EB 2015/089

Resolución 098/2015, de 10 de septiembre de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A. contra la adjudicación del Lote 1 del contrato de productos y equipos para la determinación de urianálisis y sedimentos en las UGCS de Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 29 de julio de 2015 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales/Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial interpuesto por MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A. contra la adjudicación del Lote 1 del contrato de productos y equipos para la determinación de urianálisis y sedimentos en las UGCS de Osakidetza.

SEGUNDO: Remitido el recurso y solicitado el expediente a Osakidetza el mismo día 29 de julio de 2015, éste ha causado asiento de presentación en el libro registro del OARC/KEAO el 14 de agosto de 2015 mientras que el informe de contestación al recurso al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) se ha registrado el 2 de septiembre de 2015.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados en el procedimiento, se han recibido alegaciones de la empresa ROCHE DIAGNOSTICS, S.L.U. con fecha 14 de agosto de 2015.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente así como la representación de la compareciente.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada. El contrato cuya adjudicación se recurre tiene un valor estimado de 3.766.833 €, por lo que queda sujeto a los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia de contratación.

TERCERO: El artículo 40.2 a) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.» El acto objeto de recurso es la Resolución del Directos General de Osakidetza de 21 de julio de 2015, de adjudicación del contrato.

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

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y en concreto de Administración Pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) En el sistema cobas 6500 la afirmación vertida por ROCHE de que «el analizador no requiere la parada del mismo» no implica que no deba interrumpirse el análisis y en el sistema *cobas u411 se* requiere el acceso al sistema por parte del usuario para el cambio de casete, lo cual implica que, mientras se realiza dicho acceso al sistema, éste debe estar en reposo y en ningún caso debe realizarse el cambio de casete mientras el sistema está procesando muestras, por lo que dichos equipos incumple lo dispuesto en el apartado 2 de los criterios de valoración: equipos y reactivos (30 puntos). Aspecto «carga continua de tiras».

b) En el informe técnico de criterios evaluables mediante juicios de valor para el aspecto «mínima necesidad de reactivos y fungibles», el órgano de contratación determina que «especifica únicamente cubetas y tiras» cuando esta afirmación no es acorde a las especificaciones reales de los equipos y reactivos y ello se desprende de la documentación técnica aportada por ROCHE de la que se deriva que se requieren 5 reactivos más controles, siendo estos últimos distintos para cada tipo de tira y habiendo un total de 2 tipos de tiras distintos.

c) Disimilitudes en el criterio reflejado en la valoración en el aspecto «mínima necesidad de reactivos y fungibles» pues según el informe técnico, mientras ROCHE «especifica únicamente cubetas y tiras», MENARINI «precisa de cinco reactivos y controles». En vista de esta disparidad no se entiende qué justifica la disimilitud.

SÉPTIMO: El poder adjudicador en su informe se ratifica en la puntuación otorgada a las distintas empresas por entender que ROCHE cumple con el concepto de carga continua y que el número de reactivos ofertado por ambas empresas se ajusta a la exigencia de «mínima necesidad de reactivos y fungibles».

OCTAVO: ROCHE, como interesado en el procedimiento formula las siguientes alegaciones:

a) En el caso del analizador cobas 6500 (u601), para la sustitución del casete en tiras, cuando el número de tiras reactivas restantes en el casete alcanza un nivel bajo (definido por el usuario), se añade un mensaje a la lista de mensajes del sistema, pero el procesamiento continúa normalmente (no se interrumpe el análisis). Por tanto, el sistema nunca pasa a estado STOP o STAND BY, sino que de hecho, las muestras que se encuentran en proceso siguen su curso, pudiéndose proceder en ese momento a la sustitución del casete. Por otro lado, en el caso del analizador cobas u411, la carga de tiras es manual y continua y no requiere cambio de casete, ya que la presentación es de un bote de 100

tiras reactivas (no es un casete) que se cargan una a una en el analizador, según la demanda de procesamiento de las muestras.

b) Lo que pretende valorar el segundo aspecto debatido es la mínima necesidad de reactivos y fungibles. Para el funcionamiento del analizador de tiras cobas 6500 (módulo u601), el único reactivo que se requiere es cobas u pack (400 strips), usándose adicionalmente una tira de calibración (cobas u calibration strip). Por otro lado, en el caso de cobas 6500 (módulo u701) sólo se usan cobas u cuvette (400 pc). Finalmente para el cobas u411 se usa como reactivo las tiras combur 10 M (100), usándose adicionalmente una tira de calibración CONTROL TEST M. La solución desproteinizante (Deproteinizer 125 ml) es de uso recomendado y no obligatoria en el analizador cobas 6500. En todos los analizadores ofertados los controles son siempre opcionales. Interesa insistir en que no deben mezclarse los consumibles de los dos equipos lectores de tiras pues son equipos distintos y destinados a laboratorios diferentes. En cambio, la empresa recurrente tiene una necesidad de reactivos y fungibles superior a los necesitados por ROCHE pues el sistema Sedimax requiere de 12 contenedores de 50 cubetas y las soluciones de limpieza hipoclorito sódico al 2% (proceso de 5 minutos de duración), alcohol al 70 % para limpiar el objetivo del microscopio e hipoclorito sódico al 5 % en el tubo de ensayo. Por otro lado, el sistema “Aution Max AX-4030” requiere los siguientes reactivos y fungibles: tiras reactivas, alcohol, bolsa desecante, calibradores para la densidad (al principio del día), solución de lavado concentrada 3 y papel térmico.

c) Incumplimiento por parte de MENARINI de los requisitos técnicos exigidos en el PPT en relación con el lote 1 pues no aporta el marcado CE actualizado del equipo sedimax, de la documentación aportada al procedimiento no se desprende que haya ofertado ningún sistema de gestión de stocks y el aprovisionamiento de reactivos y del material asociado al laboratorio de forma automática, no se incluye la oferta del servicio señalado en la cláusula 4.8 del PPT relacionado con la infraestructura auxiliar, no se desprende que haya designado en su oferta ningún jefe de proyecto (punto 3 del Anexo IV del PPT)

y no cumple con el horario mínimo de prestación de servicios de soporte (punto 2 del anexo IX del PPT).

NOVENO: Se discute la valoración de la oferta de ROCHE en lo concerniente a dos de los subcriterios de adjudicación. El PCAP establece la valoración de tres criterios para la adjudicación del lote 1: (i) preanalítica e informática (16 puntos), (ii) equipos y reactivos (30 puntos) y (iii) servicio técnico postventa (2 puntos). El recurso se centra en la valoración efectuada en relación con dos aspectos del criterio de adjudicación referido a los equipos y reactivos, en concreto, «carga continua de tiras» y «mínima necesidad de reactivos y fungibles». Es de señalar que estos subcriterios carecen de una ponderación concreta por lo que se desconoce el peso de cada uno de ellos dentro de la valoración del criterio de adjudicación, en el que recurrente ha obtenido una puntuación superior (28 puntos) a la de ROCHE (16 puntos).

No obstante, la pretensión de la recurrente es la de que se retrotraiga el procedimiento para valorar adecuadamente a la empresa adjudicataria y se dicte una nueva resolución con adjudicación a la oferta que, en correcta aplicación de los criterios de valoración consignados en los pliegos, sea la económicamente más ventajosa. En concreto, su primer motivo impugnatorio se basa en el incorrecto señalamiento en el informe de valoración de los criterios sujetos a un juicio de valor de que el producto ofertado por ROCHE permite la carga continua de tiras, pues considera que esta afirmación no es cierta y pretende que se corrija esta circunstancia para, consecuentemente, revisar a la baja la puntuación inicialmente asignada.

A juicio de este OARC / KEAO el recurrente basa su argumentación en una conjetura y no aporta pruebas en su apoyo, pues parte de la base de que la afirmación efectuada por ROCHE en su oferta de que «el analizador no requiere la parada del mismo» no implica que deba interrumpirse el análisis y/o sesión de trabajo en curso para la realización del cambio de casete (cobas 6500). Esta circunstancia es negada por ROCHE que afirma que las muestras que se encuentran en proceso siguen su curso, que no se interrumpe el

análisis. A la conclusión de que la capacidad de carga y descarga es continua llega este OARC / KEAO del análisis del documento de especificaciones técnicas del bien ofertado[1], en las cuales figura esta característica del producto. Por su parte, la afirmación efectuada por la recurrente de que el sistema cobas u411 requiere de un cambio de casete se trata de un error pues en este producto, tal y como se deriva del documento de especificaciones técnicas del mismo, la carga de tiras es manual y continua[2], debiéndose concluir, en consecuencia, que este primer motivo de impugnación debe ser desestimado.

En lo que respecta al subcriterio «mínima necesidad de reactivos y fungibles» no se comprende qué se impugna pues lo señalado en el informe de valoración se ajusta a lo especificado en las ofertas y ninguna disimilitud en la valoración de éstas es posible advertir debido a la configuración de los subcriterios de adjudicación, los cuales no tienen atribuida una ponderación concreta a lo que hay que sumar que en el criterio de adjudicación donde se incluye este subcriterio el recurrente ha obtenido una puntuación sensiblemente superior a la de la empresa adjudicataria.

DÉCIMO: En su escrito de alegaciones ROCHE solicita la exclusión de la oferta de MENARINI o, en su defecto, la revisión a la baja de su puntuación técnica. Esta pretensión no puede ser estimada pues como ha manifestado este OARC/KEAO en su Resolución 43/2014,

«Si este Órgano determinara en el presente procedimiento la inadmisión de la oferta del recurrente tal decisión estaría afectada por un vicio de incongruencia con la petición del recurso (artículo 47.2 TRLCSP) y se cometería un exceso competencial en contra del recurrente, que vería empeorada su situación jurídica respecto a la que tenía antes de interponer la impugnación, lo que está prohibido por el artículo 113.3 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (la llamada “reformatio in peius”). Debe tenerse en

[1] http://www.cobas.com/content/dam/cobas_com/pdf/product/cobas-6500-urine-analyzer-series/cobas%20u%20601%20urine%20analyzer%20brochure.pdf

[2] http://www.cobas.com/home/product/urinalysis-testing/cobas-u-411-urine-analyzer.html

cuenta que, tal y como el legislador lo ha configurado, el recurso especial no da lugar a un procedimiento contradictorio entre la empresa recurrente y los demás licitadores en el que, a modo de la reconvención del proceso civil, estos últimos pueden ampliar en sus alegaciones el objeto del litigio y, por lo tanto, el ámbito de la resolución (véanse las Resoluciones 44/2012 y 75/2012 del OARC/KEAO). Por el contrario, el alcance de la resolución se fija sólo en la petición del recurso (artículo 47.2 TRLCSP), mientras que el trámite de alegaciones de los interesados obedece al mandato constitucional de garantizar su audiencia (artículo 105.3 de la Constitución), pero no les concede una vía de impugnación o reconvención, por lo que su posición procedimental no es en absoluto análoga a la del recurrente ni a la del demandado del pleito civil.»

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 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 en materia de contratación interpuesto por MENARINI DIAGNÓSTICOS, S.A. contra la adjudicación del Lote 1 del contrato de productos y equipos para la determinación de urianálisis y sedimentos en las UGCS de Osakidetza

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con el artículo 47.4 TRLCSP.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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, 2015eko irailaren 10a

Vitoria-Gasteiz, 10 de septiembre de 2015