



EB 2016/057 EB 2016/058

Resolución 082/2016, de 5 de julio de 2016, del 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 los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por GETINGE GROUP SPAIN, S.LU. y la UTE formada por DRÄGER MEDICAL HISPANIA, S.A.U. / GIROA, S.A.U., contra la Resolución de 21 de abril de 2016 de adjudicación de los lotes 3 y 8 del contrato de “Servicio de mantenimiento y equipamiento de electromedicina de los Centros de Osakidetza del Área de Bizkaia”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se han recibido 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) los siguientes recursos especiales frente a la Resolución de 21 de abril de 2016 de adjudicación de los lotes 3 y 8 del contrato de “Servicio de mantenimiento y equipamiento de electromedicina de los Centros de Osakidetza del Área de Bizkaia”:

.- Recurso EB 2016/057, interpuesto el día 9 de mayo de 2016 por la UTE formada por DRÄGER MEDICAL HISPANIA, S.A.U. / GIROA, S.A.U. (en adelante, la UTE).

.- Recurso EB 2016/057, interpuesto el día 9 de mayo de 2016 por GETINGE GROUP SPAIN, S.LU. (en adelante, GETINGE).

SEGUNDO: El mismo día de su interposición se remitieron los recursos al poder adjudicador. El expediente del contrato recurrido y el informe al que se



refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) han tenido entrada en el registro del OARC / KEAO el día 27 de mayo de 2016.

TERCERO: El mismo 27 de mayo de 2016 se trasladaron los recursos a MANTELEC, S.A., adjudicatario impugnado, que ha enviado las alegaciones a ambos recursos el día 2 de junio de 2016.

CUARTO: En su recurso GETINGE solicita a este OARC / KEAO que realice la discriminación de las partes de la oferta de MANTELEC, S.A. que no deben ser declaradas confidenciales y le facilite el acceso a las mismas por plazo de 5 días hábiles, conforme a lo previsto en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, para que pueda completar el recurso.

Examinado el documento denominado “Requerimiento expreso de confidencialidad y declaración de cumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas” de la oferta de MANTELEC, este Órgano Resolutorio ha considerado que la mera alusión al trascendental interés que a efectos técnicos y comerciales representa la información que se declara confidencial, resulta insuficiente e inaceptable para denegar el acceso a la vista de la oferta, motivo por el cual el día 1 de junio de 2016 solicitó a MANTELEC que justificara los motivos concretos que han conducido a que los capítulos 2 a 5 de su oferta técnica hayan sido declarados confidenciales en su “grado máximo”.

En respuesta al requerimiento, MANTELEC manifiesta que «dicha justificación ya fue aportada y es conocida tanto por GETINGE como por el órgano de contratación que la estimó conforme y merecedora de tal calificación, resultando improcedente la concesión de acceso a la recurrente a las partes de nuestra oferta señaladas como confidenciales, **por corresponder, como motivadamente ya se fundamentó, al Know how determinante para el éxito comercial y técnico de MANTELEC S.A. cuyo conocimiento por parte de sus competidoras, podría traer consecuencias irreparables para su cuota de mercado.**»



Mediante Resolución ES 03/2016, de 8 de junio de 2016, este OARC / KEAO resolvió «Conceder a GETINGE, S.A. el acceso a la parte de la oferta de MANTELEC señalada en el Fundamento de Derecho Sexto de la presente resolución, con las limitaciones que en el mismo se indican», acceso que tuvo lugar al día siguiente, tal y como consta en la Diligencia emitida con tal motivo.

El día 14 de junio de 2016 tuvo entrada en el registro de este Órgano el escrito de GETINGE completando su recurso tras el acceso al expediente.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 29.3 Real Decreto 814/2015, el 15 de junio de 2015 se trasladó el escrito a Osakidetza para que emitiera el informe correspondiente y al día siguiente a MANTELEC para que efectuara alegaciones; dentro del plazo otorgado se han recibido el día 22 de junio las alegaciones de esta última.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, este OARC / KEAO dispone la acumulación de los procedimientos de recurso números EB 20156/057 y EB 2016/058 por guardar entre sí identidad sustancial e íntima conexión, al afectar a la misma licitación y dirigirse ambos contra la adjudicación del contrato.

SEGUNDO: En el expediente consta la representación de Don J. I.D., que actúa en nombre de la UTE, y Don J.J. G.M., que actúa en nombre de GETINGE.

En sus alegaciones MANTELEC plantea con carácter previo la falta de legitimación de la UTE y de GETINGE para la interposición del recurso. Señala que los recurrentes fundamentan su legitimación en haber presentado oferta para la adjudicación de los lotes 3 y 8 y estar interesados en que se declare la nulidad de la resolución impugnada, lo que conllevaría la declaración de



desierto del procedimiento y la apertura de un nuevo procedimiento de contratación para la adjudicación del lote, al que los recurrentes podrían optar. Dice que el interés genérico en la declaración de desierto no es suficiente para ostentar legitimación activa y que los recurrentes no alegan causas excepcionales que justifiquen la atribución de legitimación. Además, en las alegaciones al recurso de GETINGE, añade que la normativa no obliga, una vez declarado desierto el procedimiento de adjudicación, a convocar uno nuevo en idénticas condiciones que el anterior, puesto que el órgano de contratación bien pudiera acudir a un procedimiento abierto sin lotes o a un procedimiento negociado o que, incluso, se acudiera a un contrato de distintas características del convocado, por lo que la posibilidad de que tras la declaración de desierto se vuelva a iniciar otro procedimiento de adjudicación al que se pueda acudir como licitador, no es por sí sola ventaja sustentadora de un interés legítimo que atribuya legitimación activa suficiente a la recurrente. Afirma el alegante que llevada a sus últimas consecuencias implicaría la atribución de legitimación a quienes no han intervenido en el procedimiento de contratación como licitadores, quienes podrían ostentar interés en una futura licitación a la que pudieran concurrir si se declarase desierto el procedimiento.

En cuanto a la legitimación para recurrir, se debe partir del principio de que según el artículo 42 del TRLCSP «Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.»

El concepto de “interés legítimo” ha sido tratado profusamente por la jurisprudencia y por la doctrina de los órganos de resolución de recursos, y puede resumirse en que «(...) el acto impugnado debe repercutir directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, en la esfera jurídica del recurrente, que debe acreditar la titularidad de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, de forma que el “interés legítimo” no puede ser asimilado al del “interés en la legalidad”, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico lo permite.»



En el presente caso se trata de la impugnación de la Resolución de 21 de abril de 2016 del Director General de Osakidetza, de adjudicación de los lotes 3 y 8 del contrato, por quienes fueron excluidos y desplazados de la adjudicación a raíz de la ejecución de la Resolución 130/2015 de este OARC / KEAO, que ponía fin al procedimiento de recurso especial EB 2015/119 promovido por MANTELEC, hoy adjudicatario impugnado.

Sobre la legitimación para la interposición del recurso por quien ha sido excluido previamente de la licitación, este Órgano en su Resolución 20/2015 sostuvo que «(...) GARBIALDI fue excluida del proceso de licitación en la Resolución 117/2014 del OARC / KEAO, que anulaba la adjudicación y ordenaba la realización de una nueva a favor de la siguiente oferta económicamente más ventajosa en el orden de clasificación, por lo que según la doctrina que invoca UNI2 en sus alegaciones carecería de legitimación porque al estar excluida nunca podrá obtener el beneficio de la adjudicación del contrato. Sin embargo, GARBIALDI en su recurso impugna la totalidad de las ofertas aceptadas en la licitación por no cumplir alguna o varias de las frecuencias previstas en el PCT. Por tanto, debe observarse que el recurrente sí podría obtener un beneficio no hipotético sino real si se estimara el recurso en la totalidad de sus pretensiones, de modo que el poder adjudicador se vería obligado a convocar una nueva licitación en la que podría participar y aspirar a la adjudicación del contrato.» En este mismo sentido, en la Resolución 97/2013 se afirmaba que «(...) el recurrente goza de un interés legítimo en cuanto que podría obtener un beneficio real, no hipotético, de la anulación de la adjudicación, como puede ser el que ésta sea declarada desierta y la posibilidad de que se vuelva a iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación.»

Los recursos que nos ocupan, impugnan la adjudicación a MANTELEC, único licitador admitido en los lotes 3 y 8, y de estimarse el contrato debería declararse desierto en ambos lotes al carecer de otros licitadores admitidos. MANTELEC alega que esta solución no conduce inevitablemente a la celebración de un contrato con las mismas características –procedimiento restringido y dividido en lotes– y que bien podría licitarse mediante procedimiento abierto o negociado y sin lotes. No puede acogerse la tesis del alegante porque a juicio de este OARC / KEAO la declaración de desierto sí supondría un beneficio real y no hipotético para los hoy recurrentes, puesto que



tratándose del mantenimiento y equipamiento de electromedicina de los Centros de Osakidetza del Área de Bizkaia es indudable que el servicio debe seguir prestándose y un hipotético rediseño del servicio en un contrato único y sin lotes o el cambio del procedimiento de adjudicación ordinario –abierto en lugar de restringido– no afectarían a la opción de los recurrentes a obtener un beneficio ya que siendo la prestación del servicio inevitable podrían presentarse a la licitación solos o en colaboración con otras empresas. Si la opción elegida por el órgano de contratación fuera el procedimiento negociado, la única habilitación posible sería la prevista en el artículo 170. c) del TRLCSP cuando las proposiciones presentadas en un procedimiento restringido, como es el caso, no son adecuadas siempre que las condiciones del contrato no se modifiquen. El artículo 178.1 del TRLCSP prevé que en «El procedimiento negociado será necesario solicitar ofertas, al menos, a tres empresa capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible», y no puede descartarse que, en su caso, el órgano de contratación contara con las empresas que habían sido invitadas en el procedimiento restringido, pues aun tratándose de ofertas inadecuadas habían acreditado capacidad para realizar el contrato. En definitiva, cualquiera que fuera la opción elegida por el órgano de contratación, es indiscutible que tanto la UTE como GETINGE podrían obtener un beneficio si sus recursos prosperan.

