EB 2022/113

Resolución 161/2022, de 25 de octubre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa NIPPON GASES ESPAÑA, S.L.U. contra la adjudicación del contrato "Suministro de gases medicinales para diversos hospitales de Osakidetza (Lote 4)", tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 28 de junio de 2022 se ha presentado en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa NIPPON GASES ESPAÑA, S.L.U. contra la adjudicación del contrato "Suministro de gases medicinales para diversos hospitales de Osakidetza (Lote 4)", tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el día 29 de junio, se le solicitó una copia del expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). La citada documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO los días 7 y 8 de julio.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 8 de julio, se han recibido el día 15 de julio las alegaciones de MESSER IBÉRICA DE GASES S.A.U. (en adelante, MESSER), adjudicataria impugnada.

Nahi izanez gero, J0D0Z-T42ZH-3G6Y bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: https://euskadi.eus/lokalizatzailea

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T42ZH-3G6Y en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de que J.R.H.C. actúa en nombre.

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

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

TERCERO: Impugnabilidad del acto

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

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: **Régimen jurídico del poder adjudicador**

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: **Alegaciones de la recurrente**

La recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

a) La denegación del acceso al DEUC de MESSER, que carece de información que pueda considerarse confidencial, ha causado indefensión a la recurrente que no puede verificar el cumplimiento de los requisitos de capacidad alegados.

b) MESSER debe ser excluida de la licitación por carecer de las autorizaciones administrativas y de los medios que resultan necesarios para el suministro de protóxido de nitrógeno en tanque criogénico. En concreto, se constatan los siguientes incumplimientos en lo que respecta al Lote 4:

(i) el producto ha de ser entregado en tanque (cláusula 6.a del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, PPTP) y el Real Decreto 1345/2007 exige disponer de laboratorio autorizado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.
(ii) en ningún momento Osakidetza ha autorizado a MESSER para que pueda suministrar el producto en la modalidad de rampa de botellas (cláusula 4 del PPTP).
(iii) en la documentación aportada no ofrece ningún camión cisterna habilitado (cláusula 7 del PPTP).
(iv) no se oferta un sistema de televigilancia (cláusula 12.2 del PPTP). Se hace referencia a un control de parámetros de presión de la rampa de botellas de N20, pero no se hace alusión a ningún parámetro del tanque como es el Nivel.

c) La aclaración realizada por Osakidetza y comunicada el 12 de abril de 2022 acerca del cambio relativo al consumo previsto de protóxido de nitrógeno en el lote 4 no modificó los requisitos mínimos generales de solvencia técnica. La aclaración únicamente significa que en el momento actual no se plantea adquirir dicho producto, sin que ello suponga modificar el objeto del contrato. Prueba de ello es (i) la aclaración no expresa la intención de modificar el objeto del contrato, (ii) conforme a la cláusula 6 del PPTP los requisitos técnicos generales son

aplicables a todos los lotes, (iii) incluso los centros en los que desde el inicio se ha previsto un consumo de 0 KG/año deben instalar un tanque.

d) Incorrecta, inadecuada y arbitraria valoración técnica de la oferta de MESSER que debido al grave incumplimiento en el que incurrió su oferta debió ser excluida. En particular (i) los terrenos para la construcción y puesta en marcha de una nueva planta en Estella no han sido aún adquiridos, (ii) se trataría de una planta de llenado de botellas, mientras que el suministro consiste en gases licuados en formato tanque, (iii) se les otorgan 3 puntos a pesar de que manifiesta que no cuenta con medios en la zona, (iv) idéntica consideración merece su valoración en el criterio "mantenimiento de redes de gases y control de calidad de gas en hospital", (v) en lo que respecta a "control de calidad de gas en el Hospital" el informe considera correcta la periodicidad pero a su vez indica que no se aporta información adicional, (vi) en el criterio "plan de calidad en los centros de producción" aporta un manual de procedimientos internos, pero carece de toda referencia sobre lo que se solicita en el pliego.

e) Finalmente, solicita (i) anular el acuerdo de adjudicación, (ii) excluir la oferta de MESSER, (iii) declarar adjudicatario del contrato a NIPPON.

SÉPTIMO: Alegaciones de MESSER

La adjudicataria impugnada solicita la desestimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) En ningún caso ha habido indefensión de la recurrente, ya que el DEUC se reduce a una declaración formal muy básica. El único apartado del DEUC que se ha considerado confidencial es el C, donde se detallan las facturaciones de clientes tanto privados como públicos; información que MESSER considera que es secreto comercial.

b) La mesa de contratación envió el día 12 de abril de 2022 una notificación en la que comunica que el LOTE 4 CRUCES no va a tener consumo de protóxido

de nitrógeno, por tanto, la mesa no tiene en cuenta este gas en los juicios de valor ni en el juicio de fórmulas.

c) La justificación de la elección del sistema de botellas es que este es el sistema que se utiliza a día de hoy, y se pretende seguir con el mismo "modus operandi". Además, la evolución del consumo de protóxido de nitrógeno es tendente a desaparecer, de acuerdo con lo que indica la nota informativa sobre aclaración de consumos. Se respetan las cláusulas 6.3.2 y 8 del PPTP.

d) MESSER cuenta con autorización para la comercialización de protóxido de nitrógeno en gas.

e) En lo que respecta a la valoración técnica de la oferta recuerda la discrecionalidad de la que dispone la Administración para otorgar puntuación en las valoraciones técnicas, siempre que no incurra en arbitrariedad y en este caso no se está ante una ausencia de justificación técnica. En concreto (i) los terrenos han sido adquiridos el 3 de marzo de 2022, (ii) se facilita información sobre las cisternas y camiones de los que dispone, (iii) las puntuaciones en los criterios de adjudicación "garantía de calidad del gas en la distribución" y "Plan de calidad" están debidamente motivadas.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con las siguientes razones:

a) De la lectura de las cláusulas 6.3.2 y 8 del PPTP se concluye que Osakidetza no impone a los licitadores la instalación de un tanque de protóxido de nitrógeno para el suministro de este tipo de gas, debido a que se trata de un gas en desuso y un tanque presenta más inconvenientes que un suministro mediante rampas de botellas. En ninguna parte del PPTP se exige el compromiso de instalar un tanque de protóxido, lo cual es absurdo habida cuenta de que se identifican hospitales con nulo consumo de este tipo de gas. Además, si el suministro se

realiza en botellas acogiéndose a la cláusula cuatro del PPTP, éstas se suministran llenas desde su origen.

b) La aclaración a los pliegos no modifica los requisitos mínimos y generales de solvencia técnica exigidos.

c) El informe que valora la oferta de MESSER conforme a los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor se centran en resaltar los defectos de dicha oferta, no obstante, ello no significa que la oferta no cumpla con lo solicitado y, si bien la valoración es baja, cumple con el requisito mínimo de puntuación exigido en las bases de la licitación.

NOVENO: <u>Apreciaciones del OARC / KEAO</u>

La pretensión de la anulación de la adjudicación del contrato basada en (i) la falta de aptitud de MESSER para el suministro de protóxido de nitrógeno en tanque, (ii) la vulneración por la oferta técnica de MESSER de las prescripciones técnicas y (iii) la vulneración de los límites de la discrecionalidad en la valoración de los criterios sujetos a un juicio de valor, debe partir del análisis de la naturaleza y contenido del documento denominado “aclaraciones”, de fecha 12 de abril de 2022, sobre cuyo alcance y efectos discrepan las partes. Las cláusulas contractuales relevantes, así como el contenido de dicho documento es el siguiente:

PPTP

1. OBJETO DEL CONTRATO

El objeto del presente expediente es la contratación del suministro de los siguientes gases medicinales para diversos hospitales de Osakidetza:

1. Oxígeno líquido medicinal en tanque criogénico para utilización en suministro de oxígeno y en mezcladores para la producción de aire medicinal.
2. Nitrógeno líquido medicinal en tanque criogénico para utilización en mezcladores para la producción de aire medicinal.
3. Protóxido de nitrógeno en tanque criogénico.

El suministro deberá cumplir la legislación específica aplicable al suministro de gases medicinales y cualquier normativa que le sea de aplicación al suministro correspondiente, o la que legalmente la sustituya en futuro.

6. REQUISITOS TÉCNICOS GENERALES APLICABLES A TODOS LOS LOTES

a) Se mantendrán los sistemas implantados en la actualidad para los diferentes Centros, de tal forma que, si el suministro se realiza en la actualidad por medio de tanque criogénico en el caso del oxígeno y protóxido o por mezclador de aire en el caso de aire medicinal, se conservarán dichas modalidades de suministro.

