



Expte.: R-56/2015

ACUERDO 46/2015, de 17 de agosto de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por la “Orden Hospitalaria San Juan de Dios” contra los pliegos y la adjudicación del “Acuerdo Marco 2015: Práctica de exploraciones mediante ecografía solicitadas por los médicos de Atención Primaria” convocado por el Servicio Navarro de Salud – Osasunbidea.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de enero de 2015 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del “Acuerdo Marco 2015: Práctica de exploraciones mediante ecografía solicitadas por los médicos de Atención Primaria” convocado por el Servicio Navarro de Salud – Osasunbidea mediante procedimiento abierto y un valor estimado de 1.801.238,00 Euros (I.V.A. excluido).

SEGUNDO.- Por Resolución 1149/2015, de 29 de junio, de la Directora Gerente del Servicio Navarro de Salud – Osasunbidea (SNS-O) se seleccionan a las partes del Acuerdo Marco seleccionando en primer lugar, “Centro de Diagnóstico Radiológico de Navarra, S.L. (Médicis)” y en segundo lugar, la “Orden Hospitalaria San Juan de Dios”, lo que le es notificado a esta última el día 9 de julio de 2015.

TERCERO.- Con fecha 20 de julio de 2015 la “Orden Hospitalaria San Juan de Dios” interpone reclamación en materia de contratación pública que se fundamenta, en síntesis, en las siguientes alegaciones:

a) Que existen varias causas de nulidad tanto de derecho civil como administrativo que suponen una clara vulneración de los principios rectores de la contratación del artículo 21 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP).

b) Señala que la cláusula 14 del Pliego de Cláusulas Administrativas al regular el Acuerdo Marco dice: *“Como regla general, el órgano de contratación adjudicará el contrato correspondiente a la empresa que haya obtenido el primer lugar en la fase de selección del acuerdo marco conforme a los criterios de valoración establecidos en la Cláusula 11 del presente Pliego, sin convocar a la empresas seleccionadas a una nueva licitación. En el caso de que la empresa en primer lugar no fuese capaz de realizar el 100% de las exploraciones requeridas, se procederá a contratar la parte que no puede ser asumida por la primera con el resto de las empresas seleccionadas, respetando en todo caso el orden que haya resultado en la selección. Se considerará que la empresa no es capaz de realizar el 100% de las exploraciones requeridas cuando se incumplan los plazos de espera que se especifican en la Cláusula 5 “Gestión de la cita y tiempos máximos de espera”, del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares. [...]”*

Esta forma de operar contrasta con lo dispuesto en el artículo 78 LFCP que establece que, de no encontrarse definidos todos los términos del acuerdo marco, debe hacerse una nueva licitación. De la cláusula transcrita se deduce que no está prevista una nueva licitación por lo que el artículo 78 LFCP exige que estén definidos todos los términos del Acuerdo Marco.

c) Que en el tenor literal de dicha cláusula existen varias indefiniciones sobre aspectos esenciales:

- la oración *“no fuese [ser] capaz de realizar el 100% de las exploraciones requeridas”* ya que no se sabe a partir de que volumen concurre dicha incapacidad o si se puede contar desde el primer incumplimiento de los tiempos de espera. Tampoco se aclara si la denuncia debe hacerse directamente por los centros de salud ya que ellos gestionan directamente el servicio. Hay una absoluta indeterminación del supuesto de hecho que permite la adjudicación a los siguientes adjudicatarios.

- hay indeterminación del objeto del contrato que se va a suscribir con el segundo o en su caso tercer adjudicatario, por lo que se impide conocer de forma aproximada el número de exploraciones que comprenderá cada contrato derivado.

- existe indeterminación por cuanto si se adjudican contratos derivados al segundo o tercer licitador en el caso de que el primer licitador no se encuentre en condiciones de alcanzar el 100% de las exploraciones se desconoce en qué situación queda este primer licitador y si podrá ser adjudicatario de nuevos contratos derivados.

Esto lleva a la conclusión de que las indefiniciones o indeterminaciones en el procedimiento de contratación, todas ellas de carácter esencial, determinan la nulidad de pleno derecho de los pliegos por cuanto pueden propiciar una aplicación discriminatoria.

d) Considera que la cláusula 14 en cuanto que permite la modificación del precio de los contratos derivados a través de una nueva licitación es una cláusula nula de pleno derecho ya que considera que el artículo 78 LFCP solo permite una nueva licitación únicamente cuando no todos los elementos del acuerdo marco no están definidos. Por otro lado, esta cláusula no respeta las normas sobre revisión de precios ni modificación de los contratos.

e) Considera que los criterios que se han establecido en la Cláusula 11 dentro del apartado características técnicas de los equipos no son criterios dependientes de juicios de valor sino criterios evaluables mediante fórmulas. Considera que la consecuencia de ello es que debieron abrirse junto con el sobre que contenía la oferta económica.

d) Que en el informe de valoración se han establecido nuevas obligaciones que no se encontraban previstas en el Pliego como la obligación de disponer del RIS y PACS y un sistema de interoperabilidad que permita la incorporación de los informes e imágenes a la historia clínica electrónica. La cláusula 7.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas no prevé esa obligación de disponer de un RIS y PACS propios. Y respecto a la interoperabilidad la cláusula lo que establece es que deberán ser enviadas en la forma y plazo que defina el SNS-O. Señala la reclamante que, siendo el actual adjudicatario

del contrato, ha intentado establecer la interoperabilidad y no ha sido posible, por lo que a día de hoy no existe tal posibilidad de interoperabilidad.

Igualmente, en el informe de valoración se expresa la opinión de que sería deseable la planificación de sesiones clínicas conjuntas y la conveniencia de registrar los tiempos de espera antes de la prueba, cuando en los pliegos no reflejan en modo alguno dichas exigencias por lo que al haber servido de pauta de valoración se han configurado *ex novo* como criterios de valoración y, por tanto, se habrían modificado los criterios de adjudicación establecidos en el Pliego conllevando la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato.

e) Respecto al informe de valoración considera, con carácter previo, que resalta de forma aparentemente discriminatoria al licitador más valorado en aquellos aspectos que la oferta de la reclamante no ha incorporado y, a la vez, no enfatiza aspectos que ella ha ofertado y no el licitador que ha obtenido mayor puntuación, observando que el análisis de su oferta es menos profundo que el análisis efectuado a la oferta del licitador más valorado, por lo que considera que se han superado los límites de la discrecionalidad técnica incurriendo en valoraciones arbitrarias que detalla a continuación.

Señala que al analizar la oferta del licitador más valorado se dice que se detallan los aspectos de protección de datos y se aporta el certificado de auditoría previsto en la LOPD, lo que considera inadmisibles que se valore al licitador seleccionado en primer lugar el cumplimiento de la normativa exigible en todo caso.

Expone que en la oferta del licitador que más puntuación ha obtenido se valora el hecho de que *“se ofrece entregar las imágenes e informe en CD o lápiz USB acompañado de un visor de imágenes DICOM autoejecutable”*, mientras que la oferta de la reclamante no ha sido valorada a pesar de que *“HSJD facilita al SNS-O las imágenes DICOM en un lápiz de memoria para que puedan ser insertadas en el PACS del SNS-O y cruzarlas con las prestaciones correspondientes”*.

No se ha valorado el seguimiento a los pacientes crónicos que propone en su oferta pese a tratarse de un elemento muy interesante en la continuidad de la atención a los pacientes. Se ha valorado que la oferta del licitador más valorado señala que va a disponer de hojas de reclamaciones y que la información sobre ellas estará visible, cuando se trata un requisito obligatorio que establece la legislación vigente.

Respecto a la gestión de citas, el informe de valoración describe detalladamente todo el proceso que propone el licitador más valorado, descripción que no se da en el análisis de la oferta de la reclamante.

En el apartado de recepción del paciente, el informe de valoración no menciona que la reclamante haya tratado en su memoria este punto por lo que deduce que no ha sido valorado. Otro aspecto que se valora en la oferta del licitador más valorado es la correspondiente a la entrevista con el paciente, extremo que no figura como tal en la oferta de la reclamante pero sí existe un proceso de comunicación e interacción con el paciente (se le indica en que consiste la prueba y se dan las indicaciones pertinentes al paciente después de realizar la exploración), solicitándose el consentimiento informado. Incluso en este apartado señala la reclamante que su oferta recoge determinados aspectos que no contiene la del licitador más valorado sin que al parecer hayan sido valorados como la descripción de la sala de espera de los pacientes, sala de preparación y ecografías; la pauta que debe seguir el paciente después de la prueba. Considera llamativo que las omisiones del licitador más valorado no se han puesto de manifiesto en el informe de valoración y, en cambio, sí se han puesto de manifiesto las omisiones de la oferta de la reclamante.

En cuanto a la emisión de informes señala que en la oferta del licitador más valorado se tiene en cuenta que se detallan de forma exhaustiva los requisitos de un buen informe, cuando se trata de un modelo de informe que viene impuesto por el Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos en el Sistema Nacional de Salud (Anexo V). Argumenta que la falta de conocimiento por parte de los técnicos de lo que es el dictado digital en la emisión de informes (que es la propuesta que realiza la reclamante) no es causa para que

sea descalificado. Igualmente señala que, como el licitador más valorado, ha ofertado que la emisión del informe y la incorporación a la historia clínica se realizaría en 24 horas y, sin embargo, no se menciona dicho extremo respecto de la reclamante en el informe de valoración.

En cuanto a la valoración del sistema de calidad, considera que no debía haberse valorado ya que no hace referencia a la oferta sino a las cualidades de los propios licitadores.

En cuanto a las características técnicas de los equipos, en el informe de valoración se constata que el sistema que propone la reclamante consta de dos discos duro de 2TB de capacidad mientras que el licitador más valorado propone 2HD de 320GB, sin que ello tenga reflejo en el informe de valoración.

En consecuencia, solicita que declare la nulidad del procedimiento de contratación y subsidiariamente, que se anule la Resolución 1149/2015, con retroacción de actuaciones al momento previo de la valoración de las proposiciones.

CUARTO.- Con fecha 28 de julio de 2015 el Servicio Navarro de Salud – Osasunbidea aporta el expediente del contrato y presenta las siguientes alegaciones, que se exponen en síntesis:

a) No cabe excepcionar la doctrina de que los pliegos constituyen la ley del concurso y que la presentación de proposiciones por los licitadores supone la aceptación incondicionada de los mismos, puesto que no existe similitud alguna con el supuesto de hecho del que parte la Resolución 70/2013, de 6 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, ya que no existe violación de los principios de igualdad y de trato no discriminatorio y por tanto no se puede hablar de nulidad.

No se cabe sostener que existe nulidad basándose en la indeterminación del procedimiento de adjudicación. En primer lugar, la reclamación en materia de contratación pública no es el instrumento adecuado para aclarar las dudas que pueda

tener un licitador sobre los pliegos, ya que el instrumento adecuado es la aclaración de dudas del artículo 27 LFCP. La existencia de dudas sobre determinados aspectos de la adjudicación de contratos no determina la nulidad de los pliegos sino que, de acuerdo con los mismos pliegos y el artículo 100 LFCP, el órgano de contratación es quien tiene la facultad de interpretar los pliegos, previos los informes técnicos y jurídicos necesarios. Pero además, de la cláusula impugnada se desprende que la apreciación del incumplimiento corresponde a la unidad gestora, por lo que será ella la que debe apreciar si dicho incumplimiento tiene entidad suficiente como para determinar si la empresa no es capaz de realizar dichas operaciones y cuantificar el número de operaciones que se debe solicitar al siguiente licitador. Que no estén previstos todos los detalles o haya un margen de discrecionalidad no implica que la cláusula sea nula.

Considera que es acorde con los principios de eficacia y eficiencia administrativas y con la consecución del interés público que se adjudiquen los contratos al licitador más valorado, que es quien los realiza en las mejores condiciones y, solo en caso de no poder hacerse cargo de las tareas, se encargue a los siguientes. En cualquier caso debe señalarse que, tratándose de una adjudicación motivada por el incumplimiento de las listas de espera de otro licitador –con la consiguiente urgencia-, es razonable que no se requiera un plazo de antelación para comunicar la adjudicación del contrato al licitador siguiente.

b) Que no ha justificado que sea causa de nulidad la alegada infracción de las normas sobre revisión de precios y de modificación de los contratos más allá de una hipotética discriminación por la posibilidad de convocar a las empresas seleccionadas a una nueva licitación sobre el precio. La cláusula 14 cuyo tenor literal es el siguiente dice:

*“El órgano de contratación, cuando así lo aconsejen las circunstancias de interés público, podrá convocar a las empresas seleccionadas a una nueva licitación sobre el precio, con el objeto de mejorar el mismo. A cada empresa le corresponderá por el precio ofertado la puntuación que resulte de aplicar la fórmula establecida en el criterio ‘b) Valoración de la oferta económica’ de la Cláusula 11 del presente Pliego, y*

*a dicha puntuación se le suma la que la empresa obtuvo en la fase de selección en el criterio ‘a) Valoración de la propuesta técnica’ de la citada de la citada cláusula.*

*A partir de la formalización de la negociación, la nueva puntuación final obtenida por cada empresa determinará el orden de selección de los licitadores para la adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco y el nuevo precio constituirá el techo máximo para la siguiente negociación que tuviera lugar con arreglo a esta cláusula”.*

No se trata por tanto ni de una modificación del acuerdo marco ni de una revisión de precios ni tampoco una nueva licitación para la adjudicación de contratos derivados en el sentido del artículo 78.3 LFCP, sino una renegociación de las condiciones del acuerdo marco que forma de los términos del propio acuerdo marco.

c) La alegación de la confusión sobre los criterios objetivos y subjetivos es un intento de impugnación de los pliegos –que son la ley del concurso- sin explicar por qué razón y en qué modo esas irregularidades denunciadas serían causa de nulidad.

d) Se alega como causa de nulidad de los pliegos la inclusión en el informe de valoración de criterios no comprendidos en el pliego lo que no tiene sentido ya que, en todo caso, sería una causa de nulidad de la valoración, haciendo una explicación pormenorizada

En consecuencia solicita la inadmisión de la reclamación en lo relativo a la nulidad de los pliegos de cláusulas administrativas y subsidiariamente, en el caso de que no se estimase la pretensión anterior, que desestime la reclamación en cuanto a la nulidad o anulabilidad de la valoración de las ofertas.

QUINTO.- Previa notificación de la existencia de la reclamación a los posibles interesados, con fecha 3 de agosto de 2015 comparece la mercantil “Centro de Diagnóstico Radiológico de Navarra, S.L. (Médicis)”, que presenta las siguientes alegaciones, que se exponen en síntesis:



a) Extemporaneidad de la impugnación de los pliegos.

b) Las supuestas indefiniciones vienen referidas a la fase en que se pudiera dar un incumplimiento en el primer adjudicatario en el momento en que “no fuese capaz de realizar el 100% de las exploraciones requeridas”, es decir, en el momento de suscribir el contrato entre el segundo o el tercer adjudicatario. Pero ello no afecta a los principios rectores de la adjudicación sino al desarrollo posterior del contrato. Y de ningún modo esas supuestas indefiniciones son tales porque pudieron haber sido aclaradas con carácter previo de haberse solicitado y pueden dar lugar a posteriores reclamaciones, pero no pueden suponer, en este momento, la nulidad de los pliegos.

c) Sobre la supuesta infracción de las normas de revisión de precios se trata de una cuestión de legalidad ordinaria en modo alguno constitutivo de nulidad radical y que pudo haberse impugnado antes de tomar parte en el proceso.

d) La alegación de la configuración como criterios subjetivos de determinados criterios objetivos carece de fundamento pero, en cualquier caso, el proceso de valoración de los criterios previsto en el pliego y observado por el órgano de contratación se ajusta a lo establecido en la LFCP que, en este punto, difiere de la normativa estatal.

e) La posible existencia de nuevos criterios y subcriterios de valoración no puede considerarse que afecte a la legalidad del Pliego sino a la aplicación de los criterios contenidos en el mismo. Por tanto, es doctrina reiterada de los Tribunales, siguiendo la estela de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, que la aplicación por parte de la Mesa de Contratación de los criterios técnicos libremente establecidos en los pliegos no son susceptibles de impugnación siempre que se encuentren dentro de los límites de la ciencia y la técnica, salvo en los casos de error patente o irracionalidad. Por ello, dicha doctrina exige que la indicación de los criterios sea concreta y tangible y que nunca deben agruparse bajo fórmulas genéricas que propicien la posibilidad de arbitrariedad y, a su vez, los informes técnicos de valoración deben estar ampliamente motivados. De acuerdo con esos criterios no se aprecia la existencia de nuevos

parámetros de valoración que no fueran conocidos por los licitadores, ni se han introducido *ex novo* nuevos criterios, sino que más bien al contrario, lo razonado en el informe de valoración ha supuesto la concreta aplicación técnica de lo dispuesto en el Pliego.

f) Respecto a la supuesta arbitrariedad en la aplicación y valoración por parte del órgano evaluador de los criterios contenidos en los Pliegos en lo referido a la organización del servicio, al sistema de gestión de calidad y las características de los equipos a la vista de la doctrina contenida en las Resoluciones de este Tribunal 32/2013, 46/2013, 51/2013 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003 se puede concluir:

- Las alegaciones de la reclamación lo único que pretenden es sustituir el criterio del órgano técnico por el suyo propio llegando a la conclusión de que su oferta debiera haber sido mejor puntuada.

- Que la lectura objetiva del informe de la Mesa y por extensión la resolución de adjudicación, revela que se ha realizado una exhaustiva comparativa entre las diferentes ofertas y que en modo alguno ha incurrido en arbitrariedad, error de hecho o discriminación.

En consecuencia solicita que se acuerde la inadmisión de la reclamación en lo referido a los Pliegos y en cualquier caso la íntegra desestimación de la reclamación, confirmando la adecuación a Derecho del presente proceso de selección y de la Resolución objeto de impugnación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La reclamación se presenta contra un acto adoptado en el seno de un procedimiento de adjudicación por parte de un poder adjudicador de los contemplados en el artículo 2 LFCP.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por una entidad legitimada, dado que se trata de un licitador admitido en el procedimiento de adjudicación que cuestiona la adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesados en la licitación y adjudicación del contrato.

TERCERO.- La LFCP contempla un plazo de diez días naturales para la interposición de la reclamación en materia de contratación pública, contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto impugnado cuando se recurran los actos de licitación y de adjudicación por parte de los licitadores, como ocurre en este caso (artículo 210 apartado 2, letra b, de la LFCP), por lo que la reclamación debe entenderse interpuesta en plazo.

CUARTO.- La reclamación formulada considera que existe nulidad de pleno derecho en la licitación y en la ilegalidad de la valoración.

Este motivo está incluido entre los que el artículo 210.3.c) de la LFCP recoge como motivos tasados que pueden fundar una reclamación en materia de contratación pública (*“c) Las infracciones de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados”*).

QUINTO.- La primera cuestión a analizar es la existencia de nulidad de los pliegos de condiciones que rigen la contratación.

Es posible invocar ahora, y aún por un licitador que concluyó a la licitación la nulidad de los pliegos.

Nuestro Acuerdo 51/2014, de 23 de diciembre, entre otros muchos, puso de manifiesto que:

*“Este Tribunal en otros Acuerdos anteriores (por todos el 24/2013, de 3 de septiembre), ya ha puesto de manifiesto que, conforme a nuestro Derecho, al tratarse de una declaración de nulidad de pleno derecho es indiferente que la entidad reclamante haya concurrido a la licitación sin haber recurrido los pliegos en el*

*momento de su publicación, en el plazo oportuno, y reclame frente a su exclusión posterior en este momento, pues citando el Acuerdo 14/2011, de 19 de julio de 2011 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, “es necesario recordar que las previsiones de los Pliegos, fueron conocidas por todos los licitadores y aceptadas por los mismos, sin salvedad o reserva alguna, desde el momento de formular sus ofertas ..., pues no consta en ningún caso, que las recurrentes impugnaran en tiempo y forma los Pliegos ... a los que por tanto han quedado plenamente vinculadas, sin que sea posible en este momento fundamentar sus pretensiones alegando la irregularidad de alguna de sus cláusulas”.*

*No obstante, el citado Tribunal señala en el mismo Acuerdo que entiende que cualquier otra argumentación sobre la irregularidad de las cláusulas del Pliego, “hubiera requerido la impugnación de los mismos, siendo improcedente en este momento que los recurrentes aleguen la incorrección de alguna de sus cláusulas, en tanto en ninguna de ellas se aprecia un vicio de nulidad que justifique la eventual revisión del Pliego por este Tribunal.*

*Por ello, apreciándose en el presente supuesto un vicio de nulidad de pleno derecho, no resulta admisible la alegación vertida por la entidad adjudicataria de que la mercantil reclamante debiera haber interpuesto reclamación frente a los Pliegos de Condiciones por haberlos considerado confusos”.*

La indefinición del acuerdo marco y de los contratos basados en él es la infracción que considera constitutiva de nulidad de pleno derecho el reclamante. En este sentido, verificadas las cláusulas 11 y 14 del condicionado se comprueba que sí existe determinación de las condiciones contractuales. El acuerdo marco se adjudicará al licitador que haya obtenido el primer lugar en la fase de selección y sólo por circunstancias excepcionales puede convocarse a las empresas seleccionadas a una nueva licitación. Se clarifican los criterios de adjudicación de esos contratos derivados teniendo como único criterio de adjudicación el precio del contrato. No existe nulidad. Los supuestos de hecho a que el reclamante alude como análogos con el que invoca carecen de similitud.

La Cláusula 14 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, regula la forma en la que habrán de adjudicarse los contratos derivados basados en el Acuerdo Marco, establece:

*"Como regla general, el órgano de contratación adjudicará el contrato correspondiente a la empresa que haya obtenido el primer lugar en la fase de selección del acuerdo marco conforme a los criterios de valoración establecidos en la Cláusula 11 del presente Pliego, sin convocar a las empresas seleccionadas a una nueva licitación. En el caso de que la empresa seleccionada en primer lugar no fuese capaz de realizar el 100 % de las exploraciones requeridas, se procederá a contratar la parte que no puede ser asumida por la primera con el resto de empresas seleccionadas, respetando en todo caso el orden que haya resultado en la selección. Se considerará que la empresa no es capaz de realizar el 100% de las exploraciones requeridas cuando se incumplan los plazos de lista de espera que se especifican en la Cláusula 5 "Gestión de la cita y tiempos máximos de espera", del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.*

*El órgano de contratación, cuando así lo aconsejen circunstancias de interés público, podrá convocar a las empresas seleccionadas a una nueva licitación sobre el precio, con el objeto de mejorar el mismo. A cada empresa le corresponderá por el precio ofertado la puntuación que resulte de aplicar la fórmula establecida en el criterio "b) Valoración de la oferta económica" de la Cláusula 11 del presente Pliego, y a dicha puntuación se le sumará la que la empresa obtuvo en la fase de selección en el criterio "a) Valoración de la propuesta técnica" de la citada Cláusula.*

*A partir de la formalización de la negociación, la nueva puntuación final obtenida por cada empresa determinará el orden de selección de los licitadores para la adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco y el nuevo precio constituirá el techo máximo para la siguiente negociación que tuviera lugar con arreglo a esta cláusula".*

Asimismo, la cláusula 5 del pliego de prescripciones técnicas particulares recoge los requisitos para la prestación del servicio, tiempos máximos de espera en función de si las exploraciones son preferentes u ordinarias, mientras que las cláusulas 4 a 7

recogen los sistemas de control de listas de espera, sistemas de información, facturación,...

Obsérvese el espíritu y razón de ser de las prestaciones a contratar, como son la derivación al servicio de ecografías diagnósticas. Asimismo, téngase en cuenta en cuanto al diseño de la cláusula 11 del condicionado que conforme al informe de necesidad de la licitación de 19 de agosto de 2014 suscrito por el Director de Atención Primaria la necesidad del expediente radica en la dificultad de asunción por los servicios de radiodiagnóstico del *“muy elevado número de solicitudes” “aumentando las listas de espera y el retraso en el diagnóstico temprano de procesos cuya demora deterioraría gravemente el proceso asistencial”*. Ello justifica, sin duda, la existencia de medidas para garantizar que si el primer clasificado no puede responder del contrato además de las sanciones oportunas exista una solución que evite problemas de salud pública. En idéntico sentido se pronuncia el informe de 16 de septiembre de 2014 suscrito por el médico inspector Sr. C. de A., el Jefe del servicio de prestaciones y conciertos, Sr. H.T., Director de Atención al Paciente, Sr. I.G. y la Interventora, Sra. O. E.

Lo anterior justifica la existencia de contratos derivados cuyo objeto se concretará en función de las circunstancias concurrentes que critica la reclamante y la consiguiente indefinición a priori del objeto de los contratos derivados. Como afirma el poder adjudicador *“(…), tratándose de una adjudicación motivada por el incumplimiento de las listas de espera de otro licitador –con la consiguiente urgencia-, es razonable que no se requiera un plazo de antelación para comunicar la adjudicación del contrato al licitador siguiente”*.

No concurre por todo ello motivo de nulidad, debiendo desestimarse este motivo de impugnación del condicionado.

Se hace hincapié en que los motivos ahora impugnados no afectan a la preparación de la oferta en términos de igualdad, objetividad y transparencia, sino a cuestiones propias de la ejecución del contrato con el adjudicatario, siendo además posible el control en vía administrativa o jurisdiccional de las ulteriores adjudicaciones

de los contratos que excepcionalmente al segundo y tercer empresario seleccionado y por las circunstancias que el pliego de condiciones contempla. En tales casos, podrán verificarse los elementos reglados y discrecionales de esas decisiones sin que ahora proceda entrar a efectuar mayores precisiones al respecto.

Además como señala MEDICIS la reclamante en ningún momento fundamenta que la nulidad haya aflorado o se haya evidenciado en el momento de la aplicación, sino que se limita a cuestionar determinados aspectos de los pliegos que pudo impugnar en su día. En apoyo de esta alegación cita la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 28 de octubre de 2014, que en un supuesto similar deniega la posibilidad de anular los criterios de adjudicación recogidos en el Pliego y que no fueron oportunamente impugnados en su momento.

Por otra parte, como señala en sus alegaciones el poder adjudicador:

*“Que haya aspectos que no están previstos con todo detalle, o que la Administración cuente con un margen de discrecionalidad en determinadas cuestiones, no implica que una cláusula sea contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio, y que permita una aplicación discriminatoria, de modo que haya de calificarse como nula de pleno derecho, ni que sea contraria a derecho.*

(....)

*3.1.3. La determinación del número de contratos a adjudicar al siguiente licitador deberá ser consecuente con el grado de incapacidad detectado.*

*3.1.4. Que el resto de las exploraciones continuarán siendo adjudicadas al licitador mejor posicionado es algo que no admite duda, con arreglo a lo expuesto.*

*3.1.5. En cuanto a la antelación con la que debe comunicar el SNS-O al segundo o tercer licitador la adjudicación y formalización del contrato y el plazo para constituir la garantía, son cuestiones que no guardan relación alguna con la alegada arbitrariedad y posibilidad de discriminación de los licitadores.”.*

El segundo motivo de nulidad de los pliegos radica según la reclamante en la existencia de una cláusula, la 14, que permita la modificación del precio, y su consiguiente nulidad.

Al respecto de ello, debe señalarse que la cláusula 14, antes reproducida íntegramente, no contiene una cláusula de revisión de precios ni una modificación contractual, sino que plantea la posibilidad de licitar con los empresarios seleccionados contratos que derivarían del acuerdo marco. Siendo cierto que con carácter general el contrato se adjudica al primer licitador, el hecho de que estemos ante un contrato para un máximo de 3 anualidades y que está configurado como acuerdo marco ampara el llevar a cabo estas adjudicaciones derivadas. Figura asimismo el modo de materializarlas con lo que la ausencia de ilegalidad es patente. Los motivos que originen la licitación ulterior pueden ser objeto de control por los licitadores, como ya se ha expuesto.

Procede, en definitiva, desestimar este motivo de la reclamación.

Como tercer motivo de nulidad alude a la configuración de motivos como criterios subjetivos (sobre nº 2) y no como criterios de valoración objetivos (evaluables mediante fórmulas). Al respecto de ello, debe señalarse que no es aplicable a Navarra el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 31/2011, de 14 de noviembre, que contempla la necesidad de separación de ambas clases de criterios para proceder a la evaluación separada y previa de los criterios susceptibles de juicio de valor.

La Disposición Adicional Primera de la Constitución Española determina la existencia de un régimen competencial singular para la Comunidad Foral que se ve mejorado por la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Fuero de Navarra 23/1982, de 10 de agosto, en lo sucesivo, LORAFNA. Navarra tiene por ello su normativa propia en materia de contratación Administrativa desde la aprobación en 1981 de la Norma General de Contratación, a la que siguió la Ley Foral de Contratos 13/1986 de 14 de noviembre, la LFCAPN y la LFCP hoy vigente. El artículo 49.1.d) de la LORAFNA determina que la Comunidad Foral de Navarra tiene competencia exclusiva en materia de *“contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia”*. De la



redacción de ese precepto se observa no ya un sometimiento a la normativa básica estatal, sino sólo y simplemente a los principios esenciales de esa legislación.

Por lo anterior, puede afirmarse que lo único que debe garantizar el condicionado es lo prevenido en el artículo 52 de la LFCP, esto es que *“las proposiciones se presentarán separando el precio ofertado de las demás condiciones de la oferta. El precio se mantendrá en secreto hasta el momento de su apertura pública y las restantes condiciones de la oferta hasta el momento de su apertura por la Administración”*.

En igual sentido el artículo 189.3 de la LFCP al regular el procedimiento abierto advierte que *“cuando el criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa la oferta se presentará en dos sobres, separando el precio ofertado de las demás condiciones de ésta. El precio se mantendrá en secreto hasta el momento de su apertura pública y las restantes condiciones de la oferta hasta el momento de su apertura por la entidad contratante”*.

SEXTO.- La reclamante considera que han sido introducidos nuevos criterios y subcriterios no contenidos en el Pliego.

La cláusula 7.B) del pliego de condiciones contempla la documentación a incorporar en el sobre N° 2, del siguiente modo:

- *Organización del servicio. Sistema de información. Relación con los médicos de atención primaria. Información para los pacientes. Planificación de agendas, horarios de atención. Recepción y atención a los pacientes. Emisión de informes.*

- *Sistema de gestión de calidad. Manual de procedimientos. Gestión de riesgos para los pacientes. Objetivos. Criterios y estándares. Evaluación.*

- *Características técnicas de los equipos. Antigüedad del modelo de ecógrafo propuesto. Rango de frecuencias de los transductores. Número de transductores. Tamaño y Resolución del monitor. Claridad y riqueza de los pictogramas.”*.

La cláusula 11.A) regula los criterios de valoración de la documentación del sobre n° 2, afirmando que:

*“A.- Valoración de la propuesta técnica*

*Se calificará con 50 puntos como máximo, adjudicados según la evaluación de las ofertas técnicas con los criterios, baremo y procedimiento descritos a continuación.*

*A. 1.- Organización del servicio. Hasta 20 puntos.*

*Planificación y organización del servicio. Deberá concretarse el sistema de información previsto, que haga compatibles los requerimientos del servicio y del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea; la relación con los médicos de atención primaria; la información para los pacientes; la planificación de agendas y horarios de atención; la gestión de citas; la recepción y atención a los pacientes; y la emisión de informes.*

*A.2.- Sistema de gestión de calidad. Hasta 15 puntos.*

*Sistema de gestión de calidad que se aplicará a la gestión del servicio. Deberá concretarse: el manual de procedimientos para cada una de las pruebas de ecografía incluidas en la cartera de servicios y su adecuación a las mejores prácticas y a lo previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares; la identificación de riesgos para los pacientes y las medidas de prevención y gestión de riesgos previstas; la propuesta de objetivos, criterios y estándares de calidad; los métodos de control y evaluación previstos.*

*A.3.- Características técnicas de los equipos. Hasta 15 puntos.*

*- Antigüedad del ecógrafo que se empleará para las exploraciones objeto de este acuerdo marco. Hasta 3 puntos.*

*- Antigüedad del modelo de ecógrafo que se empleará para las exploraciones objeto de este acuerdo marco. Hasta 2 puntos.*

*- Rango de frecuencias de los transductores propuestos, superior a los mínimos requeridos. Hasta 4 puntos.*

*- Número de transductores disponibles superior a dos, de utilidades diferentes y complementarias. Hasta 3 puntos.*

*- Tamaño y resolución del monitor. Hasta 2 puntos.*

*- Claridad y riqueza de los pictogramas. Hasta 1 punto”.*

Como ya hemos señalado en anteriores Acuerdos (por todos el Acuerdo 8/2014, de 10 de marzo), la Mesa de Contratación, como órgano colegiado ajeno a intereses particulares, debe garantizar el correcto desarrollo del procedimiento de licitación

teniendo como objetivo que la propuesta de adjudicación que realice al órgano de contratación sea la más beneficiosa para el interés público al que responde el contrato y, para ello, las mesas de contratación actúan con objetividad e independencia del órgano que las ha nombrado y valoran las diferentes ofertas de acuerdo con lo establecido en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas del contrato, concretando dichas valoraciones en aplicación de la discrecionalidad técnica de la que gozan.

Con respecto a esta discrecionalidad técnica, jurisprudencia reiterada significa que la aplicación de los criterios de adjudicación, conforme a las reglas de la ciencia o la técnica, no es susceptible de impugnación salvo en los casos de error patente o irracionalidad en su aplicación, en definitiva, no se puede sustituir la necesaria discrecionalidad técnica de las entidades adjudicadoras de contratos públicos por la discrecionalidad del órgano administrativo o judicial encargado de velar por la legalidad de la contratación, y menos aún podrá aquélla sustituirse por un informe elaborado a instancia de una de las partes concurrentes en el procedimiento de licitación.

No obstante, este Tribunal en varios Acuerdos (entre otros, 5/2013, de 16 de mayo, 6 /2013, de 16 de mayo, 34/2013, de 16 de octubre y 4/2014, de 17 de febrero) también ha puesto de manifiesto que la discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste. Y es que, como señala el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 5 de mayo de 1994: *“lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales -artículo 103.1 de la Constitución Española, y, por*

*lo tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita”.*

El mismo Tribunal Supremo explica en la Sentencia de 9 de julio de 2010 lo siguiente: *“con carácter general, la motivación de los actos administrativos precisa, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuya reiteración excusa cita, de una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada (...), poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa adoptada. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE”.* Es decir, la motivación exigible en las resoluciones administrativas es aquella que permite conocer, por los propios interesados y por los órganos administrativos o judiciales que hayan de realizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción.

Consecuencia de lo dicho es que en este caso únicamente corresponde al Tribunal comprobar que no ha habido arbitrariedad, ni un error patente, ni irracionalidad en la aplicación de los criterios de valoración técnica y que esta valoración se encuentra suficientemente motivada en el expediente.

Revisado el mismo, se comprueba que no han existido nuevos criterios y subcriterios de valoración. No se aprecia la existencia de nuevos parámetros de valoración que no fueran conocidos por los licitadores, ni se han introducido ex novo nuevos criterios, sino que más bien al contrario, lo razonado en el informe de valoración ha supuesto la concreta aplicación técnica de lo dispuesto en el Pliego, como justifica pormenorizadamente el órgano de contratación.

Respecto a la supuesta arbitrariedad en la aplicación y valoración por parte del órgano evaluador de los criterios contenidos en los Pliegos en lo referido a la organización del servicio, al sistema de gestión de calidad y las características de los

equipos a la vista de la doctrina contenida en las Resoluciones de este Tribunal 32/2013, 46/2013, 51/2013 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003 se puede concluir que:

- Las alegaciones de la reclamación lo único que pretenden es sustituir el criterio del órgano técnico por el suyo propio llegando a la conclusión de que su oferta debiera haber sido mejor puntuada.

- Que la lectura objetiva del informe de la Mesa y por extensión la resolución de adjudicación, revela que se ha realizado una exhaustiva comparativa entre las diferentes ofertas y que en modo alguno ha incurrido en arbitrariedad, error de hecho o discriminación.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

#### ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por la “Orden Hospitalaria San Juan de Dios” contra los pliegos y la adjudicación del “Acuerdo Marco 2015: Práctica de exploraciones mediante ecografía solicitadas por los médicos de Atención Primaria” convocado por el Servicio Navarro de Salud – Osasunbidea.

2º. Notificar este acuerdo a la “Orden Hospitalaria San Juan de Dios”, al Servicio Navarro de Salud – Osasunbidea y acordar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

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

Pamplona 17 de agosto de 2015, EL PRESIDENTE, Fermin Casado Leoz. EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla. EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu.