



Expediente: 69/2021

ACUERDO 96/2021, de 23 septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. frente a la exclusión de su oferta del Lote 1 del procedimiento de adjudicación del contrato “(OB5/2021) Suministro de Ecógrafos para el Complejo Hospitalario de Navarra”, tramitado por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de abril de 2021, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante SNS-O) publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato “(OB5/2021) Suministro de Ecógrafos para el Complejo Hospitalario de Navarra”.

El objeto de dicho contrato se dividió en cuatro lotes, habiendo presentado oferta al Lote 1 (Eco-Dopler), entre otros licitadores, GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U.

SEGUNDO.- El 26 de abril la Mesa de Contratación admitió a la licitación a todas las empresas que concurrieron al citado Lote 1, tras el examen de la documentación que presentaron en el Sobre A (Documentación Administrativa), procediendo, a continuación, a la apertura del Sobre B, encomendando al Servicio de Infraestructuras del SNS-O la valoración del cumplimiento de las prescripciones técnicas conforme a lo establecido en el pliego.

El 19 de mayo se emitió el informe técnico de comprobación del cumplimiento de las prescripciones técnicas particulares del Lote 1, estableciendo que la oferta

presentada por GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. *“incumple las prescripciones técnicas, ya que no se encuentra entre la documentación ninguna referencia a que el equipo disponga de segundo armónico. En este caso, dado que el segundo armónico es un paquete de software que puede o no ser incluido, no puede comprobarse en la muestra, ya que no es dependiente del modelo presentado sino de los paquetes ofertados”*.

El 10 de junio la Mesa de Contratación aprobó el citado informe, acordando excluir del Lote 1 a GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. por no cumplir las prescripciones técnicas.

No consta en el expediente el justificante de la notificación de la exclusión a dicha empresa, si bien la misma está fechada el 14 de junio y firmada al día siguiente.

TERCERO.- El 25 de junio de 2021, GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a dicha exclusión, alegando lo siguiente:

1ª. Que *“el segundo armónico es una técnica que forma parte de cualquier equipo de ecografía en su tecnología de origen y no necesita aparecer referenciada específicamente porque está intrínseca en su configuración de fábrica, por lo que, en ningún caso, se considera un paquete de software que puede ser o no incluido en los equipos.*

*De hecho, todos los equipos de ecografía de GEHC y, en particular, el equipo ofertado al Lote 1 del expediente de referencia, cuentan con esta tecnología de segundo armónico; cuestión ésta que podrá comprobarse por el órgano de contratación en la demo del equipo. Además aportamos declaración que certifica cumplimos con lo que estamos exponiendo”*.

Adjunta una declaración firmada por el mismo apoderado que interpone la reclamación especial, conforme a la cual *“GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U., certifica que todos los sistemas de Ecocardiografía que fabrica y*

*distribuye, disponen de la tecnología de segundo armónico como algo intrínseco en el diseño, fabricación y en su forma de trabajo. En ningún caso es una opción y va incorporado de serie en todos los modelos”.*

Cita el Acuerdo 54/2021, de 11 de junio, de este Tribunal, que señala lo siguiente: *“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”.*

Concluye que, atendiendo al acuerdo citado, la mera omisión de alguna de las prescripciones técnicas previstas en el pliego en la oferta del licitador no implica necesariamente que deba presumirse que dicha oferta no se ajusta al mismo, y, por tanto, su oferta no debe ser automáticamente excluida.

Por ello, considera que el equipo ofertado al lote 1 sí cumple con las prescripciones técnicas del pliego y, en consecuencia, su oferta no debe ser excluida.

2ª. Solicita como medida cautelar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Atendiendo a lo expuesto, solicita la anulación de su exclusión y la retroacción del procedimiento al objeto de que se valore su oferta.

CUARTO.- Con fecha 25 de junio este Tribunal notificó al reclamante y al órgano de contratación un oficio en el que se señala, respecto a la solicitud de suspensión del procedimiento de licitación como medida cautelar, que la misma opera automáticamente conforme a lo dispuesto en el artículo 124.4 de la LFCP, sin que proceda resolver expresamente sobre la misma.

QUINTO.- Con fecha 25 de junio se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 30 de junio, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación queda en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se

hubiera aportado aquel, se continuará con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el mismo día 30 de junio el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones al que se adjunta un informe elaborado por los técnicos a quienes se encomendó la comprobación del cumplimiento de las prescripciones técnicas de las ofertas presentadas al Lote 1, solicitando que en base al citado informe sea desestimada la reclamación interpuesta.

Este informe, elaborado como respuesta a la reclamación especial con fecha 29 de junio, señala lo siguiente:

1ª. Que *“En el momento de comprobar que los equipos presentados para el Lote 1 a la licitación cumplían o no con los mínimos establecidos en el Pliego Regulador, se estudiaron inicialmente las páginas en las que las empresas declaraban incluir dichos criterios. En este caso, GE indicaba en el Anexo XII-1 que el Segundo Armónico se encontraba en la página 8 de su oferta:*

*[...]*

*Una vez analizada dicha página, se comprobó que esta opción no se hallaba en la misma, por lo que se procedió a estudiar con detenimiento el resto del documento, no encontrándose en la oferta presentada para el Lote 1 ninguna referencia a la presencia de Segundo Armónico, habiendo incurrido la reclamante, por tanto, en un incumplimiento claro de la prescripción técnica”.*

2ª. Respecto a la alegación del reclamante de que *“el segundo armónico es una técnica que forma parte de cualquier equipo de ecografía en su tecnología de origen y no necesita aparecer referenciada específicamente porque está intrínseca en su configuración de fábrica, por lo que, en ningún caso, se considera un paquete de software que puede ser o no incluido en los equipos”*, el informe indica lo siguiente:

*“Los armónicos son ecos de retorno múltiplos de la frecuencia transmitida en origen y que se deben a una propagación de la onda de ultrasonidos de forma que, si el sonido fundamental es de, por ejemplo, 40 Hz, el segundo armónico del mismo será de 80 Hz, el tercero de 120Hz y así sucesivamente.*

*Esta cualidad es inherente a cualquier sonido, no a la tecnología que se utiliza en ecografía (ultrasonidos). Lo que no es inherente al sonido es la presencia de un filtro, denominado Segundo Armónico. Este filtro requiere de un transductor capaz de aislar y obtener este segundo armónico, además, requiere de un software que permita ejecutar las acciones de sustracción, ejerciendo la función de filtro entre el segundo armónico y la frecuencia fundamental para obtener una imagen mejorada respecto de la original. Es a este filtro al que se refieren las prescripciones técnicas, no al segundo armónico generado por cualquier sonido, ya que no tendría sentido solicitar un fundamento físico inamovible, por lo que GE no puede haber entendido que las prescripciones técnicas se referían a otra cosa que no sea el filtro del segundo armónico.*

*Tanto los transductores como el software capaz de hacer esto son elementos modernos utilizados en el diagnóstico por ecografía actual. Un ecógrafo puede ejercer sus funciones básicas sin estos elementos proporcionando una imagen menos nítida. Como especifican los profesores Ignacio López Moranchel y Patricia Irene Maurelos Castell en su libro “Fundamentos físicos y equipos, 3ª Edición, 2019”, los armónicos son elementos opcionales de la imagen ecográfica que dependen del tipo de transductor y de los exámenes que se realizan:*

*[...]*

*Es por esto que no puede darse por hecho que un equipo disponga de este filtro y el resto de elementos necesarios sin que la empresa proporcione esta información o, al menos, lo declare en su oferta al ser algo dependiente tanto de los transductores como del software, elementos variables entre los distintos equipos y que no son inseparables de los mismos.*

*Los técnicos suscribientes del presente informe entienden que el licitador debe aportar la pertinente documentación técnica que especifique que el modelo ofertado dispone de dicha característica, tanto si la empresa lo integra en todos sus modelos como si no, ya que declarar que el Segundo Armónico es inherente a todos sus equipos*

*de ecocardiografía (especialidad dentro de la ecografía, por lo que no aplica a todos los ecógrafos existentes) es una declaración ad hoc para ser readmitido en la licitación, pudiendo decir ahora que estaba desde el principio incluido y modificar su oferta inicial, lo que es contrario al artículo 97 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, por no respetar los límites que impone dicho precepto legal. No puede presuponerse que un equipo dispone de Segundo Armónico sin ninguna referencia o documento técnico en la oferta que lo avale”.*

3ª. Respecto a la alegación del reclamante de que *“todos los equipos de ecografía de GE y, en particular, el equipo ofertado al Lote 1 del expediente de referencia, cuentan con esta tecnología de segundo armónico; cuestión ésta que podrá comprobarse por el órgano de contratación en la demo del equipo. Además, aportamos declaración que certifica cumplimos con lo que estamos exponiendo”*, indica lo siguiente:

