**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfnos. 848 42 19 64 – 848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarrra.es

Expediente: 53/2021

ACUERDO 64/2021, de 20 julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por MEDICAL NORTE, S.L. frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de "*suministro de dos sistemas de ecografía portátil para el Servicio de Hospitalización a Domicilio del Complejo Hospitalario de Navarra (OB 22/2021)*", tramitado por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de abril de 2021, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante SNS-O) remitió a diversas entidades una invitación para participar en el contrato de "*suministro de dos sistemas de ecografía portátil para el Servicio de Hospitalización a Domicilio del Complejo Hospitalario de Navarra (OB 22/2021)*", tramitado mediante procedimiento simplificado, habiéndose presentado ofertas por las siguientes empresas:

- FUJIFILM SONOSITE IBÉRICA, S.L.
- SAKURA PRODUCTOS HOSPITALARIOS, S.A.
- MEDICAL NORTE, S.L.
- PHILIPS IBÉRICA, S.A.
- GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U.
- LELEMAN, S.L.

SEGUNDO.- Con fecha 10 de mayo, la Mesa de Contratación procedió a abrir el sobre A (Documentación Administrativa) presentado por los licitadores, acordando la exclusión de GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. y LELEMAN, S.L. por haber presentado sus ofertas fuera del plazo concedido para ello.

A continuación, procedió a abrir el sobre B (Proposición relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas), encomendando al Servicio de Infraestructuras del SNS-O la comprobación de las prescripciones técnicas de las ofertas de los restantes licitadores.

Con fecha 19 de mayo se emitió el correspondiente informe técnico que señala, respecto a la oferta presentada por MEDICAL NORTE, S.L., lo siguiente:

"*Finalmente, tras el estudio de la oferta presentada por MEDICAL NORTE, S.L., se comprueba que no cumple con los mínimos debido a que presenta 1 equipo por cabezal, pero únicamente presenta 2 cabezales. En las prescripciones técnicas se exigía:*

- *"Si en ecógrafos tipo sonda el cambio de sonda se realiza cambiando los cabezales, se deberá incluir 3 equipos por Tablet, no una sonda con tres cabezales."*

*Por lo que, no presenta 3 equipos por Tablet, sino dos, y, además, presenta únicamente 2 cabezales, no 3. Esto se debe a que equiparan la sonda convex a la sonda sectorial, lo cual no es posible ya que se trata de equipos de distinto funcionamiento y propósito. Las sondas convex proporcionan un formato de imagen con forma de abanico con aplicaciones en exploración abdominal, urológicas y obstétricas, mientras que las sondas sectoriales presentan un formato de imagen triangular o de abanico de campo amplio con aplicaciones en exploraciones cardiacas y abdominales con abordaje intercostal. Además, el tamaño de huella de ambos tipos de sonda es completamente diferente.*"

La Mesa de Contratación aprobó el citado informe el 26 de mayo, excluyendo la oferta presentada por MEDICAL NORTE, S.L.

La notificación de dicha exclusión se produjo el 27 de mayo, haciéndose constar, además de la motivación contenida en el informe técnico, que "*en el Anexo X de Prescripciones Técnicas Particulares, se exige lo siguiente en relación con el sistema de ecografía:*

*"Transductor/ecógrafo lineal.*

*- Transductor/ecógrafo cónvex.*

*- Transductor/ecógrafo sectorial.*

*- Si en ecógrafos tipo sonda el cambio de sonda se realiza cambiando los cabezales, se deberá incluir 3 equipos por Tablet, no una sonda con tres cabezales*".

TERCERO.- Con fecha 28 de mayo, MEDICAL NORTE, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la exclusión de su oferta, en la que alega lo siguiente:

1ª. Que el cabezal/sonda Q7 C5-2Fs ofrece la posibilidad de ambos modos de escaneo. La opción se elige a través del software instalado en el dispositivo de visualización, simplemente eligiendo el preset adecuado en ese momento. La imagen de la ventana acústica se modifica automáticamente adaptándose al tamaño propio de cada aplicación (abdomen o cardio).

La opción cardio adapta el formato de huella de imagen para el abordaje intercostal.

Respecto al ancho de banda (frecuencias), señala que el ancho de banda del cabezal/sonda Q7 C5-2Fs (5 MHz A 1 MHz) tiene la misma profundidad y resolución tanto para la aplicación de cardiología como para la de abdomen.

2ª. Que estas imágenes, con ambos modos de escaneo, se incluyen en la oferta técnica presentada.

3ª. Que, para demostrar la veracidad de esta tecnología, solicitan la posibilidad de poder realizar una demostración del equipo y, así, comprobar que el único cabezal C5-2Fs es capaz de realizar los dos modos de escaneo requeridos en la oferta técnica.

CUARTO.- El 31 de mayo se requirió la subsanación de la reclamación presentada, conforme a lo dispuesto en el artículo 126.3 de la LFCP, habiéndose cumplimentado esta el mismo día.

QUINTO.- El 2 de junio el órgano de contratación aportó el expediente y presentó un escrito de alegaciones, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 126.4 de la LFCP, al que adjunta un informe del Servicio de Infraestructuras del SNS-O.

