Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfno. 848 42 19 64- 848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 53/2020

ACUERDO 63/2020, de 3 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don J.O.S., en nombre y representación de MEDIPORT S.L., frente a la Resolución 535/2020, de 26 de junio, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se adjudica el lote 4 del contrato de suministro "*APRO 22/2019 Suministro de Agujas y jeringas de seguridad*" a YPSOMED DIABETES, S.L.U.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de mayo 2019, se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato "*APRO 22/2019 Suministro de Agujas y jeringas de seguridad*". Dicho contrato se dividió en cuatro lotes, siendo el lote 4 el relativo al suministro de agujas de insulina tipo pluma de seguridad.

SEGUNDO.- Tramitado el procedimiento de licitación, mediante la Resolución 50/2020, de 31 de enero, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, se adjudicó el contrato, resultando adjudicataria del lote 4 MEDIPORT, S.L. (en adelante MEDIPORT) por haber presentado la oferta mejor valorada, al haber obtenido 71,15 puntos. La segunda oferta mejor valorada fue la realizada por YPSOMED DIABETES, S.L.U. (en adelante YPSOMED), con una puntuación de 68,50 puntos.

TERCERO.- Con fecha 11 de febrero de 2020, YPSOMED interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la citada Resolución de adjudicación, alegando dos motivos de impugnación:

1º. Incorrecta valoración de la oferta presentada por MEDIPORT en relación con el criterio de adjudicación "*Cláusulas de carácter social*".

2º. Incorrecta valoración de la oferta presentada por YPSOMED en relación con el criterio de adjudicación no valorable mediante fórmula "*facilidad de conexión y desconexión con el dispositivo*", alegando que se le otorgan 0 puntos sobre la máxima puntuación de 15 puntos, constando en la motivación del informe que "*ante una manipulación adecuada, la rosca se pasa y no se puede comprobar si la aguja está correctamente montada en la pluma*", lo que considera que se debe a un error en la valoración porque este producto no utiliza un sistema de conexión a rosca sino de inserción mediante presión.

CUARTO.- Con fecha 14 de febrero de 2020, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante SNS-O) aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones frente a la reclamación interpuesta, en cumplimiento del artículo 126.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante LFCP).

El SNS-O reconoce que se ha producido un error en la valoración técnica del producto ofertado por YPSOMED, ya que ha constatado que el sistema de inserción del producto se realiza mediante presión, sin que el mismo esté basado en una conexión a rosca. Reconocido dicho error y considerando las posibles consecuencias jurídicas derivadas del mismo, señala que es innecesario entrar a valorar el primer motivo de impugnación relativo a la incorrecta valoración del criterio de "*cláusulas de carácter social*" en la oferta de MEDIPORT.

QUINTO.- El 14 de febrero de 2020, se dio traslado de la reclamación a los demás interesados, entre los que se encontraba MEDIPORT, para que alegasen lo que estimasen oportuno conforme al artículo 126.5 de la LFCP, no presentándose alegación alguna.

SEXTO.- Por el Acuerdo 21/2020, de 6 de marzo, de este Tribunal, se estimó la reclamación especial interpuesta por YPSOMED, anulando el acto impugnado y disponiendo la retroacción de actuaciones a los efectos de que por parte de la Mesa de Contratación se subsane el error apreciado en la aplicación del criterio social de

adjudicación respecto a la oferta de la adjudicataria y se proceda a otorgar la puntuación que corresponda a la oferta de YPSOMED en relación con el criterio de adjudicación "*Facilidad de conexión y desconexión con el dispositivo*".

SÉPTIMO.- En ejecución de dicho acuerdo, la Mesa de Contratación procedió a valorar nuevamente las ofertas de ambos licitadores, dictándose la Resolución 535/2020, de 26 de junio, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se adjudica el lote 4 del contrato a YPSOMED, ascendiendo su puntuación a 83,50 puntos, y siendo la segunda oferta con mayor puntuación la de MEDIPORT, con 61,15 puntos.

OCTAVO.- El 5 de julio de 2020, MEDIPORT interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública contra la citada Resolución, alegando el incumplimiento por parte de la oferta de la adjudicataria del Pliego de Prescripciones Técnicas (Anexo V), concretamente de su apartado 5 "*Características generales de los productos con dispositivos de seguridad ofertados*".

Considera la reclamante que la oferta de la adjudicataria vulnera estas prescripciones técnicas por dos motivos:

1º. En primer lugar, señala que entre las condiciones mínimas específicas del lote nº 4 se encuentra que "*la base del tubo consiste en una conexión roscada, compatible con las plumas para inyección de insulina con código de color que facilite la identificación del calibre*", cuando la aguja ofertada por el adjudicatario no tiene un sistema de rosca, sino de click. Adjunta un informe técnico en el cual se afirma que "*el sistema de conexión de la aguja adjudicada actualmente mylife Clickfine Autoprotect no tiene conexión de rosca*".

2º. Manifiesta, en segundo lugar, que entre las condiciones mínimas generales se prevé "*eliminar o minimizar los accidentes de riesgo biológico*", así como que "*la estructura de los dispositivos de seguridad tendrá como fin primordial la eliminación de objetos punzocortantes*". Asimismo, las condiciones específicas del lote 4 incluyen "*aguja hipodérmica de un solo uso con dispositivo de seguridad integrado*". Afirma que la aguja ofertada por el adjudicatario no elimina y minimiza el riesgo de punción, con el

consiguiente riesgo biológico para el personal sanitario, ya que la aguja no se encuentra protegida por ambos extremos del dispositivo.