*“En la declaración aportada por GE a la reclamación específica que sus equipos de ecocardiografía disponen de Segundo Armónico, sin embargo, en esta declaración hacen referencia a todos sus equipos, generando una incoherencia en sus argumentos que impide saber realmente a qué clase de sistema de ecografía se refieren.*

*Por ello, resulta necesario que GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. hubiera aportado en la oferta documentación para probar que el modelo de equipo verdaderamente incluía de fábrica este software, en su condición de distribuidor y no de fabricante, ya que, como viene indicado en los certificados CE incluidos por la empresa en el expediente, el equipo certificado se fabrica en China por GE MEDICAL SYSTEMS CO, LTD.”.*

4ª. Respecto al acuerdo de este Tribunal que se cita en la reclamación, señala lo siguiente:

*“Si bien el Tribunal indica en la resolución aportada por la licitadora que ante la omisión de información debe entenderse cumplida la prescripción técnica, también indica que esto no es aplicable a “aquellas descripciones técnicas que sean necesarias*

*para que la mesa pueda valorar la adecuación de la oferta al cumplimiento del objeto del contrato”. Al tratarse de un software opcional que no tiene por qué estar incluido en el equipo porque no está ligado al modelo que se presenta a la licitación, la Mesa de Contratación no puede sobreentender que esta característica está incluida en la oferta y sí entender, por el contrario, que el licitador incumple con las prescripciones técnicas, lo que conlleva que la Mesa determine su exclusión (Acuerdo nº 122/2018, de 13 de diciembre, del Tribunal de Contratos Públicos de Navarra).*

*Se da la situación de que es el licitador el que estima que no se trata de una característica suficientemente importante para que la Mesa no pueda valorar la adecuación debido a que se trata de una opción que beneficia claramente su postura. Es necesario recalcar que los siete licitadores restantes hicieron mención específica sobre el Segundo Armónico en su documentación, como prescripción técnica de obligado cumplimiento, siendo GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. el único caso que ha optado por no hacer ninguna mención al respecto”.*

5ª. Por último, cita la Resolución 516/2016, de 1 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que alude a la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración en los siguientes términos: *“para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, 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 técnico ya citado. Sin que en el contenido del Informe técnico, ya a la postre, en la resolución recurrida, se aprecie error material, ni arbitrariedad o discriminación.”*

*En efecto, conforme a la doctrina expuesta, los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los*

*trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.”*

*Si el órgano de contratación considera que la oferta presentada adolece de oscuridad o de inconcreción, podrá solicitar aclaraciones complementarias, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato de quienes hayan licitado, que no podrán modificar la oferta presentada.”*

Atendiendo a dicha doctrina, concluye que *“Es cierto también que en aplicación de los principios de concurrencia y proporcionalidad no procede la exclusión automática de las ofertas cuando se aprecien contradicciones o errores que puedan ser disipados con facilidad pero, sin embargo, en la presente reclamación, de los argumentos técnicos esgrimidos en el informe respecto de la valoración de la oferta no se deduce la existencia de simple oscuridad o incorrección, sino un incumplimiento de las prescripciones técnicas que conlleva que la Mesa determine su exclusión, sin que la solicitud de aclaraciones hubiera subsanado los incumplimientos, puesto que la posibilidad de aclaración, en todo caso, deberá respetar los límites que impone el precepto transcrito.*

*En este sentido conviene reproducir de nuevo nuestro Acuerdo 122 /2018, de 13 de diciembre en el que indicamos que “cuando quede acreditado que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, la exclusión de la misma resultada ajustada a la legalidad.”*

SEXTO.- El 12 de julio 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, sin que se haya formulado 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.

Respecto a la interposición de la reclamación dentro del plazo legalmente previsto, cabe reiterar que no consta en el expediente remitido a este Tribunal el justificante de la notificación del acto de exclusión. Sin embargo, la comunicación de la exclusión está fechada el 14 de junio y firmada por la Secretaria de la Mesa de Contratación al día siguiente, por lo que debe considerarse que la misma ha sido interpuesta dentro de plazo.

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 la decisión adoptada, con fecha 10 de junio de 2021, por la Mesa de Contratación designada en el procedimiento para la adjudicación del contrato de suministro de ecógrafos para el Complejo Hospitalario de Navarra, en cuya virtud tiene lugar la exclusión de la oferta formulada por la reclamante al Lote 1, motivada en el incumplimiento de las prescripciones técnicas particulares en la medida en que no se acredita que el equipo ofertado disponga de segundo armónico.

Teniendo en cuenta que el motivo en que se fundamenta la exclusión de la oferta formulada por la reclamante versa sobre el incumplimiento de una de las prescripciones

particulares contempladas en el pliego, debemos comenzar recordando la reiterada doctrina de este Tribunal – por todos, Acuerdo 54/2021, de 11 de junio - relativa a la consideración de los pliegos como ley del contrato, a la obligación de los licitadores de adecuar su oferta a lo dispuesto en aquellos y, en especial, a sus prescripciones técnicas; pliego que ha sido expresamente aceptado por la reclamante al presentar su oferta, pues como dispone el artículo 53.1 LFCP *“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”

En este sentido, en el precitado Acuerdo abordamos la cuestión relativa a la obligatoriedad de las prescripciones técnicas y la exclusión de los licitadores como consecuencia del incumplimiento de aquellas, partiendo de que tales 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. Concretando, al respecto, que entre las prescripciones técnicas, puede haberlas de carácter obligatorio, incondicionadas, cuyo incumplimiento supone la imposibilidad de ejecutar correctamente el contrato, debiendo, por tanto, ser excluidas del procedimiento, siendo ésta una cuestión insubsanable; si bien, matizamos que para que la exclusión por tal motivo resulte ajustada a derecho, tal incumplimiento debe ser expreso y claro, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, y referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, deduciéndose con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos.

También en el citado Acuerdo expusimos 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 del Tribunal a sus aspectos formales y a la apreciación de error en el mismo.

Efectivamente, tales informes técnicos, por la cualificación técnica de quienes los emiten gozan de presunción de acierto y veracidad, que solo puede ser desvirtuada con una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o infundados. Presunción *iuris tantum* sobre la que la Resolución 980/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 6 de septiembre, señala que

*“cuando la Administración encarga a un órgano "ad hoc", formado por técnicos competentes, la valoración, estrictamente técnica, de una propuesta o de un proyecto no cabe entrar a discutir la validez, estrictamente técnica, del dictamen técnico que emitan tales expertos, sino, tan sólo, los aspectos jurídicos por los que se rige la emisión de tal dictamen, pudiendo corregirse también los meros errores materiales que puedan apreciarse en base al recto criterio de un hombre común. Otra cosa significaría atribuir al órgano encargado de enjuiciar el recurso o la reclamación de que se trate unas capacidades y conocimientos técnicos de los que, obviamente, carece y que, por lo mismo, le incapacitan para discutir, con un mínimo de autoridad, los criterios y apreciaciones, estrictamente técnicas, tenidos en cuenta por los expertos, a la hora de emitir el dictamen que se discute.”*

El mismo órgano revisor en su Resolución 144/2019, de 22 de febrero, expone que *“Lo que debe valorarse es si de la documentación aportada por la recurrente, de conformidad con el PCAP, cabe deducir un incumplimiento claro de las prescripciones técnicas exigidas en el pliego que permita deducir sin género de dudas que la descripción técnica del producto ofrecido no se corresponde con lo exigido en el pliego (por todas Resoluciones 25/2011, 219/2011, 11/2012, 90/2012, 91/2012) .*

*En sí, la verificación del incumplimiento del PPT por la oferta es una labor de apreciación esencialmente técnica y no jurídica que, en virtud de la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato, compete realizar al órgano de contratación, pues es a él a quien incumbe garantizar la satisfacción del interés general a que el objeto de la contratación sirve. Así la tarea del Tribunal se dirige a apreciar si en el informe técnico en que se funda la mesa para excluir por incumplimiento del PPT la oferta, se motiva suficientemente en que aquella no cumple las prescripciones técnicas, y de ello resulta que, de aceptarse, se produciría el incumplimiento del contrato, así como que en tal informe no existe arbitrariedad, patente error o discriminación .*

*En conclusión, el presente caso se trata de valorar si informe técnico asumido por la mesa es claro y suficiente a la hora de fundamentar que la descripción técnica del producto ofrecido no se corresponde con lo exigido en el PPT, y que de ello deriva tanto el incumplimiento del PPT como la imposibilidad del cumplimiento del contrato o que la oferta presentada por el licitador no va a satisfacer las necesidades de la entidad*

*contratante, sin que la argumentación de la recurrente, que se dirige improcedente y extemporáneamente a poner en cuestión la proporcionalidad de las exigencias del PPT, que no recurrió en tiempo y forma, aceptándolo expresamente con la presentación de la oferta, evidencien la existencia de arbitrariedad, error o discriminación en el informe”.*

Expuesto el marco legal y doctrinal de aplicación a la cuestión que nos ocupa, se impone el examen de las disposiciones que al respecto contiene el pliego regulador, para, a continuación, analizar si concurre el motivo de exclusión en que se fundamenta el acto objeto de impugnación y determinar las consecuencias jurídicas que de ello se deriven.

