



EB 2022/215

Resolución 066/2023, de 17 de abril, 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 MEDTRONIC IBÉRICA, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Suministro de equipamiento y fungible, además de mantenimiento, para el servicio de neurocirugía de los Hospitales Universitarios Donostia y Basurto”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 27 de diciembre de 2022 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa MEDTRONIC IBÉRICA, S.A. (en adelante, MEDTRONIC) contra la adjudicación del contrato de “Suministro de equipamiento y fungible, además de mantenimiento, para el servicio de neurocirugía de los Hospitales Universitarios Donostia y Basurto”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día 27 de diciembre se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron la copia del expediente de contratación y 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). La documentación relativa al expediente se recibió entre el 29 de diciembre y el 3 de enero de 2023.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 29 de diciembre, se han recibido alegaciones el 3 de enero de 2023 de la empresa BRAINLAB SALES GmbH (en adelante, BRAINLAB).

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de G.A.B. que actúa en su 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 y servicios 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: Motivos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) BRAINLAB declaró como confidencial su solución técnica para el sistema electromagnético, decisión que pudo haberse tomado maliciosamente para impedir que MEDTRONIC revisara esta parte de la oferta y ha producido una indefensión clara y manifiesta, pues ha impedido conocer en detalle la solución propuesta y BRAINLAB no ha justificado el motivo por el que declara la confidencialidad de esta parte de la oferta. Se propone que, si el OARC no considera suficientemente probado el incumplimiento de BRAINLAB, se abra un trámite de prueba y se permita la realización de un acto presencial en el que se proceda a la valoración técnica del sistema electromagnético aportado por BRAINLAB.
- b) Se alega que el sistema de biopsia electromagnética ofertado por BRAINLAB no es completo (únicamente oferta puntero y estilete) e insuficiente para realizarla adecuadamente, y ello ha supuesto una distorsión en la aplicación de la fórmula relativa al precio.
- c) La fórmula que propone BRAINLAB en su oferta no es viable técnicamente. Propone un estilete desechable electromagnético que en su página web en ningún momento especifica que pueda ser utilizado para realizar una biopsia y, siendo esenciales unas guías que sean capaces de guiar la aguja y asegurar que no se desplace de manera fortuita, no han sido ofertadas.
- d) La oferta de BRAINLAB debe ser excluida porque, en contra de lo dispuesto en el apartado 12 del PCAP, incluye documentación en inglés y la omisión de la traducción al castellano se considera un error no subsanable.
- e) Se alega error en la valoración de la oferta. En concreto, (i) en “Criterios relativos a la navegación (hasta 10 puntos)”, debe detrarse la puntuación otorgada a BRAINLAB en el apartado “Capacidad uso instrumentos flexibles con seguimiento en la punta” porque se valora la posibilidad de mover el generador o emisor respecto a la mesa quirúrgica,



pero no lo que indica la literalidad del subcriterio, (ii) en el subcriterio “Localizadores de 12 bobinas”, se valora con 9,6 puntos sobre 10 que BRAINLAB oferte 8 bobinas, cuando se exigen 12, (iii) en lo referente a “Endoscopia virtual” en el criterio de adjudicación “Criterio relativo a las herramientas de visualización (hasta 5 puntos) no se ha podido obtener mayor información y la justificación no es suficiente, (iv) en el criterio “Aplicaciones craneales (hasta 4 puntos)” el informe no justifica cómo BRAINLAB puede cumplir el registro, (v) en el criterio “Aplicaciones de columna y tórax (hasta 4 puntos)”, BRAINLAB no ha ofertado ni leznas ni palpadores por lo que nunca habría podido obtener la máxima puntuación; como referencias de paciente y pinzas solo oferta una por elemento y no consta que haya aportado ninguno de los instrumentos valorables en sistema de terrajas y atornilladores torácicos, dilatadores, insertor de cajas.... y (vi) en el criterio “Servicios de suministro de fungible (hasta 6 puntos)”, la adjudicataria ha obtenido la totalidad de los puntos a pesar de no ofertar un sistema de biopsia electromagnética.

f) Finalmente, solicita la anulación de la resolución de adjudicación.

