



EB 2014/79

Resolución 89/2014, de 11 de septiembre de 2014, 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 especiales interpuesto por las empresa Nipro Europe, S.A. SUC en España contra la adjudicación de los lotes 3 y 4 del contrato para el suministro de lancetas de punción y tiras reactivas de medición de glucosa en sangre capilar, con destino a las diferentes organizaciones de Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 6 y 7 de noviembre, respectivamente, las empresas Roche Diagnostics, S.L. (en adelante, Roche) y Nipro Europe, S.A. SUC. En España (en adelante, “Nipro”) interpusieron recurso especial contra la adjudicación del contrato para el suministro de lancetas de punción y tiras reactivas de medición de glucosa en sangre capilar, con destino a las diferentes organizaciones de Osakidetza; el primer recurso (recurso EB 2013/107) afecta a los lotes 3 y 4, mientras que el segundo (recurso EB 2013/108) se refiere al lote 4.

SEGUNDO: Estos recursos fueron resueltos por la Resolución 1/2014, de 10 de enero de 2014, de este órgano resolutorio y, en ejecución de ella, con fecha 4 de julio de 2014 Osakidetza ha procedido a realizar una nueva adjudicación del contrato.

TERCERO: Con fecha de presentación en el registro del órgano de contratación de 22 de julio de 2014, la entidad Nipro ha interpuesto recurso especial contra la adjudicación del contrato. El expediente, junto con el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del



Sector Público (en adelante, TRLCSP), fueron registrados en las dependencias del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales/Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), el 30 de julio de 2014.

CUARTO: Solicitadas alegaciones a los interesados, se recibieron las de Abbot Laboratories, S.A. y Bayer Hispania, S.L.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Queda acreditada en el expediente la legitimación de la empresa recurrente como licitadora interesada en la adjudicación del contrato, y la representación de Don A. J.A. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

«a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.»

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige la licitación establecen que se trata de un contrato de suministro sujeto 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».

CUARTO: Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículos 3.2e) y 3.3 a) TRLCSP).



QUINTO: El recurso se ha interpuesto en el plazo legalmente previsto en el artículo 44.2 TRLCSP.

SEXTO: Las alegaciones del recurrente son, en síntesis, las siguientes:

a) Falta de motivación y rigor en la valoración por parte de Osakidetza en el nuevo informe técnico exigido por la Resolución 1/2014, de 10 de enero de 2014, emitida por el OARC/KEAO que ordenó «la retroacción de las actuaciones para que se proceda a la correcta motivación de la adjudicación.» en cuanto no motiva la puntuación anterior, sigue sin contrastar las anteriores solicitudes de revisión realizadas en los anteriores recursos y por tanto adolece de los mismos defectos y errores (falta de motivación suficiente). La ejecución de la resolución del OARC/KEAO viene a exigir la motivación de acuerdo con el informe técnico de 10/6/2013, no la realización de un nuevo examen. Se trataba de explicar cómo se dieron las puntuaciones y, una vez hecha la motivación: (i) dejar la puntuación como estaba, si se estimaba que era correcta la puntuación dada; (ii) hacer las correcciones oportunas si con la motivación original se había valorado incorrectamente algún apartado.

b) Incorrecta puntuación técnica otorgada a los licitadores que no se corresponde con la oferta realmente presentada por cada uno de ellos e incongruencia en las valoraciones otorgadas al resto de los licitadores en relación con el lote 3:

b.1) Valoración y motivación que no responde a las ofertas presentadas.

- Criterio 7. Compatibilidad de lectores. Se dice valorar la compatibilidad de la tira con distintos medidores que puedan emplearse con dicho reactivo. Mientras que Nipro dispone de 3 medidores que funcionan con la misma tira, Abbott presenta un único medidor y, en cambio, se reconoce en ambos supuestos la misma puntuación, cuando Nipro debería tener la máxima puntuación y Abbott no podría tener más de la mitad.



- Criterio 10. Compromiso de formación. Se penaliza a Nipro sin puntuación a pesar de que ha expresado que hay un compromiso de formación directa y presencial por parte de sus delegados especialistas, indicando el contenido de la formación y su duración.
- Criterio 18. Rango de resultados. Nipro presenta un rango cuantitativo de 20 a 600 cuando la compañía Abbott tiene un rango inferior, de 20 a 500.
- Criterio 8. Sencillez de lectura. No se motiva como exige la Resolución 1/2014 y añade un nuevo elemento valorativo: que la pantalla esté retroiluminada. La pantalla de Abbott no está retroiluminada y, a pesar de ello, se le da mayor puntuación.
- Criterio 19. Caducidades desde entrega. La descripción no puede ser más inequívoca. Valora la caducidad desde la fecha de entrega del producto en Osakidetza. Nipro asegura una caducidad de 24 meses en la entrega y, en vez de 2 puntos, recibe 1,6. La motivación indica que entiende que Nipro tiene una caducidad de 12 meses.

b.2) Valoración cuya motivación no justifica la puntuación otorgada.