Así, el pliego regulador comienza en su cláusula séptima reiterando la advertencia legal contenida en el artículo 53.1 LFCP, indicando que la presentación de proposiciones supone la aceptación incondicional por el licitador del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones previstas en los pliegos que rigen el contrato, sin salvedad o reserva alguna, así como la declaración responsable de la exactitud de todos los datos presentados y de que reúne todas y cada una de las condiciones exigidas para la contratación de que se trata; ocupándose en su cláusula octava del contenido de las proposiciones, señalando, respecto al Sobre B “Proposición relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas” que *“En este sobre se adjuntará toda la documentación de índole técnica que aporte el licitador para la valoración de su oferta (excepto la proposición económica y, en su caso, otra que vaya a ser valorada aplicando fórmulas objetivas), incluyendo aquellos aspectos previstos en el apartado 8.2 del Cuadro de Características (...)”.*

Por su parte, el apartado 8.2 del Cuadro de Características “Detalle del contenido del Sobre B Proposición relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas”, dispone lo siguiente: *“En ningún caso podrán incluirse en este “Sobre B” documentación o datos referentes a la oferta económica, plazo de garantía o documentación referente a los criterios a valorar con fórmulas objetivas.*

*a) Resumen de la oferta: deberá incluirse en este sobre el Anexo X debidamente cumplimentado en cada lote al que se licite, en el que se refleje el modelo de los equipos y accesorios ofertados para dicho lote.*

b) *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 XI. Asimismo deberá completar correctamente e incluir las Encuestas Excel adjuntas: “Encuesta de Prescripciones Técnicas” (Anexo XII-1) y “Encuesta de Características Técnicas del Sobre B” (Anexo XII-2). Dichas encuestas tendrán carácter meramente informativo, por lo que los datos contenidos en las mismas que no estén reflejados en la documentación no se tendrán en cuenta para la comprobación del cumplimiento de las prescripciones técnicas ni 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) *Relación de material fungible asociado al equipamiento ofertado. En el caso de que el equipamiento ofertado requiera determinado material fungible para su funcionamiento, deberán adjuntar debidamente cumplimentado el Anexo V del presente pliego (sin indicar datos relativos a sus precios, pues será motivo de exclusión cualquier referencia a precios en este sobre).*

d) *Muestras. Con el fin de valorar adecuadamente la calidad, todas las empresas deberán entregar muestras de los equipos que presenten a la licitación de los lotes 1, 2, 3 y 4 para realizar una prueba o demostración en la fecha en que la Unidad Gestora del contrato así lo indique, no pudiendo exceder el plazo de un mes (30 días) para presentarlas tras la comunicación. En el caso del lote 4, se deberá presentar una muestra por cada equipo. 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 ser lo más básicas posible (siempre permitiendo realizar una buena valoración de los criterios no automáticos). En caso de que pueda apreciarse información referente a los criterios automáticos, ésta deberá quedar tachada u oculta. La muestra permanecerá en el SNS-O un mínimo de tres días. El primer día se destinará a la formación del personal en el uso del equipo, de manera que los días restante se pueda trabajar con los equipos sin presencia de la empresa licitadora”.*

De otro lado, el Anexo XI del Cuadro de Características, correspondiente a las prescripciones técnicas particulares, respecto al Lote 1 Eco-Doppler para el servicio de neurología, establece “2.- *Especificaciones Técnicas*

*Batería que permita el desplazamiento del equipo sin apagarlo por completo (modo hibernación) y/o sistema de encendido rápido.*

*Posibilidad de conectar, como mínimo, 3 transductores de forma simultánea*

*Modos de imagen:*

*o Modo B/2D.*

*o Segundo armónico*

*o Doppler color.*

*o Doppler continuo.*

*o Doppler pulsado.*

*o Modo doppler para microflujos*

*o Doppler Tisular*

*o Dual*

*o Duplex 2D+color / 2D+doppler*

*o Triplex 2D+color+doppler*

*o Power Doppler (Angio)*

*o Modo M y modo M anatómico*

*Debe contar con aplicaciones específicas para los siguientes modos de exploración:*

*o Vascular*

*o Ecocardiografía*

*o Transcraneal*

*Control manual de ganancia, profundidad y rango dinámico*

*Zoom de alta definición en modo congelado y a tiempo real”.*

Finalmente, el citado Cuadro de Características incorpora como Anexo XII-1 “Encuesta de Prescripciones Técnicas” a cumplimentar por los licitadores, donde, con objeto de facilitar el examen de las mismas por parte de los técnicos encargados de la valoración de las ofertas, deben indicar la página de la documentación incorporada a la

proposición donde se encuentra la información relativa a cada una de las especificaciones técnicas exigidas.