SÉPTIMO: Alegaciones de BRAINLAB

BRAINLAB, adjudicataria impugnada, efectúa las siguientes alegaciones:

- a) Se incluyó como confidencial el procedimiento de biopsia electromagnética por no ser el procedimiento recomendado oficialmente y optarse en la mayoría de los casos por la realización de biopsias a través del método de navegación óptico.
- b) La solución de biopsia electromagnética ofertada no requiere de material fungible adicional. Se ha incluido el listado del material fungible necesario por procedimiento. Así, la referencia electromagnética no es un material fungible, sino que se oferta como material no estéril de uso ilimitado. Adicionalmente, alega que dispone de material fungible con hasta 20 ciclos de esterilización.



c) En lo que se refiere a la sujeción del estilete, se remiten al detalle contenido en la página 125 de su oferta técnica.

d) En lo que respecta a la documentación técnica en inglés, se alega que dicha información consta en castellano en las páginas 66 y 67 de la oferta técnica.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

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

a) BRAINLAB oferta el sistema electromagnético usando el software de planificación de trayectorias “Elements Trajectory Planning”, varioguide kit, y el puntero y estilete electromagnético. Dicho esto, BRAINLAB no recomienda el uso de este sistema para biopsias, ya que genera un coste adicional innecesario, residuos adicionales y no genera valor clínico añadido. El coste de este procedimiento es inferior por (i) menor cantidad de material fungible, (ii) se dispone de fungibles con varios ciclos de esterilización y (iii) precios más competitivos.

b) La confidencialidad del procedimiento de biopsia electromagnética se debe a que no es el promocionado habitualmente por BRAINLAB para la realización de biopsias.

c) La fórmula que propone BRAINLAB para la realización de biopsias electromagnéticas es técnicamente viable, pues no precisa mantener fijo el estilete dentro el cráneo mientras se espera el resultado del patólogo. No obstante, el objeto del expediente es valorar los fungibles.

d) Se confirma que la información que en la documentación técnica figura en inglés, consta en castellano en las páginas 66 y 67.

e) Sobre el error en la valoración de la oferta: (i) de la información que consta en las páginas 7 – 8 de la oferta técnica (no solicitada por MEDTRONIC) se



concluye que si se hace mención a la flexibilidad de los instrumentos, (ii) en la página 61 de la oferta de BRAINLAB se explica la función de endoscopia virtual, (iii) en lo que respecta a las “aplicaciones craneales” se analizan 23 aplicaciones / parámetros valorables y el equipamiento de MEDTRONIC no ofrece la posibilidad de realizar 4 de esas 23 aplicaciones, (iv) en la página 92 de la oferta de BRAINLAB (no solicitada por la recurrente) consta la oferta de punzones, leznas, punteros, palpadores y seguidores de instrumentos.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

PCAP

1. OBJETO DEL CONTRATO: CONTRATO MIXTO DE SUMINISTRO Y SERVICIOS. El objeto del presente contrato es el suministro de equipamiento (neuronavegadores) y fungibles además de su mantenimiento para el Servicio de Neurocirugía de los Hospitales Universitarios Donostia y Basurto adaptándola a las necesidades del servicio implicado y teniendo en consideración los avances que ha sufrido esta tecnología en la última década. Dado que la prestación principal del expediente es el Suministro la determinación de normas para su adjudicación serán las del Contrato de Suministro.

1.1. Definición: Lo licitado a través de este contrato permitirá al Servicio de Neurocirugía de ambos hospitales disponer de un nuevo equipo destinado a procedimientos de neurocirugía en un nivel de primer orden, dotados de los medios médicos y técnicos necesarios para dar asistencia en las mejores condiciones a los pacientes.

1.2.- División por lotes: No

1.2.1.- Número de lotes: Uno, dividido en 3 subbloques:

- o Sublote 1.1: Suministro de dos (2) neuronavegadores para los Hospitales Universitarios Donostia y Basurto.
- o Sublote 1.2: Mantenimiento de los equipos incluidas las actualizaciones necesarias de los mismo durante los años de vigencia del contrato.
- o Sublote 1.3: Suministro de fungibles para los equipos adjudicados durante los años de vigencia del contrato.

(...)