Señala que la prescripción "minimizar", conforme a la RAE, significa "*reducir lo más posible el tamaño de algo o quitarle importancia*", por lo que aquí reducir el riesgo implica eliminarlo, lo que no se consigue con la aguja ofertada por el adjudicatario, ya que según el informe técnico aportado "*con las agujas adjudicadas actualmente, mylife Clickfine Autoprotect, no se garantiza esa protección total del profesional sanitario, no se eliminan ni minimizan los accidentes de riesgo biológico tras el uso e inyección al no estar la aguja protegida por ambos extremos. La aguja queda protegida en su parte frontal, pero queda expuesta y al aire en su parte posterior, existiendo el riesgo de punción, lo que no es admisible ni tiene como fin primordial la eliminación de objetos punzocortantes (Anexo II de la Orden Foral 7/2010)*". Adjunta, asimismo, un enlace a cada producto con objeto de una mejor visualización de los mismos.

Considera que, atendiendo al artículo 58.1 de la LFCP, conforme al cual "*los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes, en sus aspectos jurídicos, administrativos, económicos y técnicos, que se denominarán pliegos reguladores de la contratación*", y al Acuerdo 33/2018, de 11 de mayo, de este Tribunal, que indica que el pliego de prescripciones técnicas particulares contiene "*instrucciones de carácter técnico con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación, entre las que se recogen, en el caso que nos ocupa, los requisitos que definen los productos a suministrar y, por tanto, implican los mínimos que deben reunir estos y suponen los requisitos que las ofertas de los licitadores han de cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación*", procede la exclusión de la oferta de YPSOMED por no cumplir dichas prescripciones técnicas.

En consecuencia, solicita que se declare la invalidez de la Resolución 535/2020, de 26 de junio, se acuerde la exclusión de la oferta de YPSOMED y se declare su derecho a resultar adjudicataria del lote 4 del contrato.

NOVENO.- Con fecha 14 de julio de 2020, el SNS-O aportó el expediente de contratación y un escrito de alegaciones, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 126.4 de la LFCP.

En ellas alude a lo dispuesto en el informe técnico de 14 de julio de 2020, emitido para analizar las vulneraciones de las prescripciones técnicas alegadas por el reclamante, informe que también adjunta. Concluye, a este respecto, lo siguiente:

1º. Respecto a la afirmación de que no elimina y minimiza el riesgo biológico de punción con la aguja, la rechaza indicando que "*las agujas de Ypsomed eliminan el riesgo biológico para el personal sanitario, ya que disponen de un sistema de seguridad totalmente integrado que bloquea la aguja en contacto con el paciente inmediatamente después de la inyección con un indicador rojo fácilmente visible*".

2º. Respecto a que la aguja ofertada por la adjudicataria no tiene un sistema de rosca, lo confirma al señalar que "*efectivamente la aguja de Ypsomed Diabetes, S.L. incumple las Prescripciones Técnicas ya que no tiene un sistema de rosca, aunque hemos comprobado que es un sistema seguro*".

Por lo tanto, el SNS-O reconoce el incumplimiento de las prescripciones técnicas de la oferta de YPSOMED respecto al lote 4, lo que comunica a este Tribunal a los efectos de la adecuada resolución de la reclamación interpuesta.

DÉCIMO.- El 15 de julio de 2020 se dio traslado a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, presentándose alegaciones por parte de YPSOMED el día 20 de julio. En las mismas, rechaza los dos motivos de impugnación alegados por el reclamante:

1º. Señala, en primer lugar, que la afirmación de que su producto ofertado no dispone de una conexión roscada es errónea.

Alega que normalmente todos los productos disponen de un sistema de inserción a rosca, incluido el producto ofertado, pero que además de este sistema dispone de otro más evolucionado consistente en una inserción mediante presión que permite una

adaptación más rápida y segura. Precisa que es un sistema complementario, sin perjuicio de que debido a su comodidad y seguridad es el sistema mayoritariamente empleado por los usuarios.

Para acreditar que dispone de este sistema a rosca se remite al manual de instrucciones de uso del producto ofertado que aporta, cuya página 15 punto 3, al explicar su funcionamiento, describe "*Haga clic (o enrosque) mylife Clickfine AutoProtect en la pluma de inyección manteniéndola vertical*", y el punto 4 señala "*Enrosque para asegurar la aguja para pluma. Cuando se enrosca se garantiza un encaje perfecto aún cuando no se perciba un tope*", y finalmente el punto 12 "*Desenrosque la aguja mylife Clickfine AutoProtect de la pluma de inyección*".

Asimismo, destaca las imágenes de los puntos citados contenidas en el manual de instrucciones (págs. 4 y 5), que considera clarificadoras de todo lo expuesto.

2º. Respecto al incumplimiento de las prescripciones técnicas relativas a "*eliminar o minimizar los accidentes de riesgo biológico*", así como a que "*la estructura de los dispositivos de seguridad tendrá como fin primordial la eliminación de objetos punzocortantes*", indica que estos dispositivos médicos se regulan por la Directiva 93/42/EEC, cuyo cumplimiento acreditan todos los licitadores mediante certificado oficial de un organismo notificador independiente, habiendo adjuntado YPSOMED el certificado correspondiente, que además considera análogo al presentado por MEDIPORT.

Además, señala que el manual de uso de su producto, que se encuentra revisado y aprobado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, indica que "*el protector queda automáticamente bloqueado cuando se activa y por ello, se reducen los pinchazos accidentales con el extremo de la aguja del lado del paciente. El protector también sirve para ocultar la aguja antes y después de la inyección*". Asimismo, aduce que el propio SNS-O en su informe técnico refleja el cumplimiento de este requisito de seguridad.

Por último, respecto a los informes técnicos aportados por el reclamante y el SNS-O, que aluden al incumplimiento de las prescripciones técnicas, realiza las siguientes consideraciones:

1º. Respecto al primero, señala que la técnica que lo suscribe es parte interesada ya que representa a la compañía BD, por lo que su argumentación es totalmente parcial.

2º. Respecto al informe del SNS-O, señala que adolece de una "*enorme falta de rigor*", por no documentar ni justificar los incumplimientos.

Por todo lo expuesto, solicita que se confirme la Resolución 535/2020, de 26 de junio, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El SNS-O es un organismo autónomo adscrito al Departamento de Salud, por lo que se encuentra sometido a la LFCP en virtud de lo dispuesto en su artículo 4.1.b), siendo el acto impugnado susceptible de reclamación ante este Tribunal conforme al artículo 122.2 de la misma Ley Foral.

SEGUNDO. - La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador, cumpliendo con ello el requisito establecido en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

TERCERO. - La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación se fundamenta en los motivos legalmente tasados, concretamente en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación especial la Resolución 535/2020, de 26 de junio, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se adjudica el lote 4 del contrato de suministro "APRO 22/2019 Suministro de Agujas y jeringas de seguridad" a YPSOMED DIABETES, S.L.U; impugnación que fundamenta en que el producto ofertado por la adjudicataria no reúne las características técnicas mínimas exigidas en el pliego, concretamente, la relativa al dispositivo de seguridad integrado y al tipo de conexión de la base del tubo.

Examinado el escrito de interposición de la reclamación, se advierte que, conforme a lo indicado en el suplico, la pretensión de la reclamante es la declaración de invalidez del acto de adjudicación y que en consecuencia, se acuerde la procedencia de excluir la oferta de la adjudicataria y el derecho de la reclamante a resultar la adjudicataria del Lote nº 4.

Cabe traer a colación la doctrina sobre la función revisora de este Tribunal apuntada, por todos, en nuestro Acuerdo 12/2018, de 13 de febrero, donde señalamos que *"(…) 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 3972015, 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 el derecho de la reclamante a resultar adjudicataria del Lote nº 4 no puede, en ningún caso, ser acogida.

SEXTO.- Delimitado el objeto de la reclamación conforme a lo señalado en el fundamento de derecho precedente, este Tribunal debe, en primer término, verificar la concurrencia en la oferta de la adjudicataria de los incumplimientos de prescripciones técnicas mínimas alegadas de contrario, para después, en su caso, valorar las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos; análisis que impone el examen de las previsiones contenidas en el pliego regulador sobre tales extremos.

Así, la cláusula quinta del Pliego de Prescripciones Técnicas, en relación con las características generales de los productos con dispositivos de seguridad ofertados, establece que *"Entendemos por dispositivo de seguridad: Aquellos dispositivos que incorporaran sistemas de seguridad o protección y que están diseñados con el objeto de eliminar o minimizar los accidentes de riesgo biológico.*

Los dispositivos de seguridad en el Servicio Navarro de Salud - Osasunbidea (SNS-O) según la ORDEN FORAL 7/2010, de 20 de enero, de la Consejera de Salud, por la que se establecen e implantan dispositivos de seguridad frente al accidente con riesgo biológico en el SNS-O deben reunir como condiciones mínimas, las siguientes:

• La estructura de los dispositivos de seguridad tendrá como fin primordial la eliminación de objetos punzo-cortantes.

• El dispositivo de seguridad no debe comprometer en ningún caso la salud del paciente.

• En todo caso, el mecanismo de seguridad debe estar integrado en el dispositivo impidiendo su separación.

• La activación del mecanismo de seguridad habrá de manifestarse al usuario mediante una señal auditiva, táctil o visual.

• El mecanismo de seguridad no podrá ser desactivado y mantendrá su actividad protectora hasta que el dispositivo esté depositado en un contenedor de objetos punzo-cortantes.

• El dispositivo de seguridad habrá de ser fácil de utilizar, práctico, fiable y eficaz para alcanzar su finalidad.

Los productos que se oferten con dispositivos de seguridad deberán cumplir con la normativa sobre prevención de lesiones por objetos punzo-cortantes vigente a nivel europeo, estatal y autonómico.

(…)

LOTE 4: AGUJAS DE INSULINA TIPO PLUMA DE SEGURIDAD

- *Aguja hipodérmica de un solo uso con dispositivo de seguridad integrado.*
- *Deberán ser compatibles con todos los sistemas de autoadministración existentes en el mercado.*
- *Consta de un tubo introductor de acero inoxidable grado médico, recto, cilíndrico, biselado y lubricado.*
- *La base del tubo consiste en una conexión roscada, compatible con las plumas para inyección de insulina con código de color que facilite la identificación del calibre.*
- *Con tapa protectora interior que se acople perfectamente a la parte superior del pabellón de la aguja asegurando la total esterilidad de la aguja hasta su uso y tapa protectora exterior.*
- *Cono firmemente sellado que asegure una total estanqueidad de acoplamiento, sin existir perdidas de líquido por las juntas"* .

Este Tribunal se ha pronunciado en retiradas ocasiones sobre la necesidad de que las ofertas a realizar por los licitadores se ajusten a las prescripciones técnicas establecidas en el pliego, así como sobre las circunstancias que justifican la exclusión de tales ofertas con motivo del incumplimiento de condiciones técnicas. Así, en nuestro Acuerdo 101/2018, de 4 de octubre, señalamos que *"Por otra parte, en la definición del objeto contractual juegan un papel relevante las prescripciones técnicas que tienen que regir la contratación, cuya finalidad es definir las características técnicas de la prestación necesarias para la correcta ejecución del contrato y, en consecuencia, necesarias para la satisfacción de la necesidad pública que, precisamente, justifica la contratación, atribuyéndose, conforme al artículo 138.4 LFCP, la competencia para su aprobación al órgano de contratación en la medida en que constituyen contenido obligado de los pliegos reguladores de la contratación.*

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 991/2015, de 23 de octubre, razona que "En el análisis de la cuestión controvertida, debe tenerse presente que el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar los requisitos técnicos de la prestación que se pretende contratar, a fin de garantizar, como señala el control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos. (...)"El órgano de contratación es libre de determinar

qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación, siempre que el Pliego no suponga que los bienes o servicios objeto de contratación sólo puedan ser proporcionados por un único empresario (…).

Así las cosas, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, sin que pueda considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación; tal y como pone de relieve la Resolución 9/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid: (…).

Así pues, la decisión del órgano de contratación en cuanto al establecimiento de una serie de requisitos técnicos exigibles a los diferentes elementos a suministrar queda dentro del ámbito de la discrecionalidad que tiene atribuida para definir las características propias de los productos que desea adquirir, respetando los principios de igualdad y concurrencia, y sin que resulte admisible que las especificaciones técnicas en tal sentido determinadas en el pliego sean sustituidas a elección de los licitadores.

SEXTO.- Expuesta la doctrina relativa a la competencia y discrecionalidad técnica del órgano de contratación en la definición de las prescripciones o características técnicas exigibles a las prestaciones objeto de contratación, debemos recordar la obligación legal impuesta a los licitadores de que sus proposiciones se ajusten al pliego regulador, también, como es obvio, en lo que a las prescripciones técnicas fijadas en el mismo se refiere; y analizar las consecuencias jurídicas de un eventual incumplimiento de la citada obligación.

En este sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.1 LFCP "Las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna".

(…).

Así las cosas, el pliego regulador tiene naturaleza contractual y la totalidad de sus cláusulas son vinculantes tanto para la Administración como para los licitadores y, en su caso, para los adjudicatarios; resultando, en consecuencia, que las prescripciones técnicas contenidas en los mismos son exigibles por el órgano de contratación y de obligada observancia por parte de los licitadores que concurran en el

procedimiento de adjudicación correspondiente. Y ello en la medida en que de la presunción de que la presentación de las proposiciones implica la aceptación de sus cláusulas o condiciones, debe deducirse que también es exigible que las proposiciones se ajusten a las prescripciones técnicas fijadas en el pliego por cuanto ellas configuran las características y condiciones de la prestación objeto del contrato.

(…).

En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en Resolución 250/2013, de 4 de julio, apunta que "una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato (…) sólo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución (Resolución 211/2012), y otra bien distinta es que sean admisibles las ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador (como acuerdan por tal motivo las resoluciones 246/2012, 91/2012, 90/2012, 219/2011), pero no en el primero, porque no es razonable adivinar ni presumir que el adjudicatario, que ha asumido la obligación de ejecutar la prestación con arreglo a la legislación vigente vaya a incumplir dicho compromiso (Cfr.: Resoluciones 325/2011 y 19/2012)".

Por otro lado, para que la exclusión del licitador por incumplimiento de prescripciones técnicas resulte ajustada a derecho, tal incumplimiento debe ser expreso y claro, tal y como pone de relieve la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 985/2015, de 23 de octubre: "(…) Pero también señalamos que "debe tenerse en cuenta que las exigencias de dichos pliegos de prescripciones técnicas deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art 1 del TRLCSP. En este mismo sentido, se pronuncia el art 139 TRLCSP cuando exige que: <<Artículo 139. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia>>. En consonancia con ello, debe interpretarse el art. 84 del reglamento actualmente aplicable, que realiza una regulación muy precisa de los casos en los cuales los defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la

decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación" (Resolución 613/2014, de 8 de septiembre), por lo que "no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato" (Resolución 815/2014, de 31 de octubre) A ello añadiremos que el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. En efecto, del artículo 145.1 del TRLCSP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación. Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de la(s) prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de la(s) ofertas al cumplimiento del objeto del contrato.

Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.

De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado".

En consecuencia, no cualquier incumplimiento de prescripciones técnicas justifica la exclusión de la oferta, siendo necesario que éste sea expreso y claro; debiendo suponer, además, la imposibilidad de ejecutar adecuadamente el objeto del contrato, y sin que de la exclusión puedan derivarse obstáculos indebidos a los principios generales de la contratación pública.

SÉPTIMO.- Comenzando por el primero de los incumplimientos alegados por la reclamante, ésta apunta que la aguja ofertada por la adjudicataria no cuenta con sistema de conexión a rosca; circunstancia reconocida por la entidad contratante en el informe de alegaciones emitido en defensa de la legalidad de la actuación objeto de impugnación.

Por su parte, la adjudicataria, en su condición de tercera interesada, opone que el producto ofertado cuenta con un sistema más completo y evolucionado que el tradicional sistema de rosca, una inserción mediante presión que no limita ni reduce la opción de realizar una inserción a rosca sino que ofrece una posibilidad complementaria, que siendo objetivamente más rápida y cómoda, acaba siendo superior y empleada mayoritariamente por los usuarios. Extremo que acredita mediante la aportación del manual de instrucciones para la utilización del producto ofertado, donde, entre otras, se contienen las siguientes indicaciones: *"4 Enrosque para asegurar la aguja para pluma. Cuando se enrosca se garantiza un encaje perfecto aún cuando no se perciba un tope. (…) 12 Desenrosque la aguja mylife ™ Clickfine® AutoProtect ™ de la pluma de inyección"*.

Llegados a este punto, debemos reparar en que el acto objeto de impugnación se dicta en ejecución del Acuerdo de este Tribunal 21/2020, de 6 de marzo, en cuya virtud se estimó la reclamación interpuesta por la ahora adjudicataria del contrato. Procedimiento en cuyo seno se puso de manifiesto, en relación con el producto ofertado por YPSOMED, que el sistema de inserción se realiza mediante presión; si bien teniendo en cuenta que el objeto de dicho procedimiento de impugnación fue la valoración técnica de las ofertas formuladas, no discutiéndose cuestión alguna relativa al cumplimento de la prescripción técnica que nos ocupa, no se aprecia obstáculo alguno en orden a su impugnación a través de la reclamación ahora interpuesta.

Efectivamente, en el escrito de interposición de la anterior reclamación YPSOMED afirmó que la inserción de la aguja se realizaba mediante presión y que *"no está basado en una conexión a rosca como el resto de productos"*, que *"la aguja se encaja en la pluma presionando, no enroscando"*. Resultando sorprendente que sin embargo ahora sostenga la compatibilidad del sistema empleado. Pero es que además, de otro lado, el manual de instrucciones que aporta ahora para acreditar la compatibilidad del sistema tiene fecha 31 de octubre de 2019, mientras que el plazo para la presentación de ofertas finalizó el día 1 de julio de 2019, de forma que no fue incorporado en el Sobre B de la proposición entre la documentación correspondiente a la descripción técnica de los productos cuyo contenido regula la cláusula 8.2 del Cuadro de Características del Contrato; motivo por el cual no puede ser admitido a los efectos pretendidos sin conculcar los principios de no discriminación e igualdad de trato, amén del carácter revisor de este Tribunal.

Así lo indicamos en nuestro Acuerdo 92/2019, de 19 de diciembre, donde razonamos que *"(…)En lo que respecta a los nuevos documentos, hemos de señalar, como hemos hecho en anteriores ocasiones que, el análisis de documentos que no fueron aportados en el trámite correspondiente (art. 118.1, párrafo 2º de la Ley 39/2015), en este caso el de examen de las propuestas o el posterior de subsanación, está vedado a este Tribunal y ello como consecuencia de su carácter revisor, porque tal actuación equivaldría a reabrir tal trámite, debiendo ceñirse su intervención al examen de legalidad de la actuación de la entidad contratante en relación con la documentación de la que ésta dispuso en el referido trámite.*

En este sentido se manifiesta el TACRC en la Resolución 897/2015, de 5 de octubre, señalando lo siguiente:

"De igual modo, y al hilo de dicho carácter revisor, debe precisarse, en lo que atañe al propio examen de legalidad del acuerdo impugnado, y atendido que el recurso interpuesto por la actora se ve acompañado de diversa documental que tiende a complementar la justificación en su momento ofrecida, que este Tribunal tiene también declarado en diversas resoluciones anteriores (valgan por todas la 303/2013 y 433/2014) que <a la hora de justificar el acuerdo de exclusión, hay que considerar la información facilitada en su momento y no la aportada posteriormente>. Y es que, efectivamente, la nueva información, no puede ser tenida en cuenta por el Tribunal porque, por un lado, el trámite de justificación de ofertas está cerrado; y por otro,

porque su función <es exclusivamente revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad sin que sea, en consecuencia, competencia del mismo determinar la validez de la oferta,... con motivo de la nueva información aportada".

Por otra parte, el principio de igualdad de trato impide igualmente acceder a la pretensión del demandante. Así lo ha expresado el Tribunal de Contratos de la Comunidad de Madrid en cuya Resolución nº 76/2018, de 14 de marzo, se establece que: "El nuevo certificado que se presentó a la Mesa de contratación y se adjunta ahora al recurso no fue incorporado a la oferta dentro del plazo de presentación y no es una simple aclaración de la documentación presentada en la oferta, tal y como la recurrente reconoce, si no que se trata de un nuevo documento, con un nuevo contenido, que no puede ser incorporado en este momento y por tanto no puede ser valorado, ya que con ello se contraviene el principio de igualdad de trato establecido en los artículos 1 y 139 del TRLCSP."

Sea como fuere, lo cierto es que el pliego es claro cuando exige que la base del tubo de la aguja tipo pluma consista en una conexión roscada, resultando también claro que no es éste el sistema empleado por el producto, puesto que como indica la adjudicataria, se trata de una inserción mediante presión; resultando indiferente a estos efectos que dicho sistema limite o no la opción de realizar una conexión a rosca. Cuestión distinta son las consecuencias jurídicas derivadas de tal circunstancia; veámoslo.

Con carácter previo, este Tribunal debe advertir que asiste razón a la tercera interesada cuando apunta que el informe emitido por la entidad contratante sobre este concreto extremo adolece de insuficiente justificación o motivación, puesto que se limita a indicar que *"Efectivamente la aguja de Ypsomed Diabetes, S.L. incumple las Prescripciones Técnicas ya que no tiene un sistema de rosca, aunque hemos comprobado que es un sistema seguro",* sin explicación adicional alguna. Motivación más que escueta por parte del órgano de contratación que determina que este Tribunal deba resolver la cuestión controvertida ciñéndose a las alegaciones formuladas por las partes y a la documentación obrante en el expediente, tal y como pone de relieve el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 138/2016, de 13 de julio, señalando, en relación con la exclusión de ofertas

en un contrato de suministro de material sanitario, que *"Con carácter previo el Tribunal debe advertir de la parquedad del informe de valoración, que no es corregida en el posterior informe emitido con ocasión del recurso. El objeto de tal informe es ofrecer al Tribunal las razones pormenorizadas de la decisión, en este caso de exclusión de la oferta, argumentando sobre los extremos puestos de manifiesto por la recurrente. Si el informe no amplía o explica con la debida precisión, las razones que han llevado a considerar que la oferta presentada no cumple los requisitos del PPT, el Tribunal ha de resolver de acuerdo con su criterio y en base a los documentos, fichas técnicas y muestras. De ahí la obligación que compete al órgano de contratación de verificar que los informes de los recursos se elaboran con el debido detalle, claridad y motivación."*

Dicho lo anterior, tal y como hemos expuesto anteriormente, para que el incumplimiento de una condición técnica justifique la exclusión de la oferta no basta con que sea expreso y claro, sino que debe suponer, además, la imposibilidad de ejecutar adecuadamente el objeto del contrato. Extremo cuyo análisis abordamos a continuación.

En este sentido, el artículo 60 LFCP en relación con las prescripciones técnicas, determina que *"1. Los pliegos reguladores de la contratación contendrán las especificaciones técnicas necesarias para la ejecución del contrato, que se denominarán prescripciones técnicas. Estas prescripciones podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este. Si una norma de la Unión Europea establece requisitos de accesibilidad aplicables al contrato, dicha norma habrá de citarse en las prescripciones técnicas.*

2. Las prescripciones técnicas deberán formularse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad y diseño para todos los usuarios, así como criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con una de estas modalidades:

a) Por referencia a las especificaciones definidas en el artículo 59 de esta ley foral y de acuerdo con el orden de preferencia señalado, acompañadas de la mención "o equivalente".

b) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales.

c) Por referencia a las especificaciones técnicas de la letra a) en algunas características y en términos de rendimiento o exigencias funcionales para otras.

3. Con independencia de los términos en que se encuentren formuladas las prescripciones técnicas, no podrá rechazarse una oferta cuando quien licita pruebe que cumple de forma equivalente los requisitos fijados en las especificaciones técnicas señaladas en el apartado a) del apartado anterior o los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales del contrato. A estos efectos, constituirán medios de prueba, entre otros, la documentación técnica del fabricante o un informe de pruebas de un organismo reconocido de conformidad con la normativa europea.

4. Cuando las prescripciones técnicas se definan en términos de rendimiento o de exigencia funcional, éstas deberán ser lo suficientemente precisas como para permitir a las personas interesadas en la licitación determinar el objeto del contrato".

Por su parte, el artículo 61 establece que *"A efectos de esta ley foral se entenderá por: 1) "Especificación técnica": (…) b) Cuando se trate de contratos públicos de suministros o de servicios, aquella especificación que figure en un documento en la que se definan las características exigidas de un producto o de un servicio, como, por ejemplo, los niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental y climático, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad de las personas con discapacidad) y la evaluación de la conformidad, el rendimiento, la utilización del producto, su seguridad, o sus dimensiones; asimismo, los requisitos aplicables al producto en lo referente a la denominación de venta, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso, los procesos y métodos de producción en cualquier fase del ciclo de vida del suministro o servicio, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad".*

A su vez, en el Considerando 74 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE se establece que *"al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en*

términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo. Unos requisitos funcionales y relacionados con el rendimiento son también medios adecuados para favorecer la innovación en la contratación pública, que deben utilizarse del modo más amplio posible. Cuando se haga referencia a una norma europea o, en su defecto, a una norma nacional, los poderes adjudicadores deben tener en cuenta las ofertas basadas en otras soluciones equivalentes. La responsabilidad de demostrar la equivalencia con respecto a la etiqueta exigida ha de recaer en el operador económico.

Para probar la equivalencia, debe ser posible exigir a los licitadores que aporten pruebas verificadas por terceros. No obstante, deben permitirse también otros medios de prueba adecuados, como un expediente técnico del fabricante, cuando el operador económico de que se trate no tenga acceso a dichos certificados o informes de ensayo, ni la posibilidad de obtenerlos en el plazo fijado, siempre que el operador económico de que se trate pruebe así que las obras, suministros o servicios cumplen los requisitos o criterios establecidos en las especificaciones técnicas, los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución del contrato". Regulación que es objeto de concreción en su artículo 42, de forma análoga al artículo 60 LFCP.

Así pues, podemos ya afirmar que deben rechazarse aquellas interpretaciones de las prescripciones técnicas definidas en el pliego que supongan que queden excluidos de la contratación obras, suministros o servicios que cumplan la misma funcionalidad aún cuando sus características, desde el punto de vista técnico, puedan diferir de las previstas en el citado documento contractual.

En consecuencia, la exclusión de una oferta motivada en el incumplimiento de una prescripción técnica no resultará ajustada a derecho cuando la persona licitadora acredite que su producto cumple de manera equivalente las condiciones o exigencias técnicas contempladas en el pliego; tal y como afirmamos en nuestro Acuerdo 39/2019, de 26 de noviembre, donde indicamos que el artículo 46.3 de la LFCP establece claramente que no se puede rechazar la oferta al probar el licitador que cumple de forma equivalente el requisito fijado en la prescripción técnica.

Sobre este particular, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi en su Resolución 66/2012, de 14 de agosto, señala *"En cuanto*

al segundo de los motivos, se ha de reflejar que el derecho derivado de la contratación pública comunitaria tiende a garantizar la apertura de estos contratos a la competencia. Esa tendencia se manifiesta en el apartado de las especificaciones técnicas, a través de las que se delimita el objeto del contrato, de manera que deben permitir evaluar el rendimiento de cada oferta respecto al contrato. A tal efecto, debe ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de soluciones técnicas y para lograr esto se pueden establecer las prescripciones técnicas en términos de rendimiento y exigencias funcionales o, en caso de referencias a normas europeas o, en su defecto nacionales, los poderes adjudicadores deben tener en cuenta las ofertas basadas en soluciones equivalentes".

Iguales consideraciones realiza el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 132/2012, de 13 de junio, cuando indica que *"Lo que sí ha quedado claro como consecuencia de la oferta técnica presentada por la recurrente es que el equipo que la misma incluye en su oferta no cumple estrictamente las exigencias del pliego pues consta que no reúne el requisito 6.13.3 "FRAP Y PA simultánea con diferente láser". Sin embargo, debemos admitir con el órgano de contratación, que esta circunstancia no debe ser determinante de exclusión, siempre que quede acreditado que la funcionalidad perseguida por el pliego puede cumplirse mediante la utilización de otras técnicas, siendo todas admisibles siempre que el resultado sea el perseguido. Las ofertas presentadas por OLYMPUS ESPAÑA S.A.U. y LEICA MICROSISTEMAS S.L.U. cumplen lo preceptuado en el punto 6.13.3 del pliego de prescripciones técnicas pues ambas cuentan con diferentes láseres para realizar las funciones de FRAP y PA. Por el contrario la oferta de la recurrente no cuenta con este sistema, no obstante lo cual ha sido admitida por proporcionar un resultado equivalente al pretendido por el pliego. Esta no es una decisión arbitraria de la que se hayan derivado perjuicios para ninguno de los licitadores sino más bien una decisión razonable y ajustada a los preceptos legales como después veremos.*

Séptimo. La segunda de las cuestiones planteadas hace referencia a la exclusión de la recurrente por no cumplir su oferta las condiciones del pliego en lo relativo a la sensibilidad de la cámara monocroma que debe equipar el microscopio objeto del contrato.