Así pues, y a la vista de lo indicado en el pliego regulador, queda claro que el ecógrafo a suministrar, en lo que a los modos de imagen se refiere, debe disponer de segundo armónico, así como que tal exigencia se configura como una de las especificaciones técnicas requeridas, cuyo cumplimiento deben acreditar los distintos licitadores en la documentación relativa a las características técnicas a incluir en su proposición, disponiéndose, precisamente a estos efectos, la cumplimentación de la Encuesta de Prescripciones Técnicas” (Anexo XII-1).

Llegados a este punto, procede el examen de la oferta formulada por la reclamante con objeto de verificar el cumplimiento de tal extremo, comprobándose del análisis del Sobre B de su proposición de la reclamante que mientras que en el Anexo XII-1 “Encuesta de Prescripciones Técnicas” señala en “Modos de imagen” que el segundo armónico se encuentra en la página 8 de la documentación, lo cierto es que tal especificación no se contiene en la página referida de la memoria técnica aportada, donde se indica lo siguiente: “*MODOS DE TRABAJO/ MODOS DE IMAGEN DISPONIBLES*

- Modo B/ 2D*
- Modo Doppler Color*
- Doppler de banda ancha*
- Power doppler/ Doppler potencia*
- Power angio*
- Duplex/ Triplex*
- Doppler pulsado/ Doppler espectral pulsado incluyendo alta frecuencia.*
- Doppler continuo/ Doppler espectral continuo*
- Modo Doppler Tisular Espectral / Doppler Tisular Color (Incluye Doppler Pulsado Tisular)*
- Modo M, con velocidades de barrido seleccionables, tanto en tiempo real como en postproceso.*
- Modo M Anatómico/Curvado en tiempo real.*

- *Modo M Anatómico Color en tiempo real.*
- *Modo DUAL”*

De igual modo, como señala la entidad contratante, tal especificación no aparece detallada en ningún otro apartado de la memoria técnica, siendo éste el motivo que ha determinado su exclusión; sometiéndose a la consideración de este Tribunal la legalidad de tal decisión, alegando la reclamante frente a la misma, de un lado, que la mera omisión de tal prescripción en su oferta no implica necesariamente que deba presumirse que no se ajusta a las prescripciones técnicas, de tal forma que no cabe la exclusión automática de la oferta; y, de otro, que el equipo ofertado sí cumple con dicha prescripción técnica, por lo que su oferta no debió ser excluida. Veámoslo.

SEXTO.- Comenzando por la primera de las cuestiones planteadas, la reclamante, tras afirmar que el segundo armónico es una técnica que forma parte de cualquier equipo de ecografía en su tecnología de origen, sostiene la improcedencia de su exclusión por no referir tal extremo de manera expresa en su oferta. Fundamentando su posición en el Acuerdo de este Tribunal 54/2021, de 11 de junio, reproducido en los antecedentes de hecho del presente Acuerdo; si bien, estamos ya en condiciones de avanzar que no podemos compartir la conclusión que extrae de la doctrina contenida en el mismo ni, por tanto, la aplicación que postula en el caso concreto que nos ocupa.

Sobre el extremo relativo a si la inclusión del segundo armónico es o no facultativa, debe repararse en que en cumplimiento de lo acordado por la Mesa de Contratación en la sesión correspondiente a la apertura del Sobre nº 1 de las proposiciones presentadas, consta en el expediente el documento denominado “Informe comprobación del Cumplimiento de las Prescripciones Técnicas Particulares de las ofertas presentadas al lote 1 (Ecodoppler para Neurología) del expediente OB5/2021: SUMINISTRO DE ECÓGRAFOS PARA EL CHN”, emitido, con fecha 19 de mayo de 2021, por los técnicos del Servicio de Infraestructuras, donde se señala que “*Tras el proceso de estudio de la oferta presentada por GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U., se comprueba que incumple las prescripciones técnicas, ya que no se encuentra entre la documentación ninguna referencia a que el equipo disponga de*

*segundo armónico. En este caso, dado que el segundo armónico es un paquete de software que puede o no ser incluido, no puede comprobarse en la muestra, ya que no es dependiente del modelo presentado sino de los paquetes ofertados”. Consideraciones que expresamente se hacen constar en la notificación del acto de exclusión objeto de impugnación.*