En las alegaciones se invoca también que la legitimación llevada a su extremo habilitaría a quienes no han intervenido en el procedimiento de contratación como licitadores. Esta afirmación tampoco es admisible porque el artículo 42 del TRLCSP en su amplitud otorga legitimación a quienes se hayan visto perjudicado o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso, y es indiscutible que la impugnación de la Resolución de 21 de abril de 2016 y el resultado que de la misma se derive –bien sea confirmado la adjudicación del contrato o bien declarándolo desierto– únicamente puede afectar en este momento a quienes han tomado parte en el procedimiento y han visto sus expectativas confirmadas o truncadas.

Además, como expresan ambos recurrentes, hasta el momento de la emisión de la Resolución de 21 de abril de 2016 de adjudicación del contrato a favor de



MANTELEC, no han tenido ocasión de denunciar los incumplimientos de su oferta que, a su juicio, motivaran la estimación de los recursos y su exclusión. La configuración que el TRLCSP ha hecho del recurso especial, impide que éste se plantee como un procedimiento contradictorio entre el recurrente y el resto de interesados que formulan alegaciones, cuya posición obedece al mandato constitucional de garantizar su audiencia (artículo 105.3 de la Constitución), pero no les concede una vía de impugnación o reconvención, por lo que su posición procedimental no es en absoluto análoga a la del recurrente ni a la del demandado del pleito civil (Resolución OARC / KEAO 43/2014); sin embargo, se contravendría el artículo 42 del TRLCSP si se negara legitimación a un licitador excluido que a lo largo del procedimiento del recurso especial que dio lugar a su exclusión no pudo reconvenir e impugnar el acto de admisión de la oferta del recurrente, que quedaría en una posición de privilegio.

Debe concluirse, por tanto, que ambos recurrentes están legitimados para la interposición del recurso.

TERCERO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP establece que podrán ser objeto de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada. El contrato impugnado es un servicio de la categoría 1 (servicios de mantenimiento y reparación. CPV 50400000) del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado total para todos los lotes de 38.086.400,00 €.

CUARTO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación. Ambos recurrentes impugnan la Resolución de 21 de abril de 2016, del Director General de Osakidetza, de adjudicación de los lotes 3 y 8 del contrato a MANTELEC.

QUINTO: Los recursos se han interpuesto en tiempo y forma.



SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, OSAKIDETZA tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SÉPTIMO: La argumentación de los recurrentes es, en síntesis, la siguiente:

1.- Recurso EB 2016/057 de la UTE formada por DRÄGER MEDICAL HISPANIA, S.A.U. / GIROA, S.A.U (lote 3).

a) Incumplimiento de la oferta de MANTELEC del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT). De acuerdo con lo que prevén las cláusulas 1.1 y 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y el artículo 116.1 del TRLCSP, las ofertas se deben ajustar al contenido de las prescripciones técnicas particulares ya que establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato. Según el artículo 145 del TRLCSP la presentación de proposiciones por los interesados supone la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de los pliegos. El PPT definió las calidades que deben cumplir, con carácter obligatorio, las ofertas de los licitadores. Reproduce el apartado 19.1.4 del PPT “Mantenimiento software”, que contiene obligaciones imperativas cuyo cumplimiento es susceptible de valoración y apreciación objetiva. Señala que la oferta de MANTELEC incumple las exigencias del apartado mencionado porque incluye numerosas limitaciones unilaterales a los requerimientos impuestos. Reproduce la oferta de MANTELEC de “Propuesta de mantenimiento de software para el lote 3”, y afirma que su contenido demuestra el incumplimiento objetivo del PPT, ya que propone la selección a su voluntad de algunos equipos sobre los que realizaría un posible servicio de mantenimiento de software sujeto al acuerdo con cada Dirección de Hospital. La oferta se reserva limitaciones al alcance de sus obligaciones para el lote 3 y no deja en manos de Osakidetza la decisión de hacer valer esas limitaciones. Además, las limitaciones de actualizaciones no devolverían a los equipos a su estado conforme como prevé el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios; añade que es el fabricante y desarrollador de los equipos



quien desarrolla las actualizaciones de software tendentes a evitar posibles fallos, así como implementar mejoras en la funcionalidad de los equipos. El cometido del adjudicatario es llevar a cabo las actualizaciones de todos los equipos objeto de contrato para lo que deberá estar al tanto de todas las actualizaciones que adquirirá al fabricante sin excepción, y no atendiendo a la criticidad de unos equipos que unilateralmente pueda estimar. Concluye que no cabe la adjudicación del lote 3 a MANTELEC pues su oferta debió ser rechazada.

b) Infracción por la resolución impugnada de los principios rectores de la contratación pública. Manifiesta que si el OARC / KEAO en su Resolución 130/2015 estimó procedente la exclusión de la oferta de la UTE para el lote 3, en defensa de los principios de legalidad, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, que consagran los artículos 1 y 139 del TRLCSP, se debe apreciar la nulidad de la resolución actualmente impugnada y la exclusión de la oferta de MANTELEC para el mencionado lote, por lo que procede su declaración de desierto. Alude a distintas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de igualdad de trato, que imponen que los licitadores concurren en idéntica condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas se valoren, con respeto a la regla de la comparación de ofertas, en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar.

c) Falta de juicio sobre el incumplimiento del PPT por parte de la oferta de MANTELEC. El OARC / KEAO no ha emitido aún un juicio sobre el incumplimiento por MANTELEC del apartado 19.1.4 del PPT. Señala que ni en la Resolución 130/2015 ni en la Resolución GI 001/2016, que resolvía un incidente de ejecución de la primera, se enjuiciaron los hechos y argumentos contenidos en el presente recurso, debiendo ser ahora valorado el incumplimiento de la oferta de MANTELEC en el lote 3, donde en su propuesta de mantenimiento se reserva seleccionar los equipos en los que mantener un software actualizado cuando es vital para el funcionamiento y sólo sobre estos equipos seleccionados. Además, sobre la base de un estudio unilateral se reserva la conveniencia de las posibles ventajas que pueda suponer un nuevo



software y acordar si lo lleva a cabo, lo que es manifiestamente contrario al PPT. No se trata de condiciones que afectan a la ejecución del contrato sino ante exigencias previas del alcance que deben comprender las ofertas.

d) Solicita la declaración de nulidad, por incumplimiento del PPT, de la Resolución de 21 de abril de 2016 que adjudica a MANTELEC el lote 3, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la Resolución impugnada, siendo procedente la declaración de desierto del citado lote 3.

2.- Recurso EB 2016/058 de GETINGE GROUP SPAIN, S.L.U. (lote 8).

a) Imposibilidad legal de admitir declaraciones de confidencialidad de las ofertas en su totalidad o práctica totalidad, como ocurre en el presente caso. De acuerdo con el artículo 1 del TRLCSP, la actividad de contratación del sector público debe regirse por los principios de publicidad y transparencia, admitiéndose sólo algunas excepciones que se halla debidamente tasadas, como son las previstas en los artículos 140.1 y 153 del propio texto refundido. Añade que el uso fraudulento que muchos licitadores estaban haciendo de la declaración de confidencialidad ha hecho que tribunales y órganos especializados en materia de contratación hayan puesto límite a dicha posibilidad señalando que no son admisibles las declaraciones de confidencialidad de la totalidad o práctica totalidad de las ofertas. En el caso de la oferta de MANTELEC, el carácter confidencial comprende prácticamente la totalidad de la oferta, con excepción del índice y algunas páginas generales de presentación, lo que evidencia el carácter abusivo y fraudulento de tal proceder.

b) La oferta de la adjudicataria al lote 8 matiza las obligaciones que el PPT incluye como especificaciones técnicas de necesaria observancia en sus cláusulas 66.1.3 y 66.14, como fue reconocido en el informe técnico de 20 de julio de 2015. Tras reproducir las cláusulas citadas del PPT, el recurrente indica que MANTELEC limita los servicios de actualización del software a aquellos equipos que se seleccionen y respecto de los que sea *“vital para el buen*



funcionamiento del equipo”, y que lejos de asumir su actualización con las versiones que puedan ir apareciendo en el mercado, su oferta señala que “sobre estos equipos, se fijaran las actuaciones que abarcan las posibles actualizaciones del software del equipo en función de las fallas detectadas o por las demandas de usuarios”; en la misma línea la oferta impugnada indica que ante la salida al mercado de una actualización de servicio de un determinado equipo “se realizará un estudio de la conveniencia de las posibles ventajas que pueda suponer el nuevo software y se llevará a cabo de acuerdo con el visto bueno de MANTELECSA y Dirección Técnica”. Por tanto, se reserva la posibilidad de acotar las actualizaciones necesarias para el funcionamiento respecto de todos los equipos incluidos en el alcance del contrato. Afirma el GETINGE que dicho incumplimiento fue puesto de manifiesto en los informes de 20 de julio de 2015 y 28 de diciembre de 2015, de donde infiere que MANTELEC limitó claramente en su oferta las exigencias mínimas previstas en el PPT, que el órgano de contratación puso de manifiesto desde un primer momento y que la única consecuencia que puede derivarse es la exclusión de quien incurre en tal proceder.

c) Que el programa de mantenimiento de software constituya uno de los criterios sujetos a juicio de valor no excluye la posibilidad de que el PPT contemple especificaciones técnicas al respecto. Las ofertas han de abstenerse de incluir previsiones que limiten, modulen o excluyan la observancia de las obligaciones incluidas en el PPT; es inadmisibles admitir y adjudicar el contrato a una oferta que incluye tales previsiones que evidencian un incumplimiento posterior. Prosigue diciendo que no pueden confundirse especificaciones técnicas con otros aspectos sujetos a valoración, ya que éstos pueden o no cumplirse y tan solo valorarse, mientras que las primeras deben cumplirse y es viable excluir una oferta que no respeta las especificaciones, desde el momento en que se incluyen previsiones que matizan, limitan, modulan o excepcionan el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el PPT, tal y como ocurre con la oferta de MANTELEC.



d) El incumplimiento de las especificaciones técnicas contenidas en el PPT o la introducción de limitaciones en una oferta debe determinar su exclusión. Las prescripciones de la cláusula 66 del PPT contenían obligaciones claras y concretas que estaban dirigidas a todos los posibles licitadores sin excepción por lo que estas inobservancias determinan la inadmisión de la oferta. El recurrente anuda esta consecuencia a los principios de igualdad de trato y no discriminación, pues solo mediante la observancia de las mismas condiciones para todos pueden garantizarse aquellos principios. La falta de exclusión de la oferta de MANTELEC al lote 8 supone una flagrante vulneración de los más esenciales principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación de la contratación pública que debe determinar la nulidad de la resolución de adjudicación recurrida. Insiste en la vulneración de estos principios sería aún más grave, cuanto, precisamente, la misma circunstancia que concurre en la oferta de la ahora adjudicataria ha determinado la exclusión de otros licitadores del procedimiento (lotes 3 y 8). Afirma que así se desprende del tenor de la Resolución 130/2015, que determinó la exclusión de los adjudicatarios iniciales de los mencionados lotes; ante una situación igual solo cabe que se adopte la misma conclusión de exclusión, dado que lo contrario supondría una vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación. Consciente de ello, el órgano de contratación trató de corregir su errónea conclusión inicial, si bien el cauce procedimental seguido no fue el adecuado. Concluye que procede mediante el recurso enjuiciar por primera vez la adjudicación del lote 8 a MANTELEC y en particular la falta de adecuación de su oferta al PPT, corregir la errónea actuación del órgano de contratación y determinar, en aras de la igualdad de trato, de la legalidad, no discriminación y del propio cumplimiento de TRLCSP, excluir por el mismo motivo a la ahora adjudicataria.

e) Solicita (i) la anulación de la Resolución de 21 de abril de 2016 de adjudicación del lote 8 a MANTELEC y se declare la exclusión de su oferta; (ii) el examen de oficio de la oferta de MANTELEC al lote 8 a efectos de verificar el incumplimiento del PPT puesto de manifiesto en el recurso, así como cualesquiera otros aspectos que pudieran ser conformes con los mismos, con



las consecuencias ya señaladas en la pretensión anterior; (iii) acceso al expediente de las partes no confidenciales, conforme a lo previsto en los artículos 16 y 29.3 del Real Decreto 814/2015.

Otorgado el acceso al expediente, GETINGE amplía su recurso con los siguientes argumentos:

a) Si bien se ha permitido el acceso parcial a la oferta de MANTELEC en el lote 8, las partes a las que no se ha accedido son precisamente aquellas cuyo contenido versa precisamente sobre aquellos aspectos que son objeto de valoración y que pueden suponer la inobservancia de especificaciones y requisitos mínimos del PPT. En suma, considera que su escrito de ampliación se ha formulado desde una posición de indefensión como consecuencia del acceso limitado a la oferta. Solicita que sea el propio OARC / KEAO quien analice y compruebe que la adecuación del capítulo 2 de la oferta a las especificaciones contenidas en el PPT.

b) La oferta de MANTELEC no contempla todos los equipos contenidos ni todos los servicios exigidos en el lote 8. El inventario de equipos del lote, que menciona el apartado 66 del PPT, se encuentra recogido en el cuadro de ofertas técnicas publicado por el órgano de contratación, dentro de cual se recogen los equipos de ventilación, de respiración y de perfusión cardiovascular (HCU30 y HL20), aunque estos últimos se identifican erróneamente como de la familia ventilación. La oferta de MANTELEC únicamente hace referencia a equipos de ventilación y respiración y no a los de perfusión cardiovascular, sin hacer alusión a los equipos antes mencionados, circunstancia que se confirma con la relación de herramientas y materiales y con el plan de formación. Todo ello conduce a confirmar que la oferta no está abarcando la totalidad de los equipos.

El apartado 5.2.1 del PPT, relativo al mantenimiento preventivo, exige que para su realización se sigan los protocolos de mantenimiento establecidos por los fabricantes. El capítulo 4 de la oferta de MANTELEC hace constar que su Departamento de Formación tiene, entre otras funciones, la obtención de



acuerdos de formación con diversos proveedores. Pues bien, GETINGE, fabricante de los equipos HCU30 y HL20, no tiene suscrito ningún acuerdo de formación de personal técnico de MANTELEC para la realización servicios de mantenimiento.

Lo anterior habría de determinar la directa exclusión de la oferta de MANTELEC al Lote 8 porque (i) su oferta no comprende todos los equipos y servicios exigidos en el mismo (al referirse únicamente a equipos de ventilación/respiración); (ii) carece de los medios y habilitaciones técnicas necesarias para la realización de los servicios de mantenimiento.

c) La oferta de MANTELEC incumple en su capítulo 5 lo dispuesto en las cláusulas 3, 5.2, 5.2.1, 14 y 69 del PPT. Reproduce las citadas cláusulas y deduce de su contenido que para llevar a cabo las obligaciones de mantenimiento el adjudicatario debe cumplir con las instrucciones, procedimientos y protocolos de fabricante de los equipos y facilitar las herramientas e instrumentos necesarios para ello. Añade que del capítulo 5 de la oferta de MANTELEC se desprende que no va a cumplir ni lo uno ni lo otro, y describe varios ejemplos. Prosigue diciendo que a lo dicho no cabe oponer que se trata de una condición de ejecución, porque los propios pliegos en el apartado 21 exigen que el plan de recursos materiales detallen los materiales que se proponen para llevar a cabo el contrato, y su incumplimiento es motivo de exclusión del contrato.

d) El capítulo 4 de la oferta incumple lo dispuesto en los apartados 3.1, 5.6, 15 y 69 del PPT. Reproduce las cláusulas y destaca que el adjudicatario debe disponer de un plan de formación adecuado y que se exige acreditar que todo el personal disponga de la formación y acreditación necesaria, y su contravención conlleva la exclusión del licitador. MANTELEC en su oferta indica que la formación de los empleados de las instalaciones específicas y máquinas críticas será certificada por servicios técnicos oficiales, pero la oferta no demuestra que su personal dispone de la necesaria formación y acreditación; no aporta la documentación exigida en el apartado 3 del PPT,



hecho que ya fue puesto de manifiesto en el informe técnico de 20 de julio de 2015. Concluye que los incumplimientos detectados deben conducir a la exclusión de la oferta.

e) La oferta de la adjudicataria matiza las obligaciones que el PPT en sus apartados 66.1.3 y 66.1.4 incluye como especificaciones técnicas de necesaria observancia. Las argumentaciones del recurrente sobre este particular fueron expuestas en su recurso inicial, por lo que nos remitimos a lo expuesto al respecto en el presente Fundamento de Derecho. Insiste en la situación de indefensión por no haber podido acceder a lo establecido en la oferta de MANTELEC sobre los apartado citados y, aunque lo ya señalado debería determinar la exclusión de su oferta, solicita de este OARC / KEAO que analice de “motu proprio” los aspectos considerados confidenciales y compruebe si su contenido se adecua a los establecido por el PPT.

f) Otras irregularidades de la oferta:

- En la propuesta de plan de calidad y mejora continua del capítulo 3 se hace referencia a “Documentos relacionados”, pero no figuran como adjuntos. Solicitados los mismos en el trámite de acceso al expediente, el personal del OARC / KEAO les indicó que no pudieron localizarlos. Parece claro que la oferta de MANTELEC contiene omisiones que les impiden conocer claramente sus términos, motivo por el que debió ser inadmitida.
- Reitera que MANTELEC no dispone de personal cualificado para realizar los servicios de mantenimiento ni para impartir cursos de formación para ello y, por tanto, su oferta adolece de una evidente inconsistencia que la hace inviable y de acuerdo con la cláusula 22 del PCAP debió haber sido inadmitida.

g) La Resolución de adjudicación, en lo referente al lote 8, vulnera los artículos 1 y 139 del TRLCSP por ser contraria a los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación, al adjudicar concurriendo circunstancias que, cuando se han dado en las ofertas de otros licitadores, han determinado su exclusión.



- El incumplimiento de las especificaciones técnicas contenidas en el PPT o la introducción de limitaciones a los mismos en una oferta debe determinar su exclusión. Las prescripciones de las cláusulas del PPT señaladas contenían obligaciones claras y concretas que estaban dirigidas a todos los posibles licitadores y su inobservancia determina la inadmisión de la oferta. Cita y reproduce distintas resoluciones de órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación, y entre ellas las Resoluciones 130/2015 y 131/2012 de este OARC / KEAO, así como jurisprudencia del Tribunal Supremo.

- La falta de exclusión de la oferta de MANTELEC supone una flagrante vulneración de los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación de la contratación pública, que debe determinar la nulidad de Resolución de adjudicación, vulneración que es si cabe más grave porque precisamente la circunstancia que concurre en la oferta de la ahora adjudicataria ha determinado la exclusión de otros licitadores del procedimiento, según se desprende de la Resolución 130/2015 de este Órgano. Ante una situación igual no cabe más que se adopte la misma conclusión de exclusión. El órgano de contratación trató de corregir su errónea conclusión inicial, aunque el cauce procedimental no fue el adecuado. Sin embargo, en este recurso se ha seguido un cauce válido para enjuiciar, por primera vez, la falta de adecuación de su oferta al PPT, lo contrario supondría consolidar un tratamiento contrario al derecho de igualdad y transparencia que supone causa clara de nulidad del artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, en relación con el artículo 14 de la Constitución y el artículo 32.a) del TRLCSP.

h) Solicita la anulación de la Resolución de 21 de abril de 2016, de adjudicación del lote 8 y se declare la exclusión de la oferta presentada por MANTELEC a dicho lote.

