (ver la Resolución

175/2018) al poner el énfasis en la falta de transparencia que en todo caso supone obligar a los operadores económicos interesados en el contrato a hacer una tarea hermenéutica sobre el texto de ambos pliegos para conocer la voluntad del órgano de contratación.

e) Sobre la motivación de diversas cláusulas contractuales

El recurrente en diversos apartados de su recurso alega la falta de justificación de diversas cláusulas. En particular, (i) el establecimiento de horquillas del criterio de adjudicación de valoración técnica, (ii) de los criterios de adjudicación que figuran en el epígrafe B del Lote 9 de la cláusula específica 22.2.1 del PCAP y apartado B del Lote 9 de la cláusula 7 del PPT, (iii) la configuración del lote 9 y las prescripciones técnicas exigidas y (iv) la adjudicación en lote único.

1) Este Órgano ya ha señalado (ver su Resolución 215/2021) que la LCSP no exige que todas y cada una de las cláusulas de los pliegos esté debidamente justificada en el expediente; tal requerimiento solo es aplicable a los concretos supuestos en los que la Ley así lo pide expresamente (ver, en especial, el artículo 116.4 de la LCSP).

2) Partiendo de lo anterior, cabe señalar que no se precisa la justificación de las horquillas de puntuación del criterio de valoración técnica porque la jurisprudencia europea ya ha establecido que no es exigible, de acuerdo con el Derecho de la Unión sobre contratación pública (ni tampoco según la LCSP, que lo incorpora a nuestro Ordenamiento) que los pliegos incluyan el método de valoración de los criterios de adjudicación (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555, así como las Resoluciones 107/2017 y 58/2018 del OARC / KEAO), por lo que mucho menos exigible será su justificación.

3) La memoria que da cumplimiento al mandato de los artículos 116.4 c) y 146.2 de la LCSP sobre justificación de los criterios de adjudicación en general, y de los sujetos a fórmula en particular, no especifica las razones de la elección de la Administración. No obstante, este Órgano ya ha señalado (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 166/2019 y 95/2019) que la motivación es un requisito formal, por lo que su omisión solo tiene trascendencia anulatoria para el acto al que se refiere cuando le impida alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados (artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), lo que no sucede en este caso, en el que el recurrente ha podido elaborar un recurso fundado que contiene las razones de su oposición a la citada fórmula.

4) El artículo 116.4 de la LCSP no obliga al órgano de contratación a justificar en el expediente de contratación las prescripciones técnicas ni la configuración del contrato.

5) Se impugna la no justificación de la adjudicación en lote único. No obstante, el objeto del contrato impugnado se divide en nueve lotes y en ocasiones precedentes (ver, Resolución 182/2019) este Órgano ha manifestado que, a diferencia de lo que sucede con la decisión de no dividir, la decisión de dividir y la elección del criterio de configuración de los lotes no están sujetas a una motivación expresa que deba constar en el expediente.

f) Conclusión

A la vista de lo anterior, el recurso al Lote 9 se estima parcialmente anulando las siguientes cláusulas, así como todas las concordantes con ellas:

1. Del PCAP

1.2. Cláusula específica 22.2.1, todo lo relativo a Criterio de valoración técnica y el apartado A- Condiciones que obligatoriamente deben cumplir

las ofertas presentadas y apartado B-Criterios cuya valoración depende de juicios de valor. (hasta 48puntos)

2. Del PPT
   - 2.1. Cláusula 3 Justificación de adjudicación a Lote único
   - 2.2. Cláusula 4 Bases generales para la contratación del suministro de material
   - 2.3. Cláusula 5 B – Criterio de valoración técnica
   - 2.4. Cláusula 7 A- Condiciones que obligatoriamente deben cumplir las ofertas presentadas y B-Criterios cuya valoración depende de juicios de valor. (hasta 48puntos

En particular, la anulación de un criterio de adjudicación conlleva la cancelación de todo el procedimiento de licitación, pues según la jurisprudencia europea (STJUE de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, ECLI:EU:C: 2003:651, apartados 92 a 95), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (…). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.» y concluye que «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.».

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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por BECTON DICKINSON, S.A. contra los pliegos del contrato “Suministro de reactivos de microbiología molecular para el Servicio de Microbiología de la Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces (lote 9)”, tramitado por Osakidetza, anulando los pliegos impugnados en los términos especificados en el apartado f) del Fundamento jurídico octavo de esta Resolución y cancelando la licitación.

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: 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko maiatzaren 31

Vitoria-Gasteiz, 31 de mayo de 2023