Fácil es advertir que la decisión a adoptar al respecto versa sobre una cuestión puramente técnica - esto es, si el segundo armónico es inherente a todo aparato de ecografía o, por el contrario, su implementación es opcional en éstos -, a cuyos efectos no podemos sino recordar, como hemos hecho anteriormente, que el informe técnico emitido sobre el cumplimiento de las prescripciones técnicas está dotado de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes lo emiten y sólo cabe frente al mismo una prueba suficiente de que es manifiestamente erróneo o se ha dictado en clara discriminación de los licitadores; presunción "iuris tantum", que, eso sí, puede desvirtuarse mediante prueba en contrario.

Acerca de la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos, el Tribunal Supremo en Sentencia 5341/2014, de 16 de diciembre, señala que “...*la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadoros impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico... las exigencias que debe cumplir la prueba pericial que resulta necesaria para demostrar ese inequívoco y patente error técnico que permitiría revisar el dictamen del órgano calificador. Estas exigencias lo que apuntan es que tal pericia no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica diferente, sino que tiene que incorporar elementos que permitan al tribunal de justicia formar con total seguridad su convicción sobre esa clase de error de que se viene hablando; y para ello será necesario lo siguiente: (a) que la pericia propuesta identifique de manera precisa y clara los concretos puntos de desacierto técnico que advierte en el dictamen del órgano calificador; y (b) que señale fuentes técnicas de reconocido prestigio en la materia de que se trate que, respecto de esos concretos puntos, hayan puesto de manifiesto que son mayoritariamente valorados en el ámbito científico como expresivos de un evidente e inequívoco error.”.*

Pues bien, frente a lo manifestado en el informe técnico aduce la reclamante que el segundo armónico es una técnica intrínseca en cualquier equipo de ecografía; afirmación que, conforme a lo razonado, resulta insuficiente para desvirtuar la presunción de acierto a que hemos hecho referencia; máxime a la vista de lo indicado en el informe de alegaciones remitido por la entidad contratante donde incluso se señala la fuente documental que sustenta la conclusión alcanzada cuando indica que *“Un ecógrafo puede ejercer sus funciones básicas sin estos elementos proporcionando una imagen menos nítida. Como especifican los profesores Ignacio López Moranchel y Patricia Irene Maurelos Castell en su libro “Fundamentos físicos y equipos, 3ª Edición, 2019”, los armónicos son elementos opcionales de la imagen ecográfica que dependen del tipo de transductor y de los exámenes que se realizan (...)”*

Partiendo de la citada premisa, si bien es cierto que en nuestro Acuerdo 54/2021, de 11 de junio, citado por la reclamante, señalamos que 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, no lo es menos que tal afirmación no se realiza de manera aislada como parece entender ésta. Más bien al contrario, pues a continuación señalamos que las prescripciones que sí deben incluirse en las proposiciones son aquellas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato; apreciación del todo coherente con la doctrina expuesta en el fundamento de derecho precedente, que obvia la reclamante y que, en este caso, reviste especial relevancia como se verá a continuación.

Así las cosas, las ofertas presentadas deben, en todo caso, acreditar el cumplimiento de aquellas condiciones técnicas que definen el producto a suministrar, esto es, aquellas que sirven para que éste resulte idóneo para satisfacer las necesidades a cubrir a través de su adquisición y que han sido delimitadas por el órgano de contratación en el pliego, siendo, por tanto, condiciones mínimas de obligado cumplimiento que no admiten modulación alguna; carácter que cabe apreciar en la prescripción técnica cuyo observancia se cuestiona en este caso.

Efectivamente, hemos visto cómo el pliego comprende la exigencia del segundo armónico entre los modos de imagen de los que el ecógrafo a suministrar debe disponer; y no sólo eso, sino que tal prescripción requerida es una de las que deben indicarse expresamente en la encuesta a rellenar, es decir, de aquellas cuyo cumplimiento debe ser verificado por la Mesa de Contratación para poder continuar en el procedimiento. Constituyendo así una prescripción de obligado cumplimiento que debe ser acreditado por los licitadores en su oferta, no pudiendo presumirse, por tanto, su concurrencia como aduce la reclamante; y cuya inobservancia determina, pues, la exclusión de la oferta.

Procede, en consecuencia, la desestimación de este motivo de impugnación.