(…)

6.3. Instalación de un centro emisor de protóxido de nitrógeno N2O

6.3.1. Objeto

La Empresa Suministradora se compromete a instalar en los locales de OSAKIDETZA un tanque de Protóxido de Nitrógeno Líquido y cuantos accesorios sean necesarios para cumplir con la legislación vigente. Todas las actuaciones precisas para la instalación del centro emisor de protóxido de nitrógeno y el estacionamiento del camión cisterna, así como todos los materiales precisos para su realización serán por cuenta de la Empresa Suministradora. Una vez llevadas a término y recibido el conforme de los técnicos de OSAKIDETZA, quedarán en propiedad de OSAKIDETZA, la cual ejerce sobre el conjunto de las instalaciones enumeradas, así como sobre todos los materiales precisos para su realización, un pleno dominio, sin que OSAKIDETZA venga obligada a ningún pago ni compromisos, tanto en el presente como en el futuro, respecto a la Empresa Suministradora, ni tan siquiera cuando esta Empresa dejara de suministrar, por cualquier motivo, el protóxido de nitrógeno a OSAKIDETZA. Todas las actuaciones precisas para una adecuada conducción del protóxido de nitrógeno desde el centro emisor hasta cada uno de los pabellones o unidades que integran cada hospital y efectuadas por la Empresa Suministradora, quedarán y serán propiedad de OSAKIDETZA una vez llevadas a término.

6.3.2. Requisitos que debe de cumplir el suministro de protóxido de nitrógeno líquido

(…)

SEGUNDO

La Empresa Suministradora se compromete a instalar todos los sistemas de control y seguridad necesarios para el buen funcionamiento de la instalación para el suministro de Protóxido de Nitrógeno.

TERCERO

El mantenimiento y conservación del tanque de Protóxido de Nitrógeno Líquido será por cuenta de la Empresa Suministradora.

CUARTO

La Empresa Suministradora, a su cargo, podrá elegir la fuente de suministro principal (depósito criogénico o rampa de botellas) que se instale, siempre que exista una justificación de acuerdo

con la evolución del consumo. La decisión tomada será comunicada y consensuada con OSAKIDETZA.

QUINTO

La Empresa Suministradora también se compromete a suministrar el Protóxido de Nitrógeno en botellas que pudiera precisar OSAKIDETZA para cubrir las baterías de emergencia al precio acordado en este Contrato, sin ningún coste adicional por ningún otro concepto.

(…)

SÉPTIMO

Para el suministro de Protóxido de Nitrógeno Líquido, la Empresa Suministradora transportará a su cargo y riesgo dicho gas licuado en camión cisterna habilitado al objeto y trasvasará un mínimo de 1.000 Kg. por entrega al tanque de almacenamiento propiedad de la Empresa Suministradora situado en terrenos de OSAKIDETZA.

OCTAVO

OSAKIDETZA recibirá un tanque de almacenamiento en calidad de depósito siendo en todo momento propiedad de la Empresa Suministradora.

NOVENO

El consumo de electricidad será por cuenta de OSAKIDETZA.

DÉCIMO

El precio máximo fijado para el Protóxido de Nitrógeno Líquido suministrado será de 5,31 €/Kg (sin IVA). En este precio se entienden incluidos tanto toda clase de impuestos (excepto IVA), recargos, etc. como los costes que fueran precisos para su instalación, transporte, pruebas de funcionamiento y adiestramiento del personal que se encargue del manejo del material. No procederá revisión de precios alguna.

UNDÉCIMO

Las cantidades de Protóxido de Nitrógeno Líquido suministrado se medirán por pesada del camión antes y después del trasvase o por pesada directa en el tanque.

DUODÉCIMO

La Empresa Suministradora se ocupará de obtener ante la Delegación de Industria los oportunos permisos, así como de mantener las instalaciones en todo momento, de acuerdo con la legislación vigente, siendo los gastos ocasionados por su cuenta.

DÉCIMOTERCERO

La Empresa Suministradora, antes de la puesta en marcha definitiva de la instalación, hará todas las pruebas necesarias ante los Servicios Técnicos de OSAKIDETZA.

DÉCIMOCUARTO

Una vez rescindido el Contrato de Suministro se restituirá a la Empresa Suministradora el material depositado dentro del recinto vallado, material que será retirado por los operarios de la Empresa Suministradora, respondiendo ésta de los deterioros que se produzcan sobre vallas, plataformas y demás instalaciones, que son propiedad de OSAKIDETZA, debiendo quedar éstas

en situación de poderse acoplar a un nuevo equipo. OSAKIDETZA no tendrá que abonar cantidad alguna por la retirada y trabajos del equipo en cuestión.