22.2.1.- Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: **Sí, 48 puntos**

CRITERIOS DE VALORACIÓN POR JUICIO DE VALOR:

- Sublote 1.1 Para el suministro de los neuronavegadores: **35 puntos**
- Sublote 1.2: Para el servicio de mantenimiento: 7 puntos
- Sublote 1.3: Para el suministro de los fungibles: **6 puntos**

En los mismos se establece un umbral mínimo de **24 puntos**, distribuidos de la siguiente manera:

- Sublote 1.1 Para el suministro de los neuronavegadores: 18 puntos
- Sublote 1.2: Para el servicio de mantenimiento: 3 puntos
- Sublote 1.3: Para el suministro de los fungibles: **3 puntos**

Los criterios evaluables mediante juicios de valor se encuentran recogidas de la siguiente manera:

- **Sublote 1.1 Para el suministro de los neuronavegadores: 35 puntos**
- Navegación. Hasta 10 puntos. (Tabla excluyentes 1)
 - Cámara óptica telescópica de infrarrojos:
 - Puntero láser para la orientación de la cámara
 - Posicionamiento flexible
 - Seguimiento y localización en 3D
 - Cámara motorizada
 - Neuronavegación electromagnética:
 - Dos emisores electromagnéticos: emisor plano y emisor de montaje lateral
 - Un único emisor electromagnético de 50x50 cm.
 - Capacidad uso instrumentos flexibles con seguimiento en la punta
 - Intervención quirúrgica con o sin fijación
 - Localizadores de 12 bobinas
 - Dotación de juegos de instrumentos para navegación.
 - Métodos para la navegación de las imágenes del paciente:
 - Sistema virtual de fluoroscopia.
 - Software de navegación en base a TAC preoperatorio.
 - Sistema virtual de fluoroscopia con navegación en 2D y 3D.
 - Sistema de cirugía guiada por imagen integrado con el sistema de imagen multidimensional.
 - Planificación intraoperatoria de tornillos de forma automática, incluida la planificación inversa.
- Herramientas de visualización. Hasta 5 puntos. (Tabla excluyentes 2)
 - Visualización de la representación bidimensional
 - En los planos radiológicos convencionales: axial, sagital y coronal.
 - En las proyecciones de la dirección del instrumento quirúrgico o de la planificación preoperatoria.
 - Reconstrucción multiplanar y creación de modelos 3D (piel, cráneo, tumores, vasos, córtex, ventrículos) de forma automática.
 - Capacidades:
 - Mediciones sobre las imágenes 2D y 3D
 - Crear múltiples planes quirúrgicos y revisarlos.
 - Rotar las perspectivas de trayectoria
 - Reconstrucción multiplanar y creación de modelos 3D (piel, cráneo, tumores, vasos, córtex, ventrículos) de forma automática
 - Posibilidad de rotar las perspectivas de trayectoria
 - Posibilidad de crear extensiones virtuales de tornillos y cuñas anguladas