OCTAVO: El poder adjudicador emite sendos informes a los recursos, con idéntico contenido, en los que expone los siguientes argumentos:



a) Comienza haciendo referencia a la Resolución 130/2015 de este OARC / KEAO que disponía la retroacción de las actuaciones hasta que se formulase una nueva propuesta de adjudicación, y que es en este momento procesal cuando se constató por el órgano de contratación que la oferta presentada por MANTELEC en los lotes 3 y 8 contenía limitaciones a las previsiones realizadas en el PPT en lo referente a la actualización del software, incurriendo en las mismas irregularidades que habían determinado la exclusión de las anteriores adjudicatarias, de modo que se consideró necesario realizar una revisión del informe técnico de 20 de julio de 2015 sobre juicios de valor, que ya había indicado que la oferta de MANTELEC no se adecuaba a las solicitudes planteadas en el PPT, motivo por el que fue valorada negativamente con 2 puntos respecto de los 8 posibles; razón por la que se consideró necesario proceder a la revisión de dicho informe, emitiéndose uno nuevo el de 28 de diciembre de 2015 que dio lugar a la Resolución de 29 de diciembre de 2015 que declara desierto el contrato. Añade que la actuación del órgano de contratación se realizó en estricto cumplimiento del principio de legalidad y de los principios específicos de la contratación pública de no discriminación e igualdad de trato. Recuerda que la administración puede revisar de oficio todas sus actuaciones durante la tramitación del procedimiento administrativo, ya que en el momento de declarar desierto el expediente continuaba en tramitación el proceso licitador por lo que la revisión del informe técnico resultaba plenamente ajustada a derecho y que lo contrario sí resultaba una actuación disconforme a derecho en la medida en que la oferta de MANTELEC en los lotes 3 y 8 adolecía de los mismos incumplimientos que había denunciado en sus recursos frente a la adjudicación del contrato a la UTE y a GETINGE, que fueron estimados por el OARC / KEAO.

b) Recuerda el poder adjudicador el contenido del PPT en sus apartados 19.1.3 (lote 3) y 66.1.3 (lote 8), cuyo incumplimiento dio lugar a la exclusión de los adjudicatarios iniciales. A continuación reproduce el contenido de los apartados 19.1.4 (lotes 3) y 66.1.4 (lote 8) referentes al software propietario de los equipos licitados, y lo que MANTELEC señala al respecto en su oferta. Insiste en que el informe de 20 de julio de 2015 atribuye a MANTELEC una valoración



de 2 puntos sobre 8 en el epígrafe de “Propuesta de mantenimiento del software”. En suma la oferta analizada no fue excluida pero fue valorada negativamente al entender que no se ajustaba adecuadamente a las exigencias del PPT, que exige para los lotes 3 y 8 la asunción de la regeneración, reinstalación y actualización del software de todos los equipos incluidos en el contrato, con inclusión de la totalidad de las actualizaciones necesarias para el correcto funcionamiento de los equipos; sin embargo, la oferta de MANTELEC no abarca la totalidad de los equipos incluidos en el contrato ni la totalidad de las actualizaciones que elaboren los fabricantes, ya que se limita a ofertar que realizará una selección de los equipos en los que mantener el software resulte vital para el buen funcionamiento del equipo, concretando que las posibles actuaciones sobre éstos se determinarán en función de los fallos detectados en seguridad o por las demandas de los usuarios.

Continúa diciendo que el OARC / KEAO fue rotundo a la hora de anular las adjudicaciones iniciales realizadas en los lotes 3 y 8 al estimar que la UTE y GETINGE establecían limitaciones a las obligaciones contempladas en el PPT. En el recurso presentado frente a la Resolución de declaración de desierto de los lotes 3 y 8 MANTELEC realizó una extensa reinterpretación de su oferta, cuando lo único cierto es que su oferta incurre en el mismo motivo de incumplimiento señalado por el OARC / KEAO, por lo que al amparo de los principios de transparencia, igualdad de trato y libre competencia que rigen la contratación pública debe ser excluida.

c) Concluye el informe del poder adjudicador señalando que MANTELEC incumple el PPT al establecer limitaciones a las obligaciones contempladas en su contenido, por lo que solicita la estimación de los recursos frente a la Resolución del 21 de abril de 2016, del Director General de Osakidetza, de adjudicación de los lotes 3 y 8, y se dicte acuerdo que declare la exclusión de la oferta de MANTELEC en los mencionados lotes, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la Resolución impugnada.



NOVENO: En las alegaciones a los dos recursos, MANTELEC opone lo siguiente:

1.- Alegaciones al Recurso EB 2016/057 interpuesto por la UTE.

a) Comienza su alegato dando respuesta a la afirmación del recurrente de que el “adjudicatario deberá estar al tanto de todas las actualizaciones del software que existan sobre los equipos objeto del contrato y proceder a dicha actualización para mantener durante la vida útil del equipo la conformidad con la que se suministró”. Dice MANTELEC que los equipos que suministra DRAGER (operador económico que participa en la UTE) tienen el marcado CE, que significa que dicho equipo es conforme con la legislación de la UE, de forma que dicho marcado no se pierde con causas relacionadas con las actualizaciones del software porque en nada afectan a la conformidad CE.

b) Reproduce su oferta de mantenimiento del software del lote 3 y afirma que la misma permitirá la revisión y actualización de todos los equipos objeto del contrato, proponiendo como elemento diferenciador principal la selección con Dirección de equipos a los que se quiere otorgar prioridad; sostiene que en absoluto se excluye el mantenimiento del resto de equipos incluidos en el alcance del contrato, sino que se otorga una prioridad a los equipos que la Dirección seleccione por razones de seguridad. Considera que para que un incumplimiento conlleve la exclusión, debe ser expreso y claro; añade que según el apartado 4 del PBT los inventarios tienen carácter orientativo y el objetivo es obtener uno fiable y actualizado, para lo cual el adjudicatario tiene un plazo de 3 meses de actualización y su selección inicial pretende no demorar la actualización del software sobre equipos especialmente prioritarios, sino esperar a tener un inventario definitivo y real.

c) Niega el incumplimiento consistente en una supuesta “limitación de los servicios de actualización de software”, por quedar condicionado a que MANTELEC lo estime procedente tras la realización de un estudio por su parte; afirma que esta propuesta se plantea porque no todos los equipos tienen



software y además hay equipos que ya cuentan con su versión más actualizada. Considera que es recomendable analizar las ventajas de la viabilidad de las actualizaciones del software porque un cambio puede modificar algunas de las características del equipo. El visto bueno que se propone no versa sobre la realización o no de la actualización sino que el adjudicatario habrá de consensuar la implementación de las actualizaciones que requieren que el equipo se encuentre parado durante el proceso. Añade que el apartado 9 del PPT y la cláusula 5.2.3 del PCAP indican que las reparaciones u operaciones cuya realización produzca un trastorno o impliquen parada de equipos requerirán la autorización del responsable de mantenimiento y se realizarán en el horario que éste considere más idóneo.

d) Sobre el informe técnico de valoración de ofertas de 20 de julio de 2015 y la nulidad del informe técnico de 28 de diciembre de 2015, alega que en la Resolución GI 001/2016 el OARC / KEAO manifestó expresamente que su Resolución 130/2015 «no facultaba para realizar una nueva valoración de las proposiciones que pudiera tener como resultado la alteración de la citada clasificación y muchos menos la exclusión de una oferta por irregular o inaceptable», por lo que se debe tomar por no puesta toda mención y fundamentación del recurso de la UTE que se apoye en un informe como el del 28 de diciembre, que por ende fue declarado nulo en la Resolución GI 001/2016. Además, el informe de 20 de julio, único válido, no se pronuncia en el sentido que indica el recurrente sino que valora la propuesta de mantenimiento del software de MANTELEC en el lote 3, que es la misma que para los lotes 8 y 10.

Destaca que es el adjudicatario del lote 10 del contrato con una propuesta de mantenimiento idéntica, que se está prestando sin incidencias sobre los equipos objeto del contrato, lo que constituye prueba manifiesta de que no se incumplían ni se incumplen las especificaciones técnicas del PPT en este punto. Los equipos Mindray modelo DC-3 sobre los que se prestan los servicios en el lote 10 se encuentran correctamente actualizados, contando con la última versión de software disponible.



No comparte la discrecionalidad en la asignación de puntuaciones, ya que según el informe del poder adjudicador lo que se solicitan «son actualizaciones planteadas por el fabricante que se ponen en el mercado porque se entienden necesarias y que dichas actualizaciones deben ser automáticas». Sin embargo, el PPT y el PCAP nada dicen al respecto, y la única referencia que conocen es que habrían de ser actualizaciones necesarias para el correcto funcionamiento de los equipos.

e) Inexistencia de vulneración de los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación: ausencia de concurrencia de las mismas circunstancias que determinaron la exclusión del recurrente. Considera MANTELEC que no existe concurrencia de las mismas circunstancias que determinaron la exclusión de la UTE respecto del lote 3. Reproduce parcialmente la Resolución 130/2015 de este OARC / KEAO y aprecia que no existe relación entre los incumplimientos de la UTE, que eran expresamente contrarios al PBT, y los supuestos incumplimientos de MANTELEC que se hallan fundamentados en suposiciones e interpretaciones forzadas. Concluye que no hay vulneración de los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación, e insiste en que han iniciado la ejecución del lote 10 con la misma propuesta de mantenimiento de software que ahora se cuestiona, sin existir incumplimiento alguno.

f) Solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la adjudicación a favor de MANTELEC.