- Criterio 16. Tiempo de lectura. La descripción del apartado dice que valora los tiempos de respuesta. En el caso de Nipro sus medidores necesitan 4 segundos mientras que otros medidores precisan de 5 segundos. En este criterio todos los licitadores reciben la misma puntuación, sin embargo, siguiendo un criterio análogo al resto de los ítems, debería establecerse una diferencia de 20 %.
- Criterio 17. Número de memorias de lector. Nipro presenta un número de memorias superior al licitador con máxima puntuación pero reciben la misma puntuación y, para ello, se introduce un umbral que antes no se tenía en cuenta, el que todos los productos superen tener más de 210 memorias basándolo en que éste permite cubrir el perfil de todos los pacientes, pero esta



argumentación carece de sentido pues estando destinado el suministro a un uso profesional, cuantas más memorias, mejor.

- Criterio 6. Concordancia con valores de laboratorio. No se da ninguna justificación de por qué no se da a Nipro la máxima puntuación. Todas las licitadoras justifican su concordancia mediante certificados FDA y el cumplimiento de la norma ISO 15197. Esto queda también recogido en la oferta de Nipro. Resulta difícil de entender por qué se han cambiado los criterios de valoración y se ha otorgado menor puntuación (pasa de 3 a 2 puntos).

- Criterio 12. Concordancia con valores del laboratorio. Este epígrafe recoge que se ha valorado la información del manual de usuario, mensajes de error, aviso de llenado incompleto, hipo/hiperglucemia de cuerpos cetónicos y aviso de llenado incompleto. Todo ello sin excepción se recoge en el manual de medidores y está contenida en toda la información documentada de los lectores del producto de Nipro. Siendo esto así queda injustificada la baja puntuación recibida.

- Criterio 13. Estudios de satisfacción de los usuarios. Se penaliza a Nipro dejando este apartado sin puntuar y se argumenta que no existe compromiso alguno de realizarlo. Contrariamente a lo dicho en el informe, la primera hoja de la oferta de Nipro expresa su compromiso a evaluar el nivel de satisfacción de los usuarios.

- Criterio 1. Información de producto. En este criterio se valora el envase del producto cuando el envasado debería ser puntuado en el apartado de “presentaciones”.

c) Valoración nueva alejada de los anteriores criterios que introduce un cambio no motivado respecto a la anterior consideración.

- Criterio 3. Fiabilidad de las tiras. Este criterio ha sufrido una variación injustificada. En el informe técnico de junio de 2013 en este criterio se valoraba



(i) presentar estudios demostrativos, (ii) que el glucómetro no mida ante tiras caducadas, iii) que no haya interferencias con fármacos habituales. Nipro recibió únicamente 3 puntos y reclamó la totalidad de puntos (5) pues los estudios de máxima validez corresponden con el ISO 15197 y el certificado de la FDA supone el mayor grado de exigencia. Además, se indicó en la anterior reclamación que el producto de Abbott presenta un rango de hematocrito de 30 a 60, un rango de temperatura de 15 a 40 y de humedad de 10-90, mientras que el producto de Nipro dispone de un rango de hematocrito de 25-60, temperatura 10-40 y humedad 10-90, siendo la encima que emplean como reactivo ambos productos la misma. En el nuevo informe, en vez de realizar esta corrección objetiva y evidente se valora el producto de Nipro con 0 puntos. Es decir, se está ante un cambio de los elementos de valoración.

d) Incorrecta puntuación técnica otorgada a Nipro en los criterios evaluables mediante juicios de valor extremadamente subjetivos e incongruencia en las valoraciones otorgadas al resto de licitadores en relación con el lote 4.

- Criterio 1. Información de producto. Se valora el envase. Nipro acompaña un estudio defendiendo que su presentación minimiza caducidades y contaminaciones. Sin embargo, las puntuaciones son distintas y se incluye que se valora la información del envase y lo suministrado en papel.

- Criterio 2. Fiabilidad de las tiras. Los insert de las tiras de Nipro incluyen estudios que acreditan y certifican el cumplimiento de las normas ISO 15197 y una correlación del 100% en resultados debajo de 75 mg/dl y superior al 99% en resultados por encima de 75 mg/dl, lo que sitúa al producto con la máxima calificación técnica. A pesar de ello, solo recibe 3 puntos y su competidora Abbott 5 puntos a pesar de presentar un rango de hematocrito de 30 a 60, un rango de temperatura de 15 a 40 y de humedad de 10-90 mientras que Nipro dispone de un rango de hematocrito de 25-60, temperatura 10-40 y humedad 10-90, es decir, presenta mejores rangos que el licitador mejor valorado. Además la encima que se emplea como reactivo es exactamente la misma (glucosa deshidrogenasa).



- Criterio 6. Concordancia con valores de laboratorio. No se da ninguna justificación de por qué no se da a Nipro la máxima puntuación. Todas las licitadoras justifican su concordancia mediante certificados FDA y el cumplimiento de la norma ISO 15197. Esto queda también recogido en la oferta de Nipro.
- Criterio 7. Compatibilidad de lectores. No parece acertado que se puntúe a todas las licitadoras igual pues Nipro dispone de 3 medidores que funcionan con la misma tira. Contrariamente, Abbott y Bayer presentan un único medidor que puede utilizar esta tira.
- Criterio 8. Sencillez de lectura. Siendo los medidores de Nipro excepcionalmente de fácil y sencillo uso e interpretación por los usuarios, sin embargo, recibe 1,5 puntos menos que el licitador ganador.
- Criterio 12. Información documentada del lector. Queda injustificada la baja puntuación recibida (1,5 puntos menos) pues el manual de usuario es prácticamente idéntico en todas las compañías puesto que tanto el manual como su coherencia con la documentación técnica es objeto de evaluación por todos los organismos internacionales así como la Agencia Española del Medicamento.
- Criterio 16. Tiempo de lectura. La descripción de este apartado dice que valora los tiempos de respuesta. En el caso de Nipro sus medidores necesitan únicamente 4 segundos. Menor tiempo debería recibir mayor puntuación pero medidores que emplean 5 segundos reciben un mismo trato.
- Criterio 17. Número de memorias del lector. Nipro vuelve a presentar un número de memorias mayor lo que se debería reflejar en una mayor puntuación en relación con el resto de licitadores.
- Criterio 18. Rango de resultados. Todos los licitadores obtienen la misma puntuación. Sin embargo Nipro presenta un rango cuantitativo de 20 a 6000



cuando otros licitadores (Abbott) presenta un rango inferior de 20 a 500 en alguno de sus medidores.

- Criterio 19. Caducidades desde entrega. Nipro asegura una caducidad mínima de 24 meses en la entrega pero no recibe la máxima puntuación

e) El informe técnico de 5 de mayo de 2014 cambia los elementos tenidos en cuenta en el informe de 10 de junio de 2013 que después derivó en retroacción de actuaciones. El resultado es gravoso para Nipro pues el nuevo informe técnico rebaja la nota obtenida en el primer informe y ello sin criterio, objetividad con manifiesta arbitrariedad e incluso haciendo uso de nuevos elementos no tenidos anteriormente en cuenta.

SÉPTMO: El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) Para dar cumplimiento a la Resolución de 10 de enero de 2014 del OARC / KEAO, se elabora un nuevo informe técnico fechado el 5 de mayo de 2014 en que se hace una revisión de la documentación y una ampliación de la motivación, siempre dentro de los criterios de valoración determinados en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) y en la carátula del PCAP. Así, se considera que se da respuesta a la citada Resolución del OARC / KEAO sin modificar arbitrariamente los elementos a valorar que en todo momento han sido los que estaban explicitados en el PPT, aunque ha habido pequeñas modificaciones en las puntuaciones, en parte derivadas por la profunda revisión de las valoraciones de las ofertas y de los elementos subjetivos de los componentes del equipo de valoración.

b) Incorrecta puntuación técnica otorgada a los licitadores que no corresponde con la oferta realmente presentada por cada uno de ellos e incongruencia en las valoraciones otorgadas al resto de los licitadores en relación con el lote 3.

b.1) Valoración y motivación que no responde a las ofertas presentadas.



- Criterio 7. Compatibilidad de lectores. Nipro no especifica cuál de los dos medidores que oferta para el conjunto del expediente asigna a este lote, por ello, la valoración se hace con el criterio de tira única.
- Criterio 10. Compromiso de formación. Nipro no hace en su ninguna descripción de su oferta formativa.
- Criterio 18. Rango de resultados. Para valorar este criterio no se aplica una valoración vía fórmula. En opinión del equipo evaluador técnicamente por debajo de 20 mg/dl y por encima de 500 mg/dl, la medición no aporta información relevante sobre el estado del paciente y de las pautas de actuación.
- Criterio 8. Sencillez de lectura. La pantalla de Abbott es retroiluminada. Por otro lado, la valoración de Nipro ha pasado de 1 punto en el informe técnico anterior a 2 puntos en el de 5 de mayo de 2014.
- Criterio 19. Caducidades desde entrega. La caducidad de 24 meses que indica Nipro es desde el momento de fabricación y se valora desde el momento en que se entrega el producto a Osakidetza.

b.2) Valoración cuya motivación no justifica la puntuación otorgada.

- Criterio 16. Tiempo de lectura. El equipo valorador ha establecido rangos de valoración que se entienden significativos y ha hecho la valoración en función de estos rangos ($\leq 5''$ obtienen 2 puntos, $> 5''$ y $\leq 9''$ se les puntuará como 1,5; aquellos que sean $> 9''$ no obtendrán puntuación).
- Criterio 17. Número de memorias de lector. Se ha tomado como número mínimo de memoria a valorar 210 y por encima de dicho valor se asigna a todos la misma puntuación.



- Criterio 6. Concordancia con valores del laboratorio. En función de la documentación presentada por las empresas se ha valorado la inclusión de estudios ya que los requisitos de la FDA o de la norma ISO 15197 son de obligado cumplimiento para todos los licitadores y Nipro presenta un estudio de concordancia pero no discrimina rangos de niveles bajos, altos, hematocrito, ...
 - Criterio 12. Información documentada del lector. Aparte de las especificaciones técnicas de organismos como FDA y la Agencia Española del medicamento, lo que se valora es la información presentada en la documentación técnica del expediente y Nipro, no aporta información documentada del lector, aunque se aporta en las muestras en formato menos amigable.
 - Criterio 13. Estudios de satisfacción de los usuarios. El estudio citado por Nipro no es de satisfacción de usuarios, se trata de un estudio de rendimiento y precisión.
 - Criterio 1. Información de producto. En los criterios 1 y 2 se valoran aspectos diferentes. El criterio 1 valora el envase en el que se presenta el producto y el criterio 2 “presentaciones” valora la posibilidad de poner a disposición del usuario más de una presentación (20, 50, 100 unidades). Las tiras con envasado individual presentan mayor seguridad ante la posible contaminación y permite recoger en el envoltorio individualizado información referente a la caducidad, lote de tira, etc., lo que garantiza una mayor trazabilidad del producto. En un envase tipo bote donde se almacenan 20, 25 ... hasta 100 tiras, la información de caducidad, lote, etc. de la tira está en el bote, pero no de forma individual.
- f) Valoración nueva alejada de los anteriores criterios que introduce un cambio no motivado respecto a la anterior consideración.
- Criterio 3. Fiabilidad de las tiras. Lo que se valora es la fiabilidad de las tiras como consecuencia de la presentación de estudios relativos a la fiabilidad que



incluyan aspectos detallados en la motivación: eliminación de interferencias con fármacos de uso habitual, la no interferencia con otros azúcares, etc., no la fiabilidad técnica de las tiras, ya que este extremo es previo a la comercialización del producto. Nipro presenta un estudio relacionado con la precisión aparato-tira pero no incluye la fiabilidad.

g) Incorrecta puntuación técnica otorgada a Nipro en los criterios evaluables mediante juicios de valor extremadamente subjetivos e incongruencia en las valoraciones otorgadas al resto de licitadores en relación con el lote 4.

- Criterio 1. Información de producto. En los criterios 1 y 2 se valoran aspectos diferentes. El criterio 1 valora el envase en el que se presenta el producto y el criterio 2 “presentaciones” valora la posibilidad de poner a disposición del usuario más de una presentación (20, 50, 100 unidades). Las tiras con envasado individual presentan mayor seguridad ante la posible contaminación y permite recoger en el envoltorio individualizado información referente a la caducidad, lote de tira, etc., lo que garantiza una mayor trazabilidad del producto. En un envase tipo bote donde se almacenan 20, 25 ... hasta 100 tiras, la información de caducidad, lote, etc. de la tira está en el bote, pero no de forma individual.
- Criterio 2. Fiabilidad de las tiras. Se valora la fiabilidad de las tiras como consecuencia de la presentación de estudios relativos a su fiabilidad que incluyan aspectos detallados en la motivación: eliminación de interferencias con fármacos de uso habitual, la no interferencia con otros azúcares, etc., no la fiabilidad técnica de las tiras ya que este extremo es previo a la comercialización del producto.
- Criterio 6. Concordancia con valores de laboratorio. En función de la documentación presentada por las empresas se ha valorado la inclusión de estudios ya que los requisitos de la FDA o de la norma ISO 15197 son de obligado cumplimiento para todos los licitadores y Nipro presenta un estudio de concordancia pero no discrimina rangos de niveles bajos, altos, hematocrito, ...



- Criterio 7. Compatibilidad de lectores. Lo que se valora es que se ponga a disposición del profesional o paciente una única tira para toda la gama de lectores con el objeto de minimizar stocks y hacer una compra más eficiente. En este apartado no se valora el número de lectores que ofertan las empresas sino que se ponga a disposición del paciente una única tira para todos los lectores ofertados.
- Criterio 8. Sencillez de lectura. Se ha revisado la información técnica suministrada por las compañías y se ha constatado que la valoración es correcta.
- Criterio 12. Información documentada del lector. Aparte de las especificaciones técnicas de organismos como FDA y la Agencia Española del medicamento, se valora la información presentada en la documentación técnica del expediente y, en la aportada por Nlpro, en la documentación aporta información insuficiente del lector, aunque se aporta en las muestras en formato menos amigable.
- Criterio 16. Tiempo de lectura. El equipo valorador ha establecido rangos de valoración que se entienden significativos y ha hecho la valoración en función de estos rangos ($\leq 5''$ obtienen 2 puntos, $> 5''$ y $\leq 9''$ se les puntuará como 1,5; aquellos que sean $> 9''$ no obtendrán puntuación).
- Criterio 17. Número de memorias del lector. Se ha tomado como número mínimo de memoria a valorar 210 y por encima de ello, a todos la misma puntuación.
- Criterio 18. Rango de resultados. Para valorar este criterio no se aplica una valoración vía fórmula. En opinión del equipo evaluador técnicamente por debajo de 20 mg/dl y por encima de 500 mg/dl, la medición no aporta información relevante sobre el estado del paciente y de las pautas de actuación.