Formula las siguientes alegaciones:

1ª. Que el informe emitido por los Ingenieros Biomédicos del Servicio de Infraestructuras se pronuncia sobre los motivos de impugnación de la exclusión de su oferta que aduce MEDICAL NORTE, S.L.

Que conviene aclarar que las razones por las que se excluye la oferta de la entidad reclamante son dos, y no una, como parece sostenerse de parte. La primera de estas razones es la que la licitadora rebate en su escrito de reclamación, cual es que su cabezal/sonda puede utilizarse tanto en modo sonda convex, como en modo sonda sectorial; información ésta que, según afirma, ya se incluía referenciada en la documentación técnica de su oferta.

Sin embargo, el informe de los Ingenieros Biomédicos del Servicio de Infraestructuras es categórico al exponer que "*MN (MEDICAL NORTE, S.L.) no incluyó, ni en el sobre A ni en el sobre B de su oferta, la explicación acerca del cambio de preset que ha presentado al Tribunal en su reclamación. De hecho, de su oferta se deduce que se pretendía hacer los exámenes de cardiología con la sonda convexa ya que en ninguna parte de la oferta aparecen las palabras ´sectorial´ o ´phased´ y, citando lo expuesto en la primera página de la oferta, ´Un único cabezal convex, para exploraciones abdominales y cardiológicas.´, lo que no deja lugar a otra interpretación que la adoptada por la Mesa de Contratación*".

Interpretación que, continúan razonando en su informe, "*...se basa en las diferencias de los haces ultrasónicos que emiten las distintas sondas ecográficas. Es*

*decir, si sólo incluye la oferta dos tipos de sondas, denominándolas como lineal y convex/cardio, se entiende que sólo se incluyen dos tipos de haces, que en este caso se corresponden con los de las sondas lineales y con los de las sondas convexas*".

Señala que, por lo tanto, la pretendida dualidad del cabezal/sonda de la oferta de MEDICAL NORTE, S.L., se ha puesto de manifiesto, por vez primera por parte de la empresa con ocasión de la reclamación que nos ocupa, pero no consta que se hubiera manifestado dentro del contenido de su oferta, al menos en lo que a los sobres A y B se refiere.

Manifiesta que la aceptación incondicionada de los pliegos, conforme al artículo 53.1 de la LFCP, conduce a la cláusula 23ª del pliego regulador del contrato, que establece el carácter contractual de la oferta técnica y económica presentada por quien resulte adjudicatario.

Alega que la admisión y valoración de las ofertas debe realizarse de acuerdo con los términos establecidos en la propia oferta presentada por los mismos, así como que el principio de igualdad de trato se quebraría si las ofertas técnicas del resto de licitadores se admitiesen y valorasen conforme a sus estrictos términos, pero no se hiciera lo mismo con la oferta presentada por la reclamante.

Señala que MEDICAL NORTE, S.L. cita en su oferta que sólo aporta un único cabezal convex para su utilización en exploraciones abdominales y en exploraciones cardiológicas, sin otra mención al respecto, no refiriendo que dicho cabezal pueda modificarse mediante la elección del correspondiente preset, como sí hace de manera novedosa en su escrito de reclamación.

Señala que considerar ahora que su oferta eventualmente incluía esta dualidad de modos de sonda (convex y sectorial) supone la aceptación de una modificación de su oferta, en detrimento del resto de licitadores, contraviniendo así lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 97 de la LFCP, que veda la posibilidad de modificación de las ofertas con motivo de las solicitudes de aclaración de las mismas, pero que sin duda

alguna puede y debe trasladarse a cualquier circunstancia de la que derive una modificación de una oferta presentada.

Alega que, debiendo por tanto entenderse que la empresa pretende que su cabezal/sonda ofertado –ha de insistirse, sin que pueda tomarse en consideración que contenga algún mecanismo o preset para variar los modos de exploración- se utilice como sonda convex y como sonda sectorial, cabe remitirse al contenido del escrito de exclusión, en el que se afirma que no es posible la equiparación indistinta entre ambos modos con sólo un tipo de sonda, pues el formato de imagen, el tipo de exploraciones ecográficas al que se destina, y el formato de huella de cada uno difiere ostensiblemente.

Concluye que, como quiera que en las prescripciones técnicas del sistema de ecografía a adquirir se exige, como mínimo, que el equipo presente un transductor/ecógrafo lineal, un transductor/ecógrafo cónvex, y un transductor/ecógrafo sectorial, la oferta presentada por MEDICAL NORTE, S.L. incumple dichos mínimos, resultando en consecuencia procedente su exclusión de la licitación por este motivo.

2ª. Que existe una segunda razón por la que la reclamante ha resultado excluida del procedimiento, sin que esta realice mención expresa a la misma en su escrito, como es la exigencia, referida a los ecógrafos tipo sonda, de que, si el cambio de sonda se realiza cambiando los cabezales, "*...se deberá incluir 3 equipos por Tablet, no una sonda con tres cabezales*".

Alega que, como señalan los Ingenieros Biomédicos en el informe que se adjunta, la empresa "*...oferta únicamente dos equipos por Tablet (como puede verse claramente en la página 5 de su oferta), es decir, dos equipos menos en total de los mínimos exigidos en la licitación, ya que se solicitaban dos sistemas de ecografía con tres sondas o sistemas equivalentes*", así como que "*Si se admitiera una oferta que claramente incluye cuatro de los seis equipos solicitados, sería lógico pensar que ese ahorro resultara en una oferta económicamente inferior, obteniendo así, injustamente, un mayor número de puntos económicos frente a los licitadores que han cumplido con lo expuesto en las Prescripciones Técnicas. (...)*".

Asimismo, señala que dicho informe justifica el porqué de esta exigencia de tres equipos, junto a los tres cabezales, cuando cabría pensar en un inicio que, si los cabezales fuesen intercambiables, bien pudieran utilizarse en un único equipo:

"*El motivo principal es que los equipos que se utilizan en domicilios de los pacientes se encuentran siempre en movimiento, pueden llegar a caer al suelo, golpearse o incluso perderse. En cualquiera de los tres supuestos, si solo se utilizara un equipo con cabezales intercambiables, no sólo se perdería una sonda, sino tres, paralizando por completo la actividad del Servicio en lo que a ecografía se refiere. Esto supondría el desplazamiento del paciente al hospital o un diagnóstico incompleto*".

Alega que se trata de una prescripción técnica contenida en el pliego regulador, y que, por tanto, vincula a la Administración y a los licitadores participantes, siendo la "Ley del Contrato", con cita de los Acuerdos 17/2017, de 5 de mayo, y 28/2019, de 15 de marzo, de este Tribunal.

Conforme a dicha doctrina, señala que la entidad reclamante no impugnó en su momento los pliegos reguladores de la licitación y, por ello, no discutió la procedencia de la prescripción técnica que versa sobre el número de equipos a presentar con cada Tablet, tratándose de ecógrafos tipo sonda, por lo que quedó vinculada por el contenido de los mismos, aceptándolos en su integridad al presentar oferta en el plazo concedido al efecto, vinculación que supone, en lo que hace al caso que nos ocupa, que debe presentar tres equipos por sonda, no dos.

Señala que aun aceptándose –que no es el caso- que su cabezal/sonda tuviese dos presets seleccionables para intercambiar los modos de exploración (convex o sectorial), no debe perderse de vista que la empresa presentaría únicamente dos cabezales, en lugar de los tres exigidos.

Manifiesta que es cierto que el artículo 60.3 de la LFCP establece que no podrá rechazarse una oferta cuando quien licita pruebe que cumple de forma equivalente los requisitos fijados en las especificaciones técnicas o en los requisitos de rendimiento o

exigencias funcionales del contrato, pero que no se trata aquí de dilucidar si las dos sondas presentadas por la reclamante cumplen o no las funciones de las tres sondas requeridas en el pliego, sino de que las prescripciones técnicas exigen, por la justificación expuesta, que deben suministrase tres equipos independientes, sin que la empresa cumpla con dicha exigencia. Cita, a este respecto, el Acuerdo 101/2018, de 4 de octubre, de este Tribunal.

Señala que, en uso de la discrecionalidad a que hace referencia el citado acuerdo, y de manera justificada, atendiendo al servicio destinatario de los ecógrafos (Servicio de hospitalización a domicilio) y a las circunstancias de manipulación y empleo de los mismos, se requiere la presentación de tres equipos independientes.

Manifiesta que, constatado el incumplimiento, la exclusión de la oferta resultaba obligada.

Concluye reiterando que:

- En su oferta no se menciona la existencia de opciones intercambiables en su cabezal/sonda convex para que pueda utilizarse como convex o como sectorial, constando únicamente que presentan un cabezal convex para ambos tipos de exploraciones ecográficas, lo cual no es admisible ni ajustado a las prescripciones técnicas del pliego.

- Con independencia de lo anterior, presenta dos equipos para cada Tablet, cuando las prescripciones técnicas indican claramente que en caso de ecógrafos tipo sonda -como el ofertado por la empresa- deben incluirse tres equipos para cada una de ellas.

Por todo ello, solicita la desestimación de la reclamación interpuesta.

El informe del Servicio de Infraestructuras del SNS-O, además del contenido ya transcrito en las alegaciones, concluye lo siguiente:

"*Finalmente, centrándonos en la nueva documentación aportada al Tribunal y desde un análisis técnico del contenido de la misma, es necesario puntualizar el hecho de que una sonda con un diseño físico inalterable convexo que adquiere funciones de una sonda sectorial requiere de una explicación técnica mucho más precisa y detallada. La emisión de los haces de ultrasonidos depende de la estructura física de la sonda, por lo que, o la tecnología que presentan produce imágenes sectoriales reales, lo que implicaría que cuenta con algún mecanismo que modifica la estructura del cabezal, o lo hace mediante ajustes de software, con lo que la imagen sería un "falso" estudio sectorial.*"

SEXTO.- El 3 de junio se dio traslado de la reclamación a las demás personas interesadas para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, no habiéndose presentado alegación alguna.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El SNS-O es un organismo autónomo adscrito al Departamento de Salud, por lo que se encuentra sometido a la LFCP en virtud de lo dispuesto en su artículo 4.1.b), siendo el acto impugnado susceptible de reclamación ante este Tribunal conforme al artículo 122.2.

SEGUNDO. - La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo o legítimo, cumpliendo con ello el requisito establecido en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

TERCERO. - La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

CUARTO. - La reclamación se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y,

en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación especial el acuerdo adoptado, en sesión celebrada con fecha 26 de mayo de 2021, por la Mesa de Contratación designada en el procedimiento para la adjudicación del suministro de dos sistemas de ecografía portátil para el Servicio de Hospitalización a Domicilio del Complejo Hospitalario de Navarra, en cuya virtud se resuelve la exclusión de la oferta presentada por la reclamante. Decisión que, según se indica expresamente en la notificación cursada al efecto, se motiva en que *"Según consta en el referido informe de fecha 19 de mayo de 2021 aprobado por la Mesa, el producto por ustedes ofertado presenta 1 equipo por cabezal, pero únicamente presenta 2 cabezales, por lo que no presenta 3 equipos por Tablet, sino dos, y presenta únicamente 2 cabezales, no 3. Su oferta equipara la sonda convex a la sonda sectorial, lo cual no es posible, por tratarse de equipos de distinto funcionamiento y propósito, ya que las sondas convex proporcionan un formato de imagen con forma de abanico (exploración abdominal, urológicas y obstétricas), mientras que las sondas sectoriales presentan un formato de imagen triangular o de abanico de campo amplio (exploraciones cardíacas y abdominales con abordaje intercostal), resultando además que el tamaño de huella de ambos tipos de sonda es completamente diferente".*

Al respecto, aduce la reclamante que el cabezal/sonda Q7 C5-2Fs del producto por ella ofertado cuenta con la posibilidad de ambos modos de escaneo, eligiéndose la opción a través del software instalado en el dispositivo de visualización, simplemente eligiendo el preset adecuado en ese momento. Oponiendo la entidad contratante que la pretendida dualidad del cabezal/sonda ofertado se ha puesto de manifiesto por vez primera con ocasión de la reclamación, sin haberse manifestado dentro del contenido de su oferta, donde cita que sólo aporta un único cabezal convex, para su utilización en exploraciones abdominales y en exploraciones cardiológicas, sin referir que dicho cabezal pueda modificarse mediante la elección del correspondiente preset.

Con carácter previo a analizar las cuestiones de fondo planteadas, debemos precisar que, como bien indica la entidad contratante, son dos los motivos apreciados por la Mesa de Contratación que justifican la exclusión de la oferta formulada por la reclamante, a saber, presentar dos equipos por Tablet en lugar de tres y dos cabezales en lugar de tres, y equiparar la sonda convex a la sectorial, cuando ello no es posible, por tener un formato de imagen y un tamaño de huella distintos; limitándose la reclamación interpuesta a cuestionar el segundo de los motivos señalados, pues ninguna alegación formula en relación al extremo relativo a que su oferta no contempla tampoco el número de equipos requerido en el pliego, cuando ello fue expresamente indicado en la notificación del acto de exclusión cursada al efecto.

SEXTO.- Realizada la anterior precisión, la cuestión sometida a consideración de este Tribunal no es otra que resolver sobre si la exclusión de la oferta de la reclamante, en la medida en que equipara la sonda convex con la sonda sectorial, resulta ajustada a derecho; lo que exige, en primer término, tomar en consideración lo señalado en el pliego regulador del contrato en relación con el controvertido requerimiento técnico, para a continuación verificar si la oferta de la reclamante cumple o no tales exigencias y, finalmente, determinar las consecuencias jurídicas que de ello resulten a la vista de las alegaciones formuladas en el escrito de interposición de la presente reclamación.

El Anexo X incluye las prescripciones técnicas particulares del contrato, donde se señala que el suministro consiste en dos sistemas de ecografía portátil: *"Ecógrafo portátil pequeño, tipo Tablet o tipo sonda para extremidades inferiores, ecocardiografía, exámenes pulmonares, abdominales, vías y todo lo necesario para ser utilizado en el domicilio del paciente"*.

Entre las características generales del suministro se incluye la siguiente: *"Ecógrafo portátil de dimensiones reducidas o tipo 'Tablet' o tipo 'sonda' con Tablet para visualización incluida, con características suficientes para un funcionamiento fluido. En caso de presentarse una oferta de ecógrafos tipo 'sonda', en la entrega del equipamiento la Tablet deberá tener instalado todo el software necesario para el*

*correcto funcionamiento del equipo"*. Señalando a continuación que *"2.- Sistema de ecografía: Transductores o Sondas incluidos por ecógrafo (en caso de presentar un ecógrafo tipo 'Tablet' o portátil pequeño) o ecógrafos incluidos por sistema de ecografía (en caso de presentar un sistema de ecografía basado en ecógrafos tipo 'sonda'), como mínimo:*

*- Transductor/ecógrafo lineal.*

*- Transductor/ecógrafo cónvex.*

*- Transductor/ecógrafo sectorial.*

*- Si en ecógrafos tipo sonda el cambio de sonda se realiza cambiando los cabezales, se deberá incluir 3 equipos por Tablet, no una sonda con tres cabezales."*

De otro lado, dispone la cláusula 8.2 del cuadro de características del contrato que en el sobre B (Proposición relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas) debe incluirse, entre otra, la siguiente documentación: *"a) Toda la documentación relativa a las características técnicas necesarias para valorar los criterios sin fórmulas establecidos en el apartado 10 del presente Cuadro de Características y las prescripciones técnicas establecidas en el Anexo X. Asimismo, deberá completar correctamente e incluir la Encuesta Excel adjunta correspondiente al lote al que se presenta "EncuestaCaracterísticasTécnicasSobreB" (Anexo XI). Dicha encuesta tendrá carácter meramente informativo, por lo que los datos contenidos en la misma que no estén reflejados en la documentación no se valorarán. La documentación que se presente deberá estar estrictamente relacionada con la evaluación de los criterios a valorar sin fórmulas objetivas y las prescripciones técnicas."*

*(...)*

*"c) Muestras. con el fin de valorar adecuadamente la calidad de equipamiento, todas las empresas deberán entregar muestras de los equipos que presenten a la licitación para realizar una prueba o demostración, en un plazo de 30 días naturales, a partir del momento en que la Unidad Gestora del contrato así lo indique. Además, se firmará un acta de recepción de los equipos, sin la cual se entenderá que no se ha presentado la muestra. Las muestras deberán permitir realizar una buena valoración de los criterios no automáticos sin que pueda apreciarse información referente a los criterios automáticos que, en su caso, deberá quedar tachada u oculta. La muestra*

*permanecerá en el SNS-O un mínimo de tres días, de manera que se pueda trabajar con los equipos sin presencia de la empresa licitadora. La no presentación de la totalidad de las muestras será motivo de exclusión."*

Los términos del pliego no dejan lugar a dudas: cuando se oferte un sistema de ecografía basado en ecógrafos tipo sonda, se exige la presentación de un ecógrafo lineal, de un ecógrafo convex y de un ecógrafo sectorial. De igual modo, es claro el pliego cuando indica que si en el caso de ecógrafos tipo sonda el cambio de ésta se realiza cambiando los cabezales no cabe ofertar una sonda con tres cabezales; también el Cuadro de Características del Contrato, en relación con el criterio de adjudicación correspondiente a la imagen, atribuye diez puntos a cada uno de los siguientes subapartados: *"Calidad de imagen con cada sonda (nitidez, colores, definición, delimitaciones entre diferentes estructuras, imagen al activar el software de visualización de aguja): Sonda Lineal Sonda Convex Sonda Sectorial"*. Documento contractual que no habiéndose impugnado en el momento procedimental oportuno ha devenido consentido y firme para la reclamante.

Partiendo de tal premisa, debemos recordar que el pliego regulador constituye la ley del contrato y obliga tanto a la entidad contratante como al licitador que participa en el procedimiento de licitación de que se trate mediante la presentación de la proposición; valor vinculante del pliego aprobado por el órgano de contratación, que constituye auténtica lex contractus, siendo la Ley que rige la contratación entre las partes, de forma que al Pliego hay que estar, respetar y cumplir. Doctrina que encuentra su fundamento legal en el artículo 53.1 LFCP cuando determina que *"Las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna"*.

Carácter vinculante que cabe predicar también de las prescripciones técnicas, tal y como señalamos, entre otros, en nuestro Acuerdo 79/2019, de 11 de octubre, donde razonamos que *"en la definición del objeto contractual juegan un papel relevante las prescripciones técnicas que tienen que regir la contratación, cuya finalidad es definir las características técnicas de la prestación necesarias para la correcta ejecución del*

*contrato y, en consecuencia, necesarias para la satisfacción de la necesidad pública que, precisamente, justifica la contratación, atribuyéndose, conforme a los artículos 40 y 46 LFCP, la competencia para su aprobación al órgano de contratación. Esta decisión del órgano de contratación en cuanto al establecimiento de los requisitos técnicos exigibles queda dentro del ámbito de la discrecionalidad que tiene atribuida para definir las características propias del servicio a prestar, respetando los principios de igualdad y concurrencia, y sin que resulte admisible que las especificaciones técnicas en tal sentido determinadas en el pliego sean sustituidas a elección de los licitadores; debiendo los licitadores ajustar sus proposiciones a los pliegos que rigen la licitación y, por ende, a las prescripciones técnicas al efecto determinadas".* De ahí que el artículo 97 LFCP, en relación con la evaluación de los criterios no cuantificables mediante la aplicación de fórmulas, prevea la posibilidad de desechar las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato. De hecho, la cláusula vigesimotercera del pliego regulador del contrato establece que *"Este pliego y su Cuadro de Características, así como el pliego de prescripciones técnicas particulares, sus anexos y cualquier otro documento que se acompañe, revestirán carácter contractual";* previsión que no hace sino reafirmar el carácter contractual y, por ende, vinculante, del pliego de prescripciones técnicas cuyo cumplimiento ahora se cuestiona.