2.- Alegaciones al Recurso EB 2016/058 interpuesto por GETINGE.

a) Relativas a la “no probada” indefensión con causa en la declaración de confidencialidad de MANTELEC. Alega que poca indefensión puede existir si el recurrente, según sus palabras, ha podido acreditar y fundamentar suficientemente su recurso, como prueba la concreción de los incumplimientos que se le imputan a su oferta en el fundamento segundo de su escrito. El órgano de contratación solicitó a MANTELEC justificación de la confidencialidad declarada inicialmente, de forma que pudo verificar que las



partes declaradas confidenciales corresponden al Know how protegido de la empresa. Frente a la petición de acceso a su oferta y a la solicitud de justificación de confidencialidad que le requirió el OARC / KEAO, afirma que dicha justificación ya fue aportada y es conocida por el recurrente, resultando improcedente la concesión del acceso por corresponder al Know how determinante de su éxito comercial, cuyo conocimiento por parte de sus competidoras podría traer consecuencias irreparables para su cuota de mercado. Solicita la desestimación del acceso en aquellas partes de su oferta declaradas, justificadamente, confidenciales.

b) Incumplimiento de los apartados 66.1.3 y 66.1.4 del PPT. Reproduce los apartados del PPT señalados y la fundamentación del recurrente para justificar las vulneraciones del PPT denunciadas. Las alegaciones de MANTELEC en este punto son similares a las que han quedado reflejadas en el apartado b) de sus alegaciones al recurso de la UTE, por lo que se dan aquí por reproducidas.

c) Limitación de los servicios de actualización de software. Reproduce los argumentos del recurrente sobre los incumplimientos en cuanto al tipo de actualizaciones que han de implementarse, que rebate con los mismos argumentos ya expresados en el apartado c) de sus alegaciones al recurso de la UTE, que también se dan por reproducidos.

d) Sobre el informe técnico de valoración de ofertas de 20 de julio de 2015 y la nulidad del informe técnico de 25 de noviembre de 2015, se dan aquí por reproducidos los argumentos expresados al respecto en el apartado d) de sus alegaciones al recurso de la UTE.

e) Inexistencia de vulneración de los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación: ausencia de concurrencia de las mismas circunstancias que determinaron la exclusión del recurrente. Igualmente se dan por reproducidas las alegaciones expresadas al respecto en el apartado e) de las alegaciones al recurso de la UTE.



f) Solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la adjudicación a favor de MANTELEC.

Una vez remitido el escrito que complementa el recurso de GETINGE tras el acceso al expediente, MANTELEC alega lo siguiente:

a) Con carácter previo manifiesta que el recurrente aprovecha el trámite otorgado para reiterar lo ya manifestado en el recurso especial y para abordar cuestiones ya resueltas por el OARC / KEAO que constituyen “cosa juzgada administrativa”, por lo que solicitan que se declare la inadmisión de todos los extremos recogidos en el escrito de ampliación y, subsidiariamente, se desestimen sus pretensiones.

b) Sobre el incumplimiento del PPT por no contemplar todos los equipos contenidos ni todos los servicios exigidos en el lote 8.

- Relativa a los equipos HCU30 y HL20.

Tanto el PPT como el inventario de equipos del lote 8 incluyen todo el equipamiento de este lote en la familia ventilación. Conforme al criterio de clasificación mantenido por el órgano de contratación, MANTELEC formula su oferta considerando el conjunto de equipos del lote como pertenecientes a la familia ventilación, incluyendo expresamente en los mismos los equipos HCU30 y HL20. Reproduce parte de su oferta y afirma que el mantenimiento de los equipos citados se encuentra expresamente incluido en la familia de ventilación. Además, su oferta hace reiteradas citas al mantenimiento de todos los equipos incluidos en el lote. Añade que la ampliación del recurso no es el momento procedimental oportuno donde enjuiciar si el equipamiento al lote 8 ha sido o no erróneamente calificado, puesto que pudo haber cuestionado este hecho en el plazo de impugnación de pliegos.

- Relativa a las herramientas y materiales.



Frente a las acusaciones del recurrente de que no cuenta con herramientas y materiales necesarios –con cita expresa a los denominados “equipo de seguridad eléctrica” y “caja de temperaturas calibrada de referencia”–, MANTELEC apela al capítulo 5 “Plan de recursos materiales” de su oferta, en el que se compromete a aportar todos los aparatos y equipos necesarios para cumplimiento de sus obligaciones, y de forma no exhaustiva relaciona las herramientas de las que dotará a su equipo, entre los que se encuentran un multímetro de lectura de temperaturas y comprobadores de seguridad eléctrica. Advierte que el recurrente no identifica a qué “equipo de seguridad eléctrica” y “caja de temperaturas calibrada de referencia” y de qué forma MANTELEC no va a ejecutar los mantenimientos. Continúa diciendo que su oferta contiene un listado orientativo y no exhaustivo cumpliendo lo dispuesto en los apartados 13 “Medios materiales” y 66.1 “Familia de ventilación”, que en ningún caso señalan que el licitador deba elaborar un listado exhaustivo y específico de materiales y herramientas incluidos, como pretende interesadamente el recurrente. Prosigue su alegato afirmando que el apartado 23.1 del PPT “Propuesta de plan de recursos materiales.....hasta 5 puntos”, valora la descripción de los medios materiales que se proponen y no el detalle exhaustivo de los mismos. Reproduce el contenido del informe de 20 de julio de 2015 que valora su propuesta en este criterio, aunque la propuesta no satisface enteramente al equipo evaluador que otorga 2,5 puntos de los 5 posibles; concluye que la opinión del recurrente sobre la insuficiencia de la oferta es de parte y carece de fundamento.

- Relativa a los cursos de formación.

El recurrente denuncia que el plan de formación recogido en el capítulo 4 de la oferta no contempla ningún curso de formación sobre perfusión extracorpórea. Según MANTELEC, el apartado 5.6 “Plan de formación” del PPT lo que en realidad solicita es la aportación de un plan de formación que es objeto de valoración (apartado 21.1 del PPT, común a todos los lotes). Reproduce los compromisos de su oferta sobre formación, de donde deduce que no existe incumplimiento alguno por cuanto que se aporta el plan de formación objeto de



valoración y en ningún caso se exigía específicamente que se contemplara “formación sobre perfusión extracorpórea”. Transcribe la parte del informe de 20 julio de 2015 sobre la oferta de MANTELEC en formación, y frente a la interpretación que del mismo hace el recurrente, afirma que de su contenido se deduce el cumplimiento de los pliegos, aunque no satisface en su totalidad las expectativas del técnico que evalúa, circunstancia que igualmente ocurre con la oferta de GETINGE.

- Relativa a la formación de los técnicos.

El recurrente en su escrito de ampliación al recurso considera que “sólo el personal instruido y autorizado por MAQUET puede prestar servicios de mantenimiento”. Recuerda MANTELEC que en la Resolución 098/2014, en relación a los certificados de formación exigidos para participar en el procedimiento restringido, este OARC / KEAO concluyó que la acreditación del fabricante sobre la formación en modo alguno puede ser exigida a los licitadores por ser algo que no exige la ley y que restringe la competencia, y menos si la consecuencia de no aportarlo es la exclusión del licitador. Así, las acreditaciones de formación del recurrente son valoradas por el técnico evaluador, sin que su ausencia tenga como consecuencia el ser excluido. Añade que la Resolución 098/2014 es firme y resulta improcedente cuestionar aquello que ya fue resuelto. Continúa diciendo que a raíz de la mencionada Resolución fue modificada la cláusula 40.3 del PPT, que no impone al fabricante. Prosigue diciendo que MANTELEC solicitó participar en el procedimiento restringido y presentó la documentación exigida que demostraba su capacidad para mantener los equipos del lote y ser invitada. Por tanto no cabe aceptar los argumentos de GETINGE, en primer lugar porque sus certificaciones de formación no son exigibles y no son necesarias para la ejecución de las prestaciones demandadas, y en segundo porque ya se superó la fase procedimental de solvencia de los licitadores.

- Respecto de la errónea consideración de no aportación de documentación.



Afirma MANTELEC que los documentos a los que se refiere el recurrente fueron incluido en el sobre “A de capacidad y solvencia”, con lo que cumplió con los requisitos del personal exigidos para ser invitado a presentar oferta en este lote.

c) Respecto a la inexistencia de incumplimiento de las cláusulas 3, 5.2, 5.2.1, 14 y 69 del PPT.

Reproduce los mencionados apartados del PPT. Según el recurrente, de la oferta de MANTELEC se desprende que la actividad de mantenimiento en el lote 8 no se va a realizar conforme a los protocolos oficiales y que tampoco se van a utilizar las herramientas necesarias para ello.

En sus alegaciones MANTELEC reproduce tanto el apartado 66.1.1 “Mantenimiento preventivo” del PPT como el contenido de su oferta, de la que deduce que cumple la exigencia del pliego en cuanto la forma de realizar el mantenimiento preventivo; añade que una cuestión distinta es el grado de satisfacción que la propuesta debe tener para quien redactó el informe técnico. El mantenimiento de los equipos conlleva el conocimiento de los procedimientos del manual de acompañamiento que instruye tanto al mantenedor como al usuario en el bien hacer de sus tareas. Esta documentación refleja que el usuario no puede mantenerlo él mismo por lo que necesita de una Organización Responsable, entre las que se encuentra MANTELEC, que lo lleve a cabo teniendo como referencia la documentación del fabricante.

Finaliza diciendo que tratándose de un procedimiento restringido si no contara con la solvencia requerida en los pliegos nunca hubiera sido invitada a participar en el procedimiento, con lo que la pretensión del recurrente debe ser rechazada por no estar en el momento procesal oportuno.

d) Relativa a las irregularidades o incumplimientos aducidos por la recurrente en su escrito de ampliación.



Se refiere el recurrente a que el capítulo 3 “Propuesta de plan de calidad y mejora continua del servicio” de la oferta de impugnada hace referencia ciertos documentos que listan en su parte final como “Documentos relacionados”, a los cuales no pudo tener acceso en la vista del expediente porque no figuraban en el mismo. MANTELEC rebate este argumento diciendo que su oferta en ningún momento dice que adjunte dichos procedimientos, sino que lo que explica es que se documenta o plasma la verificación o procedimiento en un documento. El capítulo 3. “Plan de calidad” del servicio está redactado conforme al criterio de valoración de “Propuesta del plan de calidad” previsto en el apartado 21 del PPT y de su dicción se observa que es objeto de valoración la propuesta de calidad y mejora continua del servicio especificando sistemas de control de calidad a implantar, que incluye una propuesta de valoración de otros indicadores, desglose de los informes propuestos y metodología aplicada para la gestión de los mismos. El informe de 20 de julio de 2015 valoró con 3,5 puntos sobre 5 posibles, sin que haga referencia a las deficiencias manifestadas por la recurrente.

e) Sobre el incumplimiento consistente en que la oferta de MANTELEC no contempla todos los equipos contenidos ni todos los servicios exigidos.

