



Expte.: R-79/2017

ACUERDO 12/2018, de 13 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don A.P.P., en representación de “Sistemas Técnicos Endoscópicos, S.A.” frente a la Resolución 1455/2017, de 28 de noviembre, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea por la que “*se autoriza el gasto y se adjudica el contrato de suministro de diverso equipamiento médico para el Hospital Reina Sofía de Tudela (OB8/2017).*”

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 12 de junio de 2017 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra anuncio de licitación del contrato de Suministro diverso equipamiento médico para Hospital de Tudela (OB8/2017).

SEGUNDO.- La reclamante presentó oferta al lote 4 de dicho procedimiento, (instrumentos y aparatos médicos diversos) el día 21 de junio de 2017, resultando admitida a la licitación.

TERCERO.- El día 17 de octubre de 2017 se aprobó el informe técnico de valoración de la Mesa de Contratación; adjudicándose el contrato por Resolución 1455/2017, de 28 de noviembre, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, frente a la que ahora se reclama.

CUARTO.- La reclamante entiende que esta Resolución infringe los principios de legalidad, igualdad y no discriminación de los licitadores y en consecuencia considera que incurre en causa de nulidad de pleno Derecho, cuestionando la valoración de distintos aspectos de su oferta, que, en síntesis, se exponen a continuación:

- a) En relación con la valoración correspondiente al ciclo de lavado, pone de relieve que existen diferentes tipos de ciclos de limpieza

y desinfección a realizar por lavadoras endoscópicas: ciclo de limpieza simple (incluye limpieza + desinfección), ciclo doble de limpieza (2 limpiezas + desinfección) y ciclo de desinfección sin limpieza (simplemente desinfección). Indica que para evaluar el tiempo de duración del ciclo de su oferta se ha tomado como referencia el ciclo de limpieza simple (limpieza + desinfección), mientras que para el resto de licitadores se ha tomado como referencia el ciclo de desinfección sin limpieza; añadiendo que lo procedente para asegurar una adjudicación igualitaria había sido comparar los ciclos de lavado completos de las tres mencionadas licitadoras, lo que hubiera dado lugar a una puntuación mayor de su oferta, por cuanto el tiempo de duración de 16 minutos del ciclo completo (lavado + desinfección) del producto por ella ofertado es absolutamente puntero en el mercado.

b) Omisión de valoración de accesorios de la lavadora ofertada que sí han sido valorados en los productos ofertados por las demás licitadoras. Manifiesta que la mesa de contratación indica que su oferta comprende como accesorios la incorporación de rack de lavado y desinfección y set de conectores; respecto de otra licitadora, rack de endoscopia flexible, set de conectores, 1 endoscopio flexible, un puerto RS232 adicional para corrector lector en EW1, base suplemento con ruedas y 1 kit de 100 etiquetas código de barras; y finalmente, respecto de la tercera licitadora se valoran como accesorios el pedal apertura, conectores de endoscopia, conectores Hook up de autosaneamiento y conectores de endoscopios. A la vista de tal valoración, indica que su oferta no sólo ofrece los mismos accesorios que el resto sino la mayor cantidad de los mismos. En particular, manifiesta que la lavadora por él ofertada incluye los siguientes accesorios:

- Rack de lavado y desinfección.
- Impresora térmica.
- Set de conectores.
- Equipo electrónico de trazabilidad y control por microprocesador (integrado).

- Lector código de barras.
 - Pulsador de Apertura.
 - Ruedas con frenos para inmovilizar la lavadora (integradas).
 - Conectores autodesinfección.
 - Tarjeta SD - Tarjeta de memoria
 - Un sistema prefiltración.
 - El puerto Etenet.
 - El Puerto USB.
- c) De la comparación del ciclo de lavado + desinfección de la lavadora ofertada con el ciclo de simple desinfección de las lavadoras de sus competidoras, deriva, al evaluar el menor consumo de agua y energía, que éste sea menor si efectúa un ciclo de simple desinfección, que si se realiza un ciclo de lavado + desinfección; de manera que el error manifestado en la primera de las alegaciones se reproduce en relación con este apartado.
- d) Cálculo erróneo del consumo de energía, debido a que a la hora de calcular la energía utilizada en la lavadora ofertada se multiplica el tiempo de ciclo por la potencia máxima, resultando que si se toma como referencia para el cálculo del consumo de energía un ciclo de simple y no el ciclo completo (lavado + desinfección + aclarado), la energía que consume la misma es de 0,15 kw (Ciclo 4). Así, $0,15\text{kw} \times 13 \text{ minutos} = 1,95 \text{ kw}$, que es la energía eléctrica utilizada en un ciclo de desinfección; de forma que, a la vista del propio informe de valoración, su oferta es la que menos energía eléctrica consume.

De acuerdo con todo lo anterior, se solicita al Tribunal que proceda a evaluar los criterios de adjudicación “ciclo de lavado”, “número de accesorios disponibles” y “consumo de agua y energía” de acuerdo con el principio de igualdad y no discriminación y anule el informe de valoración técnica, anule la Resolución 1455/2017, de 17 de noviembre, declare la adjudicación del lote 4 a favor de la reclamante y subsidiariamente, ordene a la Mesa de Contratación emitir un nuevo informe procediendo a valorar a las compañías licitadoras del lote 4 en igualdad de condiciones.

QUINTO.- El día 10 de enero de 2018, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea presenta el expediente del contrato junto con escrito de alegaciones en el que señala que:

En cuanto a la primera de las alegaciones formuladas por la reclamante, relacionada con la duración del ciclo de lavado y la puntuación obtenida, dicho dato no se tuvo en cuenta en la valoración de la oferta al no haberse localizado. En consecuencia se constata la errónea valoración asignada a la empresa Sistemas técnicos Endoscópicos S.A. en este punto al haber comparado su ciclo de lavado+desinfección con los ciclos únicamente de desinfección de las demás licitadoras. Por tanto, concluye que, en atención a las consideraciones técnicas transcritas, esta alegación debería ser estimada.

En cuanto a la alegación de la reclamante, referente a la valoración de los accesorios ofertados, analiza cada uno de los accesorios presentados por la misma, realizando la siguiente valoración:

- *“Rack de lavado y desinfección: al respecto señala el informe técnico que “se ha considerado en el informe de valoración como accesorio y se ha valorado”.*
- *Impresora térmica: según señala el referido informe técnico, dicho parámetro ha sido valorado en el criterio “impresora” y no en el de número de accesorios disponibles.*
- *Equipo electrónico de trazabilidad y control por microprocesador (integrado). Ambas características son requisitos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, por lo que no pueden ser valoradas al tratarse de características de obligado cumplimiento.*
- *Lector de código de barras: dicho criterio se valora en el aparato “dispone de lector de barras” y así se le ha valorado a la reclamante, pero no se valora en el criterio “número de accesorios disponibles”.*
- *Pulsador de apertura: en la oferta técnica se indica “botón de apertura tapa”. Dicho elemento no se han considerado*

como un accesorio sino como un elemento propio y necesario del producto.

- *Ruedas con frenos para inmovilizar la lavadora (integradas): dicho elemento no se ha considerado como un accesorio de la lavadora de endoscopios, por tratarse de una parte integrada en la lavadora porque no puede colocarse de manera autónoma y desmontarse del equipo.*
- *Conectores de autodesinfección: dicha característica no se ha encontrado en la documentación técnica presentada, según el informe técnico emitido al respecto.*
- *Tarjeta SD: dicho criterio no se tuvo en cuenta al realizar la valoración. Sin embargo, revisada la documentación técnica, dicho parámetro estaba incluido en el apartado “trazabilidad” de la propuesta por lo que debió haberse valorado.*
- *Sistema de prefiltración: dicho punto se ha considerado como accesorio dado que es parte de la lavadora y todos los equipos poseen filtros, al ser parte fundamental para su funcionamiento.*
- *Puerto Etenet y puerto USB: los elementos mencionados no se indican en la documentación técnica presentada; únicamente se muestra una fotografía de la lavadora, de la cual resulta imposible esta información”.*

De acuerdo con lo anterior, la entidad reclamada propone tener en cuenta la tarjeta SD como accesorio de la oferta de la reclamante y mantener el resto de la valoración inicialmente asignada.

En cuanto a la tercera alegación de la reclamante, acerca de la puntuación obtenida por el consumo de agua y de energía, el SNS-O señala que, en consonancia con el error del primer apartado, también ha sido valorado de forma incorrecta, dado

que ambos son mayores en un ciclo de limpieza+desinfección que en un ciclo de sólo limpieza. En consecuencia entiende que esta alegación debe ser estimada.

Finalmente, la entidad reclamada concluye que los aspectos objeto de la reclamación son criterios de valoración automática y que una vez aplicada la nueva puntuación, el orden en el que los mismos quedan clasificados no varía, como no varía la propuesta de adjudicación que recaería en la empresa “Antonio Matachana, S.A.”, tal como desglosa en la siguiente tabla:

LAVADORA	ST ENDOSCOPIA	MATACHANA	TEDEC MEJI FARMA
Puntos calidad (45)	36,34	37,95	36,13
Puntos garantía(5)	5	5	1,5
TOTAL	41,34	42,95	37,63
Oferta Económica	49,05	50	49,87
PUNTUACIÓN TOTAL	90,39	92,95	87,5

De acuerdo con todo lo expuesto, la entidad reclamante propone que se estime parcialmente la reclamación presentada, sin perjuicio de que la nueva puntuación conllevaría la propuesta de adjudicación a la misma empresa licitadora.

CUARTO.- El mismo día 10 de enero de 2018 se concedió trámite de audiencia a los interesados, si bien, transcurrido el plazo legalmente establecido, ninguno ha hecho uso de su derecho a presentar alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La reclamación se presenta contra un acto adoptado en el seno de un procedimiento de adjudicación por parte del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, poder adjudicador de los contemplados en el artículo 2 de la Ley Foral 6/2006, 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP).

La reclamación se presenta contra un acto adoptado en el seno de un procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro. Al tratarse de un licitador que impugna la adjudicación de una licitación se encuentra legitimado conforme a lo dispuesto en el art. 210 LFCP.

La reclamación se fundamenta en los motivos legalmente tasados, en particular en la infracción de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, de acuerdo con los requerimientos del artículo 210.3.c) LFCP.

La reclamación fue presentada el día 8 de diciembre de 2017, dentro del plazo de diez días naturales establecido para ello por el 210.2.b de la LFCP.

SEGUNDO.- Constituye el objeto de la litis la disconformidad que la reclamante manifiesta con la valoración de su proposición técnica por parte de la Mesa de Contratación; concretamente en lo que a la aplicación de tres subcriterios de adjudicación se refiere: ciclo de lavado, número de accesorios disponibles y consumo de agua y energía.

Examinado el escrito de interposición de la reclamación, se advierte que la pretensión del reclamante es la anulación del informe de valoración, así como del acto de adjudicación y la declaración, por parte de este Tribunal, de la adjudicación del suministro correspondiente al lote número 4 a su favor; interesando, de manera subsidiaria que, con la estimación de la reclamación, se ordene a la mesa emitir un nuevo informe de valoración conforme a las indicaciones efectuadas por la reclamante.

En este sentido, el artículo 213.2 LFCP señala que *“La resolución que ponga término al procedimiento será congruente con la petición y decidirá motivadamente sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio periódico indicativo, pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas*

particulares, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación (...)”

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2016 *“En todo caso, no está de más recordar que ésta Sala tiene reiteradamente declarado que el principio de congruencia no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia. El requisito de la congruencia no supone que la sentencia tenga que dar una respuesta explícita y pormenorizada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, siempre que exteriorice, tomando en consideración las pretensiones y alegaciones de aquellos, los razonamientos jurídicos que, en el sentir del Tribunal, justifican el fallo - sentencias de 20 de diciembre de 1996 y 11 de agosto de 1997, entre otras muchas-“.*

Por su parte, el artículo 31 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa establece que *“1. El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el capítulo precedente.*

2. También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda”.

Así las cosas, y en relación con el suplico del escrito de interposición, debemos precisar que la pretensión principal ejercitada es la correspondiente a la anulación del informe de valoración y del acto de adjudicación del contrato del lote número 4; resultando que la correspondiente a la declaración de la adjudicación del mismo a su favor constituye una pretensión accesoria, pues está subordinada a la estimación de la pretensión de anulación, y la denominada como subsidiaria o alternativa de ésta última participa de este mismo carácter, puesto que precisa, igualmente, la previa anulación del acto administrativo.

Pues bien, debe advertirse que existe un límite a nuestra competencia respecto de las pretensiones articuladas por la recurrente que solicitan que este Tribunal declare

la adjudicación del contrato a su favor. Este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de modo que de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior al que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso del órgano de contratación único al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical conforme a lo dispuesto en el artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del mismo cuerpo legal. En consecuencia, la pretensión formulada en el escrito de interposición, a los efectos de que este Tribunal declare la adjudicación del contrato en favor de la reclamante no puede, en ningún caso, ser acogida.

TERCERO.- Con carácter previo al análisis de los distintos motivos de impugnación esgrimidos en el escrito de interposición de la reclamación, y a la vista de que lo que se plantea a través de la misma es la disconformidad con la valoración de la oferta presentada por la reclamante, debe recordarse la muy reiterada doctrina de este Tribunal según la cual en cuanto a la impugnación de las valoraciones o apreciaciones técnicas de las ofertas formuladas por los licitadores, éstas constituyen una manifestación particular de la denominada "discrecionalidad técnica" de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en relación con la actuación de las mesas de contratación al valorar criterios subjetivos o dependientes de juicios de valor.

Este Tribunal, ha tenido ocasión en numerosos Acuerdos de pronunciarse acerca de esta cuestión, sosteniendo que sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental, caber entrar, no tanto en su revisión, cuanto en su anulación, a lo que se añade que, para apreciar la posible existencia de

error en la valoración no se trata de realizar "un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes, sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos". Ello supone que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 de mayo de 2017, determina lo siguiente: "*Pues bien, la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados. Por lo demás, la jurisprudencia insiste en que la discrecionalidad, incluida la discrecionalidad técnica, no equivale a arbitrariedad y en que pueden ser perfectamente cuestionadas las decisiones que la invoquen como todas las que supongan el ejercicio de cualquier potestad discrecional. En el control judicial de esa discrecionalidad, son revisables los hechos determinantes de la decisión administrativa además de que su ejercicio deba respetar los principios generales del Derecho, entre ellos el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*"

Cabe recordar, asimismo, que precisamente con base en el principio de discrecionalidad técnica de la Administración, los informes técnicos están dotados de

una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten, de forma que sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores. Así lo expusimos en nuestro Acuerdo 43/2017, de 19 de julio, al señalar que la valoración de las ofertas *“no puede ser refutada o puesta en tela de juicio en base a conjeturas, sino que es preciso que quien los discuta aporte argumentos o principios de prueba que acrediten, siquiera sea de forma indiciaria, que el órgano de contratación ha actuado de forma no razonable, o con algún grado de arbitrariedad”*.

Finalmente, en diversos acuerdos (por todos, Acuerdo 17/2017, de 5 de mayo) hemos señalado que de la consideración de los pliegos como ley del contrato deriva su carácter vinculante, tanto para la entidad contratante como para los licitadores, y la imposibilidad de apartarse del mismo y de, una vez aprobados por el órgano de contratación, proceder a su modificación si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello: rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho y declaración de lesividad y posterior anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de los actos anulables; Esta relevancia de pliego, tal y como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 4 de mayo de 2017, es debida a que para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de los contratos administrativos, es norma básica lo establecido en ellos.

Por otro lado, la LFCP determina que los pliegos establecerán los criterios de adjudicación del contrato (artículo 45.2) y que éstos se definirán de forma precisa, especificando su importancia relativa, y deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser los más adecuados al interés público al que responde el mismo (artículo 51). Estos criterios tienen como finalidad, como acertadamente señala el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 64/2013, *“determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. La función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone -dato de especial relevancia- que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como*

recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Obviamente, los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios. Y deberán, además, ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador, pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJCE de 4 de diciembre de 2003 (EVN y Wienstrom), lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores”.

Como indicamos en nuestro Acuerdo 47/2017, de 3 de agosto, “*Para la aplicación de los citados criterios la Unidad Gestora del contrato o la Mesa de Contratación, en su caso, debe llevar a cabo una labor de interpretación de los mismos (artículo 61.1.d) e i) de la LFCP), interpretación en la que, conforme a doctrina constante (por todas la Resolución 281/2015, de 15 de abril de 2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -TACRC), es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil dado que “los contratos públicos son ante todo, contratos, por lo que las dudas que ofrezca la interpretación de los diversos documentos contractuales (entre los que figuran, indudablemente, los pliegos) deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la normativa en materia de contratación pública y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, que se ocupa de esta materia en el capítulo IV del Título II del Libro IV, “De la interpretación de los contratos” (Resolución 70/2016 del TACRC).*

A estos efectos, el artículo 1.281 del Código Civil establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982), y si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas. Pero también se deberá tener en cuenta que el artículo 1.284 del mismo Código Civil dispone que si alguna cláusula de los contratos admitiere diverso sentido, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto y que las cláusulas deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (artículo 1.285 de la misma norma). Como dice el

Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de octubre de 2014, "...la propia interpretación del contrato debe hacerse en los términos regulados en el artículo 1.281 del Código Civil, debiendo prevalecer la voluntad de las partes contratantes frente a los términos literales del contrato. Y es evidente que para valorar cual es la intención de las partes, se debe hacer una interpretación global, lógica y sistemática de todo el clausulado del contrato y no de una cláusula aisladamente".

Y ello sin perjuicio de que, tal y como razona, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1999, deba tenerse en cuenta que el conjunto de normas que regula la función exegética constituye un conjunto complementario entre sí, en cuyo conjunto tiene rango prioritario y preferencial el primer párrafo del artículo 1281 del Código Civil, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no deja lugar a dudas sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes, que funcionan con el carácter de normas subsidiarias respecto a lo que preconiza la interpretación literal.

Sentado lo anterior, cabe señalar que si bien es cierto que es el poder adjudicador el competente para interpretar el modo adecuado de aplicar los criterios de adjudicación, la Mesa de Contratación y la Administración contratante deben estar en el otorgamiento de puntuaciones conforme al tenor del condicionado. Así, la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran a la licitación así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, pero como afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 2.004, recurso de casación 7106/00, y de 24 de Enero de 2.006, recurso de casación 7645/00 “ *no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso.*”

Al hilo de lo anterior, el artículo 21.1 LFCP exige que *“las entidades sometidas a la presente Ley Foral otorgarán a los contratistas un tratamiento igualitario y no discriminatorio y actuarán con transparencia, interpretando las normas atendiendo a tales objetivos y respetando la doctrina dictada a tal fin por la jurisprudencia comunitaria”*. El principio de igualdad de trato es un principio que el aludido precepto califica de principio rector de la contratación pública, y que se traduce, según la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2008 (Evropaïki Dynamiki. T-345/03) en que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes. Los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar su oferta como al ser valoradas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJUE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica).

El principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participen en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, *“por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata.”*(Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 a 111).

Además, como ha recordado Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012, recuerda que la facultad de la Administración de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa constituye el ejercicio de una potestad discrecional, siempre sujeta a los criterios objetivos previamente establecidos en el pliego, que vincula a ambas partes; si bien matiza que una cosa es el margen de discrecionalidad del que goza la Administración para considerar la oferta más ventajosa, y otra diferente la introducción en el informe técnico de criterios que no estaban contemplados en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

CUARTO.- El pliego de cláusulas administrativas regulador del contrato establece en su cláusula primera que *“El contrato que se rige por el presente pliego de cláusulas administrativas particulares tiene por objeto el suministro de diverso equipamiento médico para el Hospital Reina Sofía de Tudela (OB8/2017)”*; indicando en su cláusula segunda que el lote número 4 está constituido por el suministro de una lavadora endoscopios con destino al servicio de medicina interna.

Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, respecto al lote 4 “Lavadora Endoscopios” indica que *“Estará concebida para el lavado y desinfección de Endoscopios flexibles. Con capacidad de realizar el test de fugas para reducir el riesgo de costosas reparaciones. Deberá poder lavar endoscopios de cualquier marca (Storz, Olympus, Pentax, FLUJI, etc), por lo cual deberá incorporar los adaptadores necesarios (mínimo para las marcas indicadas anteriormente). Simplicidad en el manejo. Control por microprocesador. Con ciclos de lavado. Visualización del proceso. Deberá incluir conexión RS-232 ó similar para PC con impresora que registre todo el proceso. Deberá estar preparada para el control de la “Trazabilidad y validación”. Deberá cumplir las normas exigidas por la CE”*.

Finalmente, la cláusula décima del PCAP dispone que *“(…) Para la adjudicación se tendrán en cuenta, para cada lote, las siguientes determinaciones: Proposición Económica 50 puntos, Calidad 45 puntos, y Garantía 5 puntos.(…)*

10.2. Calidad 45 puntos máximo. Este apartado tiene una valoración máxima de 45 puntos que se repartirán de acuerdo a los criterios de valoración expresados para

cada lote en las tablas sucesivas. En cada criterio se otorgará el máximo de puntos al mejor valorado, otorgándose al resto de manera decreciente. (...)

<i>LOTE 4; LAVADORA DE ENDOSCOPIOS</i>			45
<i>Funcionamiento de la lavadora</i>			
<i>Monitorización de los parámetros. Cantidad.</i>		7	
<i>Ciclos de lavado</i>		6	
<i>a. Cantidad</i>	3		
<i>b. Dispone de ciclo rápido y duración del ciclo</i>	3		
<i>Número de accesorios disponibles</i>		6	
<i>Consumo de agua y energía</i>		6	
<i>Conexiones de la máquina (número de marcas compatibles)</i>		7	
<i>Impresora</i>		8	
<i>a. Incluida en la lavadora (Si: 4 puntos; No 0 puntos)</i>	4		
<i>b. Autónoma (Si: 4 puntos; No 0 puntos)</i>	4		
<i>Dispone de lector código de barras (Si: 5 puntos; No 0 puntos)</i>		5	

10.3 Garantía 5 puntos máximo (...)”.

El reclamante manifiesta su disconformidad con la valoración de tres de los subapartados correspondientes al criterio de adjudicación relativo a la calidad: duración del ciclo rápido de lavado, número de accesorios ofertados y consumo de agua y energía.

Debe advertirse, en este sentido, que el órgano de contratación en el informe de alegaciones en defensa de la legalidad de su actuación reconoce las pretensiones aducidas por el reclamante en cuanto a la valoración correspondiente al ciclo de lavado, reconociendo, en este sentido, que mientras que para el reclamante se ha tomado como referencia la duración del ciclo de lavado completo para el resto se ha tomado como referencia el simple; y ello por cuanto no se reparó en que en la oferta del reclamante se indica que el ciclo 4 (desinfección sin limpieza) tiene una duración de 13 minutos, es decir, menor a la que ha sido objeto de valoración. Así pues, con razón propone la entidad reclamante la estimación de este motivo de impugnación como consecuencia del

error advertido en la valoración, debiéndose proceder a valorar la oferta de la reclamante en términos de igualdad en relación al resto de licitadores, es decir, tomando como referencia el ciclo de lavado de simple desinfección, por ser éste y no el completo el ciclo rápido en lo que a su duración se refiere.

La estimación del anterior motivo de impugnación determina, igualmente, la del motivo referido a la valoración del apartado correspondiente al consumo de agua y energía, tal y como reconoce la entidad contratante. Y ello puesto que al no haberse reparado en que la oferta comprendía un ciclo rápido de lavado de simple desinfección, se ha tomado como referencia uno de mayor duración y, por ello, también de mayor consumo de agua y energía; debiéndose corregir, por tanto, la valoración en tal sentido efectuada a los efectos de referirla al ciclo de lavado de simple desinfección.

Así las cosas, y la vista de los errores en la valoración de la oferta admitidos expresamente por la entidad contratante, adelantamos ya la estimación de la reclamación, ciñéndonos a analizar el único motivo controvertido para las partes y que puede determinar que el alcance de dicha estimación sea únicamente parcial: la valoración otorgada a la reclamante en el subapartado correspondiente al número de accesorios disponibles de la lavadora de endoscopios ofertada.

Respecto de este último apartado correspondiente al criterio de calidad (el número de accesorios) aduce el reclamante que se han pasado por alto múltiples accesorios de la lavadora ofertada que sí han sido valorados en las de las demás licitadoras: impresora térmica, equipo electrónico de trazabilidad y control por microprocesador (integrado), lector de código de barras, pulsador de apertura, ruedas con freno para inmovilizar la lavadora (integradas), conectores de autodesinfección, tarjeta SD, sistema de prefiltración, puerto Etenet y puerto USB. Limitándose a realizar una enumeración de los mismos, indicando que no sólo ofrece los mismos accesorios que sus competidoras sino que presenta la mayor cantidad de los mismos; de donde deduce que no se ha realizado una comparación igualitaria de los productos ofrecidos por los distintos licitadores.

La entidad contratante opone, de contrario, tras analizar todos y cada uno de los accesorios cuya valoración demanda el reclamante, que se ratifica en la valoración asignada a cada uno de ellos en el informe inicial, excepto en el caso de la tarjeta SD que debió haberse tenido en consideración como accesorio.

Respecto a la alegada igualdad de los accesorios ofertados por los distintos licitadores, basta la lectura del propio escrito de interposición para desestimar dicho argumento, puesto que el mismo revela diferencias sobre este concreto extremo entre las distintas ofertas; conclusión que se deduce, igualmente, del escrito de alegaciones aportado por la entidad contratante.

En relación con la aplicación del criterio de adjudicación, ninguna duda interpretativa suscita el apartado controvertido que nos ocupa, no apreciándose oscuridad ni ambigüedad en la formulación del mismo, lo que implica que debe ser objeto de una interpretación literal; resultando que lo que es objeto de valoración son los “accesorios” de la lavadora de endoscopios ofertados por cada licitador; de donde no cabe sino concluir que aquellas prestaciones contempladas en el bien a suministrar que no constituyan tales accesorios no podrán, en ningún caso, ser objeto de valoración, cuando menos en lo que a este apartado se refiere, y ello en la medida en que lo contrario supondría desvirtuar el concepto y significado literal del término "accesorios" que constituye el plus de cada oferta a valorar en aplicación del citado criterio de adjudicación.

Siguiendo la interpretación literal del término, accesorio es aquel utensilio auxiliar para el funcionamiento de la máquina, complementario, y puede, por ello, sustituirse. Dicho de otro modo, se trata de elementos adicionales al bien objeto de suministro que le aportan valor y prestaciones adicionales pero sin los cuales el mismo puede desarrollar la función para la que es fabricado. Es por ello por lo que en ningún caso cabe entender comprendidos en dicho concepto elementos que son necesarios o imprescindibles para el propio funcionamiento de la lavadora objeto de suministro, como sucede con el botón de apertura de la tapa, los frenos y el sistema de prefiltración,

y ello en la medida en que parece razonable entender, como así ha hecho la entidad contratante, que dichos elementos forman parte inseparable del bien a suministrar.

Por otro lado, asiste razón a la entidad contratante cuando afirma la imposibilidad de valorar en el subapartado de accesorios aquellos elementos que constituyen el objeto de otro de los aspectos a valorar de forma independiente al que nos ocupa, puesto que obtendrían una doble valoración y puntuación; circunstancia que - concurriendo en relación con la impresora térmica y el lector de código de barras - determina la desestimación del argumento en tal sentido realizado por la reclamante.

Tampoco podrán ser objeto de valoración como accesorios aquellos elementos que, conforme a los pliegos, constituyen especificaciones técnicas que la Administración ha definido como necesarias para la ejecución del contrato y, por tanto, de obligada observancia en todas las ofertas, como sucede con el equipo de trazabilidad y control por microprocesador integrado, puesto que el PPT al definir las características técnicas que debe reunir el suministro expresamente exige que esté preparado para el control de la trazabilidad y validación por considerar este extremo imprescindible en orden a la idónea satisfacción de las necesidades a satisfacer a través del suministro objeto del contrato.

Finalmente, y respecto a la procedencia de valorar en tal concepto los correctores de autodesinfección y puertos Etenet y USB, sostiene la entidad contratante que los mismos no figuran en la documentación técnica presentada. Efectivamente, examinada la documentación correspondiente a la oferta técnica que el reclamante adjunta al escrito de interposición de la reclamación, dichos accesorios no figuran en la misma; motivo por el cual en ningún caso procede su valoración

Así las cosas, acreditados errores en la valoración de la oferta del reclamante procede la estimación de la pretensión principal correspondiente a la anulación del citado informe técnico - en la medida en que por tales motivos, no es adecuado para la debida formación de la voluntad de la Mesa de contratación - y del acto de adjudicación. No obstante, se solicita, además, de este Tribunal que ordene a la mesa la elaboración de

un nuevo informe de valoración conforme a las indicaciones por ella señaladas en el escrito de reclamación. Sin embargo dicha pretensión no puede, en atención a los argumentos precedentes, ser estimada en los términos en que está formulada; lo que determina que la estimación no sea total sino parcial – con retroacción de las actuaciones administrativas para que valore adecuadamente, y conforme a lo señalado en este Acuerdo, la oferta presentada -; y ello con la extensión y efectos que a continuación se señalan.

QUINTO.- Efectivamente, tal y como se ha indicado anteriormente, en el informe de alegaciones aportado por la entidad contratante reconoce la existencia de errores en la valoración que del criterio de adjudicación correspondiente a “calidad” ha realizado en relación con la oferta presentada por la reclamante – en lo que respecta al ciclo de lavado, al consumo de agua y energía y a no haber computado entre los accesorios propuestos la tarjeta SD ofertada -; circunstancia que determina, como hemos indicado, la estimación parcial de la reclamación, toda vez que se habiéndose valorado de manera errónea determinados aspectos de la oferta de la reclamante, dicho acto de valoración está viciado y debe ser anulado. Anulación que lleva consigo la de los demás actos que son consecuencia de aquél, a saber, la aprobación del citado informe por la Mesa de Contracción en reunión celebrada con fecha 17 de octubre de 2017, la propuesta y el acto de adjudicación del contrato en lo que al lote número 4 se refiere; sin que dicha anulación se extienda la acto público de apertura de las proposiciones económicas, en virtud del principio de conservación de aquellos actos y trámites, o partes de ellos, que bien son independientes del acto, o parte de éste, viciado o bien su contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción, recogido en los artículos 49 y 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En cuanto a los efectos de la estimación parcial de la reclamación, no resulta aplicable la doctrina jurisprudencialmente asentada – por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1999 – conforme a la cual, con base al principio de economía procesal, no procede declarar nulidades por vicios procedimentales, con la consiguiente retroacción del procedimiento al momento anterior de producirse el vicio, cuando la

nueva resolución que, en su caso, se hubiese de dictar, subsanado el posible defecto formal, sea idéntica en sentido material a la anterior. Y no resulta de aplicación precisamente por cuanto aún en el supuesto de que con la valoración correcta no cambiase la adjudicación del contrato, lo cierto es que con la retroacción del procedimiento al momento de valoración de las ofertas el informe resultante variará en lo que a la puntuación asignada a la reclamante se refiere.

Sentado lo anterior, en relación con la procedencia de retroacción de las actuaciones a los efectos de corregir el informe de valoración técnica, en supuestos como el que nos ocupa, aun cuando se ha procedido a la apertura de los sobres correspondientes a la proposición económica, cabe citar el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 5 de febrero de 2104, que razona que “(...) *El segundo supuesto que puede plantearse es aquél en que el orden de tramitación del procedimiento se altera como consecuencia de la interposición de un recurso especial en materia de contratación contra la valoración efectuada una vez adjudicado el contrato, en virtud del artículo 40.2.c) del TRLCPS.*

Debemos partir de que la valoración tanto del primer como del segundo informe técnico, se han realizado en el ejercicio de las facultades de discrecionalidad técnica del órgano de contratación, tal como ha sido definido por la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrero, cuando dice: “la legitimidad del respeto a lo que se ha llamado discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración en cuanto promuevan y aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados requeridos, por la naturaleza de la actividad desplegada por los órganos administrativos”, (...) “la disconformidad con los criterios técnicos solo puede producirse cuando resulte manifiesta la arbitrariedad, la desviación de poder o la ausencia de justificación del criterio adoptado”, sin perjuicio de lo cual la valoración de las ofertas aun realizada con criterios sujetos a juicio de valor es susceptible de control vía recurso administrativo cuando se notifica la adjudicación.

En estos casos resulta claro que no puede mantenerse el orden de tramitación del procedimiento para preservar la valoración subjetiva. Sin embargo, con ánimo de delimitar al máximo cada supuesto este Tribunal considera que, en aquellos casos en que aceptando las alegaciones del recurrente relativas a la valoración subjetiva se

estime el recurso y proceda por tanto realizar una nueva valoración, no se produciría vulneración alguna del procedimiento desde el punto de vista de su funcionalidad, en aquellos supuestos en que, existiendo parámetros que permitan realizar un control de los elementos reglados del acto impugnado, el Tribunal se limite a ello, siempre que esta labor de control no implique el ejercicio de facultades discrecionales, y que el órgano encargado de resolver el recurso especial pueda establecer el modo de practicar la nueva valoración, sin que sea posible ir más allá de los límites definidos y concretos del acto de control, sino delimitando, especificando y aclarando los aspectos de la valoración. De esta forma si con la intervención del órgano encargado del recurso especial cabe preservar la objetividad en la valoración, respetando en todo caso la discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación, no se aprecia ningún obstáculo a que pueda retrotraerse el procedimiento para realizar una nueva valoración (que a la postre vendrá dada por el Tribunal).

Caso distinto es aquél en que resulte necesario realizar una nueva valoración aplicando criterios o elementos que quedan a la discrecionalidad del órgano de contratación en que a diferencia del caso anterior, el Tribunal con su intervención no puede enervar una posible influencia en la nueva valoración, del conocimiento de la valoración efectuada en aplicación de criterios objetivos.

Este Tribunal, considera que al igual que en el caso de las reclamaciones interpuestas ante el propio órgano de contratación, la alteración, aunque sea por la intervención de un tercero, del orden de apertura de los sobres en cuanto pudiera influir en la valoración de los criterios subjetivos aplicando los artículos 150 del TRLCSP y 26 del Real Decreto 817/2009, conduce necesariamente a que en todos estos supuestos hubiera que anular todo el proceso de licitación, realizando una nueva convocatoria (...)”.

Así pues, procede ordenar la retroacción de las actuaciones a la fase de valoración de la oferta técnica de la reclamante a fin de corregirla adecuadamente en lo que a la asignación de la puntuación de la puntuación correspondiente a ciclo de lavado, número de accesorios y consumo de agua y energía respecta. Corrección que, pese a tener que realizarse tras la apertura de las ofertas económicas, no supondrá infracción alguna del principio de transparencia que debe presidir el procedimiento de

adjudicación (artículo 21 de la LFCP) ya que se trata de la aplicación de criterios de adjudicación objetivos, en la que no se realiza juicio de valor alguno sino, únicamente, unas simples operaciones aritméticas.

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 Estimar parcialmente la reclamación interpuesta por don A.P.P. en representación de sistemas técnicos endoscópicos S.A. frente a la Resolución 1455/2017 del 28 de noviembre de 2017, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea por la que se autoriza el gasto y se adjudica el contrato correspondiente al lote número 4 del suministro de diverso equipamiento médico para el Hospital Reina Sofía de Tudela (OB8/2017), debiendo retrotraerse las actuaciones a la fase de valoración de la oferta técnica de la reclamante a fin de corregirla adecuadamente.

2º. Notificar este acuerdo a Sistemas Técnicos Endoscópicos S.A. al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, así como al resto de interesados que figuren en el expediente 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, a 13 de febrero de febrero de 2018. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.