Conviene indicar en relación con este extremo que la Ley de Contratos del Sector Público recogiendo fielmente el contenido de la Directiva 2004/18/CE (art. 23),

establece una serie de normas con respecto de la determinación de las características técnicas de las obras, suministros o servicios a contratar cuyo objeto es primordialmente evitar los obstáculos innecesarios a la contratación. Así lo dispone de forma expresa el artículo 117.2 de conformidad con el cual "las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia". Quiere esto decir que los órganos de contratación no pueden definir las condiciones técnicas del objeto del contrato de forma que queden excluidos de la contratación obras, suministros o servicios que cumplan la misma funcionalidad aún cuando sus características desde el punto de vista técnico puedan diferir de las previstas en el pliego.

De modo más exhaustivo regula este extremo el mismo artículo en sus apartados 3 y 4. El primero de ellos dispone que las prescripciones técnicas podrán definirse entre otros modos: "a) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y realización de obras y de puesta en funcionamiento de productos, acompañando cada referencia de la mención «o equivalente»".

Cuando lo hayan sido siguiendo este modelo "el órgano de contratación no podrá rechazar una oferta basándose en que los productos y servicios ofrecidos no se ajustan a las especificaciones a las que se ha hecho referencia, siempre que en su oferta el licitador pruebe, por cualquier medio adecuado, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos definidos en las correspondientes prescripciones técnicas".

Aplicando estas previsiones al caso presente, resulta que la argumentación de la recurrente se funda en el hecho de que, si bien su oferta no se ajusta en todo a lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas, evaluada ésta en términos de rendimiento resultaría incluso más eficiente que la resultante de las características técnicas exigidas en el pliego. Así las cosas, este Tribunal no puede por menos que reconocer la razón que asiste a la recurrente pues si bien no se pronuncia en cuanto al fondo de la cuestión planteada en sí por tratarse de una cuestión estrictamente técnica,

sí debe hacerlo para exigir un pronunciamiento expreso del órgano de contratación sobre si puede considerarse que la oferta de IZASA DISTRIBUCIONES TÉCNICAS, S.A. cumple de forma equivalente los requerimientos técnicos que figuran en el pliego.

Asimismo debemos poner de manifiesto que la oferta técnica de la recurrente contiene consideraciones explícitas en relación con esta circunstancia sin que frente a ello pueda oponerse como hace el órgano de contratación en su informe el hecho de que tales explicaciones no figuren en lugar apropiado de la oferta sino en el que hace referencia a las mejoras ofertadas, pues nada impide que sean valoradas cualquiera sea el lugar de la oferta en que se hayan ubicado.

Procede, en consecuencia, estimar parcialmente en este punto el recurso anulando la adjudicación del contrato y retrotrayendo el procedimiento a fin de que la mesa de contratación, en base al informe previo de los técnicos si lo considera necesario, decida si la oferta de la recurrente cumple requisitos equivalentes a los exigidos por el pliego de tal forma que quede garantizada la obtención de un resultado acorde con los objetivos del pliego. Una vez acordado esto, deberá valorarse la oferta de la recurrente si procede y, en todo caso, adjudicar nuevamente el contrato a la oferta que resulte ser la económicamente más favorable".

Descendiendo al caso concreto que nos ocupa, la prescripción técnica cuyo cumplimiento se cuestiona consiste, como hemos apuntado, en que la base del tubo consista en una conexión a rosca; si bien el pliego completa tal condición indicando la funcionalidad requerida, a saber, que resulte compatible con las plumas de inyección de insulina con código de color que facilite la identificación del calibre.

De este modo, la finalidad del sistema de conexión no es otra que garantizar la compatibilidad con las plumas para inyectar insulina; resultando que en la documentación técnica aportada por la adjudicataria dentro del Sobre B de la proposición se indica que "*las agujas para pluma de insulina Clickfine® con son totalmente compatibles con todas las plumas, jeringas y bolígrafos de insulina disponibles en el mercado español siendo su sistema de conexión universal y por tanto, de acuerdo con el pliego de prescripciones técnicas del expediente APRO 22/2019*". Declaración responsable que constituye un medio de prueba válido sobre su compatibilidad con cualquier pluma de inyección de insulina, conforme a lo exigido en el pliego; que, además, en ningún momento ha sido cuestionada por los informes

técnicos que sobre la oferta ha emitido el Servicio de Aprovisionamiento de la entidad contratante, que, además, con ocasión de la valoración de la presente reclamación, y no obstante reconocer que el producto ofertado no tiene un sistema de rosca afirma que han comprobado que es un sistema seguro.

En consecuencia, la adjudicataria, en la documentación técnica aportada, ha demostrado que cumple con la funcionalidad que justifica la prescripción técnica exigida en el pliego; de modo que aun cuando para llegar a dicha funcionalidad – es decir, la compatibilidad con las plumas de inyección de insulina - el sistema de conexión ofrecido sea equivalente al sistema de rosca que describe el Pliego, es claro que su oferta no debe ser excluida. Siendo esto así, no cabe sino concluir que, a pesar de que la solución de conexión del producto ofertado difiere de lo indicado en tal sentido en el pliego, lo cierto es que la solución ofertada, resultando equivalente, no imposibilita la satisfacción de las necesidades y funcionalidades requeridas y, por ende, la adecuada ejecución del contrato. Razón por la que no procede excluir su oferta y que determina la desestimación del motivo de impugnación en tal sentido alegado por la reclamante.

OCTAVO.- Coma segunda cuestión alega la reclamante que el producto ofertado por la adjudicataria no cumple el requisito técnico relativo a contar con un dispositivo de seguridad integrado exigido en el pliego. Motivo de impugnación que apoya en un informe emitido por una especialista de producto de una empresa de tecnología sanitaria que indica que *"con las agujas adjudicadas actualmente, mylife Clickfine Autoprotect, no se garantiza esa protección total del profesional sanitario, no se eliminan ni minimizan los accidentes de riesgo biológico tras el uso e inyección al no estar la aguja protegida por ambos extremos. La aguja queda protegida en su parte frontal, pero queda expuesta y al aire en su parte posterior, existiendo el riesgo de punción, lo que no es admisible ni tiene como fin primordial la eliminación de objetos punzocortantes (Anexo II de la Orden Foral 7/2010)"*.

No obstante, frente a tales alegaciones el informe de alegaciones aportado por la entidad contratante señala que el informe emitido por el personal técnico del Servicio de Aprovisionamiento y Servicios Generales afirma que el producto ofertado elimina dicho riesgo puesto que sus agujas *"disponen de un sistema de seguridad totalmente*

integrado que bloquea la aguja en contacto con el paciente inmediatamente después de la inyección con un indicador rojo fácilmente visible"; debiendo, por tanto, entenderse que cumple con las prescripciones técnicas establecidas al respecto en el Pliego Regulador y con lo dispuesto en la Orden Foral 7/2010, de 20 de enero, a la que se remiten dichas prescripciones técnicas.

Por su parte, la tercera interesada en el escrito de alegaciones remitido a este Tribunal sostiene que el producto ofertado reúne las condiciones mínimas que para los dispositivos de seguridad exigen el Pliego y la Orden Foral citada.

Expuestas las alegaciones de las partes, debe repararse en que en la ficha técnica del producto se alude en diversas ocasiones a que el mismo dispone de un mecanismo de bloqueo para la protección contra punciones involuntarias, señalando como características de aquel:

- *Sistema de aguja de seguridad totalmente integrado*
- *Bloqueo automático inmediato tras la inyección*
- *Indicador de bloqueo rojo fácilmente visible*
- *Cánula visible que facilita el cebado*
- *Bloqueo permanente que cubre la aguja y previene de un segundo uso.*

Debemos poner de relieve, en primer término, que esta materia, dada su especificidad, queda enmarcada en el ámbito de discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores de la Administración, cuyos criterios gozan de la presunción de acierto y certeza, salvo prueba en contra que evidencie error o arbitrariedad en la decisión o juicio emitido. Así, para que esta presunción sea desvirtuada es necesario que se haga prueba suficiente de infracción legal, un notorio error de hecho o desafortunada apreciación de los elementos de prueba existentes en el expediente, cuya acreditación corresponde a la parte que reclama, en la que recae el "onus probandi", siendo quien debe ofrecer los elementos de prueba con todas las garantías. Es preciso, por lo tanto, que la prueba resulte idónea a tal fin, tanto en lo que se refiere al empleo de los métodos y criterios que han de aplicarse como en la justificación de los datos tomados en consideración, que puedan oponerse a las apreciaciones de dichos informes poniendo de manifesto la existencia de error y desvirtuando la presunción de acierto de la que gozan.

Pues bien, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 23 de noviembre de 2007 *"la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución, ni el principio de sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican. Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados."* Así ocurre, sigue señalando la sentencia, en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte a cuestiones de legalidad, pero sin que puedan sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores.

El mismo Tribunal en Sentencia de 15 de septiembre de 2009 afirma que *"la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción "iuris tantum" sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador"*.

Aplicando la doctrina citada al caso concreto que nos ocupa, este Tribunal no aprecia en las explicaciones ofrecidas en el informe técnico arbitrariedades, incoherencias o contradicciones que hagan dudar de su objetividad.

Tampoco cabe reconocer tal alcance al informe aportado por la reclamante, toda vez que se trata de un informe de parte, lo que implica una cierta falta de imparcialidad, que constituye una valoración paralela y alternativa a la realizada por el órgano técnico de valoración que se mueve, como señala la jurisprudencia, dentro del principio de libre apreciación, pero que no puede prevalecer sobre el criterio de un órgano técnico especializado, al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas en el supuesto analizado por la doctrina de la discrecionalidad, que debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación, circunstancia que no concurre en la valoración que sobre este extremo se realiza del producto ofertado. Pero es que además, el informe aportado por la reclamante basa su conclusión en que la aguja queda expuesta en su parte posterior, cuando lo cierto es que ni el pliego ni la Orden Foral 7/2010, de 20 de enero, de la Consejera de Salud, se especifica que el sistema de seguridad deba proteger la parte posterior de la aguja; limitándose a exigir que incorporen un dispositivo de seguridad que elimine o minimice los accidentes de riesgo biológico, lo que se consigue con el bloqueo de la aguja en su parte frontal.

Así pues, sobre la base del informe técnico emitido por el Servicio de Aprovisionamiento de la entidad contratante y de la documentación técnica aportada por la adjudicataria, cabe concluir que no concurre el incumplimiento de la prescripción técnica alegado por la reclamante; razón por la que no procede excluir su oferta.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por MEDIPORT S.L. frente a la Resolución 535/2020, de 26 de junio, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se adjudica el

lote 4 del contrato de suministro "*APRO 22/2019 Suministro de Agujas y jeringas de seguridad*" a YPSOMED DIABETES, S.L.U.

2º. Notificar este acuerdo a MEDIPORT S.L., al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, así como al resto de interesados que figuren en el expediente a los efectos oportunos y acordar su publicación en la página 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, 3 de agosto de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. EL VOCAL, Ignacio Carrillo de Albornoz Alfaro.