Llegados a este punto, procede traer a colación la doctrina de este Tribunal relativa al incumplimiento de prescripciones técnicas como causa de exclusión, expuesta, entre otros, en nuestro Acuerdo 22/2021, de 3 de marzo, en los siguientes términos: *"De esta manera, las ofertas presentadas por las personas licitadoras deben adecuarse a las condiciones técnicas establecidas en los pliegos, pudiendo ser la consecuencia del incumplimiento de tal extremo, la exclusión de la oferta, como así ha apreciado, en distintas ocasiones, este Tribunal.*

*Al respecto, la doctrina de este Tribunal sobre esta cuestión se sintetiza, entre otros, en el Acuerdo 3/2020, de 21 de enero, en el que pusimos de manifiesto las consideraciones que a continuación se transcriben:*

*"Teniendo en cuenta lo expuesto, la decisión del órgano de contratación en cuanto al establecimiento de los requisitos técnicos exigibles a los diferentes productos*

*a fabricar queda dentro del ámbito de la discrecionalidad que tiene atribuida para definir las características propias de los productos que desea adquirir, respetando los principios de igualdad y concurrencia, y sin que resulte admisible que las especificaciones técnicas en tal sentido determinadas en el pliego sean sustituidas a elección de los licitadores; debiendo los licitadores ajustar sus proposiciones a los pliegos que rigen la licitación y, por ende, a las prescripciones técnicas al efecto determinadas.*

*Así, reiterando la doctrina relativa a la consideración de los pliegos como ley del contrato, pusimos de relieve que (...). Concluyendo que las prescripciones técnicas previstas en los pliegos reguladores, que son aceptadas incondicionalmente como parte del contrato por los licitadores cuando formulan sus ofertas, constituyen instrucciones de carácter técnico con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación del contrato; siendo, por tanto, requisitos que las ofertas de los licitadores han de cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación, de forma que apreciado un incumplimiento de tales condiciones resulta obligada la exclusión del licitador del procedimiento, toda vez que otra solución - tal y como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 29 de abril de 2004 (asunto C-496 -99) – resultaría contraria a los principios de igualdad de trato y transparencia que deben imperar en la contratación pública.*

*Asimismo, cabe apuntar que, tal y como pusimos de manifiesto en el citado Acuerdo, entre las prescripciones técnicas, puede haberlas de carácter obligatorio, incondicionadas, cuyo incumplimiento supone la imposibilidad de ejecutar correctamente el contrato, es decir, de hacerlo conforme a las exigencias que la Administración ha considerado imprescindibles para asegurar la realización de la prestación que constituye su objeto. Las proposiciones que incumplan estas prescripciones técnicas obligatorias deben ser excluidas del procedimiento de licitación, siendo ésta una cuestión insubsanable. Puede haber otras prescripciones que, de acuerdo con lo que se haya establecido en el Pliego, tengan la consideración de susceptibles de variación en función de las mejoras o variantes que ofrezca el licitador, siempre que las mejoras o variantes hayan sido admitidas en la licitación.*

*(...).*

*Sentado lo anterior, debemos reiterar, asimismo, que el examen del cumplimiento de las prescripciones técnicas incorpora un juicio técnico por parte del órgano de contratación, al que la LFCP atribuye la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato y, por tanto, del pliego con objeto de satisfacer el interés general al que sirve; juicio técnico que, entrando dentro del ámbito de la discrecionalidad administrativa, limita las facultades de su revisión por parte de Tribunal a sus aspectos formales y a la apreciación de error en el mismo, tal y como pone de relieve la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias 207/2018, de 26 de noviembre: (...).*

*Finalmente, como hemos advertido en varias ocasiones – por todos, Acuerdo 101/2018, de 6 de octubre -, para que la exclusión del licitador por incumplimiento de prescripciones técnicas resulte ajustada a derecho, tal incumplimiento debe ser expreso y claro, debiendo interpretarse y aplicarse las exigencias de los pliegos de prescripciones técnicas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa. En este sentido, indicamos que el artículo 53.1 LFCP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna, establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación. Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de la oferta al cumplimiento del objeto del contrato. Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún*

*género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así, no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado."*

De igual modo, hemos indicado en reiteradas ocasiones que para que el incumplimiento de una condición o prescripción técnica justifique la exclusión de la oferta no basta con que sea expreso y claro, sino que debe suponer, además, la imposibilidad de ejecutar adecuadamente el objeto del contrato; no pudiendo rechazarse la oferta cuando el licitador pruebe que cumple tal prescripción de forma equivalente. Así lo pusimos de relieve en nuestro Acuerdo 27/2021, de 16 de marzo, donde, sobre este particular, razonamos que *"En este sentido, el artículo 60 LFCP en relación con las prescripciones técnicas, determina que "1. Los pliegos reguladores de la contratación contendrán las especificaciones técnicas necesarias para la ejecución del contrato, que se denominarán prescripciones técnicas. Estas prescripciones podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este. Si una norma de la Unión Europea establece requisitos de accesibilidad aplicables al contrato, dicha norma habrá de citarse en las prescripciones técnicas.*

*(...)*

*3. Con independencia de los términos en que se encuentren formuladas las prescripciones técnicas, no podrá rechazarse una oferta cuando quien licita pruebe que cumple de forma equivalente los requisitos fijados en las especificaciones técnicas señaladas en el apartado a) del apartado anterior o los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales del contrato. A estos efectos, constituirán medios de prueba, entre otros, la documentación técnica del fabricante o un informe de pruebas de un organismo reconocido de conformidad con la normativa europea.*