- Posibilidad de salvar todas las extensiones virtuales
 - Posibilidad para fusionar exámenes de manera automática o manual
 - Posibilidad para hacer mediciones sobre las imágenes ortogonales y 3D
 - Posibilidad para hacer capturas de pantalla y grabaciones de vídeo
 - Posibilidad para visualizar las imágenes
 - Posibilidad para crear planes quirúrgicos
 - Posibilidad para visualizar y planificar los abordajes quirúrgicos
 - Posibilidad de verificar el plan quirúrgico antes de la operación
 - Posibilidad de revisar y analizar datos
 - Posibilidad de segmentar estructuras en las imágenes con herramientas manuales y automáticas
 - Posibilidad de definir y visualizar regiones de interés para realizar tractografía de sustancia blanca
 - Endoscopia virtual
 - Utilizar y crear extensiones virtuales de tornillos y cuñas anguladas
- Fusión de exámenes. Hasta 2 puntos. (Tabla excluyentes 2)
 - Fusionar exámenes de manera automática o manual
 - Dotado de herramientas de dibujo y segmentación para la creación de modelos 3D.
 - Cálculo automático de los volúmenes de los objetos generados.
- DICOM. Hasta 2 puntos. (Tabla excluyentes 2)
 - Acceso a exámenes preoperatorios a través de CD/DVD, USB y DICOM
 - Importación y exportación de datos a través del PACS, nodos DICOM y otros sistemas de neuronavegación.
 - Importación de datos de imágenes funcionales y de diagnóstico en formato DICOM.
 - Exportación de la planificación a PACS o DICOM
- Procesador unidad. Hasta 2 puntos. (Tabla excluyentes 3)
 - Sistema de carro dual
 - Ordenador con disco duro de estado sólido ≥ 1 TB
 - Duración arranque del sistema ≤ 30 s
 - Memoria RAM ≥ 16 GB
 - Hardware del sistema (teclado, ratón, monitor).
- Conexiones y redes. Hasta 2 puntos. (Tabla excluyentes 3)
 - Conexión inalámbrica (WIFI) y por cable a dispositivos médicos y hospitalarios
 - Salidas y entradas de video: analógicas y digitales
 - Sistema de alimentación ininterrumpida. Duración ≥ 10 min
- Integración con otros sistemas. Hasta 2 puntos. (Tabla excluyentes 4)
 - Integración con microscopio Quirúrgico: Compensación de la imprecisión por desplazamientos anatómicos
 - Integración con ecografía intraoperatoria
 - Integración con TAC intraoperatorio.
- Planificación quirúrgica. Hasta 2 puntos. (Tabla excluyentes 2)
 - Revisión y análisis de datos en 2D y 3D
 - Segmentación de estructuras con herramientas manuales y automáticas
 - Visualización, manipulación y navegación de tractos hechos con tractografía
- APLICACIONES CRANEALES. Hasta 4 puntos. (Tabla excluyentes 5)
 - Software de aplicaciones
 - Aplicaciones craneales para:
 - Resecciones tumorales
 - Biopsias navegadas
 - Introducción de catéteres



- Cirugía endoscópica
 - Cirugía del trigémino
- Software para dibujar y delimitar en 3D las estructuras vasculares craneales
- Software de navegación craneal adaptado a la cirugía neurovascular:
 - Configuración específica de pantallas
 - Objeto nidus (combinación de información anatómica y de flujo sanguíneo).
 - Visualización de las proyecciones 2D DSA proyecciones de intensidad de color.
 - Visualización dinámica de flujo sanguíneo codificada
- Herramientas de registro
 - Registro simplificado: detección automática de los fiduciales.
 - Registro automático de pacientes sin fiduciales ni marcas anatómicas: Registro por puntos
 - Registro por trazado
 - Capacidad para combinar técnicas de adquisición de puntos individuales y máscara de puntos
 - Registro craneal mediante láser
 - Registro automático con imágenes del TAC intraoperatorio.
- Instrumental óptico
 - Contenedores para esterilización instrumental
 - Punteros de navegación
 - Marcos de referencia
 - Adaptadores universales al cabezal
 - Instrumental para biopsias sin guía estereotáxica
 - Instrumental para la realización de biopsias
 - Adaptadores universales para instrumental quirúrgico habitual
- APLICACIONES DE COLUMNA Y TORAX. Hasta 4 puntos. (Tabla excluyentes 5)
 - Software de aplicaciones
 - Cirugía de columna.
 - Degenerativa.
 - Escoliosis.
 - Trauma.
 - Tumor
 - Cirugía de trauma y ortopedia.
 - Columna y cadera.
 - Extremidades.
 - Navegación cirugía de columna
 - Planificación intraoperatoria de tornillos de forma automática, incluso planificación inversa
 - Reconstrucciones multiplanares automáticas a lo largo de la médula espinal.
 - Fusión automática multirígida de imágenes con adaptación a la columna correlacionando varias vértebras entre RM y TC o TC y TC
 - Instrumental óptico
 - Punzones, leznas, punteros palpadores y seguidores de instrumentos
 - Referencias de paciente para cirugías abiertas y percutáneas
 - Marco de referencia del paciente
 - Pinzas para referencia y fijación
 - Sistema de terrajas y atornilladores lumbares y torácicos
 - Sistema de motor integrado con el sistema de navegación:



- Guías de taladro
- Brocas navegables
- Agujas de acceso a pedículo
- Dilatadores
- Insertor de cajas intersomáticas

