



EB 2021/185

Resolución 007/2022, de 14 de enero, 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 CARDIVA 2, S.L. contra la exclusión de su oferta en la licitación del contrato de “Suministro de material para la unidad del dolor de la OSI Barakaldo-Sestao (Lote 3)”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 27 de septiembre de 2021, la empresa CARDIVA 2, S.L. (en adelante, CARDIVA) 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 exclusión de su oferta en la licitación del contrato de “Suministro de material para la unidad del dolor de la OSI Barakaldo-Sestao (Lote 3)”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El citado recurso fue remitido al poder adjudicador el mismo día 27 de septiembre, recibándose en el registro del OARC / KEAO el expediente el 28 de septiembre. Sin embargo, a fecha del dictado de la presente Resolución no se ha recibido 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).





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados en fecha 30 de septiembre, se han recibido las alegaciones de PRIM, S.A. el día 7 de octubre.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de M.C.V.Q. 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 cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso “Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.



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) La exclusión de la recurrente es improcedente, pues se basa exclusivamente en las alegaciones realizadas por otro licitador que cuestionaba, por un lado, el cumplimiento de determinadas prescripciones técnicas por parte de los productos ofertados por CARDIVA en el lote 3.5 y, por otro, consideraba que no se le había valorado correctamente las características de su oferta en el lote 3.1.

b) Por lo que se refiere al lote 3.5 (Aguja expansiva para lesiones de grandes dimensiones) la aguja ofertada por la recurrente cumple con los requisitos técnicos establecidos en el PPT, pues el pliego no establece un sistema concreto expansivo. Por otro lado, el producto ofertado cuenta con control de temperatura integrado en el electrodo que se introduce en la aguja y que sirve para la expansión de la misma. Por último, no existe evidencia científica alguna para pedir que el dispositivo permita inyectar con el sistema plegado o desplegado. Es cierto que la aguja ofertada solo permite la inyección de líquido en el modo no expandido, pero basándose en la evidencia científica y en la literatura existente este punto no tiene relevancia ya que en el 100% de las ocasiones en las que se debe poner líquido se hace antes o después de proceder con la lesión. En definitiva, la oferta de la recurrente cumple con todas las prescripciones exigidas por el PPT.

c) En lo que respecta a la incorrecta valoración que alegó PRIM y fue adoptada por el jefe de servicio en el segundo informe valorativo, debe indicarse que las



mejoras que PRIM reclama no son tales sino diferentes denominaciones a la misma funcionalidad, por lo que debe concluirse que la valoración inicial otorgada a ambas mercaderías era la correcta y no la que ha servido de base para excluir la propuesta de la recurrente.

d) Finalmente, solicita la nulidad de la resolución impugnada y la consiguiente retroacción de las actuaciones para que se adjudique el lote 3 del contrato a la recurrente.

SÉPTIMO: Alegaciones de PRIM

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

a) La aguja ofertada por CARDIVA por sí misma no es expansiva (carece de patillas replegables/expandibles) y necesita de un elemento externo (electrodo) para ello; tampoco posee portal de medicación ni control de temperatura integrados. Es decir, no cumple con los requisitos mínimos exigidos por el pliego técnico.

b) Por otra parte, en lo que se refiere a la valoración técnica de los productos, debe indicarse que la oferta de PRIM debió ser mejor puntuada que la de CARDIVA porque permitía la valoración de todas las características exigidas, como, por ejemplo, la posibilidad de realizar radiofrecuencia cuadrupolar o el sistema integrado de test del electrodo.

c) Finalmente, se señala que el órgano de contratación ha actuado correctamente acordando la exclusión del procedimiento de adjudicación la oferta de la recurrente con base a la discrecionalidad técnica que le asiste y a la exigencia del cumplimiento de lo requerido por los pliegos que son la Ley del contrato.



OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurrente defiende que la aguja ofertada al lote 3.5 cumple todos los requisitos técnicos exigidos y que la valoración efectuada para el lote 3.1 en el primer informe técnico es correcta. Por tanto, la segunda valoración efectuada por el órgano de contratación por la que se excluye a la recurrente ha supuesto un cambio de criterio en la interpretación de los pliegos arbitraria y no ajustada a derecho. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad de la pretensión, comenzando por el análisis del cumplimiento por la oferta de la recurrente de las prescripciones técnicas, pues una eventual estimación de este motivo impugnatorio haría innecesario el análisis del segundo.

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 las prescripciones técnicas mínimas obligatorias

La recurrente entiende, en primer lugar, que el producto ofertado cumple con los requisitos mínimos exigidos. El análisis de la viabilidad de dicha alegación se efectuará contrastando la oferta con lo exigido por el PBT cuyo contenido es el siguiente:

(...)

3.5		AGUJA EXPANSIVA PARA LESIONES DE GRANDES DIMENSIONES	Aguja expansiva para lesiones de grandes dimensiones, con control de temperatura y portal de anestesia integrados. Posibilidad de inyectar con patillas repliegadas o expandidas.
3.1	2145133	KIT PLACA PACIENTE P/RADIOFRECUENCIA *Incluye cesión del equipo necesario para llevar a cabo la intervención y soporte técnico presencial durante la intervención*	Placa para radiofrecuencia desechable de contacto con el paciente. Incluye cesión del equipo necesario para llevar a cabo la intervención(con capacidad para realizar 4 tratamientos simultáneamente).Incluye soporte técnico presencial durante la intervención. Incluye los electrodos de radiofrecuencia necesarios.



*LOTE 3.1: INCLUYE CESIÓN DE RADIOFRECUENCIA CON POSIBILIDAD DE REALIZAR 4 TRATAMIENTOS AL MISMO TIEMPO. SOPORTE TÉCNICO PRESENCIAL DURANTE LA TÉCNICA. El adjudicatario del lote deberá asegurar en su oferta la esterización de los electrodos entre paciente y paciente en cada sesión. Se deberá presentar el sistema físicamente, no bastará la presentación de documentación técnica.

*LOTE 3.1: Se valorará que el equipo de RF ofrezca las siguientes características:
. POSIBILIDAD DE REALIZACIÓN DE RADIOFRECUENCIA CUADROPOLAR
. POSIBILIDAD DE PARAR INDEPENDIENTEMENTE DE LOS CANALES
. POSIBILIDAD DE PROGRAMAR DIFERENTES TEMPERATURAS EN CADA CANAL.
. SISTEMA INTEGRADO DE TEST DEL ELECTRODO.

A juicio de este OARC / KEAO este motivo impugnatorio debe ser desestimado por las siguientes razones:

- 1) La aguja ofertada por CARDIVA incumple, al menos, la prescripción de que el control de temperatura y el portal de anestesia se encuentren integrados en la propia aguja con el fin de que exista la posibilidad de inyectar líquido con el sistema plegado o desplegado. En efecto, analizada la oferta de la recurrente se observa, por un lado, que para la toma de temperatura se requiere de un electrodo TCN, esto es, de un elemento externo que ha de incorporarse a la cánula y, por otro que no lleva incorporada el portal para la anestesia o para cualquier otro fluido medicinal. En este sentido, no puede aceptarse la alegación de la recurrente sobre la irrelevancia del requisito de que el dispositivo permita inyectar tanto cuando se encuentra expandido como cuando se encuentra plegado, pues se trata de un requerimiento técnico que el órgano de contratación ha considerado imprescindible para cumplir con las necesidades que se pretenden satisfacer con la celebración del contrato
- 2) Por otro lado, este Órgano tiene declarado (ver, por ejemplo la Resolución 3/2021) que la rectificación del informe técnico una vez advertido el error cometido en la valoración del cumplimiento de las prescripciones técnicas o de los criterios de adjudicación, independientemente de que sea a instancia de parte o de oficio, no supone vulneración de norma o principio alguno que conlleve su invalidez, debido a que no existe en la normativa contractual plazo preclusivo alguno que delimite el momento a partir del cual los errores no puedan ser corregidos, ni el informe técnico de valoración constituye un acto declarativo de derechos (ver, por ejemplo, el artículo 157.6 de la LCSP) que requiera de un procedimiento específico de



revisión como los establecidos en los artículos 106 y 107 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común. Por tanto, no puede aceptarse la alegación de la recurrente de que el cambio del informe de valoración haya supuesto un cambio arbitrario de criterio a la hora de interpretar los pliegos porque, además, consta en el expediente el Acta de la Mesa de 16 de agosto de 2021, en el que se motiva y justifica la exclusión de la oferta de la recurrente.

c) Conclusión

Consecuentemente, y dado que el producto ofertado por la recurrente carece del puerto de medicación integrado y tampoco cumple el requisito del control de temperatura incorporado, la exclusión de la oferta es correcta y el recurso debe ser desestimado. Asimismo, una vez determinada la licitud de la exclusión se hace innecesario el análisis del otro motivo impugnatorio, dado que su hipotética estimación no supondría ningún cambio en la situación de la recurrente.

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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CARDIVA 2, S.L. contra la exclusión de su oferta en la licitación del contrato de “Suministro de material para la unidad del dolor de la OSI Barakaldo-Sestao (Lote 3)”, tramitado por Osakidetza.



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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko urtarrilaren 14a

Vitoria-Gasteiz, 14 de enero de 2022