- Criterio 19. Caducidades desde entrega. Se valora el tiempo de caducidad del producto a la entrega en Osakidetza. En lo que respecta a Nipro, no especifica caducidad desde la entrega, pero garantiza 24 meses desde fabricación.

OCTAVO: Las alegaciones efectuadas por las empresas interesadas en el procedimiento son las siguientes

a) Alegaciones de Abbott Laboratories, S.A.

a.1) En relación con la falta de motivación y rigor en la valoración del nuevo informe técnico de 5 de mayo de 2014, Abbott entiende que dicho informe contiene no solo las puntuaciones que el organismo atribuye a cada licitador sino la explicación y los motivos por los que ha decidido atribuir tal puntuación. Además, el alcance del mandato impuesto por cualquier órgano/tribunal de recursos contractuales de retrotraer las actuaciones y efectuar una nueva valoración no obliga al organismo sobre el modo o estructura de la emisión del nuevo informe, más allá del respeto a la legalidad vigente. Sino que el organismo tiene margen de discrecionalidad tanto en las valoraciones subjetivas como en la organización del nuevo informe. Igualmente la retroacción de actuaciones puede implicar una corrección tanto al alza como a la baja de las puntuaciones inicialmente otorgadas. Por tanto, el nuevo informe técnico está correctamente motivado, el organismo no tiene la obligación de contrastar las anteriores solicitudes de revisión realizadas en los anteriores recursos, sino simplemente de motivar las valoraciones con arreglo a las prescripciones legales y la nueva valoración no tiene que implicar una corrección al alza de las puntuaciones otorgadas anteriormente.

a.2) En relación con el motivo impugnatorio referido a la incorrecta puntuación técnica otorgada a los licitadores que no corresponde con la oferta presentada e incongruencia en las valoraciones del lote 3.



- Criterio 7. Las tiras FreeStyle Optium presentadas en la licitación son compatibles con los siguientes lectores: FreeStyle Optium, Optium Xceed, Optium y Optium Easy. Además, los medidores son compatibles con la medición de Cuerpos Cetónicos.
- Criterio 18. Rango de resultados. El rango de lectura de la tira Freestyle Optium es de 0-600 mg/dl. Por mayor seguridad, para valores inferiores a 20 y superiores a 500, el sistema indica a través de una alerta e seguridad que el valor es extremadamente bajo o extremadamente alto.
- Criterio 8. Sencillez de lectura. El medidor Freestyle Optium tiene iluminación en la pantalla (retroiluminación) Además este medidor no solo da el mensaje de la necesidad de medir cuerpos cetónicos sino que ofrece la posibilidad de hacerlo en el propio medidor y esta posibilidad no la ofrece el medidor True Result ofertado por Nipro.
- Criterio 1. Información del producto. Abbott alega que el envasado individual presentado facilita una información de producto en cada tira: referencia del producto, nombre, lote, fecha de caducidad y condiciones de conservación y estabilidad. Esta información, especialmente el lote y fecha de caducidad, permite mayor seguridad y trazabilidad del proceso de medición de cada tira. Esta información no puede darse en cada tira cuando la presentación es en vial multiuso como en el caso de las tiras true Result presentadas por Nipro.
- Criterio 3. Fiabilidad de las tiras. Abbott manifiesta que no se detectan cambios en los criterios de valoración ya que tanto en el informe técnico anterior como en el nuevo de 5 de mayo de 2014 los criterios de valoración son los mismos (i) presentar estudios demostrativos, (ii) que el glucómetro no mida ante tiras caducadas, (iii) que no presente interferencias con fármacos habituales. La comparativa hematocrito, humedad y temperatura no tiene sentido en el lote 3 porque no son criterios evaluables. Respecto a la comparativa con las interferencias, la impugnación se basa en que utilizan la misma enzima, pero no considera otros aspectos de la lectura como (i) la



aplicación de bajo potencial (200mV) en la reacción electroquímica utilizado por la tira Freestyle Optium, que disminuye la posibilidad de interferencias frente a sustancias exógenas y endógenas, (ii) la utilización del Enzima Glucosa Deshidrogenasa NAD (con la coenzima NAD). La combinación del bajo potencial y la enzima Glucosa deshidrogenasa con la coenzima NAD es lo que permite asegurar resultados comprobados frente a 65 sustancias de uso frecuente mediante la Curva dosis-respuesta, tal y como se documentó en su día en la licitación.

a.3) Respecto al motivo impugnatorio basado en la incorrecta puntuación técnica otorgada a Nipro en los criterios evaluables mediante juicios de valor subjetivos e incongruentes en las valoraciones otorgadas al resto de licitadores en relación al lote 4:

- Criterio 3. Fiabilidad de las tiras. Efectúa igual alegación que para el lote 3.
- Criterio 7. Realiza igual alegación que para el lote 3.
- Criterio 18. Efectúa igual alegación que para el lote 3.