*(...)*

*A su vez, en el Considerando 74 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la*

*que se deroga la Directiva 2004/18/CE se establece que "al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo. Unos requisitos funcionales y relacionados con el rendimiento son también medios adecuados para favorecer la innovación en la contratación pública, que deben utilizarse del modo más amplio posible. Cuando se haga referencia a una norma europea o, en su defecto, a una norma nacional, los poderes adjudicadores deben tener en cuenta las ofertas basadas en otras soluciones equivalentes. La responsabilidad de demostrar la equivalencia con respecto a la etiqueta exigida ha de recaer en el operador económico.*

*Para probar la equivalencia, debe ser posible exigir a los licitadores que aporten pruebas verificadas por terceros. No obstante, deben permitirse también otros medios de prueba adecuados, como un expediente técnico del fabricante, cuando el operador económico de que se trate no tenga acceso a dichos certificados o informes de ensayo, ni la posibilidad de obtenerlos en el plazo fijado, siempre que el operador económico de que se trate pruebe así que las obras, suministros o servicios cumplen los requisitos o criterios establecidos en las especificaciones técnicas, los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución del contrato". Regulación que es objeto de concreción en su artículo 42, de forma análoga al artículo 60 LFCP.*

*Así pues, podemos ya afirmar que deben rechazarse aquellas interpretaciones de las prescripciones técnicas definidas en el pliego que supongan que queden excluidos de la contratación obras, suministros o servicios que cumplan la misma funcionalidad aun cuando sus características, desde el punto de vista técnico, puedan diferir de las previstas en el citado documento contractual.*

*En consecuencia, la exclusión de una oferta motivada en el incumplimiento de una prescripción técnica no resultará ajustada a derecho cuando la persona licitadora acredite que su producto cumple de manera equivalente las condiciones o exigencias técnicas contempladas en el pliego; tal y como afirmamos en nuestro Acuerdo 39/2019, de 26 de noviembre, donde indicamos que el artículo 46.3 de la LFCP establece*

*claramente que no se puede rechazar la oferta al probar el licitador que cumple de forma equivalente el requisito fijado en la prescripción técnica."*

SÉPTIMO.- La aplicación de la doctrina citada al supuesto concreto que nos ocupa ha de partir del análisis de la oferta formulada por la reclamante, y ello a los efectos de verificar la concurrencia o no del incumplimiento de la controvertida prescripción técnica.

Así, el apartado de la oferta relativo al "Diseño" señala lo siguiente: *"Cabezal patentado. Tecnología IPX4 water proof para lavado y desinfección en todas las sondas.*
*Facilidad de uso: Un único cabezal convex, para exploraciones abdominales y cardiológicas. Para el resto de aplicaciones clínicas solo es necesario cambiar el cabezal, lo que supone un importante ahorro, tanto económico como de espacio y manejabilidad".*

Respecto a las "Aplicaciones clínicas", se incluyen el abdomen y cardiología; incluyéndose en el apartado "TRANSDUCTORES (CABEZALES DE SONDA)":

*"Con cada cabezal/sonda se entregará un equipo*

| *Cabezal Sonda* | *Ref* | *Frecuencia (MHZ)* | *Frequencia Rango (MHZ)* | *Radius Curvature* | *Aplicaciones* |
|---|---|---|---|---|---|
| *Convex/Cardio* | *C5-2Fs* | *3.3* | *2-5* | *R50* | *Urgencias, Cardio, Abdomen, Obstetricia/ Ginecología, Urología, Pulmón* |
| *Lineal* | *L11-4Ks* | *7.5* | *6-11* | *L40* | *Vascular, Partes pequeñas, Pecho, MSK, Nervios, Traumatología, Anestesia* |

Como puede observarse la oferta no contiene referencia alguna a la sonda sectorial, pues el equipo ofertado únicamente integra un cabezal sonda convex y otro

lineal, indicando además, como apunta la entidad contratante, que los exámenes de cardiología y abdominales se pretenden realizar, ambos, con la sonda convex; apartándose así de lo indicado en el pliego que, como se ha señalado, exige que cuando se oferte un sistema de ecografía basado en ecógrafos tipo sonda, incorpore un ecógrafo lineal, uno convex y otro sectorial.

Dicho esto, conviene recordar nuevamente que la determinación de si el equipo ofertado cumple o no las exigencias técnicas del pliego, constituye una apreciación de orden técnico competencia del órgano de contratación. Y, en tal caso, para decidir y resolver la reclamación, al tratarse de una cuestión puramente técnica, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en los informes técnicos que obran en el expediente, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano citado. Resultando así que no es posible que este Tribunal sustituya el juicio técnico del que analiza la adecuación de las propuestas a los requerimientos técnicos y realiza su valoración, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable; fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 afirma que *"la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción "iuris tantum" sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos*

*reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador (...)".*

El mismo Tribunal, en Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma que *"la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados"*. Es por ello que si bien en la cuestión que analizamos rige el principio de discrecionalidad técnica de los órganos especializados de la Administración, cuyos juicios se presumen certeros y razonables salvo prueba en contrario, dicho ámbito de discrecionalidad quiebra o cede necesariamente cuando se demuestre error, arbitrariedad o falta de motivación.