Adaptadores universales

• **Sublote 1.2: Para el servicio de mantenimiento: 7 puntos**

- Propuesta de plan de mantenimiento. Desarrollar planificación.
- Metodología utilizada. Gamas, temporalidades y actividades relacionadas.
- Equipo de trabajo destinado.
- Material utilizado para el mantenimiento.
- Equipo de soporte

Sublote 1.3: Para el suministro de los fungibles: 6 puntos

- Propuesta de fungibles e instrumental de los procedimientos indicados. Se valorará calidad de materiales, tecnología, número de fungibles a utilizar por procedimientos.
- Capacidad de esterilizar y reutilizar dichos fungibles e instrumental. Número de ciclos.
- Detalle de los procedimientos y solución que aportan dichos fungibles para cada uno.

(...)

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

Características mínimas exigidas

Los licitadores, en su oferta técnica deberán acreditar el cumplimiento de cada una de las características mínimas exigidas en este apartado, a través de un documento denominado "Prescripciones técnicas mínimas". Para ello, siguiendo el guion mostrado a continuación, indicarán la confirmación de cumplimiento (CUMPLE/NO CUMPLE) junto con la justificación correspondiente, de cada una de las características mínimas exigidas e indicadas con un "CUMPLE". El licitador deberá incluir la referencia a la página del catálogo del fabricante, que se adjuntaría junto con la documentación aportada:

1. Columna nº1: Característica mínima exigida.
2. Columna nº2: Confirmación de cumplimiento (CUMPLE/NO CUMPLE).
3. Columna nº3: Justificación del cumplimiento.
4. Columna nº4: Referencia al catálogo del fabricante.

Característica mínima exigida	Confirmación de cumplimiento (CUMPLE/NO CUMPLE)	Justificación del cumplimiento	Referencia al catálogo del fabricante

Todos los catálogos e información técnica sobre el producto deberán estar en cualquiera de los dos idiomas oficiales de la Comunidad Autónoma.



El objeto de este documento es confirmar que la oferta del licitador cumple con todas y cada una de las características mínimas exigidas a continuación y el hecho de no incluirlo en la oferta podrá ser objeto de exclusión automática.

Las empresas ofertantes se ajustarán en todos los casos y en su totalidad a las especificaciones técnicas mínimas, solicitadas en los Pliegos de Prescripciones Técnicas Particulares del presente concurso, cuando estas figuren en él.

En correspondencia con el párrafo anterior, deberán reflejarse en la oferta descriptiva del producto a que se concurra, los puntos de sus características por los que se cumplen todas y cada una de las especificaciones solicitadas.

No se admitirán catálogos de características técnicas que no se ajusten estrictamente al modelo presentado en la oferta.

Aún en el caso en que los Pliegos de Prescripciones Técnicas Particulares no contengan características del equipamiento solicitado, las empresas ofertantes, además del catálogo comercial del producto ofertado, vendrán obligadas a reflejar en hoja aparte las características más sobresalientes de su oferta técnica.

Cuando, por la naturaleza del Pliego de Prescripciones Técnicas, se introduzcan diferentes modelos de equipamiento los licitadores tendrán que realizar una ficha/tabla por cada modelo de equipamiento que hayan ofertado denominado "Prescripciones técnicas mínimas".

b. Oferta técnica y documentación evaluable mediante juicios de valor

Los licitadores, en su oferta técnica, y mediante un documento denominado "Criterios de valoración por juicios de valor", deberán confeccionar una ficha/tabla descriptiva que dé respuesta a todos los criterios de valoración por juicios de valor indicados con un "Sí" en la/s siguiente/s tabla/s, sin modificar el orden de ninguno de sus apartados (no serán necesario justificar los indicados con un "No", puesto que no serán objeto de valoración) y tal y como se indica más abajo. En caso contrario, no se valorará el apartado correspondiente, incidiendo negativamente en la adjudicación. Asimismo, se deberá incluir la referencia a la página del catálogo del fabricante, que se adjuntaría junto con la documentación aportada.

1. Columna nº1: Característica técnica a valorar.
2. Columna nº2: Justificación resumida de la valoración.
3. Columna nº3: Referencia a la oferta técnica del licitador.
4. Columna nº4: Referencia al catálogo del fabricante.

Característica técnica a valorar	Justificación resumida de la valoración	Referencia a la oferta técnica del licitador	Referencia al catálogo del fabricante



Todos los catálogos e información técnica sobre el producto deberán estar en cualquiera de los dos idiomas oficiales de la Comunidad Autónoma, o en su defecto con traducción del contenido. El documento “Criterios de valoración por juicios de valor” formará parte inseparable de la oferta técnica y será vinculante para la empresa adjudicataria. No se incluirán en el sobre C datos susceptibles de ser valorados mediante el uso de fórmulas: precio y plazo de garantía.

Índice de documentos solicitados

RELACION DE DOCUMENTOS REQUERIDOS

0. Documento denominado “Prescripciones técnicas mínimas”

1. Documento denominado “Criterios de valoración por juicios de valor”.

2. Oferta técnica

3. Manuales, fichas técnicas, catálogos, etc.

A la vista de lo anterior, de las alegaciones del adjudicatario impugnado, del poder adjudicador y del resto de la documentación que consta en el expediente, en los próximos apartados se expondrán las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad de la impugnación. El primer aspecto analizado debe ser la solicitud de acceso al expediente, ya que su aceptación supondría la concesión de un plazo adicional para completar el recurso.

a) Sobre la solicitud de acceso al expediente.

La recurrente solicitó al poder adjudicador el acceso a la oferta técnica del adjudicatario que estaba declarada confidencial en su totalidad. El órgano de contratación, tras advertir a la adjudicataria sobre la imposibilidad de declarar confidencial la totalidad de la oferta y requerirle que identificara las partes de su oferta que se podían mostrar, concedió parcialmente dicho acceso a la recurrente. No obstante, ésta considera que precisa del acceso a la parte que se ha declarado confidencial. Este requerimiento debe desestimarse por los siguientes motivos:

- 1) El recurrente solicita el acceso a la parte relativa a la biopsia electromagnética para verificar si ésta se oferta, planteando una duda sobre el contenido de la oferta. No obstante, las referencias que efectúa el Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) a este procedimiento se



refieren a los fungibles a suministrar en el sublte 1.3. (cláusula 7.1.1.3 del PPT). A este respecto, consta en el expediente, y la recurrente ha tenido acceso a ella, la oferta económica de la adjudicataria donde figura la marca, referencia y precio del material fungible ofertado para realizar la biopsia electromagnética, de lo que se concluye que dicho procedimiento se ha ofertado. Esta información ha sido suficiente para poder articular un recurso en defensa de sus intereses. Téngase en cuenta que el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho (ver, en este sentido la Resolución 58/2023 de este OARC / KEAO).

- 2) Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas no puede obedecer a un mero deseo genérico de búsqueda de defectos o errores en ellas (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía), sin concretar el perjuicio para la correcta elaboración de la impugnación que se pretende remediar mediante el acceso.

b) Sobre la oferta de un procedimiento de biopsia electromagnético

El recurso es contradictorio en lo relativo a este argumento porque al mismo tiempo que denuncia que “La oferta de Brainlab no es acorde con el PPT, pues incumple de forma flagrante la necesidad de realizar la biopsia de forma electromagnética”, también afirma que la oferta debe ser excluida por incompleta al no suministrar todos los fungibles para realizar el proceso debatido. Ambos argumentos han de ser desestimados por las siguientes razones:

- 1) El PPT contiene una descripción genérica y funcional de los equipos de neuronavegación que desea adquirir, sin contener unas prescripciones específicas sobre la biopsia electromagnética. En lo relativo a los fungibles



(cláusula 7.1.1.3 del PPT), no contiene un listado de bienes a ofertar, sino que ello depende del equipo propuesto y, ante la previsión de que el ofertado sea incompleto o inadecuado, el PPT en su cláusula 7.1 dispone que Cualquier variación posterior no presente en la oferta y que deba utilizarse en cualquiera de los procedimientos indicados será considerado a coste cero para la organización. Asimismo, ante la previsión de que el licitador omita algún fungible o instrumental necesario para realizar los procesos solicitados especifica que La omisión de fungible y/o instrumental necesario por intervención, tanto en referencias como en cantidad, que ocasione distorsión en los criterios de valoración por fórmula, supondrá la descalificación inmediata de la empresa licitador.