B) Alegaciones de la empresa Bayer Hispania, S.L.

b.1) Respecto al informe técnico de 5 de mayo de 2014, manifiesta que de la simple percepción visual del informe técnico de fecha 10 de junio de 2013, se observa que consta de 17 páginas y el nuevo informe técnico de fecha 5 de mayo de 2014, consta de 44. Se hace esta observación para manifestar que el nuevo informe técnico recoge una explicación suficiente para justificar la prelación de productos.

b.2) Alusiones de Nipro en el recurso a la oferta presentada por Bayer al Lote 3.



- Criterio 10. Compromiso de formación. Bayer lleva una larga trayectoria de años de formación en Atención primaria y en Atención especializada impartiendo formación en diabetes, con profesionales dedicados en exclusiva a la misma, con cursos acreditados, con auténticos y completos cursos de formación y eso es lo que se ha ofrecido. Por el contrario, parece que Nipro no describe ninguna oferta formativa.
- Criterio 18. Rango de resultados. Nipro dice que su rango es mayor que el de Abbott (de 20 a 600 mg/dl vs. 20 a 500 mg/dl). Siguiendo esta lógica, el medidor Contour XT de Bayer mejora a ambos ya que tiene un rango de medición de 10 a 600 mg/dl, no obstante, entienden que superado un mínimo, todos los sistemas aportan las mismas prestaciones en un uso habitual.
- Criterio 8. Sencillez de lectura. Nipro alega que en este apartado ha obtenido 1,5 puntos menos, pero lo cierto es que se trata de 1 punto pues Johnson obtiene 3 puntos y Nipro 2. El Órgano valora y otorga puntuación en base a lo que supone sencillez de lectura, que no tiene que regirse por lo alegado en el recurso y, que de hecho, en algunos casos carece de sentido en el uso profesional (P.Ejm, los marcadores personales de pre y postprandial, ya que el medidor no es para uso individual y por tanto los datos obtenidos no tendrían sentido, al ser muchos los pacientes con los que se usa el dispositivo).
- Criterio 19. Caducidad desde la entrega. Bayer ha presentado un estudio que certifica la estabilidad de las tiras hasta 24 meses después, asegurando que siempre se entregarán con una caducidad superior a 12 meses.
- Criterio 16. Tiempo de lectura. La actora señala que sus medidores son un segundo más rápidos que otros (4 segundos frente a 5). El tiempo de lectura puede variar en función de la concentración de glucosa en sangre (a mayor concentración, mayor tiempo de lectura). El tiempo que referencian las Guías de Uso puede entenderse como una referencia a la lectura estándar. En este sentido, resulta coherente la puntuación asignada pues un segundo no comporta ningún cambio sustancial.



- Criterio 17. Número de memorias del lector. El órgano de contratación fundamenta la puntuación en que «todas las licitadoras garantizan un número de memorias suficiente para el uso del producto destinado a este lote», Se valora con un punto el alcanzar el mínimo de 210 memorias y a las licitadoras que superen este mínimo se les concede la puntuación máxima (3 puntos). La recurrente lo supera, pero el resto de empresas también lo superan ampliamente.

- Criterio 3. Fiabilidad de las tiras. En el informe técnico de 5 de mayo de 2014, respecto a la oferta de la empresa Nipro en este apartado, se indica que «presenta un estudio relacionado con la precisión aparato-tira, no incluye la fiabilidad» (pág. 11 a 44 del informe técnico. Los criterios sobre la fiabilidad no han cambiado, y en las citadas páginas se explican los criterios de valoración, por lo que no se comprende la pretensión de la parte actora en este apartado.

- Criterio 12. Información documentada del lector. En el informe técnico se señala que «en la documentación no aporta información documentada del lector, aunque se aporta en las muestras en formato menos amigable» (pág. 15 a 44 del informe técnico). Por su parte Nipro viene a decir que el manual de usuario es prácticamente idéntico en todas las compañías, lo cual es faltar a la verdad puesto que cada compañía dentro del respeto a la normativa, diseña su propio manual con mejor o peor fortuna.

- Criterio 13. Estudios de satisfacción de los usuarios. El informe técnico indica que «No presenta ningún compromiso de realización del estudio» (pág. 15 a 44 del Informe Técnico) por lo que no se entiende que solicite la máxima puntuación en este apartado.

b.3) Lote 4 (uso pacientes).

- Criterio 1. Información del producto. En el informe técnico se expresa que Nipro presenta tiras no envasadas individualmente, que recibe 1 punto sobre 2, Por el contrario, las empresas que presentan envase individual, Abbott y



Distrosur, reciben 2 puntos. Lo argumentado en el recurso adolece del mínimo rigor exigible.

