



EB 2022/074

Resolución 132/2022, de 19 de agosto, 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 mercantil WERFEN ESPAÑA, S.A.U. contra la adjudicación del contrato de “Suministro de material para determinación y control del tratamiento anticoagulante oral mediante autoanalizadores portátiles para las organizaciones de servicios de Osakidetza y en su ámbito comunitario (Lote 1)”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 4 de mayo de 2022 se ha presentado 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 mercantil WERFEN ESPAÑA, S.A.U. (en adelante WERFEN) contra la adjudicación del contrato de “Suministro de material para determinación y control del tratamiento anticoagulante oral mediante autoanalizadores portátiles para las organizaciones de servicios de Osakidetza y en su ámbito comunitario (Lote 1)”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día 4 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 documentación relativa al expediente se recibió el día 6 del mismo





mes; sin embargo, el informe no ha sido remitido a fecha de la presente Resolución.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el 12 de mayo, se han recibido las alegaciones de ROCHE DIAGNOSTICS, S.L.U. (en adelante, ROCHE), adjudicataria impugnada, el 19 de mayo.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de A.S.J. 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 los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

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: Alegaciones del recurso

Las alegaciones del recurso son, en síntesis, las siguientes:

- a) La oferta técnica de ROCHE incumple determinados requerimientos mínimos exigidos por el Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), concretamente, los referidos a: (i) Forma de presentación de las tiras: envase individual, blíster o equivalente y (ii) Especificación en el insert del tiempo de estabilidad fuera del envase expuesta a temperatura ambiente, luz y humedad, de al menos 6 horas.
- b) En efecto, la forma de presentación de las tiras no cumple con lo exigido en los pliegos, pues las tiras no se encuentran envasadas de forma individual con un envoltorio adicional que precise ser retirado para sus usos, sino que se encuentran cubiertas de forma incompleta por una película plastificada que no puede ser considerado como un envoltorio tal y como es definido en la cláusula 22.2.1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP).
- c) Por su parte, las tiras reactivas presentadas por ROCHE no especifican en el “insert” el tiempo de estabilidad fuera del envase expuesta a temperatura ambiente, luz y humedad. Incluso, la propia Administración a la hora de valorar dicho tiempo de estabilidad como criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor reconoce que la ficha técnica presentada por ROCHE no indica el tiempo de estabilidad fuera del envase por lo que le otorga 0 puntos.
- d) Los incumplimientos constatados quedan al margen de la discrecionalidad técnica de la que goza la Administración y dado que existe un error ostensible y manifiesto en la valoración de la oferta procede que el OARC/KEAO revise la resolución de adjudicación. Además, se constata una falta de motivación en el



informe técnico respecto del cumplimiento de las especificaciones técnicas mínimas.

e) Finalmente, se solicita que se anule y se deje sin efecto la resolución de adjudicación del lote 1 del contrato con retroacción de las actuaciones para acordar la exclusión de ROCHE y la adjudicación del contrato a la segunda clasificada, esto es, a la recurrente.

SÉPTIMO: Alegaciones de ROCHE

La adjudicataria impugnada se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) En lo que a la forma de presentación de las tiras se refiere, la oferta de ROCHE cumple con lo exigido en el PPT, pues las tiras están encapsuladas en un envase individual consistente en una película plástica transparente que aísla y protege íntegramente la tira de factores externos cuando está fuera del tubo. El PPT no prescribe que el envase tenga que abrirse por el usuario para su utilización ni la propia definición del término requiere de dicha acción. A juicio de la alegante, la recurrente ha incurrido en error al no haber diferenciado entre los requisitos técnicos mínimo exigidos (PPT) y los criterios de adjudicación (PCAP), ya que este último es el que valora el envasado individual que precisa de apertura para su utilización (modalidad blíster). Por ello, el poder adjudicador otorga 0 puntos en dicho criterio de adjudicación a las tiras ofertadas por la adjudicataria y no se proceda a la exclusión de la oferta por no existir incumpliendo mínimo alguno.

b) Respecto al supuesto incumplimiento de la especificación en el “insert” del tiempo de estabilidad, debe indicarse que lo que prescribe el PPT es que el tiempo de estabilidad de la tira fuera del envase ha de ser como mínimo de 6 horas. Por ello, en la oferta de ROCHE se indica que las tiras pueden estar fuera del tubo o envase original durante días sin que la estabilidad del reactivo pueda verse afectado. De esta forma, la estabilidad de cada tira es la que consta en el



“insert”, el cual indica que las tiras reactivas pueden usarse hasta la fecha de caducidad impresa en la caja el tubo de tiras, cumpliendo, de esta forma, con el requisito del PPT.

c) De conformidad con una interpretación teleológica de los pliegos, las tiras ofertadas por ROCHE cumplen con las finalidades buscadas por el órgano de contratación a la hora de establecer los requisitos técnicos mínimos, pues, por un lado, se ofrece una protección adicional del producto fuera del envase y, por otro, se asegura que las tiras gozan de una duración mínima superior a la exigida.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La cuestión principal que se debate en el recurso versa sobre el posible incumplimiento por parte de las tiras reactivas ofertadas por la adjudicataria de dos especificaciones técnicas exigidas por el PPT. El análisis de la pretensión del recurso debe partir del contenido de las cláusulas relevantes de los pliegos, que vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación por no haber sido impugnados en tiempo y forma.

PCAP

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

(...)

La valoración técnica se realizará sobre la documentación técnica correspondiente a los artículos objeto de licitación y los resultados de las pruebas de uso, de acuerdo a las puntuaciones establecidas para cada lote que se detallan en el siguiente apartado.

Característica	Lote 1. TIRAS REACTIVAS MEDIDORAS DEL INR	Puntos
a	CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DE LAS TIRAS	
a.1.	Se valorará la información actualizada sobre interferencias que pueda alterar el resultado INR (anticoagulante lúpico, medicaciones...)	2
a.2.	Presentación de las tiras: envase individual (blíster). El blíster, al menos, deberá incluir impreso en su envoltorio la fecha de caducidad y el nº de lote. <ul style="list-style-type: none">• NO cumple: 0 puntos• Sí cumple: 2 puntos <i>Se considera blíster a una tira envasada "individualmente" que precise apertura del mismo para su utilización</i>	2
a.3.	Contenido y estructura de la ficha técnica: Si tiene o no pictogramas, si es fácil la comprensión y lectura para la persona que lo usa.	2
a.4.	Se valorará el tiempo de estabilidad de la tira reactiva fuera del envase expuesta a temperatura ambiente, luz y humedad. <ul style="list-style-type: none">• Menor o igual a 6 horas: 0 puntos	2



Procedimiento abierto

Característica	Lote 1. TIRAS REACTIVAS MEDIDORAS DEL INR	Puntos
	<ul style="list-style-type: none"> Mayor de 6 horas: 2 puntos 	
a.5.	Oferta de varias presentaciones (Por ej.: envases de 24 tiras y de 50 tiras): <ul style="list-style-type: none"> Si oferta más de una presentación: 2 puntos Si oferta una única presentación: 0 puntos. 	2
a.6.	Caducidad de las tiras desde la fecha de entrega a Osakidetza: <ul style="list-style-type: none"> Caducidad mayor de 12 meses y menor de 15 meses: 1 punto Caducidad mayor de 15 meses: 2 puntos 	2
	Total apartado a	12

24.3.-SOBRE C: OFERTA PARA CUYA EVALUACIÓN SE REQUIERE EFECTUAR UN JUICIO DE VALOR:

La empresa licitadora deberá aportar la información que avale el cumplimiento de las características técnicas exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Toda la documentación presentada deberá estar redactada en uno de los dos idiomas oficiales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (euskera o castellano). En el caso de la documentación redactada en otra lengua, ésta deberá acompañarse de traducción firmada por el apoderado de la empresa. No se tendrá en cuenta la documentación presentada en otro idioma, así como la NO solicitada.

Índice de documentos solicitados

A continuación se enumera la relación de documentación requerida obligatoriamente para cada uno de los lotes:

Relación de documentación requerida para los lotes del 1 al 15	
C.1 Ficha técnica	Actualizadas, incluyendo: <ul style="list-style-type: none"> Descripción detallada de las características de los productos objeto de licitación, descripción técnica, necesidades y condiciones de almacenaje, caducidades, etc. Referencia del fabricante del producto. Catálogos y folletos en castellano o euskera, o en su defecto con traducción del contenido. Se presentarán en formato WORD o PDF (debiendo ser en este caso su texto seleccionable)
C.2 Marcado CE	Se presentarán dos documentos: Declaración de conformidad del fabricante y Certificado CE con Organismo Notificado
C.3. Declaración de normativa y estándares	Declaración firmada por la/el representante legal de la empresa, mediante el ANEXO: Declaración de cumplimiento de normativa y estándares. Se presentará en formato WORD o PDF (debiendo ser en este caso su texto seleccionable)
C.4. Plan de implantación	Plan de implantación y formación para el cambio de coagulómetros, tiras y lancetas dirigido a todas las organizaciones de servicios de Osakidetza y residencias. (Nº máximo de páginas 25) Se presentarán en formato WORD o PDF (debiendo ser en este caso su texto seleccionable)
C.5. Proyecto Formativo para el autocontrol	Proyecto formativo e informativo del proceso de autocontrol: propuesta de formación, material educativo, audiovisual, de soporte... (Nº máximo de páginas 25) Se presentarán en formato WORD o PDF (debiendo ser en este caso su texto seleccionable)
C.6 OFERTAS TÉCNICAS	"Plantilla Juicios de Valor" Se presentará en soporte digital, formato EXCEL



PPT

(...)

7.1.2. Lote 1: Requisitos técnicos (indicar excluyentes y/o no excluyentes)

Todos los requisitos técnicos que se describen a continuación, son de carácter EXCLUYENTE.

TIRAS REACTIVAS

1. Caducidad de las tiras: como mínimo 12 meses desde la fecha de entrega en los almacenes de las organizaciones de Osakidetza.
2. Forma de presentación de las tiras: envase individual, blíster o equivalente.
3. Especificación en el insert del tiempo de estabilidad fuera del envase expuesta a temperatura ambiente, luz y humedad, **de al menos 6 horas.**
4. Óptimo funcionamiento de la tira expuesta a condiciones variables de temperatura ambiental al menos entre 4-30 º C.
5. Control de calidad integrado.

A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre las cuestiones planteadas:

a) Sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas

El recurrente denuncia que la oferta del adjudicatario incumple dos prescripciones técnicas mínimas. El análisis del recurso comenzará por exponer la doctrina de este OARC/KEAO sobre dicha cuestión para después analizar los concretos incumplimientos alegados.

a.1 Doctrina general

Según reiterada doctrina de este Órgano, 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, refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato y representa el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtener el poder adjudicador (ver, por todas, la Resolución 89/2018 de este OARC / KEAO). En este sentido, debe recordarse que las



características técnicas correspondientes al servicio objeto del contrato corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28.1 de la LCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas, ni adjudicar el contrato a una oferta que las incumple o que no garantiza su respeto (ver, en este sentido, la Resolución 144/2019 del OARC / KEAO). Ahora bien, una decisión tan grave como la exclusión de un licitador solo debe tomarse cuando la oposición entre su oferta y la documentación contractual sea frontal y clara, de forma que el hipotético contrato formalizado en esos términos no cumpliría con los requisitos mínimos establecidos en los pliegos como imprescindibles para la satisfacción del interés general perseguido (ver, en este sentido, la Resolución 016/2020 del OARC / KEAO). Finalmente, debe recordarse que este Órgano ha señalado que una decisión tan grave como la exclusión de una proposición debe fundarse en una causa clara y atendiendo siempre a los principios de proporcionalidad y transparencia (ver, por ejemplo, las Resoluciones 67/2014 y 183/2019 del OARC / KEAO), lo que no sucede en los supuestos en los que el recurrente pretende excluir la oferta del adjudicatario aplicando en su perjuicio una prescripción redactada por el órgano de contratación en términos deliberadamente imprecisos (ver, en este sentido, la Resolución 176/2021).

a.2 Sobre el incumplimiento de la prescripción relativa a la forma de presentación de las tiras

Alega el recurrente que la no presentación de las tiras en envase individual o blíster conduce a la exclusión de la oferta de la adjudicataria. Este OARC / KEAO no comparte esta conclusión por las razones que se exponen a continuación:

- 1) La cláusula 7.1.2 del PPT, que no ha sido impugnada y por lo tanto rige el procedimiento de adjudicación vinculando al poder adjudicador y a los licitadores, requiere que las formas de presentación de las tiras a suministrar sean, bien en envase individual, bien en blíster, bien en otra forma equivalente a las primeras dos. Consecuentemente, no nos encontramos ante una especificación técnica cerrada, sino que se



admiten otro tipo de presentaciones diferentes a las expresamente mencionadas, pero de similar valor o efecto.

- 2) Para su correcta comprensión la prescripción técnica descrita en el apartado 1) anterior debe ser puesta en relación con la cláusula específica 22.2.1 del PCAP, en la que se relacionan los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor. En concreto, en lo que respecta a la forma de presentación de las tiras se especifica que su presentación en envase individual (blíster) se valorará con 2 puntos, mientras que su no presentación en dicha forma se valorará con 0 puntos, especificándose que Se considera blíster a una tira envasada “individualmente” que precise apertura del mismo para su utilización. Al objeto de la resolución de la cuestión planteada, y en contra de lo alegado por la recurrente, no resulta relevante la definición de envase individual o blíster que contiene dicho criterio de adjudicación, sino el que se valore, aunque sea con 0 puntos, la presentación de tiras en formato diferente al individual o blíster, de lo que se puede concluir que el PCAP admite la presentación de tiras en cualquier tipo de formato, sea o no equivalente al individual o blíster.
- 3) La conclusión de lo señalado en los apartados anteriores es que la información contenida en los pliegos de la licitación sobre el cumplimiento de la prescripción técnica relativa a la forma de presentación de las tiras es confusa, por lo que la contradicción entre la cláusula 7.2.1 del PPT, que la define como excluyente, y la cláusula 22.2.1 del PCAP, que valora con 0 puntos su no oferta, no puede significar que la propuesta contractual sea penalizada con la sanción más grave de las previstas en el PCAP, que es su exclusión, pues ello sería contrario al principio de transparencia (artículo 1.1 de la LCSP). A este respecto, debe señalarse que este OARC/KEAO ha manifestado en pronunciamientos anteriores (ver, por todas, su Resolución 167/2021) que una determinación del procedimiento de adjudicación cuya infracción puede suponer una consecuencia tan relevante como la exclusión de la proposición debe estar claramente consignada en los pliegos de la licitación y, en virtud del principio de



transparencia, ser suficientemente clara como para ser interpretada de la misma forma por todos los licitadores mínimamente diligentes, lo que aquí no sucede (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, asunto C-19/00, de 24/11/2005, asunto C-331/04, y de 12/11/2009, asunto C-199/07 y las Resoluciones 067/2014 y 14/2021 del OARC / KEAO).

a.3 Sobre el incumplimiento de la prescripción relativa a la especificación en el insert del tiempo de estabilidad fuera del envase expuesta a temperatura ambiente, luz y humedad, de al menos 6 horas.

La recurrente alega que las tiras ofertadas por ROCHE incumplen la prescripción técnica contenida en la cláusula 7.1.2 del PPT, formulada en términos de excluyente que exige Especificación en el insert del tiempo de estabilidad fuera del envase expuesta a temperatura ambiente, luz y humedad, de al menos 6 horas.

Las apreciaciones de este Órgano sobre la cuestión debatida son las siguientes:

- 1) 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).



- 2) Igualmente, constituye doctrina consolidada de los Tribunales y Órganos resolutorios de recursos contractuales (ver, en este sentido la Resolución nº 121/2019 de este OARC / KEAO) 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.
- 3) En la información aportada por ROCHE en su oferta (sobre “B”), en la ficha técnica de la tira CoaguChek PT Test, en lo que respecta a la estabilidad de las tiras consta en el apartado de Conservación y estabilidad la siguiente información: Conservar a 2-30 °C. Las tiras reactivas pueden usarse hasta la fecha de caducidad impresa en la caja o el tubo de tiras reactivas. Igualmente, figura una similar información en la ficha técnica de la tira CoaguChek Pro II, donde se puede leer: Conservar a 2-30º C. Las tiras reactivas pueden usarse hasta la fecha de caducidad impresa en la caja o el tubo de tiras reactivas.
- 4) A la vista de la información que sobre su conservación y estabilidad figura en las fichas técnicas de las tiras ofertadas no puede considerarse que la contraposición entre la proposición del adjudicatario impugnado y el PPT sea tan evidente o frontal que conlleve a la exclusión de la oferta. Téngase en cuenta que los prospectos de ambas tiras indican que su tiempo de estabilidad es el coincidente con la caducidad del tubo y no se hace mención a que dicha estabilidad se refiera única y exclusivamente a las tiras dentro del bote, sino que también podría referirse a las tiras fuera del bote, tal y como afirma en sus alegaciones ROCHE.
- 5) Este Órgano considera que no cabe dar un valor esencial o imprescindible en la configuración de la propia oferta a la ausencia en los folletos de la consignación expresa diferenciada (dentro del bote o fuera) del tiempo de



estabilidad de las tiras, pues de la redacción de la prescripción técnica se observa que la información relevante es que el tiempo de estabilidad en temperatura ambiente sea de, al menos, 6 horas, tal y como se desprende de la utilización de la tipografía negrita para destacar dicha información, y no la mera cuestión formal de que dicho dato conste de forma expresa y diferenciada en los prospectos de las tiras.

6) En resumen, no se observa que la información contenida en los prospectos incumpla de una manera frontal la prescripción debatida, por lo que la exclusión de la oferta sería una medida desproporcionada.

b) Sobre la verificación de las prescripciones técnicas en la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor.

Esta alegación de la recurrente decae a la vista de lo expuesto en el apartado a) anterior, donde se concluye que el bien ofertado por la adjudicataria impugnada cumple con las prescripciones del PPT, no exigiendo la LCSP que se deba motivar el cumplimiento de las prescripciones técnicas, ni habiendo alegado el recurrente la cláusula de los pliegos de la licitación que lo requiere.

c) Conclusión

Por todo lo anteriormente expuesto, el recurso debe ser desestimado.

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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil WERFEN ESPAÑA, S.A.U. contra la adjudicación del contrato de “Suministro de material para determinación y control del tratamiento anticoagulante oral mediante autoanalizadores portátiles para las organizaciones de servicios de Osakidetza y en su ámbito comunitario (Lote 1)”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

Vitoria-Gasteiz, 2022ko abuztuaren 19a

Vitoria-Gasteiz, 19 de agosto de 2022