(…)

8. VARIANTES TÉCNICAS

Según indicado en el punto CUARTO del apartado "6.3.2 Requisitos que debe de cumplir el suministro de protóxido de nitrógeno líquido", la Empresa Suministradora podrá elegir la fuente de suministro principal (depósito criogénico o rampa de botellas) que se instale, siempre que exista una justificación de acuerdo con la evolución del consumo. La decisión tomada será comunicada y consensuada con OSAKIDETZA.

El precio máximo fijado para el Protóxido de Nitrógeno suministrado será el definido en el punto DÉCIMO del mismo apartado independientemente de la fuente de suministro principal elegida por el Licitante.

NOTA INFORMATIVA SUMINISTRO DE GASES MEDICINALES EN DIVERSOS HOSPITALES DE OSAKIDETZA DE 12 DE ABRIL DE 2022

ACLARACIÓN CONSUMOS

(…)

Por otro lado, se informa que el consumo de Protóxido del **LOTE 4** (HU CRUCES) pasa a ser de 0 kg/año después de consulta realizada al Hospital. No es necesario ofertar este tipo de gas en este lote. Si alguno de los licitadores lo incluyese no se tendría en cuenta ni en los juicios de valor ni en el juicio de fórmulas.

Puesto que el expediente solicita precios unitarios esta actualización no modifica la licitación.

LOTE	CENTRO	PROTOXIDO (N2O)	PROTOXIDO (N2O)
		CONSUMO INICIALMENTE PREVISTO EN EXPEDIENTE	CONSUMO ACTUAL PREVISTO
		kg /año	kg /año
4	**HU CRUCES**	500	**0**

Lo que se comunica a los efectos oportunos.

A la vista de lo anterior, de las alegaciones de los interesados y de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la impugnación.

a) Sobre la aclaración

A juicio de este OARC / KEAO el contenido de la "aclaración" supone una modificación significativa del objeto del contrato y de las reglas de participación en el procedimiento de adjudicación por las siguientes razones:

1) Mediante la "aclaración" el poder adjudicador pone de manifiesto que uno de los gases objeto del contrato, sobre el que existía una previsión inicial de suministro para el Lote 4, no va a ser requerido, por lo que, de ser ofertado dicho gas, no será valorado. No nos encontramos ante una mera aclaración o precisión de una estipulación, sino ante una alteración sustancial de un elemento esencial del contrato. Téngase en cuenta que el Lote 4 comprende, aunque sea en una cantidad menor al resto de gases medicinales, el suministro de protóxido de nitrógeno en tanque criogénico (cláusula específica 1 del PCAP) y el poder adjudicador modifica durante el procedimiento de adjudicación el alcance de este elemento esencial del contrato en la que los operadores económicos interesados se han basado para tomar la decisión de preparar la presentación de una oferta o, por el contrario, de renunciar a participar en el procedimiento de adjudicación del contrato correspondiente (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos, C-368/10, EU:C:2012:284, apartado 55, y de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, apartados 27 a 29).

2) La modificación introducida mediante la "aclaración" altera las condiciones de participación en el procedimiento de adjudicación y afecta a las reglas de presentación y valoración de las ofertas. En concreto, la comercialización del gas cuya exigencia de suministro se suspende requiere de una autorización específica para su comercialización (artículo 4 del Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente), por lo que los licitadores que no contaban con ella o no podían efectuar el suministro

del gas licuado como líquido criogénico exigido en los pliegos (cláusula específica 1 del PCAP y cláusula 6 del PPTP), y, por lo tanto, no podían presentar una oferta válida, con dicha modificación podrán participar y optar a la obtención del contrato (ver en este sentido, la STJUE de 5 de abril de 2017, Asunto C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266, apartado 62 y siguientes).

3) También implica una modificación de las reglas de presentación de la oferta y de su valoración, pues la preparación de las ofertas se ve alterada al evaluarse ésta sobre dos gases medicinales y no sobre los tres inicialmente solicitados.