SÉPTIMO.- Como segunda cuestión, sostiene la reclamante, que el equipo por ella ofertado sí cumple con la citada prescripción técnica; motivo por el cual su oferta no debió ser excluida. Extremo que acredita aportando una declaración responsable indicando que todos sus equipos de ecografía cuentan con dicha tecnología; documento que no incorporó en su proposición y que, por tanto, no pudo ser valorado por la Mesa de Contratación al comprobar el cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas por el pliego.

En relación con la presentación de documentos anexos a la reclamación que no constaban en el expediente de contratación y que, por lo tanto, no pudieron ser tenidos en cuenta para la adopción de la decisión por parte del órgano de contratación, indicamos en nuestro Acuerdo 94/2020, de 21 de octubre, que *“el análisis de documentos que no fueron aportados en el trámite correspondiente (art. 118.1, párrafo 2º de la Ley 39/2015), en este caso el de examen de las propuestas o el posterior de subsanación, está vedado a este Tribunal y ello como consecuencia de su carácter revisor, porque tal actuación equivaldría a reabrir tal trámite, debiendo ceñirse su intervención al examen de legalidad de la actuación de la entidad contratante en relación con la documentación de la que ésta dispuso en el referido trámite”*.

En similares términos se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 897/2015, de 5 de octubre, señalando lo siguiente: *“De igual modo, y al hilo de dicho carácter revisor, debe precisarse, en lo que atañe al propio examen de legalidad del acuerdo impugnado, y atendido que el recurso interpuesto por la actora se ve acompañado de diversa documental que tiende a complementar la justificación en su momento ofrecida, que este Tribunal tiene también declarado en diversas resoluciones anteriores (valgan por todas la 303/2013 y 433/2014) que a la hora de justificar el acuerdo de exclusión, hay que considerar la información facilitada en su momento y no la aportada posteriormente. Y es que, efectivamente, la nueva información, no puede ser tenida en cuenta por el Tribunal porque, por un lado, el trámite de justificación de ofertas está cerrado; y por otro, porque su función es exclusivamente revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad sin que sea, en consecuencia, competencia del mismo determinar la validez de la oferta,... con motivo de la nueva información aportada”*.

En consecuencia, a los efectos de resolver la controversia planteada relativa a la legalidad de la exclusión de la oferta de la reclamante por el motivo indicado, este Tribunal atenderá, exclusivamente, a la documentación aportada por ésta en su proposición; en la que, como se ha expuesto, y a pesar de lo indicado en la encuesta no se acredita que el equipo ofertado disponga de la citada prescripción.

Dicho lo anterior, este análisis debe partir de la premisa anteriormente referida de que el segundo armónico es, como señala la entidad contratante, una función opcional y que, por tanto, su implementación en el modelo de ecógrafo ofertado debe ser acreditada por parte de los licitadores, pues constituye, como se ha dicho y conforme a lo exigido en el pliego, una prescripción técnica obligatoria. Constituyendo una carga de los licitadores la observancia de la debida diligencia en la elaboración de su proposición, siendo éstos, como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10), quienes deben responsabilizarse de la corrección de su oferta.

Llegados a este punto, ha de insistirse en que precisamente por ello, en modo alguno, podía la Mesa de contratación, ante la omisión de toda referencia a la citada prescripción técnica, presumir que el producto ofertado cumplía con ésta, y tampoco interpretar tal omisión como un error u oscuridad susceptible de aclaración pues ello únicamente hubiera sido posible incorporando documentación nueva a la proposición, de tal manera que la corrección o aclaración de tal extremo hubiera dado lugar a la modificación de la oferta para adaptarla, a posteriori, a las exigencias del pliego, con evidente infracción del principio de igualdad de trato en perjuicio de quienes participaron en el procedimiento cumpliendo con las previsiones que debían seguirse para formular correctamente sus propuestas; resultando así que sólo cabía su exclusión del procedimiento, como así ha sucedido.

En definitiva, contrariamente a lo sostenido por la reclamante, la decisión adoptada por la Mesa de Contratación resulta ajustada a Derecho; motivo por el cual no cabe sino confirmar su legalidad y, por tanto, desestimar también este motivo de impugnación.

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 GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U. frente a la exclusión de su oferta del Lote 1 del procedimiento de adjudicación del contrato “(OB5/2021) *Suministro de Ecógrafos para el Complejo Hospitalario de Navarra*”, tramitado por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

2º. Notificar este acuerdo a GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA, S.A.U., al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, así como al resto de interesados que

figuren en el expediente, a los efectos oportunos, 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, 23 de septiembre de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer.  
LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.