



EB 2022/120

Resolución 168/2022, de 31 de octubre, 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 UTE ATTENDBIO/INNOVA frente al acuerdo de adjudicación en el que se acuerda la exclusión de su oferta en el contrato de “Suministro de test rápidos para la detección de antígenos SARS-COV-2 para la red de diagnóstico biológico de Osakidetza”, tramitado por OSAKIDETZA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 11 de julio 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 UTE ATTENDBIO RESEARCH, S.L. / INNOVA MEDICAL GROUP, S.A.S. (en adelante, la UTE) frente al acuerdo de adjudicación en el que se acuerda la exclusión de su oferta en el contrato de “Suministro de test rápidos para la detección de antígenos SARS-COV-2 para la red de diagnóstico biológico de Osakidetza”, tramitado por OSAKIDETZA.

SEGUNDO: El mismo día 11 de julio 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). Dicha documentación se recibió el día 18 del mismo mes.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el citado día 18, se recibieron el 27 del mismo mes las alegaciones de ABBOTT RAPID DIAGNOSTICS HEALTHCARE, S.L. (en adelante, ABBOTT), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente que M.A.M.B actúa en nombre y representación de la recurrente. En lo que se refiere a la legitimación activa, ABBOTT viene a defender que la recurrente carece de la misma, por cuanto que fue excluida de la licitación por el Acta de la Mesa de apertura de posiciones económicas publicada el 1 de junio de 2022 sin que La UTE interpusiera recurso alguno contra dicha acta por lo que su exclusión devino firme en vía administrativa, perdiendo, por tanto, toda legitimación activa para impugnar el acto de adjudicación. Además, existe otro argumento conducente a la inadmisión del recurso que consiste en que, aunque formalmente el acto recurrido es el de la adjudicación, materialmente se están recurriendo los pliegos por una presunta ambigüedad o imprecisión, lo cual nos es procedente en el momento procedimental actual.

A este respecto se debe tener en cuenta que la doctrina de este Órgano (ver, por todas, sus Resoluciones 220/2019 y 031/2020) reconoce legitimación para impugnar la adjudicación al licitador excluido mientras esta decisión no sea firme y del éxito de su pretensión se derive un beneficio efectivo. En el supuesto que nos ocupa concurren los dos requisitos: en lo que respecta al primero, la decisión de exclusión no es firme porque el recurso cuya resolución nos ocupa impugna el acuerdo de la exclusión de su oferta y, en lo que respecta al segundo, la estimación de la pretensión del recurso podría significar que el contrato le fuera adjudicado cuando actualmente ello no es posible. Debe añadirse que, frente a la alegación de ABBOT relativa a que la exclusión devino firme porque no se recurrió el Acta en la que se “proponía” al órgano de contratación la exclusión de



la oferta de la recurrente, dicha acta sí que fue objeto de recurso por parte de la UTE, el cual fue inadmitido por este Órgano por Resolución 108/2022, de 1 de julio al considerar que se trataba de una actuación que forma parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público (ver, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, apartado 29 y las Resoluciones 99/2018, 37/2020, 104/2020 y 193/2021 del OARC / KEAO), la cual no se halla comprendida en el amplio campo de las actuaciones recurribles. Consecuentemente, en el supuesto que nos ocupa en ningún caso puede entenderse que la exclusión recurrida ha de considerarse que es firme e inatacable en vía administrativa.

Por último, debe tenerse en cuenta que el sistema de recurso especial garantiza el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador que haya quedado excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada (ver, en especial, los apartados 34 a 36 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, STJUE, de 21 de diciembre de 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, C - 355/15, EU:C:2016:988). En suma, se reconoce el derecho del licitador excluido a poder acudir a la tutela del recurso especial para impugnar la regularidad de decisiones adoptadas por el poder adjudicador en una fase del procedimiento posterior a su exclusión, siempre que el acuerdo de exclusión no haya adquirido firmeza y que de la interposición del recurso se derive un beneficio tangible para el recurrente (en este sentido, ver la STJUE de 5 de septiembre de 2019, *Lombardi*, C-333/18, EU:C:2019:675, apartados 31 y 32, y también, en sentido análogo, la STJUE de 24 de marzo de 2021, *NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites AE — LDK Symvouloi Michanikoi AE*, C-771/19, ECLI: EU:C:2021:232, apartados 42 y siguientes).

Consecuentemente, el recurrente goza de legitimación para recurrir.



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, así como los de la exclusión de las ofertas (44.2 b) de la LCSP).

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, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

Los argumentos que, en síntesis, alega la recurrente son los siguientes:

a) Textualmente la causa o motivo de la exclusión ha consistido en que en la documentación aportada no se acredita que la solución tampón de extracción disponga de agente inactivador del virus. Dicha justificación no se desprende ni de lo establecido en la Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) ni en el



Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), pues en ningún apartado de los pliegos se exige la presentación del certificado del fabricante respecto de dicha prescripción técnica. Es más, la información relativa a las fichas técnicas con certificaciones del fabricante que se han de introducir en el sobre C relativo a los criterios sujetos a juicio de valor ha de presentarse en formato WORD, lo cual no es posible para los certificados que han de estar firmados y no pueden ser manipulados; se trata, pues, de un indicio más de que el certificado exigido por la Mesa no se encontraba descrito en los pliegos.

b) En la documentación aportada por la recurrente como “fichas técnicas” se especifica que el fabricante certifica que la solución tampón inactiva el virus.

c) En todo caso, si la Mesa entendía como indispensable la presentación de dicho certificado, al observar que en tres documentos de la oferta se indicaba claramente el cumplimiento del requisito, debió dar la oportunidad a la recurrente de poderlo presentar mediante el trámite de subsanación.

d) Se alega que para proceder a la exclusión de las ofertas el incumplimiento de las prescripciones técnicas ha de ser claro y expreso.

e) Finalmente, se solicita que se admita como oferta válida la presentada por la recurrente y se proceda a la evaluación de la oferta en igualdad de condiciones con el resto de participantes.

SÉPTIMO: Alegaciones de ABBOTT

La alegante considera que la exclusión de la recurrente es procedente por el incumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos establecidos en los pliegos, concretamente, en lo que a la especificación técnica que exige la solución tampón de extracción disponga de agente inactivador del virus se refiere. En efecto, el certificado del fabricante acreditando que el producto contaba con el agente inactivador del virus era un requisito preceptivo e inexcusable, atendiendo a lo establecido en el apartado 6.1 del PPT y 24.3 del PCAP. No existe ambigüedad



o imprecisión alguna en los pliegos y así lo han entendido varios licitadores que han presentado dicha certificación. La consecuencia inevitable del incumplimiento de las prescripciones técnicas es la exclusión, sin que quepa la subsanación *a posteriori* que reclama la recurrente, pues supondría una modificación de la oferta. En definitiva, la exclusión de la oferta de la recurrente se ha ajustado a derecho.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso porque en la documentación aportada en la oferta por la recurrente no se encuentra el certificado del fabricante que exige el apartado 24.3 del PCAP.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El motivo de recurso fundamental consiste en considerar que la exclusión de la oferta por no haber aportado el certificado del fabricante acreditando que el producto contaba con el agente inactivador del virus no se ajusta a derecho por no venir requerido por los pliegos.

El análisis de la viabilidad de la pretensión debe partir del contenido de los apartados relevantes de los pliegos, que rigen el procedimiento de adjudicación vinculando al poder adjudicador y a los licitadores por no haber sido impugnados en tiempo y forma:

PCAP

24.- DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR EN CADA SOBRE.

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



En la documentación a enviar, se deberán aportar los estudios científicos contrastados que avalen la documentación técnica presentada.

Las ofertas deberán incluir la totalidad del catálogo de productos del lote ofertados por la empresa en soporte digital Excel.

La documentación en este sobre no debe incluir documentación de criterios de fórmulas que deben ir en el sobre B.

No se tendrá en cuenta la documentación presentada en un idioma no oficial en la CAPV (euskera o castellano).

La documentación aportada deberá seguir el orden propuesto en los criterios de valoración y en los requisitos exigidos.

DOCUMENTACION A PRESENTAR

• NORMATIVA	• Certificados de marcado CE y declaración de conformidad del fabricante
• OFERTAS TÉCNICAS	• "Plantilla Juicios de Valor"
	• Se presentará en soporte digital, formato EXCEL
• FICHAS TECNICAS	• Descripción detallada de las características técnicas de los productos objeto de la licitación con certificaciones del fabricante. Se presentarán en formato WORD
• VALORACIONES EXTERNAS	• Informes y fotocopias de los informes de fiabilidad de los test publicados.
	• Fotocopia de cada publicación de los resultados clínicos obtenidos en revistas científicas de impacto

PTT

3.2 Lote1: Objeto y Descripción:

LOTE	DENOMINACIÓN DE LA PRUEBA
LOTE 1	TEST RAPIDO PARA LA DETECCION CUALITATIVA DE ANTIGENO SARS-COV-2

4. REQUISITOS NORMATIVOS GENERALES Y EXCLUYENTES

Los reactivos deberán contar con marcado CE de acuerdo con lo establecido en el **RD 1662/2000** de 29 de septiembre por el que se regulan los productos sanitarios para diagnóstico "in vitro". El licitador acreditará el cumplimiento de este requisito. Así mismo, deberán estar validados para su utilización en la UE, en el Listado común de pruebas rápidas de antígenos para el diagnóstico de SARS-CoV-2. (Health Security Committee common list).



6. REQUISITOS EXIGIBLES OBLIGATORIOS Y EXCLUYENTES POR LOTE

6.1. Requisitos técnicos exigibles y excluyentes. Lote 1

TEST RAPIDO PARA LA DETECCION CUALITATIVA DE ANTIGENO SARS-COV-2 EN MUESTRAS DE HISOPADO NASAL MEDIANTE METODO INMUNOCROMATOGRAFICO.

- El Kit deberá contar, al menos con los siguientes componentes:
 - Placa reactiva con desecante en envase individual estéril
 - Solución tampón de extracción con agente inactivador de virus
 - Torundas nasales estériles en envase individual.
 - Tubos y los materiales necesarios para la preparación y dispensación de la muestra.
 - Controles positivos y negativos.
 - Instrucciones de uso.
- Toda la información sobre el test y su uso (fichas técnicas, guía de referencia, modo de empleo, instrucciones de uso) **deberán estar disponibles en idioma español.**
- Caducidad mínima de 12 meses desde el momento de la entrega.
- Almacenamiento a temperatura ambiente.
- Índice de sensibilidad total superior al 90%, avalado por estudios con más de 200 muestras.
- Índice de especificidad superior al 98% avalado por estudios con más de 200 muestras.
- Resultados disponibles inferior igual a 15 minutos, desde la colocación de la muestra extraída en la placa reactiva.
- Incluido en el listado común de pruebas rápidas de antígeno SARS COV2 de la UE.

A la vista de todo ello, se exponen los razonamientos de este OARC/KEAO al respecto:

a) Sobre la acreditación documental del cumplimiento de las prescripciones técnicas de seguridad en los términos exigidos en los pliegos

A juicio de este OARC/KEAO, procede estimar el presente motivo impugnatorio por las siguientes razones:

- 1) Es doctrina de este Órgano que cabe la exclusión de un licitador cuando su oferta no incluya una mención o acreditación expresa de alguna prescripción técnica y dicha acreditación se exija al licitador en los propios pliegos (ver, por todas, la Resolución 91/2020 del OARC / KEAO). Sin embargo, en el presente supuesto, el certificado exigido por el poder adjudicador y cuya omisión ha conducido a la exclusión de la oferta de la



recurrente no aparece explicitado en cláusula 6 del PPT, relativo a “Requisitos exigibles obligatorios y excluyentes por Lote”, ni puede deducirse con suficiente claridad que se exija en la cláusula 24.3 del PCAP, como invoca Osakidetza.

