



EB 2015/045

Resolución 058/2015, de 28 de mayo 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 interpuesto por WERFEN ESPAÑA, S.A.U. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Suministro de material para la determinación y control del tratamiento anticoagulante oral mediante autoanalizadores portátiles en las organizaciones de servicios de Osakidetza y en su ámbito comunitario”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 7 de abril de 2015, la empresa WERFEN ESPAÑA, S.A.U. interpuso recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Suministro de material para la determinación y control del tratamiento anticoagulante oral mediante autoanalizadores portátiles en las organizaciones de servicios de Osakidetza y en su ámbito comunitario”.

SEGUNDO: El recurso, el expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCSP) fueron recibidos en el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (en adelante, OARC / KEAO) el 29 de abril de 2015.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados, se han recibido las de la empresa ROCHE, S.L.U, adjudicatario impugnado.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de Doña C. C.P. que actúa en su nombre.

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 suministro objeto de contrato tiene un valor estimado de 12.177.550,00 €.

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores. El acto recurrido es la Resolución de 17 de marzo de 2015, del Director General de Osakidetza, 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, según lo dispuesto en el artículo 3 TRLCSP.

SEXTO: En síntesis, el contenido del recurso es el siguiente:

a) La oferta de la adjudicataria no contiene ningún estudio que avale y documente por la comunidad científica el módulo de gestión de cálculo experto de dosificación para el tratamiento de los pacientes anticoagulados, como exige la página 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT); es más, a la recurrente le consta que los estudios realizados solo cubren un abanico de 100 pacientes.

b) Tampoco se cumple el requisito mínimo excluyente exigido en el punto 3.1.1 del PPT, que pide que las tiras tengan una estabilidad fuera del envase expuesta a temperatura ambiente, luz y humedad mayor de tres horas; sin



embargo, las tiras COAGUCHECK, según su “insert”, documento que tiene el marcado CE, tienen que ser utilizadas en los diez minutos después de ser extraídas del tubo. Para justificar este incumplimiento, ROCHE alega que el dato corresponde a una situación climatológica extrema y que en España la estabilidad sería de días, sin cuantificarlos, y acompaña una distribución del mundo por zonas climatológicas realizado por la propia empresa y que no está acreditada ni certificada por ningún organismo.

c) El coagulómetro ofertado por ROCHE no cumple con la especificación técnica del punto 3.1.3 del PPT, que exige que facilitará la identificación inequívoca del paciente mediante el identificador único de paciente Osakidetza CIC (Código de Identificación Corporativo) en la toma y el volcado de datos, siempre y cuando fuera necesario, ya que la identificación se produce mediante un dispositivo que se conecta al ordenador.

d) Se desconoce qué producto concreto ha ofertado ROCHE, si el producto COAGUCHECK XS o el producto COAGUCHECK XS PRO, y también el número de unidades ofertadas. En el supuesto de que se trate del segundo, no se cumple la especificación del punto 3.1.4 del PPT porque no dispone de certificado CE 0120 relativo al autocontrol.

e) El punto 17.1 del PPT establece que, entre otra, en la documentación técnica los licitadores incluirán de forma expresa “catálogos y folletos en castellano, o en su defecto con traducción de contenido”; tanto el manual del producto COAGUCHECK XS PRO como los estudios comparativos se han presentado únicamente en inglés, lo que supone un nuevo incumplimiento.

f) Finalmente, se solicita la nulidad de pleno derecho del acto impugnado y la adjudicación del contrato a favor del recurrente.

SÉPTIMO: La empresa ROCHE, adjudicataria impugnada, solicita la desestimación del recurso con los siguientes argumentos:



a) Se parte de la base de que el criterio del órgano de contratación en relación con la interpretación de los requisitos mínimos debe prevalecer por ser un juicio técnico que a él le corresponde. En lo que se refiere a los requerimientos técnicos de la oferta adjudicataria puestos en duda por el recurso, se señala lo siguiente:

- La oferta de ROCHE incluye un sistema informático que permite la dosificación individualizada de pacientes mediante la incorporación de un Algoritmo Sugestor experto de dosificación. Dicho algoritmo ha sido validado por varios sistemas de salud, según consta en su oferta, y está siendo utilizado por varios centros de Osakidetza. Por otro lado, no se trata de un requisito mínimo a cumplir de los que tendrán carácter excluyente (apartado 3.1 del PPT). Además, el hecho de que los estudios que avalan la oferta de ROCHE sean de peor calidad que los de la recurrente ya fue valorado en el criterio de adjudicación correspondiente, por lo que la conclusión no puede ser la exclusión de la oferta.

