



EB 2022/003

Resolución 052/2022, de 16 de marzo, 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 empresa PHILIPS IBERICA, S.A. S.L. contra la adjudicación del contrato de “Suministro de dos ecógrafos de altas prestaciones para los servicios de Neurología y Cardiología de la OSI Araba. Lotes 1 y 2”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 3 de enero de 2022, la empresa PHILIPS IBERICA, S.A. (en adelante, PHILIPS) interpuso, 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), un recurso especial en materia de contratación pública contra la adjudicación del contrato de “Suministro de dos ecógrafos de altas prestaciones para los servicios de Neurología y Cardiología de la OSI Araba. Lotes 1 y 2”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día 3 de enero 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 entre los días 10 y 14 de enero.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados en fecha 13 de enero, se han recibido las alegaciones de GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, GENERAL ELECTRIC), adjudicataria impugnada, el 18 del mismo mes.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de que I.D.L. actúa en nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

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: Argumentos del recurso

En resumen, los argumentos del recurso son los que siguen:

- a) En lo que al lote 1 respecta, la oferta de GENERAL ELECTRIC debió ser excluida, por cuanto que no cumple con la prescripción técnica Consumo de energía inferior a 300 W. En efecto, en la proposición de GENERAL ELECTRIC se advierte una controversia respecto al consumo del ecógrafo, pues, por un lado, en el documento creado por la adjudicataria *ad hoc* para el presente expediente se indica que el consumo es “inferior a 300 W (vatios)” y, sin embargo, en el Documento técnico Oficial del equipo Ofertado también aportado en la oferta se indica que el consumo es de 500 VA (voltiamperios), por lo que cabe concluir que no se cumple con el requisito técnico mínimo exigido. Asimismo, el documento aportado por la adjudicataria a solicitud del órgano de contratación para aclarar la cuestión, no debería haber sido admitido porque supone completar la oferta y, además, refleja las cifras correspondientes al “consumo típico” cuando el pliego no establece ningún tipo de consumo específico, sino que únicamente se refiere al consumo inferior a 300 W.

- b) Por lo que se refiere al lote 2, el modelo de ecógrafo debe contar con un transductor con rango de frecuencia de 1 a 5 MHz y el modelo ofertado por GENERAL ELECTRIC tiene un transductor con rango de frecuencias de 1,4 a 4,6 MHz; es decir, nuevamente se incumple una prescripción técnica obligatoria que debería conllevar la exclusión de la citada licitadora.



c) Finalmente, solicita la nulidad de la resolución impugnada y se proceda a la exclusión de la oferta de GENERAL ELECTRIC de ambos lotes y se proponga la adjudicación del contrato a la entidad recurrente.

SÉPTIMO: Alegaciones de GENERAL ELECTRIC

Por su parte, GENERAL ELECTRIC se opone al recurso con los argumentos que, de forma resumida, se exponen a continuación:

a) En el Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT)P no se indica, en la definición de la característica técnica mínima, el tipo de consumo de energía al que hace referencia, es decir, si se trata de un consumo “típico”, “medio”, “pico”, etc. Por ello, y a petición del órgano de contratación se aclaró y demostró que el consumo del ecógrafo ofertado cumplía con los términos exigidos por el PPT.

b) Respecto al rango de frecuencias solicitada como característica técnica para un transductor, debe señalarse que es exclusivo de PHILIPS, es decir, se trata de una característica técnica mínima que solo puede ser cumplida por una única casa comercial (PHILIPS). En este sentido, debe tenerse en cuenta el apartado 1.2 del PPT que establece que si alguna de las características establecidas en las especificaciones técnicas determinara una marca o modelo exclusivo, éstas serán tomadas únicamente como guía u orientación, sin que el hecho de no ajustarse exactamente sea causa de exclusión, por lo que el transductor ofertado por GENERAL ELECTRIC con un rango de frecuencias de 1,4 a 4,6 MHz no puede ser objeto de exclusión por no ajustarse exactamente al rango solicitado.

OCTAVO: Alegaciones del Poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso, en síntesis, por los siguientes razonamientos:



a) En lo que al lote 1 se refiere, la equivalencia entre vatios y voltioamperios que la recurrente realiza para el cálculo del consumo del producto a suministrar no es correcta, ya que miden magnitudes diferentes. Por otro lado, ante las alegaciones que la hoy recurrente efectuó en su día, la Mesa requirió a GENERAL ELECTRIC que aclarara los datos de consumo reales en vatios del ecógrafo ofertado, dando como resultado un consumo inferior a los 300 vatios exigidos por lo que no procedía su exclusión.

b) Respecto de la impugnación del lote 2, hay que comenzar señalando que el transductor intratorácico no es más que una sonda, esto es, un accesorio del equipamiento principal. Cuando el producto en cuestión no es el objeto principal a contratar, se solicitan valores aproximados de los parámetros exigidos en los pliegos; sin embargo, en el presente caso, se ha omitido involuntariamente la expresión “aproximadamente”, pero se ha entendido que dichos valores seguían siendo aproximados. Por otro lado, las diferencias respecto de los solicitados son mínimas, 0,4 en sus valores altos y bajos, por lo que no procedía la exclusión

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La recurrente considera que la oferta de la adjudicataria debe excluirse en ambos lotes por el incumplimiento de una prescripción técnica en cada uno de ellos. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad de la pretensión:

a) Sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas

De acuerdo con una reiterada doctrina (ver, por todas, la Resolución 210/2019 del OARC / KEAO y las que cita), el PPT describe el objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario, refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato y representa el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones



contractuales que, de acuerdo con el interés público, desean obtenerse y deben alcanzar todas las ofertas, por lo que es contrario a dicho interés admitir una proposición que no las satisfaga. En este sentido, debe recordarse que las características técnicas correspondientes a las obras, bienes o servicios que se pretenden adquirir corresponde determinarlas al órgano de contratación, quien goza de un gran margen de apreciación para formularlas (dentro de los límites del artículo 126.1 de la LCSP), ya que es quien mejor conoce lo que necesita y quien mejor puede determinar las exigencias que deben cumplir para obtener los resultados deseados y, a tal efecto, habrán de formularse de alguna de las maneras especificadas en el artículo 126.5 de la LCSP.

En cuanto al incumplimiento por la oferta de las prescripciones establecidas, este OARC /KEAO ha manifestado con anterioridad que no cabe adjudicar el contrato a una oferta que las incumple o no garantiza su respeto (ver, en este sentido, la Resolución 144/2019 del OARC / KEAO) ya que se vulnerarían los principios de transparencia e igualdad de trato (artículo 132 de la LCSP) (ver, Resolución 121/2019 del OARC / KEAO). Ahora bien, una decisión tan grave como la exclusión de un licitador solo debe tomarse cuando la oposición entre su oferta y la documentación contractual sea frontal y clara, de forma que el hipotético contrato formalizado en esos términos no cumpliría con los requisitos mínimos establecidos en los pliegos como imprescindibles para la satisfacción del interés general perseguido (ver, en este sentido, la Resolución 146/2019 del OARC / KEAO).

b) Sobre el cumplimiento por la oferta de GENERAL ELECTRIC de las prescripciones técnicas mínimas obligatorias

Las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la pretensión deben partir del contenido de los pliegos, que no han sido impugnados en tiempo y forma y, por lo tanto, según una reiteradísima doctrina, rigen la licitación vinculando al poder adjudicador y a los operadores económicos. Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro



corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28.1 de la LCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación (ver, en este sentido, la Resolución 67/2019 de este OARC/KEAO).

PPT

(...)

1.2 Contenido de la prestación

(...)

Los equipos a suministrar tendrán que cumplir con las especificaciones, composición y características establecidas como mínimas en el apartado de “Especificaciones Técnicas”. Si alguna de las características establecidas en las especificaciones técnicas determinara una marca o modelo exclusivo, éstas serán tomadas únicamente como guía u orientación, sin que el hecho de no ajustarse exactamente sea causa de exclusión

Lote 1

3. DESCRIPCIÓN Y ESPECIFICACIONES TÉCNICAS MÍNIMAS

Lote 1. Ecógrafo digital de altas prestaciones para neurología

Características técnicas mínimas

(...)

- Consumo de energía inferior a 300 W

Lote 2

DOTACION DE TRANSDUCTORES

• **Transductor transtorácico para adultos.** Transductor con rango de frecuencias de 1 a 5 Mhz para realizar estudios de ecocardiografía 2D. Incorporará la tecnología de cristales de Onda pura o similar. Conector sin pines.

A continuación, se exponen las apreciaciones este OARC / KEAO con relación a los dos motivos impugnatorios:

- 1) Con relación al incumplimiento achacado en el lote 1 y que se refiere al consumo de energía del producto a suministrar, este órgano considera que este motivo impugnatorio no puede estimarse por lo siguiente:



- No cabe aceptar la alegación de la recurrente sobre el incumplimiento del consumo máximo porque (i) la equiparación que realiza entre vatios y voltioamperios cuando dice 500VA (voltio amperios o vatios) para justificar su argumento no es correcta, pues se trata de unidades de medida que tienen un uso y propósito diferentes: los vatios determinan la potencia real consumida, mientras que el valor de los voltioamperios se utiliza para dimensionar los cables y circuitos de protección y (ii) porque tras el requerimiento de aclaración efectuado por la Mesa de contratación, GENERAL ELECTRIC ha acreditado que en ningún modo de operación del ecógrafo (standby, modo operacional, carga básica o máxima) se supera el consumo máximo de 300 W establecido por el PPT.
- En este sentido, y a la vista de los datos no homogéneos aportados por la adjudicataria (300 vatios en la oferta técnica y 500 voltiamperios en la ficha técnica) a la hora de indicar el consumo máximo de los ecógrafos a suministrar, parece razonable que la Mesa de contratación le solicitara aclaraciones (no siendo relevante que se hicieran a instancia de parte o de oficio) sobre el consumo real del producto ofertado. Téngase en cuenta que este Órgano tiene por doctrina la posibilidad de subsanar defectos en la acreditación de los requisitos si observa vicios o defectos subsanables (Resolución 214/2021) como ocurre en el presente caso en la que la información aportada en la oferta no es del todo clara por expresar la potencia consumida en vatios y voltiamperios, cuando los vatios señalan la potencia real consumida y los voltiamperios la potencia aparente del equipo. Es decir, nos encontramos ante una oscuridad de la oferta susceptible de aclaración, sin que ello suponga la aportación de nueva documentación y la consiguiente reelaboración de la oferta, ya que se trataría de aclarar un dato expresado en dos unidades de medida diferentes, dato que de forma binaria (sí o no) va a determinar el cumplimiento o no del parámetro establecido por la prescripción técnica. En este sentido, la STSJ PV 109/2018, de 27 de marzo de 2018, permite la aclaración de



la oferta sin que ello suponga una vulneración del derecho de los otros licitadores a participar en condiciones de igualdad y no discriminación en el procedimiento de contratación en un caso similar al presente, pues concierne a un elemento reglado (los requisitos formales que debe cumplir la oferta so pena de inadmisión) y no a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

- Por último, conviene señalar que a la vista de todo lo anterior no se observa la oposición frontal y clara entre la oferta de la adjudicataria y la documentación contractual que rige el contrato, requerida para proceder a la exclusión de la oferta. En este sentido, la recurrente no prueba que el equipo ofertado por GENERAL ELECTRIC incumpla el requisito establecido por lo que su exclusión sería una medida desproporcionada.
- 2) En lo que a la alegación del lote 2 se refiere, este Órgano considera que debe ser admitida por los siguientes argumentos:
- El rango de frecuencias de la sonda ofertada por GENERAL ELECTRIC no cumple con el exigido por el PPT, sin que pueda aceptarse la consideración realizada por el poder adjudicador de que sí lo hace por ser aquél aproximado. Partiendo de la redacción y del diseño del PPT, el órgano de contratación no puede rebajar en el momento de la valoración la importancia y la necesidad de estos requerimientos técnicos (por muy exigentes que sean) que se entiende que no son caprichosos, sino que tienen que obedecer a la necesidad de dar respuesta a unas necesidades particulares de servicio público. El PPT exige un determinado rango (1 a 5 MHz), que debe ser cumplido por todos los licitadores con el fin de salvaguardar el principio de igualdad de trato, de tal forma que si el poder adjudicador consideraba que dichas medidas debían ser aproximadas, como ahora expresa, debió haberlo puesto de manifiesto en el propio pliego, tal y como lo hizo en



otras prescripciones y sin que puedan admitirse las alegaciones de que la omisión de la expresión “aproximadamente” se debió a un error involuntario o a que se trata de un elemento complementario al equipo principal a contratar. Aceptar una oferta que las incumple sería tanto como negociar con un licitador las condiciones del contrato, lo cual está terminantemente prohibido en un procedimiento abierto. Como ha puesto de manifiesto este OARC/KEAO en ocasiones anteriores (ver, por ejemplo, la Resolución 6/2018 y las que en ella se citan), las prescripciones técnicas cumplen una doble función; por un lado, describen el objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo y, por otro, exponen los requisitos mensurables que servirán para evaluar las ofertas y constituir los criterios mínimos de cumplimiento de la prestación, de modo que deben rechazarse las ofertas que no cumplan las especificaciones técnicas, pues admitirlas sería tanto como aceptar propuestas que no satisfacen las necesidades de interés público que justifican el contrato. Al no haber previsto los pliegos ningún margen de tolerancia que pudiera hacer aceptables las diferencias respecto a las medidas establecidas por el PPT, no puede dejar de aplicarse el carácter preceptivo de una prescripción técnica clara establecida en un documento contractual no impugnado en tiempo y forma y que, por lo tanto, vincula al órgano de contratación y a los licitadores.

- Por otro lado, tampoco cabe aceptar la alegación de la adjudicataria impugnada relativa a que la prescripción debatida solo puede ser cumplida por una única casa comercial (PHILIPS) por lo que es de aplicación el apartado 1.2 del PPT más arriba transcrito. Y ello, por dos razones: la primera, porque no se acredita o justifica la base fáctica de la cláusula, esto es, que la prescripción relativa al rango de frecuencia solo puede ser cumplida por una marca o modelo en el mercado. Recuérdese, que la carga de argumentar y probar que la prescripción técnica denunciada es discriminatoria o infringe los límites que asisten



a Osakidetza en la configuración del objeto contractual corresponde al recurrente (ver, por ejemplo, la Resolución 74/2018 del OARC / KEAO), y el recurso no contiene dicha prueba, más allá de una alegación genérica que ni siquiera es ratificada por el poder adjudicador. Y, la segunda, porque la aplicación de dicho apartado supone que hay un margen de tolerancia al que es válido no ajustarse, margen cuyo alcance desconocen los operadores económicos porque no ha sido justificado o delimitado y que queda en manos de las apreciaciones de Osakidetza. Esto es contrario al principio de transparencia y también al principio de igualdad de trato (artículo 1 de la LCSP), pues permite al poder adjudicador la exclusión o admisión arbitraria de las proposiciones.

c) Conclusión

Consecuentemente, el recurso debe ser desestimado en lo referente al lote 1 y estimado en lo referente al 2, anulando el acuerdo impugnado únicamente en lo relativo al lote 2, y excluyéndose la oferta de GENERAL ELECTRIC con la retroacción de las actuaciones en este lote para continuar el procedimiento de adjudicación.

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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa PHILIPS IBERICA, S.A. S.L. contra la adjudicación del contrato de “Suministro de dos ecógrafos de altas prestaciones para los servicios de Neurología y Cardiología de la OSI Araba. Lotes 1 y 2”, tramitado por Osakidetza, en los términos expresados en el apartado c) del Fundamento de Derecho Noveno de esta Resolución.

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

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

CUARTO: 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 medidas adoptadas para cumplir lo señalado para el Lote 2 en la presente Resolución.

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

Vitoria-Gasteiz, 2022ko martxoaren 16a

Vitoria-Gasteiz, 16 de marzo de 2022