- 2) La cláusula 24.3 del PCAP se refiere a la documentación que ha de introducirse en el sobre C relativo a los criterios subjetivos, es decir, la necesaria para poder valorar los criterios de adjudicación (entre los que no se encuentra la prescripción relativa al tampón de extracción), por lo que la eventual falta de cumplimiento de un determinado aspecto para la valoración de un criterio de adjudicación solo puede llevar consigo la obtención de una menor puntuación en el mismo, pero nunca la exclusión de la oferta.
- 3) Por otro lado, este Órgano desconoce la motivación de la razón por la que se ha exigido esa concreta certificación y no otras, como pudieran ser la del funcionamiento de los controles positivos y negativos o el certificado de esterilidad de las torundas nasales, prescripciones ambas, al igual que la debatida. Asimismo, resulta relevante para concluir que la exigencia del certificado debatido no tiene cabida en la cláusula 24.3 del PCAP el hecho de que se pida que se presente la documentación en formato WORD, formato de archivo que no es el más adecuado para la entrega de certificados. Adicionalmente, se constata que 15 de los 20 licitadores han sido excluidos por la no presentación de dicho certificado, de lo que se deduce que los pliegos no lo exigen de forma clara y evidente. En definitiva, ni de la propia literalidad de la cláusula, ni de su ubicación sistemática en los pliegos puede deducirse que el certificado, cuya omisión ha provocado la exclusión de la oferta de la recurrente, sea exigible, por lo que esta ha de calificarse de desproporcionada y no ajustada a derecho.
- 4) Por último, no cabe aceptar la alegación de ABBOTT relativa que el recurso debe ser inadmitido porque materialmente se están recurriendo



los pliegos y, por tanto, su impugnación ahora sería extemporánea, por cuanto que los argumentos del recurso no van dirigidos ni contra los pliegos ni la adjudicación, sino que tratan de combatir la exclusión que afecta a la recurrente.

b) Conclusión

A la vista de todo lo anteriormente declarado, procede estimar el recurso, anulando el acto impugnado. La estimación del recurso supondría, en principio, la retroacción de actuaciones para que se realice una nueva evaluación de las ofertas. No obstante, esta retroacción no es viable porque el nuevo procedimiento no satisfaría el requisito de que la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor se produzca sin conocer el alcance de la oferta en lo que se refiere a los criterios sujetos a evaluación mediante fórmulas, tal y como establece el artículo 146.2 de la LCSP, debiendo cancelarse la licitación. Aunque este resultado no es el solicitado por el recurrente, no se infringe el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) porque se trata de una consecuencia derivada directamente de la anulación de la adjudicación, una vez que el legislador ha decidido configurar el procedimiento de adjudicación con la citada valoración separada de ambos tipos de criterios de adjudicación. Asimismo, tampoco se empeora la situación del recurrente, que pasa de ser licitador no adjudicatario a poder presentar una proposición en un más que probable nuevo procedimiento de adjudicación, habida cuenta de las necesidades a satisfacer por el mismo (ver, por ejemplo, la Resolución 117/2019 del OARC / KEAO).

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:



RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso interpuesto por la UTE ATTENDBIO/INNOVA frente al acuerdo de adjudicación en el que se acuerda la exclusión de su oferta en el contrato de “Suministro de test rápidos para la detección de antígenos SARS-COV-2 para la red de diagnóstico biológico de Osakidetza”, tramitado por OSAKIDETZA, anulando el acuerdo impugnado y cancelando la licitación.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTA: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las actuaciones que lleve a cabo para ejecutar la presente Resolución.

QUINTA: 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 urriaren 31

Vitoria-Gasteiz, 31 de octubre de 2022