- 2) BRAINLAB, tal y como consta en el documento obrante en su sobre C denominado “OfertaTecnica_Osakidetza-19102022final_signed.pdf”, oferta el equipo CURVE 2.0 (EDICIÓN 2022) – SISTEMA DE PLANIFICACIÓN Y NAVEGACIÓN QUIRÚRGICA EN CIRUGÍA CRANEAL Y CIRUGÍA DE COLUMNA/TORAX (SISTEMA ÓPTICO Y ELECTROMAGNÉTICO) CON MATERIAL FUNGIBLE / MANTENIMIENTO INTEGRAL, que incluye la posibilidad de realizar biopsias electromagnéticas tal y como se desprende de diversos apartados del documento (página 14, 42, 44). En lo relativo al suministro de fungibles, constan en su oferta el puntero EM y el estilete desechable EM (página 125 del documento y documento Anexo “Cuadro de ofertas económicas”) donde además se especifica que se efectúa junto con el generador electromagnético. Tal y como manifiestan la adjudicataria y el poder adjudicador, no se precisa de material fungible adicional, pues la referencia electromagnética, (página 74 del documento OfertaTecnica_Osakidetza-19102022final_signed.pdf) se trata de un accesorio craneal de uso no estéril e ilimitado (se puede cubrir con fundas estériles), por lo que es acorde con esta característica que no sea ofertado como fungible.
- 3) Ni el PCAP, ni el PPT, ni el modelo de oferta económica contienen un listado de fungibles e instrumental a ofertar forzosamente. Por el contrario, la oferta de fungibles de cada licitador dependerá de la tecnología y necesidades de los equipos ofertados. En este sentido, el recurrente se



limita a contrastar su listado de instrumental fungible con el de la adjudicataria, que no tienen por qué coincidir al ser dos soluciones tecnológicas diferentes.

- 4) Lo especificado en los apartados anteriores descarta la alegación de que la oferta de BRAINLAB haya omitido material fungible o que haya distorsionado la fórmula, pues no puede ser considerada como tal el efectuar una oferta económicamente más ventajosa y conforme a las bases establecidas.

c) Sobre la exclusión de la oferta de BRAINLAB por contener información en inglés

Este argumento ha de ser desestimado. La oferta de BRAINLAB está redactada en idioma castellano. De 147 páginas de las que consta la oferta técnica, únicamente cinco páginas (parte de la página 14 a parte de la 16 y 78 y 79 del documento *OfertaTecnica_Osakidetza-19102022final_signed.pdf*) están redactadas en inglés. En concreto, el apartado al que se refiere el recurrente B55955|VARIOGUIDE ALIGNMENT SYSTEM PARA BIOPSIAS, contiene información en castellano describiendo el sistema propuesto, lo que denota la poca entidad real del defecto advertido. Resultaría contrario al principio de proporcionalidad proceder a la exclusión de la oferta por una infracción formal, fácilmente subsanable. A este respecto, debe recordarse que este OARC / KEAO ha manifestado con anterioridad que los principios de proporcionalidad y transparencia piden que la causa de exclusión sea clara y de una gravedad suficiente para justificar tan grave conclusión (ver, por ejemplo, la Resolución 183/2019 del OARC / KEAO).

d) Sobre la errónea valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor

La recurrente plantea una indebida aplicación por el poder adjudicador de la potestad discrecional que le asiste en la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor establecidos en la cláusula específica 22.2.1 del PCAP.



A la vista de las alegaciones de la recurrente, de la redacción de los criterios de adjudicación que constan en unos pliegos firmes por consentidos y contrastado todo ello con el informe técnico que sustenta la adjudicación, se observa lo siguiente:

- 1) El PCAP contiene 12 criterios de adjudicación evaluables mediante juicios de valor, cada uno de ellos con su ponderación parcial, que, a su vez, se desglosan en un gran número de criterios secundarios (un total de 56), y alguno de estos últimos en criterios terciarios, de los que no consta ponderación. Resulta relevante señalar que dichos criterios de adjudicación se configuran como prescripciones técnicas y que, a los efectos de la valoración de las ofertas, los licitadores deben presentar en su sobre C un documento denominado “Criterios de valoración por juicios de valor” que consiste en una ficha/tabla que debe contener todos los criterios de valoración por juicios de valor en el orden establecido en la cláusula específica 22.2.1 debiendo indicar con un “Sí” o con un “No” si los ofertados cuentan con la prescripción técnica que se ha configurado como criterio de adjudicación y, en el primer supuesto, justificarlo (cláusula específica 24 del PCAP).
- 2) La recurrente opone básicamente al informe de evaluación el hecho de que se hayan valorado prescripciones técnicas que no están justificadas o incluidas en la oferta de la adjudicataria, lo cual, con la excepción que se señalará en el apartado 3) posterior, no es así. En concreto, en lo relativo a (i) “Capacidad uso instrumentos flexibles con seguimiento en la punta”, en contra de lo alegado por la recurrente, la valoración se efectúa sobre la literalidad del subcriterio (página 8 del documento OfertaTecnica_Osakidetza-19102022final_signed.pdf y página 10 del informe técnico), (ii) lo relativo a “Endoscopia virtual” figura en la página 61 de la oferta técnica, (iii) en el criterio “Aplicaciones craneales (hasta 4 puntos)” la justificación del cumplimiento del registro figura en las páginas 69-70 de la oferta técnica, (iv) en el criterio “Aplicaciones de columna y tórax (hasta 4 puntos)”, BRAINLAB oferta leznas, punzones, punteros palpadores y seguidores de



instrumentos, así como sistema de terrajas y atornilladores lumbares y torácicos, Insertor de cajas intersomáticas Adaptadores universales (página 92 de la oferta técnica) y (v) en lo referente al criterio “Servicios de suministro de fungible (hasta 6 puntos)”, tal y como se ha concluido en el apartado b) de este Fundamento jurídico noveno, el sistema ofertado por la adjudicataria incluye la biopsia electromagnética.

- 3) No obstante lo expresado en el apartado 2) anterior, debe darse la razón a la recurrente en que la valoración de la oferta de la adjudicataria en el criterio de adjudicación terciario “Localizadores de 12 bobinas” se efectúa sobre 8 bobinas en contra de lo señalado por la literalidad del criterio. A este respecto, debe tenerse en cuenta que, conforme a lo especificado en la cláusula específica 24 del PCAP, (i) el ofertar un número de bobinas inferior al señalado en el criterio no significa incumplir el PPT, ya que en el listado de requisitos técnicos excluyentes (cláusula 7.1.1.) no figura esta prescripción, y (ii) la no justificación de un concreto criterio de adjudicación conlleva la no valoración de la oferta en dicho apartado, cuestión que en el supuesto que nos ocupa se ha incumplido, pues la oferta de esta característica ha tenido forzosamente un reflejo en la ponderación de la oferta ya que, si este dato hubiera sido irrelevante, no hubiera formado parte de la motivación del criterio.

e) Conclusión

A la vista de lo anteriormente expuesto en el apartado d) 3) del Fundamento jurídico noveno, cabría la estimación parcial del recurso. Sin embargo, no procede adoptar esta drástica medida en el supuesto que nos ocupa ya que, aunque se valorara la oferta de la adjudicataria en dicho apartado con 0 puntos, la adjudicación permanece inalterada en todo caso debido a que la diferencia de la puntuación total entre ambas ofertas (12,38 puntos) es superior a la ponderación parcial del criterio de adjudicación (10 puntos) en el que se inserta la valoración del criterio terciario incumplido. En este sentido, este OARC / KEAO ha



manifestado con anterioridad (ver, por todas, la Resolución 7/2019) que en estos casos no procede anular la valoración pues el resultado último seguiría siendo el mismo, pues como dice 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 n 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 concurran 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. »

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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa MEDTRONIC IBÉRICA, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Suministro de equipamiento y fungible, además de mantenimiento, para el servicio de neurocirugía de los Hospitales Universitarios Donostia y Basurto”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Levantar la suspensión 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: 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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko apirilaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de abril de 2023