El interesado solicita que no se tengan por puestas las fundamentaciones de GETINGE, puesto que no puede valerse de la ampliación concedida para obtener una ventaja en la contestación de lo argumentado por MANTELEC al respecto ni reiterar lo ya presentado en su recurso de 9 de mayo de 2016.

f) Vulneración de los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación: ausencia de concurrencia de las mismas circunstancias que determinaron la exclusión de la recurrente y de la UTE del procedimiento.

Reitera las alegaciones al recurso inicial.

g) Solicita (I) la inadmisión del recurso de ampliación de recurso por fundamentarse en cuestiones ya resueltas que constituyen “cosa juzgada



administrativa” y; (II) subsidiariamente, la desestimación de las pretensiones deducidas por GETINGE y la confirmación de la adjudicación a favor de MANTELEC; (III) que se imponga a la recurrente la sanción económica que se estime precedente por concurrir temeridad y mala fe en la interposición del escrito de ampliación de recurso.

DÉCIMO: Expuesto en síntesis, ambos recurrentes y el poder adjudicador en su informe a los recursos reprochan que la oferta de MANTELEC incumple las exigencias del apartado 19.1.4 y 66.1.4 del PPT “Mantenimiento de software” porque incluye numerosas limitaciones unilaterales a los requerimientos impuestos, cuando el cometido del adjudicatario es llevar a cabo las actualizaciones de todos los equipos objeto de contrato, que adquirirá al fabricante sin excepción, y no atendiendo a la criticidad de unos equipos que unilateralmente pueda estimar. GETINGE en su escrito de ampliación del recurso añade que la oferta impugnada únicamente hace referencia a equipos de ventilación y respiración y no a los de perfusión cardiovascular ni hace alusión a los equipos HCU30 y HL20.

Para la resolución de la cuestión planteada debemos examinar en primer lugar al contenido del PPT sobre el mantenimiento del software de los equipos.

Concretamente, el apartado 5.2 del PPT, que lleva por título “Condiciones para el desarrollo del servicio”, prevé la realización de diversos tipos de mantenimiento entre los que se encuentra el «Mantenimiento de software: Consistente en la realización de las actividades de mantenimiento necesarias para mantener los equipos en las adecuadas condiciones de operatividad. Los equipos sobre los que se intervenga deberán quedar en la misma situación en la que se encontraban en lo referente a versión de software antes de la intervención.» Mientras que el apartado 5.2.4 del PPT, acerca del “Mantenimiento del software propietario”, señala que «El adjudicatario será responsable de las actualizaciones de los equipos objeto del mantenimiento. Se encargará en aquellos casos en los que sea necesario de su reinstalación así como de su elevación de versión. De la misma forma que el adjudicatario será responsable de la configuración de los equipos para su



integración con plataformas corporativas de integración de Historia Clínica que Osakidetza pudiera adquirir.»

En cuanto a las especificaciones técnicas de los lotes, los apartados 19.1.4 y 66.1.4 del PPT, que prescriben el mantenimiento del software de los lotes 3 y 8 respectivamente, prevén que «Las empresas licitadoras deberán acreditar y asegurar en lo referente al software propietario de los equipos licitados teniendo en cuenta las siguientes premisas: (i) La empresa adjudicataria deberá asumir la regeneración, reinstalación y actualización del software de los equipos incluidos en el alcance del contrato; (ii) Estarán incluidas todas las actualizaciones necesarias para el correcto funcionamiento de los equipos; (iii) Estarán incluidos los servicios de configuración de los equipos objeto del mantenimiento en futuras plataformas corporativas de integración de historia clínica electrónica.»

De la lectura conjunta del PPT en sus apartados 5.2.4 de condiciones para el desarrollo del servicio de “Mantenimiento del software propietario” y 19.1.4 y 66.1.4, de “Mantenimiento de software” de los lotes 3 y 8, se infiere que corresponde al adjudicatario la realización de las actividades necesarias para mantener los equipos en adecuadas condiciones de operatividad; actividad que implica la regeneración, reinstalación y actualización del software necesario para su correcto funcionamiento, incluyendo la configuración de los equipos en futuras plataformas corporativas de integración clínica electrónica. El adjudicatario garantizará, también, que los equipos en los que intervenga quedarán en la misma situación en la que se encontraban en lo referente a la versión de software antes de la intervención.

La resolución del recurso requiere examinar si la oferta de MANTELEC cumple con las obligaciones de mantenimiento del software que prescribe el PPT. A este respecto, en ambos lotes el apartado 2.3. “Propuesta de mantenimiento de software” de la oferta propone lo siguiente:

- Selección inicial, de acuerdo con Dirección, de los equipos en los que mantener un software actualizado sea vital para su buen funcionamiento, y sobre estos equipos se fijarán las actuaciones que abarcarán las posibles actualizaciones en el software en función de las fallas detectadas a nivel de seguridad o por las demandas de usuarios.



- Existen dos tipos de actualizaciones (i) Updates de software: actualizaciones dentro de la misma versión instalada, que no contemplan nuevas funcionalidades o cambios de interface, y se deben a la corrección de errores en versiones de grado inferior; (ii) Upgrades de software: se basan en un cambio completo de la versión de software del equipo, aportando una nueva licencia de un programa que tiene nuevas funcionalidades y cambios en la apariencia.
- En los equipos seleccionados se llevarán a cabo un estudio de las necesidades de actualización del software de estos equipos, siempre con el acuerdo conjunto de MANTELEC y la Dirección de Hospital. Las actualizaciones se realizarán en función de los siguientes aspectos que se reflejan en el estudio: (i) salida al mercado de una actualización: estudio de la conveniencia de las posibles ventajas que pueda suponer el nuevo software, de acuerdo con el visto bueno de Mantelec y Dirección técnica; (ii) errores de software: si se producen errores se instalara la versión actual o con el acuerdo entre dirección técnica y Mantelec se instalará una versión superior tras un estudio de viabilidad; (iii) no utilidad del nuevo software: si instalado el nuevo software no se viera utilidad añadida y no fuera operativa, Mantelec ofrece la posibilidad de volver a la versión anterior, eliminando del sistema los archivos de actualización, restaurando la versión anterior del software.
- Los técnicos de electromedicina de MANTELEC colaborarán con la empresa fabricante para realizar las posibles actualizaciones de software sobre los equipos antes seleccionados.
- En caso de avería del equipo que suponga un cambio de software se realizará el correspondiente mantenimiento técnico legal que verifique el buen funcionamiento del equipo, que incluye un informe que refleje de forma concisa las causas para así poder determinar si es necesario una actualización o no del software.
- Las actualizaciones de software que conlleven cambios de protocolo se registrarán en el programa de gestión del mantenimiento.
- Se encargan de realizar la reinstalación del software en los casos que sea necesario, una vez acordado y justificado el caso, conjuntamente con el Área Sanitaria de Bizkaia.

Los recurrentes y el poder adjudicador basan su alegato en que la oferta de MANTELEC no contiene un compromiso cierto de actualización del software de todos los equipos, tal y como prescribe el PPT.



Sobre la cuestión debatida, se debe señalar que es objeto del contrato el mantenimiento del software necesario para mantener los equipos en las adecuadas condiciones de operatividad, y que este compromiso incluye asumir la regeneración, reinstalación y actualización del software. Sin embargo, para este OARC / KEAO los apartados 19.1.4 y 66.1.4 del PPT, anteriormente reproducidos, matizan el alcance de la obligación en dos aspectos (i) los equipos sobre los que se intervenga deberán quedar en la misma situación en las que se encontraban en lo referente a la operatividad de la versión de software antes de la intervención; (ii) se incluirán todas las actualizaciones que sean necesarias para el correcto funcionamiento de los equipos.

MANTELEC en su oferta distingue entre actualizaciones dentro de una misma versión (Updates de software) y actualizaciones que suponen un cambio completo de la versión del software del equipo (Upgrades de software). Su propuesta parte de una selección de equipos en los que el mantenimiento del software sea vital para su buen funcionamiento y dar un servicio de asistencia sanitaria excelente. Su actuación se ve complementada por la realización de un estudio de las necesidades de actualización de software de los equipos seleccionados, en función de tres conceptos: (i) salida al mercado de una actualización que implica el estudio de la conveniencia de las posibles ventajas que puede suponer el nuevo software; (ii) si se producen errores en el software se mantiene la versión instalada o tras un estudio de su viabilidad se instala la nueva versión superior; (iii) instalada la nueva actualización, si se observara que no tiene utilidad o no es operativa, se ofrece la posibilidad de volver a la versión anterior. Para la realización del proceso MANTELEC contará con el visto bueno de la Dirección Técnica y, además, colaborará con la empresa fabricante para realizar las posibles actualizaciones de software sobre los equipos seleccionados.

Una vez expuesto lo anterior, a juicio de este Órgano Resolutorio el PPT no prescribe la actualización forzosa del software de todos los equipos, sino de todas aquellas que sean necesarias para su correcto funcionamiento –inciso segundo de los apartados 19.1.4 y 66.1.4 del PPT– y, además, la actualización



debe garantizar que el equipo quede en la misma situación de operatividad en la que se encontraba en lo referente a versión de software antes de la intervención, lo cual implica el rechazo de las actualizaciones que no satisfacen el efecto deseado –apartado 5.2 “Mantenimiento software” del PPT–. MANTELEC en su oferta efectúa una propuesta de selección de los equipos que precisan la actualización del software, así como un protocolo para su instalación, gestión de posibles errores en el proceso de actualización y eliminación de la nueva versión cuando se observe que no son operativas o útiles. Del contenido de su oferta no se puede deducir que seleccione solo una parte de los equipos en detrimento de otros, sino que los equipos que va seleccionando son los que en cada momento precisan actualizar el software que garantice su correcto funcionamiento. Además, si una versión nueva no tiene utilidad o no es operativa, ofrece la posibilidad de volver a la versión anterior, con lo que se garantiza que los equipos sobre los que se intervenga quedarán en la misma situación funcional en la que se encontraban en lo referente a versión de software antes de la intervención

En cuanto a la limitación que expone GETINGE, se debe señalar que el lote 8 del contrato pertenece a la familia de equipos de ventilación (apartado 66.1 del PPT). En el inventario de equipos del lote figuran los equipos HCU30 y HL20. Conforme a la división de familias que realiza el propio órgano de contratación, MANTELEC efectúa una propuesta de mantenimiento preventivo (pág. 46) y mantenimiento técnico-legal (pág. 64) de los citados equipos. No puede atribuirse a MANTELEC error alguno porque ha sido el propio órgano de contratación quien ha incluido los equipos de perfusión cardiovascular dentro de la familia de equipos de ventilación.