- Según las especificaciones técnicas del fabricante, la tira reactiva COAGUCHECK XS PT Test se mantiene a temperatura ambiente fuera de su envase original durante días, habiéndose aportado bibliografía contrastada que lo acredita. Por otro lado, la valoración de dicho criterio debe basarse en las mediciones reales, que han resultado en que ambas tiras son estables en el tiempo exigido en el apartado 3.1.1 PPT; asimismo, la falta de claridad de la ficha técnica ha sido razón de una menor puntuación, como se deduce del informe técnico.

- Los pliegos reconocen la posibilidad de incluir en la oferta dos coagulómetros distintos, uno para uso profesional y otro para autocontrol, que es lo que hizo ROCHE. En dicha oferta se especifica el número de equipos ofertados (1.500 equipos profesionales y 500 equipos de autocontrol). Asimismo, se especifica que se proporcionarán todos los materiales consumibles, equipos y dispositivos necesarios que se requieran. También se establece que los equipos COAGUCHECK XS PRO disponen de un accesorio



denominado COAGUCHECK XS PRO BASE UNIT que permite establecer dos modos de comunicación con las estaciones de trabajo. Queda claro que el coagulómetro valorado por Osakidetza para su uso profesional es el COAGUCHECK XS PRO y para autocontrol el sistema COAGUCHECK XS.

- El reproche de no cumplir con el apartado 3.1.3 del PPT no es cierto, pues los dos modelos ofrecidos lo cumplen, como se detalla en la oferta de ROCHE, de la que se desprende que los equipos permiten la identificación del paciente mediante el uso de código de barras incorporado; en el caso del equipo para autocontrol, dicho equipo va siempre asociado a un único paciente.

- En la oferta de ROCHE sí se aportó un certificado que acredita el cumplimiento del requisito señalado en el apartado 3.1.4 del PPT.

- Toda la documentación principal aportada por ROCHE necesaria para aplicar los criterios de adjudicación ha sido suministrada en castellano, incluyendo los manuales de los coagulómetros, adjuntados en CD. Asimismo, la oferta menciona que se entregarán guías rápidas plastificadas de manejo y una guía de errores para los usuarios de cada centro de salud en castellano, y si fuera necesario, también en euskera. Por otro lado, el requisito de la traducción o la presentación en castellano no figura en el apartado 3.1 del PPT, que es el que contiene los requisitos mínimos a cumplir que tendrán carácter excluyente, por lo que su incumplimiento no podría justificar la exclusión de la proposición.

b) Finalmente, ROCHE estima que no se ha desvirtuado la presunción de veracidad de los juicios emitidos por la Administración y que el OARC / KEAO no puede sustituir al poder adjudicador para adjudicar el contrato a la recurrente

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



a) El sistema informático TAONET propuesto por ROCHE facilita la dosificación individualizada de pacientes mediante un Algoritmo Sugestor, cumpliendo así el PPT. Dicho algoritmo ha sido validado por profesionales expertos en la materia y utilizado satisfactoriamente por Osakidetza.

b) ROCHE ha aportado bibliografía contrastada que acredita que la tira reactiva COAGUCHECK XS PT Test se mantiene a temperatura ambiente fuera de su envase original durante días. Asimismo, esta cuestión fue valorada como criterio de adjudicación en función de mediciones, quedando claro se cumplían sobradamente los requerimientos establecidos.

c) ROCHE ha ofertado claramente dos modelos de equipos (de uso profesional y de uso autocontrol), cumpliéndose en ambos casos el requisito del apartado 3.1.3 del PPT sobre la identificación inequívoca del paciente. La oferta deja claro cuáles son las unidades ofertadas de cada equipo (1.500 y 500, respectivamente). Se aporta el marcado CE para su equipo en modalidad autocontrol.

d) Toda la documentación principal aportada por ROCHE figura en castellano; en especial, se acreditan en dicho idioma todos los datos relevantes para evaluar la oferta. Además, se ha entregado documentación en castellano en formato papel (manuales de los equipos) y la empresa se compromete a entregar documentación soporte en castellano y euskera.

NOVENO: Antes de entrar en el fondo del asunto conviene recordar el criterio de este órgano resolutorio sobre el uso de la discrecionalidad técnica en la elaboración de los informes. Así, en diversas resoluciones del OARC/KEAO (ver, por todas, la Resolución 17/2015) 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.» Este principio, ampliamente utilizado para defender la discrecionalidad en la valoración de los criterios de adjudicación del contrato, es igualmente aplicable para los juicios técnicos que emite el poder adjudicador sobre el cumplimiento por las proposiciones de los licitadores de las prescripciones técnicas de los pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Delimitado el alcance y contenido que el control de este Órgano puede ejercer, se analizan a continuación las alegaciones del recurrente:

1) Que el módulo de gestión de cálculo experto de dosificación para el tratamiento de los pacientes anticoagulados esté validado por la “comunidad científica”, parece que debe entenderse en el sentido de que se exige un contraste científicamente riguroso del producto efectuado por quien tenga conocimientos para ello, lo que sí consta en el informe técnico que sustenta la valoración (folio 232), que se refiere a la validación por varios centros sanitarios, aunque se observa que están basados en estudios de menor calidad que el sistema propuesto por el recurrente. Por otro lado, este requisito no figura entre los que el apartado 3.1 del PPT señala como “requisitos mínimos excluyentes”, sin perjuicio de su apreciación dentro de los criterios de adjudicación.

2) El requisito de que la tira ofertada se mantenga a temperatura ambiente el tiempo mínimo de tres horas establecido en el punto 3.1.1 del PPT se cumple por la oferta del adjudicatario igual que por la del recurrente; en este sentido, el



informe técnico (folio 216 del expediente) establece que «Realizadas las pruebas se comprueba que ambas son estables en las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza en el tiempo exigido en el apartado 3.1.1 del PPT.»

3) Del contenido de la oferta de ROCHE (páginas 19, 30, 31) se deduce claramente cuáles son los equipos ofertados (Coagucheck XS Pro para el ámbito profesional y Coagucheck XS para el autocontrol) y cuántas unidades (1.500 equipos para los centros de Osakidetza y 500 equipos adicionales para el programa de autocontrol del paciente), así como el cumplimiento del requisito del apartado 3.1.3 del PPT sobre identificación inequívoca del paciente (folio 29), que no excluye, como pretende el recurrente, que la identificación se produzca mediante conexión a un ordenador; asimismo, consta el marcado CE para el equipo en modalidad de autocontrol (folio 96).

4) Respecto a la alegación de que la oferta del adjudicatario debió excluirse porque parte de la oferta se ha presentado en inglés y no en castellano, debe recordarse que esa exigencia figura en el apartado 17.1 del PPT a propósito de la documentación que debe introducirse en el sobre destinado a la documentación sobre criterios basados en juicios de valor, y no como un requisito expresamente excluyente. Dado que tal circunstancia no ha impedido que su proposición haya sido adecuadamente valorada, no es posible su rechazo por ese solo motivo (ver, en este sentido, las Resoluciones 117/2014, 134/2014 y 37/2015 del OARC / KEAO).

Consecuentemente, las alegaciones del recurso no pueden ser aceptadas.

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 especial interpuesto por WERFEN ESPAÑA, S.A.U. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Suministro de material para la determinación y control del tratamiento anticoagulante oral mediante autoanalizadores portátiles en las organizaciones de servicios de Osakidetza y en su ámbito comunitario”.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de lo dispuesto en 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 maiatzaren 28a

Vitoria-Gasteiz, 28 de mayo de 2015