- Criterio 3. Fiabilidad de las tiras reactivas. La empresa Nipro presenta un estudio relacionado con la precisión aparato-tira y no incluye la fiabilidad. Manifiestan su estupefacción por la afirmación de Nipro de que superan en calidad y precisión a los rangos de temperatura, hematocrito y de humedad de los otros licitadores.
- Criterio 6. Concordancia con valores de laboratorio. La empresa Nipro presenta un estudio de concordancia pero no discrimina rangos de niveles bajos, altos, hematocrito.
- Criterio 7. Compatibilidad de lectores. El recurrente falta a la verdad al afirmar que otros licitadores, como Abbott y Bayer, presentan un único medidor que puede utilizar esta tira pues Bayer ha presentado información relativa a 3 sistemas que funcionan con las tiras Contour®Next.

b.4) A partir del informe técnico y con base en las valoración realizada no se puede decir que la valoración llevada a cabo sea incorrecta, puesto que entra dentro del concepto de “discrecionalidad técnica” de los órganos de contratación.

b.5) Mala fe de la recurrente. La recurrente efectúa con rotundidad afirmaciones falsas que no se amparan en ningún medio de prueba, lo que pone de manifiesto la mala fe de la recurrente. Todas las acusaciones vertidas se basan simplemente en afirmaciones y consideraciones de parte pero sin aportar ninguna prueba que acredite lo alegado.

NOVENO: La primera cuestión que procede analizar es si el poder adjudicador ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución 1/2014, de 10 de enero, de este órgano resolutorio en cuya parte dispositiva primera se ordenaba lo siguiente:



«**PRIMERO:** Estimar los recursos especiales interpuestos por las empresas NIPRO EUROPE, S.A. SUC. EN ESPAÑA y ROCHE DIAGNOSTICS, S.L. contra la adjudicación de los lotes 3 y 4 del “Contrato para el suministro de lancetas de punción y tiras reactivas de medición de glucosa en sangre capilar, con destino a las diferentes organizaciones de Osakidetza”, anulando el acto recurrido y ordenando la retroacción de actuaciones para que se proceda a la correcta motivación de la adjudicación.»

El recurrente denuncia que con ocasión de la obligación de motivación establecida en la Resolución 1/2014 se han modificado las puntuaciones inicialmente asignadas en el criterio 3 “Fiabilidad de las tiras” y en el criterio 6 “Concordancia con valores de laboratorio”. Esta circunstancia es confirmada por el poder adjudicador en su informe al recurso que indica que, asimismo, se ha modificado al alza la puntuación asignada a Nipro en el criterio 8 “sencillez de lectura”. Se comprueba por el OARC / KEAO que, efectivamente, la puntuación otorgada en los dos criterios que aduce el recurrente es distinta en el informe de 5 de mayo de 2014 respecto de la otorgada en el informe de 10 de junio de 2013.

El informe de 5 de mayo de 2014 y nuevas puntuaciones impugnadas evalúan los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor. El TRLCSP establece una evaluación sucesiva y separada de estos criterios de los evaluables mediante fórmulas. Así, el artículo 150.2 TRLCSP establece que «la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia». Para hacer posible esta valoración separada, el propio artículo continúa señalando que, «(...) Las normas de desarrollo de esta Ley determinan los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada». Tal y como ha señalado este órgano resolutorio en su Resolución 100/2013, la finalidad de esta forma de evaluar es:

«(...) evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, la cual se podría ver comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o



parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso se posibilitaría una valoración que, conscientemente o no, compensara en favor o perjuicio de alguna empresa las puntuaciones resultantes de dicha evaluación. El sistema anula también el denominado “efecto halo” en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que el personal que efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata.»

El procedimiento señalado en el artículo 150.2 TRLCSP pretende conseguir la mayor objetividad posible en la evaluación de las ofertas, por lo que el realizar una diferente valoración de las proposiciones en lo concerniente a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, cuando no lo requiere la ejecución de la Resolución 1/2014 de este OARC/KEAO, implica el incumplimiento de la misma y, en este caso, alterar las normas y principios del TRLCSP pues en esta fase del procedimiento, al tener el órgano evaluador conocimiento de las ofertas de todos los licitadores y de la valoración derivada de la aplicación de los criterios sujetos a fórmula, se deben evitar conductas que, de forma consciente o no, perjudiquen la objetividad que ha de perseguir todo procedimiento de adjudicación. En consecuencia, este motivo de impugnación debe ser estimado.

DÉCIMO: El motivo de impugnación basado en la incorrecta puntuación técnica otorgada a los licitadores, que no se corresponde con la oferta realmente presentada por cada uno de ellos, no puede prosperar porque las alegaciones que efectúa el recurrente sobre el producto de la competencia no atañen a las características técnicas del bien –criterio 7, criterio 18 y criterio 8–, tal y como ha acreditado en fase de alegaciones la empresa interesada Abbott, y, también, porque en el informe técnico se ha motivado la razón de la asignación de la puntuación –criterio 19–, mientras que la argumentación que aporta el recurrente en contra de tal motivación es, cuando menos, confusa, pues afirma que «NIPRO EUROPE asegura una caducidad mínima de 24 meses en la entrega» y el criterio lo que valora es una oferta de caducidad desde la entrega.



UNDÉCIMO: Denuncia el recurrente que se ha efectuado una valoración de los criterios 16, 17, 6, 13 y 1 del Lote 3 cuya motivación no justifica la puntuación otorgada.

Al igual que hemos hecho 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 (ver, por todas, la Resolución 86/2013) 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.»

Son cuatro los reproches que se efectúan; en primer lugar, considera que los rendimientos del bien ofertado por Nipro –criterio 16 Tiempo de lectura y criterio 17 Número de memorias del lector– son superiores al del resto de bienes ofertados por lo que se debe modificar la puntuación; en segundo lugar, muestra su disconformidad con la interpretación que se efectúa del manual del usuario – criterio 6 Concordancia con valores de laboratorio–; en tercer lugar, alega que se ha incluido un compromiso de realizar estudio de satisfacción de usuarios que no se ha valorado –criterio 13 Estudios de satisfacción de los usuarios– y en cuarto lugar y último lugar, considera que lo valorado en el criterio 1 Información del producto debiera ser valorado en el criterio 2 Presentaciones.



Respecto a la primera cuestión, hay que recordar que los criterios que se debaten están configurados como sujetos a juicio de valor y, como tal, no se trata de un criterio matemático cuya aplicación tiene que ser un resultado numérico susceptible de cálculo, de modo que el recurrente pueda rectificar las operaciones aritméticas que el poder adjudicador haya realizado incorrectamente. Se trata de un criterio en el que opera la discrecionalidad técnica de la Administración. La aplicación que ha efectuado del mismo el poder adjudicador es correcta porque se han valorado de forma suficientemente motivada aspectos incluidos en la descripción del criterio, motivando la razón de la puntuación asignada en términos cuantificables.

En lo que respecta al resto de reproches, todos ellos entran dentro del ámbito de la discrecionalidad del poder adjudicador ya que se trata de argumentos que pretenden sustituir el juicio de valor efectuado por el órgano de evaluación introduciéndose en el núcleo material de la decisión, esto es, en los juicios de valor técnico emitidos por el órgano evaluador competente sobre los que el OARC/KEAO no puede pronunciarse –decidir el tipo de estudio que es relevante para la evaluación del bien–, o los supuestos errores alegados en la valoración –aportar compromiso de formación, no tener en cuenta la información que obra en el manual de medidores para valorar la concordancia con valores de laboratorio, aportar compromiso de realizar un estudio de satisfacción de usuarios a la presentación del mismo– no son tales pues el recurrente, en un caso, equipara la presentación de compromisos con la presentación de los planes o estudios requeridos, y en el otro la información facilitada no es suficiente.

DÉCIMO: La recurrente también argumenta contra la motivación de los diversos criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor del lote 4.

Algunos de los argumentos son similares a los utilizados para impugnar el lote 3, como son el criterio 1 Información del producto, criterio 6 Concordancia con valores de laboratorio”, criterio 7 Compatibilidad de lectores, Criterio 16 Tiempo de lectura, Criterio 17 Número de memorias de lector, Criterio 18 Rango de



resultados y criterio 19 Caducidades desde entrega, por lo que nos remitimos a lo dicho para el lote 3.

En lo que respecta a lo argumentado para los criterios 2 Fiabilidad de tiras, 8 Sencillez de lectura y 12 Información documentada del lector, no se aprecia desviación alguna del órgano evaluador del ámbito de la discrecionalidad al pretender el recurrente sustituir la interpretación discrecional de los datos del expediente que realiza la Administración por la suya propia.

UNDÉCIMO: El efecto derivado de la estimación del motivo de impugnación analizado en el apartado noveno de los fundamentos de derecho de esta resolución no debe ser el de la anulación de la valoración porque el resultado último del procedimiento de adjudicación permanecería siendo el mismo habida cuenta de que no se puede modificar la puntuación otorgada inicialmente, al requerir la ejecución de la Resolución 1/2014 únicamente la motivación de tal puntuación. A este respecto, indicar que sobre la aplicación moderada de la teoría jurídica de la nulidad se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la sentencia núm. 740/2009, de 23 de noviembre (JUR/2010/140325) con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 2003-recurso nº 8952-97 «reiterada jurisprudencia de esta Sala (contenida básicamente en las sentencias de 17 May. 1994, 22 Mar. 1994 y 30 Nov. 1993) señala que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación la teoría jurídica de las nulidades, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad deben ponderarse cuantas circunstancias concurren en el hecho denunciado, resultando contraproducente decretar una nulidad del acto que conllevaría una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas, para desembocar en idéntico resultado».

DUODÉCIMO: Debido a que se ha estimado uno de los motivos de impugnación aducidos por el recurrente no se aprecia temeridad en la interposición del recurso.

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,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por Nipro Europe, S.A SUC en España contra la adjudicación de los lotes 3 y 4 del contrato para el suministro de lancetas de punción y tiras reactivas de medición de glucosa en sangre capilar, con destino a las diferentes organizaciones de Osakidetza.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la propia Ley.

TERCERO: Declarar que no se aprecia temeridad en la interposición del recurso.

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

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2014ko irailaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de septiembre de 2014