En consecuencia, no puede acogerse la pretensión de los recurrentes de que se excluya la oferta de MANTELEC de la licitación porque su oferta no contiene un compromiso cierto de actualización del software de todos los equipos.

UNDÉCIMO: Ambos recurrentes y el propio poder adjudicador invocan los principios de igualdad de trato y transparencia de los artículos 1 y 139 de



TRLCSP y solicitan la exclusión de MANTELEC porque su oferta introduce limitaciones al PPT e incurre en las mismas causas de incumplimiento del PPT que motivaron las exclusiones de la UTE y de GETINGE. Concretamente, se refieren a las actualizaciones del software de todos los equipos objeto de contrato que ha sido examinado en el Fundamento de Derecho Décimo de la presente Resolución.

Planteada la cuestión, se deben recordar las causas que motivaron las exclusiones de la licitación del contrato de los hoy recurrentes; así, en la Resolución 130/2015 de este OARC / KEAO se motivó la estimación del recurso de MANTELEC y la exclusión de los entonces adjudicatarios de los lotes 3 y 8 en los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

- En el lote 3 el motivo de impugnación fue que la UTE incumplía los apartados 13 y 19.1.3 del PPT porque su oferta incluía una cláusula según la cual «En el caso, que el ingeniero de campo, durante el proceso de asistencia técnica en la máquina, detectara material fungible o accesorio no original del fabricante, o fungible original que no estuviese siendo utilizado con la periodicidad y uso adecuado, y que estuviera afectando a la operativa satisfactoria del equipo conforme a los parámetros funcionales y de seguridad del fabricante, la UTE DRAGER GIROA efectuará un informe técnico de la situación, pudiendo ser objeto de la pérdida de cobertura del contrato.»

La posición del OARC / KEAO fue la siguiente:

«A juicio de este Órgano, no es claro el sentido de esta cláusula; puede referirse a la pérdida de la garantía establecida en el apartado 19.1.3 del PPT (seis meses para las revisiones y reparaciones), o más probablemente, a la pura y dura intención de que el contrato no tenga vigencia para un equipo concreto si el adjudicatario detecta la situación a la que se refiere la cláusula. En cualquiera de los dos casos, se está infringiendo el PPT, pues la empresa se está reservando limitaciones al alcance de las obligaciones que éste le impone, y es evidente que del texto de la cláusula no hay mención a que la decisión de hacerlas valer se deje en manos de OSAKIDETZA. Consecuentemente, este motivo de recurso debe ser aceptado y la oferta del



adjudicatario rechazada, pues no cabe que se formulen proposiciones que desmientan el acatamiento de los pliegos o pongan condiciones o límites a dicho acatamiento.»

- En el lote 8 el motivo de impugnación fue que GETINGE se reservaba «(...) el derecho de rescindir el contrato sin formalidad judicial alguna por impago de una de sus cuotas o el no cumplimiento de cualquiera de sus cláusulas.»

Este Órgano Resolutorio consideró que:

«En cuanto al supuesto de rescisión de pleno derecho propuesto por MAQUET, este OARC / KEAO entiende que se opone al contenido del PCAP, que no prevé una causa de resolución como la que se expone (ver, por ejemplo, la cláusula 17 de la carátula del PCAP) y, en general, al régimen de la resolución contractual en los contratos administrativos, categoría en la que se incluye el que se analiza. Entre otros requisitos, y de acuerdo con los artículos 223 TRLCSP y siguientes, la resolución de los contratos administrativos siempre se produce mediante resolución del órgano de contratación, previo el oportuno procedimiento reglamentariamente establecido, y el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Administración originará la resolución de aquél sólo en los casos previstos en el propio TRLCSP. Todos estos requisitos se infringen por la oferta, que contempla la rescisión del contrato por la simple voluntad del contratista, sin procedimiento previo alguno y en clara oposición a lo previsto en los artículos 223 e) y 216.6 del TRLCSP, que prevén el impago de la Administración como causa de resolución contractual solo en caso de demora en el pago superior a seis meses. Consecuentemente, la oferta debe considerarse inaceptable y ser excluida por este motivo.»

De la exposición de los hechos y fundamentos de la Resolución 130/2015 que condujeron a la exclusión de la UTE y GETINGE, se colige que no guardan relación con el incumplimiento que éstas mismas reclaman como causa de exclusión de la oferta de MANTELEC. Las ofertas examinadas en aquella Resolución contenían cláusulas o condiciones que daban lugar a una resolución unilateral del contrato; y no sucede lo mismo con la propuesta de MANTELEC porque, según el juicio expresado en el Fundamento de Derecho Décimo, no contiene ningún incumplimiento ya que garantiza que incluirá “todas aquellas actualizaciones necesarias para el correcto funcionamiento de



los equipos” tal y como prevén los apartados 19.1.4 y 66.1.4 del PPT, requisito que es el determinante para el cumplimiento de las obligaciones del contrato, y no el de la instalación de todas las actualizaciones que puedan salir al mercado, pues como ya se ha visto se debe garantizar también que los equipos en los que se intervenga “deben quedar en la misma situación en la que se encontraban en lo referente a la versión de software antes de la intervención”, lo cual implica que en algunos casos puede no ser precisa la actualización.

En este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2008 (Asunto T-345/03, *Europaïki Dynamiki*, ECLI:EU:T:2008:67), que invoca la UTE en su recurso, en su considerando 60 señala que «Tal como ha sido reconocido por reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes (sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 1977, *Ruckdeschel y otros*, 117/76 y 16/77, Rec. p. 1753, apartado 7, y de 13 de diciembre de 1984, *Sermide*, 106/83, Rec. p. 4209, apartado 28).» Por consiguiente, la desestimación de los recursos no conlleva la infracción de los principios de no discriminación e igualdad de trato porque no hay identidad entre el caso que se analiza en el presente recurso y los que dieron lugar a la Resolución 130/2015, tantas veces citada.

DUODÉCIMO: Señala GETINGE que según los apartados 3, 5.2, 5.2.1, 14 y 69 del PPT, el mantenimiento debe realizarse conforme a las instrucciones, procedimientos y protocolos de fabricante, para lo cual se deberá disponer de las herramientas necesarias para la prestación de los trabajos, y que MANTELEC no va a cumplir ni lo uno ni lo otro.

El primero de los requisitos es ciertamente obvio y de la oferta de MANTELEC no se deduce que no vaya a cumplir con los procedimientos y protocolos del fabricante. En cuanto al segundo requisito –disposición de herramientas–, los apartados 14 y 69 del PPT se refieren indistintamente al adjudicatario o al licitador, aunque las obligaciones que contienen son propias de la ejecución del contrato y corresponden al adjudicatario. El apartado 30.2.1 de la carátula del PCAP y el 21.1 del PPT establecen como criterio de adjudicación la “Propuesta



de plan de recursos materiales” con una ponderación de 5 puntos; como bien dice MANTELEC en sus alegaciones, el PPT exige una descripción de los materiales que propone para llevar a cabo las actividades incluyendo un plan de gestión del stock, pero no una descripción exhaustiva de todos los materiales porque la exigencia de disposición del material preciso es propia de la ejecución del contrato. En este sentido, el plan de recursos materiales del adjudicatario impugnado fue evaluado y valorado en el informe de 20 de julio de 2015 y aunque no satisfizo enteramente al equipo evaluador, le otorgó 2,5 del total de 5 puntos posibles.

No puede, por tanto, acogerse en este aspecto la pretensión del recurrente.

DECIMOTERCERO: Denuncia GETINGE que la oferta de MANTELEC no aporta la documentación exigida en el apartado 3.1 de PPT y no demuestra que su personal disponga de la formación y acreditación necesarias, hecho que ya puesto de manifiesto en el informe técnico de 20 de julio de 2015.

MANTELEC rebate los argumentos del recurrente diciendo que solicitó su participación en el procedimiento restringido y que superó la fase procedimental de solvencia de los licitadores. Por otra parte, lo que pide el apartado 5.6 “Plan de formación” del PPT es la aportación de un plan de formación que es objeto de valoración.

El apartado 3. “Requisitos a nivel de equipo de trabajo”, subapartado 1 “Equipo de trabajo”, al que se refiere el recurrente se encuentra en la parte del PPT que regula los criterios de selección del procedimiento restringido y prevé que «Los técnicos de electromedicina tendrán una alta formación en mantenimiento de equipos de electromedicina. El nivel de formación de los técnicos será, como mínimo, FP II o técnicos especiales de grado superior (en informática, electrónica y telecomunicaciones) o nivel 3 electromedicina. Todo ello estará documentado debidamente por las empresas oferentes, al objeto de realizar con plenas garantía el servicio objeto del presente contrato. Se deberá presentar Curriculum Vitae detallado junto con la titulación compulsada solicitada en el presente punto de las personas integrantes del equipo de trabajo que presentan los licitantes para la presentación del servicio y para cada uno de los lotes ofertados.»



Este subapartado establece una serie de requisitos en cuanto a la formación de los técnicos de electromedicina cuya acreditación era necesaria para pasar a la fase de invitación a participar en la licitación. En este sentido, el informe de 4 de mayo de 2015, sobre solvencia del procedimiento restringido, en lo referente al criterio “Equipo de trabajo” señala que en el lote 8 MANTELEC acredita formación académica y presenta Curriculum Vitae. En consecuencia, en la Resolución de 12 de mayo de 2015, del Director General de Osakidetza se acuerda seleccionar y cursar invitación a MANTELEC para que presente su proposición. Como ya dijo este OARC / KEAO en la Resolución 143/2015, el acto de selección de invitados en un procedimiento restringido no es un acto impugnabile, pero si puede serlo con motivo de la adjudicación del contrato. Sin embargo, el recurrente no prueba que el nivel de formación y los Curriculum Vitae aportados por MANTELEC incumplieran los requisitos exigidos por el apartado 3 de los criterios de selección del PPT anteriormente reproducido.

Por otra parte, la carátula del PCAP en su apartado 30.2.1 de la carátula del PCAP establece como criterio de adjudicación de juicio de valor la “Propuesta de plan de formación: hasta 5 puntos”. El apartado 5.6 del PPT “Plan de formación” prevé que «El personal adjudicatario participará en la formación continuada de los usuarios de instalaciones y equipos de uso médico. Para ello dispondrá de un plan de formación anual donde se recogerán los objetivos de la formación y las distintas actividades que se llevarán a cabo. Estas actividades estarán orientadas hacia la instrucción inicial por puesta en marcha de un nuevo equipo así como a la actualización permanente de los conocimientos de los usuarios en cuestiones de funcionamiento, operatividad, optimización y seguridad en el uso del equipamiento instalado. El adjudicatario pondrá siempre a disposición de los usuarios la documentación vinculada al correcto uso y utilización del equipamiento. Las instrucciones de utilización y la información que acompaña a los productos, necesaria para su correcta utilización y mantenimiento, debe mantenerse, en todo momento, accesible al personal que maneja el equipo.»

El informe de valoración de 20 de julio de 2015, que alude GETINGE, en su epígrafe 3.8.3 “Propuesta de plan de formación (5 puntos)”, correspondiente al lote 8, otorga a MANTELEC 2,5 puntos sobre 5 posibles y motiva la valoración en que «Para la formación interna Mantelec propone una formación de 110 horas



anuales por técnico. En los quince primeros días de la ejecución del contrato se llevará a cabo la propuesta de formación. Se presenta calendario de formación para el año 2015/2016: Se considera positiva la estructura formativa de la empresa y se valora el desglose detallado realizado de toda la formación proporcionada, pero no se observa una relación específica con los equipos objeto del lote. Las formaciones son generalistas. Relativa a la formación del personal del centro sucede algo similar. Se ofertan 100 horas anuales recibidas por el conjunto de usuarios de mantenimiento de equipos médicos en los centros objeto del contrato, sin embargo, la hacerse el desglose de dichas formaciones previstas se observa que son de poco valor añadidos. No tienen relación con el objeto del lote.»

El informe reproducido formula en dos ocasiones reproches negativos al plan de formación propuesto por MANTELEC, y en ambos casos por la escasa vinculación de la formación propuesta con el objeto del lote. Sin embargo, el informe en ningún momento invalida el plan de formación que se valora, prueba de ello es que le otorga 2,5 puntos sobre 5 posibles, y el recurrente no ha argumentado en contra de la valoración efectuada por el órgano de contratación.

En consecuencia, no pueden acogerse las impugnaciones de GETINGE relacionadas con la formación acreditada por MANTELEC.

DECIMOCUARTO: Reprocha GETINGE la existencia de otras irregularidades como es del plan de calidad y mejora continua del capítulo 3 de la oferta de MANTELEC, donde se hace referencia a unos “Documentos relacionados” que no han podido localizarse en el acceso al expediente.

MANTELEC, por su parte, rechaza los argumentos del recurrente arguyendo que lo que plasma la oferta es la verificación o procedimiento en un documento, pero no que se adjunte en la oferta.

El apartado 30.2.1 de la carátula del PCAP recoge como criterio de juicio de valor la “Propuesta de plan de calidad: hasta 5 puntos”. Por su parte, el inciso segundo del apartado 31.1 de la carátula del PCAP prevé que en el sobre “C”



se incluirán todos los documentos acreditativos para la valoración de los criterios basados en juicio de valor.

De la lectura conjunta de los apartados de la carátula del PCAP reproducidos se deduce que los licitadores debían presentar para su valoración una propuesta de plan de calidad, pero no se exige una forma concreta ni unos procedimientos concretos. La oferta de MANTELEC en su propuesta de plan de calidad contiene un apartado 9 de “Documentos relacionados”, donde se relacionan 7 tipos de procedimientos e instrucciones. Esta propuesta fue examinada en el informe de valoración de 20 de julio de 2015 y obtuvo 3,5 puntos sobre 5 posibles.

La simple relación de los procedimientos, sin que se incluya documentación sobre su contenido, no puede considerarse una omisión de documentación porque no estaba exigida como contenido del plan de calidad en los pliegos del contrato y, en consecuencia, no puede ser motivo de exclusión de la oferta.

DECIMOQUINTO: El poder adjudicador defiende su actuación a lo largo del procedimiento, y lo justifica en que ya en el informe de 20 de julio de 2015 había indicado que la oferta de MANTELEC no se adecuaba a las solicitudes planteadas en el PPT, por lo que se consideró necesario proceder a la revisión del informe técnico emitiendo un nuevo informe de 28 de diciembre de 2015 que dio lugar a la declaración de desierto del contrato; añade que su actuación se realizó en estricto cumplimiento de los principios de legalidad, no discriminación e igualdad de trato porque la Administración podía revisar de oficio sus actuaciones ya que en ese momento continuaba en tramitación el proceso licitador y la revisión del informe resultaba plenamente ajustada a derecho, circunstancia que no ocurría con la adjudicación de los lotes 3 y 8 a MANTELEC.

Como es conocido por las partes en conflicto, frente a la Resolución de 29 de diciembre de 2015, que declaraba desiertos los lotes 3 y 8, MANTLEC presentó un incidente de ejecución resuelto por este OARC / KEAO en su Resolución GI 01/2016, que en el último párrafo del Fundamento de Derecho Segundo decía



que «(...) La Resolución 130/2015 no facultaba para realizar una nueva valoración de las proposiciones que pudiera tener como resultado la alteración de la citada clasificación y mucho menos la exclusión de una oferta por irregular o inaceptable. Consecuentemente, el acto impugnado no ejecuta correctamente la Resolución 130/2015 y debe anularse, debiendo el poder adjudicador cumplirla en sus propios términos.» Y en su apartado dispositivo primero La Resolución GI 01/2016 acordó «Declarar que la Resolución de 29/12/2015, del Director General de Osakidetza, que declara desiertos los lotes 3 y 8 del contrato “Servicio de mantenimiento de equipamiento de electro medicina de los centros de Osakidetza del Área sanitaria de Bizkaia”, no ejecuta la Resolución 130/2015 del OARC / KEAO con sujeción estricta a sus términos, por lo que se anula y se ordena la ejecución en los términos expresados en el Fundamento de Derecho Segundo de la presente Resolución.»

Las resoluciones de los órganos administrativos de resolución de recursos en materia de contratación son directamente ejecutivas y contra las mismas únicamente cabe el recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 49 del TRLCSP). Por consiguiente, la Resolución 130/2015 no permitía otra actuación que no fuera la de acudir al orden de clasificación y proponer adjudicataria a aquella licitadora admitida que estuviera en primer lugar.

Es cierto, como dice el poder adjudicador, que la revisión se ciñó a una parte de un acto de trámite como era el informe de valoración de 20 de julio de 2015, que dio lugar a uno nuevo de 28 de diciembre de 2015, cuando continuaba en tramitación el proceso de licitación, y que fruto de la revisión se declaró desierto el contrato con las consecuencias ya conocidas. Sin embargo, debe señalarse que la revisión se llevó a cabo desoyendo el contenido de la Resolución 130/2015, que acordaba la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la emisión de una nueva propuesta de adjudicación y no permitía la revisión del informe de valoración y la elaboración de uno nuevo. Además, en el procedimiento de licitación de un contrato, la opción de revisión de los actos se encuentra matizada por las reglas propias del procedimiento y por los principios generales ya invocados de no discriminación e igualdad de trato. Así,



el artículo 160.1 del TRLCSP, aplicable indistintamente a los procedimientos abiertos y restringidos, y los artículos 27 y siguientes del Reglamento que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto 817/2009, regulan la apertura separada de las proposiciones de los licitadores: en primer lugar la documentación que contiene la información de los criterios cuya cuantificación dependen de un juicio de valor y, posteriormente, la referente a los criterios cuantificables de forma automática. En el presente caso, se debe tener en cuenta que la revisión se produjo en un acto de trámite que aunque no es objeto de recurso especial si es necesario para la finalización del procedimiento, y aunque la intención del informe de 28 de diciembre de 2015 fuera la de preservar su legalidad, se adoptó una vez que era conocida la oferta de MANTELEC, única licitadora superviviente en ambos lotes porque la Resolución 130/2015 había excluido a sus competidoras, rompiendo de esta forma el principio de valoración separada de la oferta (Resolución 77/2014 del OARC / KEAO).

DECIMOSEXTO: MANTELEC solicita que se imponga a la recurrente la sanción económica que se estime precedente por concurrir temeridad y mala fe en la interposición del escrito de ampliación de recurso (imposición de sanción a GETINGE)

No puede acogerse la petición puesto que el recurso de GETINGE, que aun siendo desestimado, está argumentada en base fundamentos jurídicos y no procede la interposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP 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, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,



RESUELVE

PRIMERO: Desestimar los recursos especiales en materia de contratación presentados por GETINGE GROUP SPAIN, S.LU. y la UTE formada por DRÄGER MEDICAL HISPANIA, S.A.U. / GIROA, S.A.U., contra la Resolución de 21 de abril de 2016 de adjudicación de los lotes 3 y 8 del contrato de “Servicio de mantenimiento y equipamiento de electromedicina de los Centros de Osakidetza del Área de Bizkaia”.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

CUARTO: Notificar la presente Resolución a todos los interesados.

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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2016ko uztailaren 5a

Vitoria-Gasteiz, 5 de julio de 2016