Pues bien, consta en el expediente el informe técnico emitido sobre el cumplimiento de las prescripciones técnicas por las ofertas presentadas que, tras manifestar el incumplimiento de la prescripción citada por parte de la oferta de la reclamante, por cuanto no presenta tres equipos por Tablet, sino dos, y, además, presenta únicamente dos cabezales en lugar de tres, señala que *"Esto se debe a que equiparan la sonda convex a la sonda sectorial, lo cual no es posible ya que se trata de equipos de distinto funcionamiento y propósito. Las sondas convex proporcionan un formato de imagen con forma de abanico con aplicaciones en exploración abdominal, urológicas y obstétricas, mientras que las sondas sectoriales presentan un formato de imagen triangular o de abanico de campo amplio con aplicaciones en exploraciones cardiacas y abdominales con abordaje intercostal. Además, el tamaño de huella de ambos tipos de sonda es completamente diferente"*. Motivación reforzada en el informe que en defensa de la legalidad del acto impugnado ha remitido a este Tribunal que, tras manifestar que en la oferta no se incluye referencia alguna a lo ahora alegado, indica expresamente que la decisión adoptada se basa en las diferencias de los haces

ultrasónicos que emiten las distintas sondas ecográficas; de forma que si la oferta sólo incluye dos tipos de sondas, denominándolas como lineal y convex/cardio, se entiende que sólo se incluyen dos tipos de haces, que en este caso se corresponden con los de las sondas lineales y con los de las sondas convexas. Consideraciones de carácter técnico que han de prevalecer y que, a juicio de este Tribunal, sirven de motivación suficiente respecto a la concurrencia del incumplimiento detectado en la oferta, exponiendo de manera razonable que precisamente el distinto formato de imagen que se consigue con las sondas convex y sectorial es el que justifica su utilización para realizar exploraciones diferentes - abdominales en el caso de la sonda convex y cardiológicas en las sectoriales -, de ahí la exigencia de ambas en el pliego; no apreciándose, por tanto, desviación de poder, arbitrariedad o patente error ostensible y manifiesto en la decisión en tal sentido adoptada.

Alcanzada la anterior conclusión, cumple analizar si el equipo ofertado cumple de forma equivalente el requisito técnico exigido, es decir, si con los cabezales propuestos es posible la realización de las tres modalidades de ecografía lineal, sectorial y convex que requiere el pliego, pues éste es el argumento que alega la reclamante para fundamentar la reclamación interpuesta.

Como punto de partida, debemos advertir que las manifestaciones aducidas en el escrito de interposición y las imágenes que inserta en el mismo carecen de la fuerza de convicción necesaria para enervar dicha presunción de acierto del informe técnico; sin que, a estos efectos, resulte procedente la demostración interesada por la reclamante pues, precisamente, con tal finalidad, se exigía en el pliego la presentación de las muestras de los equipos que la entidad contratante ha examinado en orden a la valoración de las ofertas.

Y lo que es más importante, la oferta presentada no contiene referencia alguna a la circunstancia ahora alegada en la reclamación relativa a que el cabezal/sonda propuesto ofrece la posibilidad de ambos modos de escaneo (convex y sectorial), bastando para ello elegir el preset adecuado, cuando, como se ha expuesto, es al licitador a quien corresponde la carga de probar la equivalencia de ésta.

Efectivamente, el artículo 42.5 de la Directiva 2014/24/UE indica que *"En su oferta, el licitador probará por cualquier medio adecuado, incluidos los medios de prueba mencionados en el artículo 44, que la obra, el suministro o el servicio conforme a la norma reúne los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales establecidos por el poder adjudicador".* Fuera de ese momento de la licitación, conferir al licitador que acredite tal equivalencia supone una clara ventaja competitiva respecto de los demás licitadores, permitiéndole que, por vía de la reclamación especial, pueda reabrir el plazo cerrado para la presentación de ofertas establecido así en el pliego; lo que podría suponer colocar a la reclamante en una situación de preeminencia respecto de los demás licitadores, que ven como en fecha posterior al momento en que pudo y debió acreditarlo, siendo el órgano de contratación el encargado de dar un juicio técnico sobre el mismo, se admite una valoración de esa oferta, con la infracción de los principios de igualdad de trato y de competencia que ello supondría.

En definitiva, la apreciación por parte de la Mesa de Contratación del referido incumplimiento técnico en la oferta de la reclamante y la decisión adoptada al respecto deben confirmarse al estar avaladas por los citados informes técnicos cuyos términos resultan razonables a la vista del propio contenido de la oferta. Procediendo, en consecuencia, la desestimación del motivo de impugnación alegado y, por ende, la de la reclamación interpuesta.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por MEDICAL NORTE, S.L. frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de "*suministro de dos sistemas de ecografía*

*portátil para el Servicio de Hospitalización a Domicilio del Complejo Hospitalario de Navarra (OB 22/2021)*", tramitado por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

2º. Notificar este acuerdo a MEDICAL NORTE, S.L., al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 20 de julio de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu.