



Expediente: 14/2020

ACUERDO 21/2020, de 6 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por YPSOMED DIABETES, S.L.U. frente a la Resolución 50/2020, de 31 de enero, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se adjudica el contrato relativo al suministro de agujas y jeringas de seguridad con destino a los diversos centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (APRO-22/20 19).

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.

Tramitado el procedimiento de licitación, mediante Resolución 50/2020, de 31 de enero, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, se adjudica 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 es la realizada por YPSOMED DIABETES, S.L.U. (en adelante YPSOMED), con una puntuación de 68,50 puntos.

SEGUNDO.- Con fecha 11 de febrero de 2020, YPSOMED ha interpuesto 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*”.

Señala que el Cuadro de Características del Contrato establece un criterio de adjudicación de carácter social, valorable con 10 puntos, que se otorgan al licitador que se comprometa a contratar el transporte del suministro objeto del contrato a través de Centros especiales de empleo, así como que *“para la acreditación de su cumplimiento el licitador, en su declaración, deberá identificar al o los C.E.E.s con el/los que vaya a contratar dicha prestación e incorporar un documento suscrito por dicho/s Centro/s en el que quede constancia de su compromiso de ejecutar dicha prestación si el licitador resulta adjudicatario del contrato”*.

Destaca que el informe de valoración otorga los 10 puntos en este criterio a MEDIPORT, a pesar de que dicho licitador no cumple con lo establecido en el Pliego, ya que el mismo exige aportar un documento suscrito por el Centro especial de empleo en el que conste su compromiso de ejecutar la prestación, y MEDIPORT sólo aporta un documento en el que indica que se encuentra en conversaciones con un Centro, por lo que el compromiso todavía no existe, y no incorpora el documento exigido, por lo que no puede obtener la puntuación de dicho criterio. Alega, en relación con ello, que los pliegos constituyen la ley del contrato, así como que la valoración realizada incumple los principios de igualdad de trato y no discriminación, especialmente aplicables al régimen de la contratación pública, conforme a la doctrina que cita.

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”*.

Alega que se ha producido un error en la valoración de las ofertas técnicas, con cita de la doctrina relativa a la discrecionalidad técnica de la Administración, que establece como límites de la misma el error material, la arbitrariedad o defectos en la norma de competencia o procedimiento.

Señala que en el criterio de adjudicación *“facilidad de conexión y desconexión con el dispositivo”* 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”*. Considera que esto se debe a un error en la valoración del órgano de contratación, ya

que este producto no utiliza un sistema de conexión a rosca sino de inserción mediante presión. De este modo, la aguja se encaja en la pluma mediante presión, no enroscando, por lo que considera acreditado el error producido en la valoración.

En consecuencia, solicita que se anule la resolución de adjudicación y la valoración de los criterios de adjudicación, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la valoración de estos.

TERCERO.- Con fecha 14 de febrero de 2020, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante SNS-O) ha aportado el expediente de contratación y ha presentado 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, con base en el informe técnico que adjunta, 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, tal y como indica el manual de uso de la aguja aportado en la documentación del expediente, sin que el mismo esté basado en una conexión a rosca, como ocurre con el resto de productos ofertados por las restantes empresas licitadoras. Reconocido dicho error y considerando las posibles consecuencias jurídicas derivadas del mismo, se 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.

CUARTO.- El 14 de febrero de 2020, se dio traslado de la reclamación a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, no habiéndose presentado alegación alguna.

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 y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación la Resolución 50/2020, de 31 de enero, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se adjudica el lote nº 4 del contrato relativo al suministro de agujas y jeringas de seguridad con destino a los diversos centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (APRO-22/20 19). Impugnación que se fundamenta, por una lado, en la incorrecta valoración de la oferta de la adjudicataria en lo que se refiere al criterio de adjudicación “Cláusulas de carácter social”, y, de otro, en el error en la valoración de la oferta presentada por la propia reclamante en relación con el criterio de adjudicación correspondiente a la “facilidad de conexión y desconexión con el dispositivo”.

En base a lo anterior, fundamenta como pretensión la anulación del acto de adjudicación del contrato, con retroacción de todas las actuaciones al momento anterior a la valoración de los criterios de adjudicación.