El alcance de esta modificación se analiza en el siguiente apartado.

b) Sobre la modificación del objeto del contrato durante el procedimiento de adjudicación

El artículo 123 y 124 de la LCSP establecen que los pliegos de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas particulares solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho, o aritmético y que, en otro caso, dicha modificación conllevará la retroacción de actuaciones. Si bien en relación con el pliego de cláusulas administrativas particulares, pero con una argumentación que es también es plenamente trasladable a los pliegos de prescripciones técnicas particulares, este OARC / KEAO ha manifestado en ocasiones precedentes (ver la Resolución 97/2020 y 173/2021) el contenido de esta disposición no es sino una manifestación de dos principios generales de la contratación pública y del procedimiento de adjudicación, los de publicidad e igualdad de trato y no discriminación (artículos 1.1 y 132.1 de la LCSP y 18.1 de la Directiva 2014/24/UE), que prohíben que los elementos fundamentales del procedimiento (entre los que se encuentra el objeto del contrato), en cuya estabilidad confían los operadores económicos, se puedan alterar por el poder adjudicador una vez iniciado éste fuera de los casos legalmente previstos y con el cauce procedimental, la publicidad y las

consecuencias legalmente exigidas. En el presente caso, se ha modificado el objeto del lote 4 (suprimiendo el suministro de protóxido de nitrógeno) y se han introducido modificaciones en el procedimiento de selección (no se valorará el precio ni la oferta técnica de dicho producto) sin la debida retroacción de actuaciones para la aprobación de unos nuevos pliegos y su debida publicidad (DOUE y plataforma de contratación), conculcándose los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia a las licitaciones y de igualdad de trato, además de lo dispuesto en los artículos 123 y 124 de la LCSP. Tal y como se afirmaba en las mencionadas Resoluciones, el mero transcurso del tiempo sin haber actuado contra la supuesta aclaración, que en realidad disfraza una modificación de los pliegos, o el hecho de que las aclaraciones hayan sido publicadas con tiempo suficiente para la presentación de las ofertas, no son argumentos que puedan ser opuestos a la recurrente, quien confía en que una alteración de las reglas de la adjudicación del contrato se va a sujetar al procedimiento legalmente establecido y al mismo grado de publicidad que se le ha dado al documento inicial, por lo que no puede entenderse que la recurrente haya consentido la modificación. En este sentido, no pueden ser opuestas por MESSER las Resoluciones 157/2018 y 92/2019 de este OARC / KEAO, que concluían como precluido el plazo para impugnar unas aclaraciones debido a que, al contrario de lo que se concluye en el supuesto que nos ocupa, al ser considerada como una verdadera aclaración la información facilitada por el poder adjudicador, su consecuencia inmediata es que tenía la consideración de pliego a todos los efectos (ver, entre otras, las Resoluciones 92/2019 y 25/2020 de este OARc / KEAO). Finalmente, debe tenerse en cuenta que una situación como la descrita, en la que se obvia la publicidad adecuada, es susceptible de crear desigualdad entre los licitadores a la hora de preparar sus ofertas y desigualdad de trato durante el proceso de valoración de las mismas.

La consecuencia de esta irregularidad únicamente puede ser que el órgano de contratación no puede oponer una modificación esencial con apariencia de aclaración a los licitadores que han confiado en la inalterabilidad de los pliegos y en que cualquier cambio en los mismos se ajustaría al procedimiento correspondiente (ver la Resolución 185/2019 del OARC / KEAO).

c) Sobre la forma de suministrar el protóxido de nitrógeno

Partiendo de la base de que la modificación operada por el poder adjudicador mediante las "aclaraciones" no puede ser opuesta al recurrente, se discute si la forma de suministro del protóxido de nitrógeno ha de serlo con tanque criogénico, tal y como defiende la recurrente, o si cabe, alternativamente, realizarlo en botellas / bloques de botellas, que es la interpretación postulada por el poder adjudicador y MESSER. A juicio de este OARC / KEAO, el recurso debe ser estimado por las siguientes razones:

1) La cláusula específica 1 del PCAP y cláusula 1 del PPTP definen el objeto del contrato como la contratación del suministro de, entre otros gases, del Protóxido de nitrógeno en tanque criogénico y no se admite la presentación de ofertas variantes (cláusula 24.4 del PCAP). Además, la cláusula 1.5 del PCAP y cláusula 3 del PPTP insisten en que el suministro de protóxido de nitrógeno ha de hacerse en forma licuada. De forma específica, la cláusula 6.3.1 del PPTP exige a la empresa suministradora instalar un tanque de Protóxido de Nitrógeno líquido, el cual al término del contrato pasará a ser propiedad de Osakidetza (cláusula 6.3.1 del PPTP), se relacionan las especificaciones técnicas relativas a la instalación del tanque de protóxido de nitrógeno líquido (cláusula 6.3.3 del PPTP), entre las que figuran las características del recipiente, las mecánicas y químicas y las relativas a su seguridad, y se establece un trasvase mínimo de 1.000 Kg de dicho gas licuado desde el camión cisterna habilitado al tanque criogénico (punto séptimo de la cláusula 6.3.2 del PPTP).

2) Frente a las dispuesto en las cláusulas señaladas en el apartado 1) anterior, no se pueden oponer las cláusulas alegadas por el recurrente y el poder adjudicador por las siguientes razones:

   (i) La literalidad del apartado a) de la cláusula 6 del PPTP no habilita a los licitadores a modificar la forma licuada del gas a suministrar.

(ii) El punto Cuarto de la cláusula 6.3.2 y cláusula 8, ambas del PPTP, contienen una posibilidad de sustituir la fuente de suministro principal durante la ejecución del contrato, no en la fase de licitación. Esta conclusión se desprende de:

i. La literalidad de las cláusulas, pues dicha opción la tiene "la empresa suministradora" y no las empresas licitadoras.
ii. La elección de la fuente de suministro principal (depósito criogénico o rampa de botellas) está condicionada a que la decisión sea comunicada y consensuada con Osakidetza, que no puede efectuarse en el momento de preparación o valoración de una oferta por suponer una negociación con un licitador de las condiciones del contrato, lo cual está terminantemente prohibido en un procedimiento abierto (ver, en este sentido la Resolución 52/2022 de este OARC / KEAO). Además, supeditar la posibilidad de opción a la condición de que lo apruebe el poder adjudicador descarta la posibilidad de que el licitador pueda elegir unilateralmente en su oferta una forma de suministro u otra.
iii. Finalmente, del contexto de dichas cláusulas, que condicionan la opción a la evolución del consumo (se entiende que futuros porque si fueran pasados se explicitarían en el PPTP), se desprende que dicha posibilidad se materializará una vez adjudicado el contrato, lo cual no exime al licitador de tener que preparar la oferta conforme a lo especificado en el objeto del contrato, esto es, un suministro en tanque criogénico.

d) <u>Sobre la infracción del PPTP por la oferta de MESSER</u>

Sentada la base de que la oferta debía contener la propuesta del suministro de protóxido de nitrógeno en tanque criogénico, los extremos técnicos de la

proposición de la adjudicataria impugnada deben contrastarse únicamente con el PPTP, obviando el contenido de la aclaración y, a este respecto, MESSER en sus alegaciones al recurso especial (apartado B de la alegación TERCERA) afirma que (...) MESSER ha presentado en el Sobre C las fichas técnicas de los productos, donde en todo momento se ha dejado claro que se propone el protóxido de nitrógeno en formato botella, y por lo tanto en formato GAS), lo cual supone el incumplimiento de una de las prescripciones técnicas del contrato. La consecuencia de este incumplimiento es la prevista en la cláusula 14.1.h) de las condiciones generales del PCAP que dispone que se rechazarán las ofertas que incumplan las condiciones o requisitos establecidos en el PCAP y PPTP.

Como ha puesto de manifiesto este OARC/KEAO en ocasiones anteriores (ver, por ejemplo, la Resolución 185/2019), el PPTP realiza una descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario, y refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato. Además, las prescripciones técnicas representan el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtenerse y deben alcanzar todas las ofertas, por lo que es contrario a dicho interés admitir una proposición que no lo satisfaga. Consecuentemente, el poder adjudicador no puede obviar sus propias prescripciones técnicas y adjudicar el contrato a una oferta que las incumple, ya que se vulnerarían los principios de transparencia e igualdad de trato (artículo 132 de la LCSP).

e) Conclusiones

A la vista de lo expuesto en los apartados anteriores el recurso debe ser estimado y la oferta de MESSER excluida del procedimiento, retrotrayendo las actuaciones de acuerdo con lo previsto en el artículo 150.4 de la LCSP. Como consecuencia de la estimación del recurso y debido a la satisfacción de su interés, no es necesario revisar las alegaciones sobre la posible ilegalidad de la falta de acceso al expediente o la solicitud de su visionado ante este Órgano.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso interpuesto por la empresa NIPPON GASES ESPAÑA, S.L.U. contra la adjudicación del contrato "Suministro de gases medicinales para diversos hospitales de Osakidetza (Lote 4)", tramitado por Osakidetza, anulando el acto impugnado y retrotrayendo las actuaciones de acuerdo con lo previsto en el artículo 150.4 de la LCSP.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTA: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma

(artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko urriaren 25a

Vitoria-Gasteiz, 25 de octubre de 2022