Delimitado así el objeto de la litis, debemos advertir – como hicimos en nuestro Acuerdo 13/2019, de 15 de febrero - que la descripción de los criterios de adjudicación, la determinación de las reglas de ponderación y las fórmulas objetivas de valoración de

los mismos deben quedar fijados con el necesario nivel de concreción en el pliego regulador, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la Mesa de Contratación. Esta previa concreción de los criterios de adjudicación en el pliego constituye un elemento esencial, pues como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2008, Asunto Alexandroupulis, 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.

Sentado lo anterior, cabe recordar que el Pliego Regulador constituye la ley del contrato a la que deben sujetarse los licitadores, así como el propio órgano de contratación. Al efecto, hemos de partir del valor vinculante del Pliego aprobado por el órgano de contratación, que constituye auténtica *lex contractus*, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación. El pliego regulador es la Ley que rige la contratación entre las partes y al Pliego hay que estar, respetar y cumplir.

Sobre la vinculación al Pliego Regulador del contrato, la Sentencia 442/2018, de 21 de diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, razona que *“como ha señalado la jurisprudencia, los Pliegos de cláusulas administrativas particulares constituyen una verdadera ley contractual. Así, la STS de 17-10-2000 (ROJ: STS 7424/2000 - ECLI:ES:TS:2000:7424) Recurso: 3171/1995 | Ponente: Juan Jose Gonzalez Rivas señala que es “doctrina jurisprudencial reiterada (sentencias de 10 de marzo de 1982, 23 de enero de 1985, 18 de noviembre de 1987, 6 de febrero de 1988 y 20 de julio de 1988, entre otras) que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato, por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él respecto del cumplimiento del mismo, teniendo en cuenta que para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de los contratos administrativos, es norma básica lo establecido en los Pliegos de Condiciones, puesto que en la contratación se regulan los derechos y obligaciones de la contrata, dando lugar a lo que se considera la Ley del Contrato (criterio jurisprudencial reiterado desde las sentencias de 29 de enero de*

1950, 17 de octubre de 1957, 13 de febrero de 1958, 27 de abril de 1964, 4 de mayo de 1968 y 18 de octubre de 1978, entre otras), teniendo en cuenta, en todo caso, la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, puesto que el artículo 3.1 del Título Preliminar prevé que la interpretación de las normas ha de basarse en el sentido propio de las palabras”.

En el mismo sentido, la STS, Sec. 7ª, de 25 de junio de 2012, RC 1790/2009, establece que: “Como hemos dicho en las Sentencias de 18 de julio de 2008 (casación 3527/2006) y 13 de marzo de 2008 (casación 3405/2005), los Pliegos Particulares constituyen una verdadera ley contractual, ya que en ellos se articulan las cláusulas constitutivas de las obligaciones y derechos de las partes que ofrecen para estas carácter de Ley”. Esta Sala también acoge esta doctrina en la sentencia nº 209/2017, de 4 de mayo de 2017, Rec. 187/2016, entre otras, en la que se establece que: “En definitiva el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se califica por la jurisprudencia como "auténtica ley del contrato" al recoger los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes en sus aspectos jurídicos, económicos y administrativos. La relevancia del Pliego 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”. En este sentido, tal y como indicamos, entre otros en nuestro Acuerdo 79/2017, de 13 de diciembre, “(...) De esta consideración de los pliegos como ley del contrato deriva su carácter vinculante, tanto para la entidad contratante que los ha aprobado como para los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido, y la imposibilidad de apartarse de ellos o proceder a su modificación, si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello. Esto también significa que de no haber sido los pliegos impugnados en tiempo y forma y anulada alguna de sus cláusulas, deben ser aplicadas todas ellas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto las que sean nulas de pleno derecho (último inciso del artículo 213.2 LFCP)(...)”. Carácter vinculante que determina, obviamente, la necesaria observancia de las reglas de valoración de los distintos criterios de adjudicación en él fijados; resultando vedado apartarse o aplicar fórmulas distintas a las previstas en el mismo.

SEXTO.- Comenzando por el primero de los motivos de impugnación esgrimidos, sostiene la reclamante la concurrencia de un error en la valoración de uno

de los criterios de adjudicación evaluable mediante la aplicación de fórmulas; concretamente del aspecto correspondiente a los criterios sociales.

En relación con los criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas, tal y como manifestamos en el Acuerdo antes citado, con cita de la doctrina contenida en la Resolución 34/2018 de 8 de marzo, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, debemos recordar que el resultado de una fórmula matemática no se interpreta, se calcula aplicando un algoritmo o "conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema" y su característica principal es la ausencia total en ellos de discrecionalidad o aplicación subjetiva, sin que quepa interpretación alguna sobre su alcance, sino solo la pura y simple aplicación de la fórmula expresada en los pliegos.

Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 14 de febrero de 2011, señala que la discrecionalidad de la Administración en relación con los criterios automáticos se agota en la redacción del pliego, pues una vez publicado éste carece de discrecionalidad alguna para su aplicación: *"Lo acabado de exponer evidencia que si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, 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 (SsTS 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)."*

A diferencia de los criterios sujetos a un juicio de valor, que se caracterizan por su carácter discrecional, lo que obliga a su motivación con la finalidad de proceder a un control adecuado de los mismos en orden a evitar la arbitrariedad, los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula se caracterizan por su automatismo, razón por la que no se necesita su motivación, pues de la mera aplicación de la fórmula se obtiene el resultado de la ponderación.

Así pues, ha de afirmarse que en la valoración de tales criterios no cabe discrecionalidad alguna por parte de la Administración, ni técnica ni de ninguna otra clase, debiendo limitarse la Mesa de Contratación a aplicar los criterios automáticos sin ningún margen de apreciación técnica o juicio de valor.

Sentado lo anterior, procede analizar las previsiones contenidas en el Pliego Regulator del Contrato en relación con el criterio de adjudicación cuya valoración cuestiona la reclamante; disponiendo a tales efectos la cláusula 10.1 del Cuadro de Características del Contrato, dentro del apartado correspondiente a los criterios cuantificables mediante fórmulas, que “B.2). *Cláusulas de carácter social: 10 puntos.*

Se otorgarán 10 puntos al licitador que se comprometa a contratar el transporte del suministro objeto del contrato desde el centro de fabricación o distribución hasta los centros de destino indicados en el punto 1.6 de la carátula, a través de Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro o Centros especiales de empleo de iniciativa social o Empresas de Inserción.

Para la acreditación de su cumplimiento el licitador, en su declaración, deberá identificar al o los C.E.E.s con el/los que vaya a contratar dicha prestación e incorporar un documento suscrito por dicho/s Centro/s en el que quede constancia de su compromiso de ejecutar dicha prestación si el licitador resulta adjudicatario del contrato. En tal caso, al inicio de la ejecución del contrato el adjudicatario deberá aportar una copia del contrato suscrito con el/los C.E.E.s para la ejecución de dicha prestación”.

Como puede observarse, el automatismo del criterio de adjudicación transcrito viene definido por el hecho de que el único aspecto a valorar es el compromiso de contratar la prestación indicada con un Centro especial de empleo sin ánimo de lucro o Centros especiales de empleo de iniciativa social o Empresas de Inserción. Resultando así que en caso de aportar tal compromiso se obtienen la totalidad de los puntos asignados por el pliego a este apartado, y, en caso contrario cero puntos; y ello toda vez que ninguna fórmula de aplicación se contempla en la descripción del citado criterio de adjudicación.

Siendo esto así, debe repararse en que a los efectos de tal valoración el pliego exige aportar un documento suscrito por el centro que vaya a ejecutar tal prestación; documento configurado así por el pliego como condición indispensable en orden a la obtención de la puntuación correspondiente a tal criterio de adjudicación. Resultando ser éste, precisamente, el motivo por el que la reclamante impugna la valoración otorgada a la adjudicataria, señalando así que sólo aporta un documento en el que indica que se encuentra en conversaciones con un Centro, por lo que el compromiso todavía no existe, sin incorporar el documento exigido; fundamento que se reduce así a una cuestión de hecho solventable mediante la comprobación de la documentación obrante en el expediente, más concretamente, de la documentación aportada por la adjudicataria en su oferta.

Así las cosas, consta en el expediente – documento “Oferta presentada Sobre C MEDIPORT, Lote 4. pdf – que la adjudicataria sólo aporta un escrito por ella suscrito en el que expone que está en conversaciones con un centro por lo que todavía no puede aportar un contrato, pero *“nuestro compromiso telefónico y sobre todo vía mail es definitivo. Por tema de la ley de protección de datos no podemos adjuntar los mails relacionados”*.

A la vista de lo anterior, resulta evidente que tal escrito no reúne los requisitos exigidos en el pliego puesto que éste dispone la aportación de un documento suscrito por el Centro en el que quede constancia de su compromiso de ejecutar la prestación contractual antes citada, resultando obvio además, a la vista de lo manifestado por la propia licitadora, que no dispone del mismo en el momento de presentar su oferta; de donde no cabe sino concluir que asiste razón a la reclamante cuando afirma la concurrencia de un error en la valoración otorgada a la adjudicataria en este apartado, habida cuenta que al no acreditar el compromiso en la forma exigida debió ser valorada con cero puntos. Procede, en consecuencia, la estimación de este motivo de impugnación.

SÉPTIMO.- Aduce la reclamante, como segundo motivo de impugnación, la incorrecta valoración de su oferta en relación con el criterio de adjudicación no valorable mediante fórmula *“facilidad de conexión y desconexión con el dispositivo”*; puesto que se le otorgan 0 puntos sobre la máxima puntuación de 15 puntos, por

entender que “ante una manipulación adecuada, la rosca se pasa y no se puede comprobar si la aguja está correctamente montada en la pluma”, cuando lo cierto es que el producto ofertado no utiliza un sistema de conexión a rosca sino de inserción mediante presión.

Sobre este particular, el Pliego Regulador del Contrato señala en su cláusula 10.1 del Cuadro de Características del Contrato que “A). *Criterios no cuantificables mediante fórmulas: hasta 50 puntos. Ver ANEXO V*”. Añadiendo el citado Anexo, correspondiente al Pliego de Prescripciones Técnicas, lo siguiente: “*LOTE 4: AGUJAS DE INSULINA TIPO PLUMA DE SEGURIDAD.*

Criterios no cuantificables mediante fórmulas.

- 1. Fácil apertura del envasado individual sin que afecte a la integridad del material: hasta 15 puntos.*
- 2. Facilidad de conexión y desconexión con el dispositivo: hasta 15 puntos.*
- 3. Fácil identificación del calibre y la longitud: hasta 10 puntos.*
- 4. Fácil identificación de lote y fecha de caducidad: hasta 10 puntos.*

Puntuación mínima de la suma de los apartados A.1 y A.2 será de 15 puntos”.

Resulta oportuno recordar la doctrina de este Tribunal en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Así en nuestros Acuerdos 34/2019, de 9 de abril, y 60/2019, de 4 de julio, se alude a la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas no cuantificables mediante fórmulas y a los límites a que está sujeto el control de esta discrecionalidad en los siguientes términos: “*Fundamento de Derecho Séptimo - Sentado lo anterior, en la medida en que lo que se pretende por la reclamante es la revisión de la aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el pliego, es preciso traer a colación la doctrina sentada por este Tribunal relativa a la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas presentadas por los licitadores y a su posible revisión, rectificación o corrección. Así, en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la Administración cuando se trate de la valoración de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, hemos señalado –entre otros, en nuestro reciente Acuerdo 31/2019, de 22 de marzo – que este Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 1/2019, de 11 de enero,*

que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis, en la medida en que entrañe criterios técnicos, debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como su correspondencia con lo establecido en el pliego, a que no se haya incurrido en arbitrariedad, error patente o irracionalidad al efectuarla y además, que esta valoración se encuentre suficientemente motivada en el expediente. Así pues, la función de este Tribunal en relación con la impugnación de las valoraciones otorgadas a las distintas propuestas no es suplantarse el acierto técnico en dicha valoración, sino comprobar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con el pliego y suficientemente motivada; quedando fuera de este limitado control posible aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador y no estén sustentadas con un posible error manifiesto.

Tal y como recuerda la Resolución 155/2019, de 22 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la aplicación de unos criterios amparada por la discrecionalidad técnica sólo es revisable en casos excepcionales de arbitrariedad, desviación de poder, ausencia de justificación o error material.

En el mismo sentido se pronuncia de forma reiterada nuestra Jurisprudencia, pudiéndose citar, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012, que razona que “la discrecionalidad técnica expresada conduce a partir 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, entre otros motivos, 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, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”.

Al hilo de lo anterior, el mismo Tribunal en Sentencia de 10 de mayo de 2017, declara que la discrecionalidad técnica de la que 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.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 24 de febrero, de 2016, ya apuntaba que “(...) Por otro lado, resulta de gran trascendencia tener igualmente en cuenta que, al tratarse de un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, sólo puede ser formulado por un órgano especializado, de tal modo que la revisión de la valoración realizada por el órgano previsto para resolver el concurso sólo puede hacerse cuando los errores o defectos en la valoración, primero, sean ostensibles y manifiestos, y, segundo, no exijan conocimientos técnicos (Cf. STS 29 junio 2005). Pudiendo añadir nosotros que dichos errores "ostensibles, manifiestos y cuya valoración no exija conocimientos técnicos" han de ser, además, relevantes (...)”.

Dicho lo anterior, la entidad contratante en el informe de alegaciones aportado, atendiendo al informe técnico emitido con ocasión de la reclamación especial interpuesta, reconoce que se ha producido un error al efectuar la valoración técnica del producto ofertado por la reclamante, puesto que el citado informe señala que “Sin embargo, se ha constatado que en realidad el sistema de inserción del producto de YPSOMED se realiza mediante presión, tal y como indica el manual de uso de la aguja aportado en la documentación del expediente, sin que el mismo esté basado en una conexión a rosca, como ocurre con el resto de productos ofertados por las restantes empresas licitadoras.

El referido informe concluye que, en consonancia con lo argumentado al respecto por la empresa reclamante, no se realizó una correcta valoración del producto ofertado, en relación con el criterio de “Facilidad de conexión y desconexión con el dispositivo””.

En consecuencia, asiste nuevamente razón a la reclamante en la apreciación del error en la valoración técnica realizada; error que, como se ha expuesto, resultando revisable por parte de este Tribunal, determina la estimación del motivo de impugnación en tal sentido alegado.

OCTAVO.- Cumple analizar los efectos de la estimación de la reclamación en orden a decidir si procede únicamente la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de tales criterios de adjudicación o debe anularse íntegramente el procedimiento, a cuyos efectos debe analizarse si se ve comprometida la confidencialidad y secreto de las proposiciones de los interesados.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 LFCP, la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmulas debe realizarse con posterioridad a la valoración de los criterios cualitativos o sometidos a juicio de valor. Esta exigencia viene motivada por la necesidad de garantizar que los criterios sometidos a juicio de valor no pueden verse condicionados por la previa valoración de los criterios cuantitativos, por cuanto en caso contrario, tal y como expone la Resolución 425/2016, de 3 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, se correría el riesgo de permitir al órgano de contratación otorgar una mayor o menor puntuación a estos criterios subjetivos para acomodar la puntuación total a la luz de la puntuación obtenida en la valoración de los criterios sujetos a fórmula matemática, razón por la que el precepto citado de la LFCP determina la presentación en forma separada de la documentación a valorar según se trate de criterios cuantitativos o cualitativos, respectivamente; y que fundamenta la doctrina de este Tribunal contraria a la retroacción de actuaciones al momento de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor una vez conocida la valoración de los criterios evaluables mediante fórmulas automáticas, avalada, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, que se hace eco de la relevancia del secreto de las proposiciones cuando indica que *“se trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino*

también de evitar que el poder adjudicador, o administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias. Por ello, cuando se quebranta el secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable, tal cual hemos reflejado en el fundamento anterior.”

Aplicando la doctrina citada al caso concreto que nos ocupa, resulta que la valoración afectada por la estimación de la reclamación es por un lado, como se ha dicho, la correspondiente a uno de los criterios cuantificables mediante fórmulas (Sobre C de las proposiciones presentadas) realizada con posterioridad a la valoración de los criterios cualitativos y, por ello, sin ninguna afección a esta; motivo por el cual ningún obstáculo cabría apreciar a la retroacción del procedimiento al momento anterior a la valoración de tal criterio de adjudicación por cuanto ello no alteraría el orden lógico de sus fases ni afectaría al principio de transparencia y no discriminación.

Sin embargo, la estimación de la reclamación interpuesta también afecta a la valoración de uno de los criterios cualitativos de adjudicación, por haberse acreditado un error en su aplicación respecto al producto ofertado por la reclamante. Supuesto éste en el que, a diferencia del anterior, en la medida en que, tenido lugar la apertura del Sobre C de las proposiciones presentadas, la retroacción del procedimiento para la correcta valoración del criterio sí altera el orden de valoración de los criterios establecido legalmente; circunstancia que impone analizar si con tal proceder se ve comprometida la confidencialidad y secreto de las proposiciones de los interesados, y ello en atención a las concretas circunstancias concurrentes.

En este contexto, debemos recordar, al igual que la Resolución 157/2018, de 16 de noviembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que la infracción del secreto de las proposiciones debe ser material y no meramente formal, siendo preciso que efectivamente se vulnere la objetividad que el sistema de valoración separada pretende garantizar.

Sobre este particular la Resolución 796/2015, de 11 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, apunta que “(...) *Por otro lado, es también doctrina de este Tribunal que una vez abiertos los sobres que contienen los criterios de valoración automáticos o evaluables con arreglo a fórmulas matemáticas, no puede el órgano de contratación valorar técnicamente la adecuación o coherencia de las ofertas, salvo que dicha valoración se refiera a criterios también objetivos y que consten claramente en el pliego*”.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 405/2018, de 5 de diciembre, señala que: “(...) *Aquí seguiremos lo ya dicho por esta Sala en el procedimiento Ordinario 120/2.018, Sentencia nº 326/2.018, de 18 de octubre de 2.018, fundamento de derecho Tercero, “La Sala estima que en este caso concreto la retroacción de actuaciones no determina la vulneración de los principios de un tratamiento igualitario y no discriminatorio (art. 21 de la Ley Foral 6/2006). Así, el art. 52.2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos establece que: “En los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa las proposiciones se presentarán separando el precio ofertado de las demás condiciones de la oferta. El precio se mantendrá en secreto hasta el momento de su apertura pública y las restantes condiciones de la oferta hasta el momento de su apertura por la Administración”. En este contrato, como pone de relieve el Tribunal Administrativo de Contratos, la Mesa de Contratación no ha aplicado correctamente las puntuaciones en cada uno de los criterios de adjudicación (...) La retroacción de actuaciones para que la Mesa de Contratación otorgue la puntuación correcta según las cláusulas del Pliego no puede poner en riesgo en este caso que la valoración de las ofertas técnicas se pueda ver mediatizada por la proposición económica de las dos licitadoras porque se trata únicamente de ajustar las puntuaciones otorgadas al Pliego de Condiciones sin ningún margen de discrecionalidad por parte de la Mesa de Contratación que pueda verse influida de algún modo por el conocimiento de la oferta económica. Siendo esto así, no es conforme a Derecho la declaración que contiene el Acuerdo recurrido respecto a la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento, siendo posible la retroacción de actuaciones como solicita la parte demandante.*”

Aplicando la doctrina citada al supuesto concreto que nos ocupa - partiendo del hecho acreditado en el expediente de que la adjudicataria y la reclamante obtuvieron

una valoración total de 71,15 puntos y 68,50, respectivamente – este Tribunal concluye que la retroacción de actuaciones para que la Mesa de Contratación otorgue la puntuación correcta a la oferta de la reclamante en lo que respecta al criterio de adjudicación cualitativo antes referido en ningún caso puede poner en riesgo que tal evaluación se pueda ver mediatizada por el conocimiento de las valoraciones realizadas de los criterios cuantitativos, y ello habida cuenta que ya sólo con la rectificación de la valoración de la oferta de la adjudicataria en el apartado correspondiente a los criterios sociales derivada de la estimación del primero de los motivos de impugnación – y que determina la detracción de los diez puntos erróneamente otorgados a ésta – se altera el orden de clasificación de ambas licitadoras obteniendo la reclamante mayor puntuación. Así pues, resultando indiferente a tales efectos, y para el resultado del procedimiento, la puntuación que se atribuya a la reclamante en el citado criterio cualitativo difícilmente cabe apreciar que la Mesa de Contratación pueda verse influida de algún modo por el hecho de conocer la puntuación otorgada a las licitadoras en lo que respecta a los criterios valorables mediante aplicación de fórmulas.

Así pues, procede la estimación de la reclamación interpuesta y, con ello, la anulación del acto de adjudicación del contrato, ordenando la retroacción de actuaciones al momento de la valoración de las ofertas, 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 la reclamante en relación con el criterio de adjudicación “Facilidad de conexión y desconexión con el dispositivo.”

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. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por YPSOMED DIABETES, S.L.U. frente a la Resolución 50/2020, de 31 de enero, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se adjudica el contrato relativo al suministro de agujas y jeringas de seguridad con

destino a los diversos centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, Lote 4 (APRO-22/20 19); anulando el acto objeto de impugnación por no resultar ajustado a derecho, y disponiendo la retroacción de actuaciones a los efectos de proceder conforme a lo indicado en el fundamento de derecho octavo del presente Acuerdo.

2º. Notificar este acuerdo a YPSOMED DIABETES, S.L.U., 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 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, 6 de marzo de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, M^a Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.