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

Expediente: 22/2019

ACUERDO 32/2019, de 2 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por "FARMABAN, S.A.", frente a su exclusión de la licitación de los lotes nº 4, 8 y 9 del "*Acuerdo Marco APRO 10/2018: Suministro de apósitos curativos con destino a los centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea*", así como frente a la valoración técnica del lote nº 16, convocada por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de mayo de 2018 se procede al envío al Diario Oficial de la Unión Europea del anuncio de licitación del "*Acuerdo Marco APRO 10/2018: Suministro de apósitos curativos con destino a los centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea*"; publicándose en dicho medio y en el Portal de Contratación de Navarra, los días 14 y 16 del mismo mes, y finalizando el plazo de presentación de ofertas el 23 de junio de 2018.

SEGUNDO. - El 28 de junio de 2018 se levanta acta de constitución de la Mesa de Contratación, en las que se constata que se han recibido 14 proposiciones, todas dentro del plazo previsto en el anuncio de licitación. Se procede a la apertura del sobre nº 1 "Documentación General", se enumeran las empresas licitadoras y se admite a la licitación a todas ellas. A continuación, se procede a la apertura del sobre nº 2 "Proposición técnica", y se encomienda al grupo de trabajo el examen y valoración de las ofertas técnicas.

TERCERO.- Con fecha 13 de julio de 2018, la Mesa de Contratación acuerda requerir a los licitadores "COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A.", "IZASA HOSPITAL, S.L.U.", "3M ESPAÑA, S.L.", "MEDTRONIC IBÉRICA, S.A." y "MEDIPORT, S.L." que aporten el documento, exigido en el Pliego, "certificados de

laboratorio externo de velocidad de transmisión de vapor de agua según UNE-EN 13726-2”, otorgándoles para la referida subsanación plazo hasta el 18 de julio.

CUARTO. - El día 19 de julio de 2018, la Mesa de Contratación se reúne para examinar la documentación aportada, en tiempo y forma, por los licitadores requeridos, acordándose la incorporación de la misma a sus respectivas ofertas.

QUINTO.- Con fecha 14 de febrero de 2019, la Mesa de Contratación aprueba el informe técnico emitido por el grupo de trabajo y, de conformidad con el mismo, acuerda excluir de la licitación las ofertas de varios licitadores por no alcanzar la puntuación mínima exigida conforme a la cláusula 10.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y por no cumplir las características técnicas establecidas en la cláusula 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares; disponiéndose, asimismo, la aprobación de las puntuaciones otorgadas a los licitadores.

En este acuerdo se excluye a la mercantil “FARMABAN, S.A.” de la licitación del lote 4 por no alcanzar la puntuación mínima de 35 puntos establecida en el apartado A) “Oferta Técnica” del apartado L-1 “Criterios de valoración de las ofertas” del Cuadro de Características, en relación con la cláusula 10.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, toda vez que su oferta ha obtenido, en el citado apartado una valoración de 32,5 puntos.

Por otro lado, en el acuerdo citado se excluye a la mercantil identificada de la licitación de los lotes 8 y 9, por no cumplir las prescripciones técnicas establecidas en el pliego en relación con los productos a suministrar. Concretamente, respecto al lote 8, se considera que su oferta no cumple con las medidas de 4,5 centímetros, y en relación con el lote 9, se considera que no cumple las medidas de 6,5 centímetros.

SEXTO.- Con fecha 1 de marzo de 2019, la mercantil “FARMABAN, S.A.” interpone reclamación especial en materia de contratación pública frente a su exclusión de la licitación de los lotes nº 4, 8 y 9 del “*Acuerdo Marco APRO 10/2018: Suministro de apósitos curativos con destino a los centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea*”; así como frente a la valoración técnica de la oferta formulada al lote nº

16 aprobada por la Mesa de Contratación en la sesión celebrada con fecha 14 de febrero de 2019.

En primer lugar, respecto a la exclusión del lote nº 4 por no alcanzar la puntuación mínima exigida de 35 puntos, manifiesta que se ha valorado incorrectamente la oferta presentada, pasando a analizar cada uno de los criterios de valoración del lote nº 4, recogidos en el anexo VI del pliego, que denomina erróneamente como características técnicas.

Respecto a la adaptabilidad anatómica, puntuable hasta 10 puntos, señala que su oferta ha sido puntuada con 5 puntos, cuando otras dos ofertas, “Mepital One 6x7cm” y “Mepitel”, han obtenido la puntuación máxima. Afirma que ha analizado con un micrómetro estas dos ofertas, ya que su adaptabilidad depende de su grosor, y obtiene que “Mepitel” tiene un grosor de 46 micras, similar al de su oferta, que tiene un grosor de 47 micras, por lo que considera que debería tener la misma puntuación en ese criterio que dicho producto, 10 puntos. Asimismo, añade que “Mepitel” y “Systagenix” deberían ser excluidos por no cumplir las características técnicas particulares del punto 4, concretamente por no ser de silicona sino de poliamida y de acetato de celulosa, respectivamente.

Respecto a la mayor capacidad de epitelización, puntuable hasta 10 puntos, su oferta ha recibido 3 puntos, mientras que “Mepitel One” y “Mepitel” han obtenido los 10 puntos. Considera que su oferta debería haber obtenido la máxima puntuación, y justifica la incorrecta valoración en un enlace a una guía de apósitos para el tratamiento de heridas del Hospital de Cruces de Baracaldo, según la cual es importante que el adhesivo de silicona sea suave y de baja adherencia.

Respecto a la mayor capacidad de granulación, puntuable hasta 10 puntos, su oferta ha recibido 3 puntos, habiendo obtenido “Mepitel One” y “Mepitel” la máxima puntuación. Vuelve a remitirse a la guía señalada, indicando que para mantener la humedad es importante que el tamaño del poro permita el paso de cantidades variables de exudado, por lo que el tamaño del poro de la malla es fundamental, ya que un mayor tamaño del poro garantiza un mayor paso de exudado, y conforme a la fotografía que adjunta, el tamaño del poro de su producto es mayor que el de “Mepitel One” y

“Mepitel”, por lo que considera que sólo su oferta debería obtener la máxima puntuación en este apartado.

Respecto a la retirada atraumática, puntuable hasta 10 puntos, señala que su oferta ha recibido 8 puntos mientras que “Mepitel One” y “Mepitel” obtienen los 10 puntos. Discrepa de la puntuación recibida, pues el adhesivo suave de gel sólo se adhiere a la piel seca, reduciendo al mínimo el dolor, por lo que considera que debería obtener la máxima puntuación en este criterio.

Respecto al fácil manejo, puntuable hasta 5 puntos, obtiene 0 puntos, mientras que “Mepitel One” obtiene los 5 y “Mepitel” 4. Discrepa de la valoración, ya que su apósito incorpora una película de polietileno transparente para facilitar la colocación de la lámina, por lo que es más fácil de manejar que las demás, por lo que entiende que debería obtener la máxima puntuación.

Respecto al mayor tiempo de integridad, puntuable hasta 5 puntos, su producto obtiene 1 punto, mientras que “Mepitel One” y “Mepitel” obtienen la máxima puntuación. No está de acuerdo con la puntuación ya que su producto puede permanecer hasta 14 días sin interrupción en la herida, por lo que considera que debe obtener la máxima puntuación. Respecto a la posibilidad de recortar sin que se modifiquen sus características, puntuable en 5 puntos, todas las ofertas han recibido la máxima puntuación, por lo que no presenta alegaciones.

Respecto a la mayor perforación de la trama, puntuable en 15 puntos (%), ha obtenido en su producto 7,5 puntos, habiendo obtenido “Mepitel One” y “Mepitel” 10,88 puntos. Adjunta una fotografía de varios apósitos, en la que destaca que el suyo es el que mayor perforación de la trama presenta, por lo que debería obtener la puntuación máxima de 15 puntos.

En conclusión, considera que la oferta que ha presentado en el Lote nº 4 debería haber obtenido una puntuación de 70 puntos.

En segundo lugar, sobre su exclusión del Lote nº 8 por no cumplir las prescripciones técnicas particulares referidas a las medidas; 4,5 x 4,5 centímetros +/-1,

la reclamante señala que en la ficha técnica del producto se indican las medidas externas y de la zona activa, de 4,5 centímetros por 4,5 centímetros, y aporta una fotografía de una muestra de su producto medida, indicando el aparato 4,56 centímetros. Por ello, considera que su oferta sí cumple las características técnicas particulares, y debe ser valorada en dicho lote.

En tercer lugar, sobre la exclusión de su oferta presentada al Lote nº 9 por no cumplir las medidas exigidas de 6,5 x 6,5 centímetros, aporta igualmente la ficha técnica del producto en la que constan las medidas de la superficie activa 6,5 x 6,5 centímetros y una fotografía de la medición, por lo que entiende que se le ha excluido improcedentemente, y su oferta debe ser valorada.

Por último, respecto a la valoración técnica de la oferta presentada por la reclamante al lote nº 16, muestra su disconformidad con la misma, concretamente con los siguientes criterios de valoración: “gestión adecuada del exudado”, “capacidad de autoadherencia”, “mayor capacidad de epitelización”, “retirada atraumática” y “adaptabilidad”.

En la “gestión adecuada del exudado”, su puntuación ha sido de 0 puntos, y la del licitador Mölnlycke de 10, la máxima. Discrepa de la misma por ser su producto de tres capas, estructura similar a la del producto que ha obtenido la máxima puntuación, y aportar un certificado de un laboratorio externo donde muestra la capacidad de gestión de fluidos, por lo que entiende que debería obtener la máxima puntuación.

Sobre la “capacidad de autoadherencia”, la reclamante obtiene 1 punto, mientras que Mölnlycke obtiene 5 puntos, la máxima puntuación. Considera que el adhesivo suave de silicona permite una adhesión suave y segura a la piel sin adherirse al lecho de la herida, de modo que permite una retirada atraumática, y al ser elástico, puede quitarse y ponerse sin perder sus propiedades, de forma que debería otorgársele la máxima puntuación.

Respecto a la “mayor capacidad de epitelización”, su oferta obtiene 0 puntos, mientras que la de Mölnlycke obtiene la máxima puntuación, 10 puntos. Entiende esta puntuación incorrecta porque el adhesivo suave de silicona elástico permite una

adhesión suave a la piel, por lo que disminuye el riesgo de maceración, al mismo tiempo que absorbe verticalmente el exudado, por lo que debería obtener la máxima puntuación.

En cuanto a la “retirada atraumática”, reitera que el adhesivo suave permite una adhesión suave sin adherirse al lecho de la herida, permitiendo una retirada atraumática. Sobre la “adaptabilidad”, se puntúa su oferta con 0 puntos, de lo que discrepa por la gran extensibilidad y el bajo estiramiento permanente, que permiten que el apósito se adapte fácilmente a cualquier zona; de modo que considera que debería obtener la máxima puntuación de 10 puntos. En conclusión, considera que en este lote debería haber obtenido la puntuación de 70 puntos, y no 35.

Por tanto, solicita que se proceda a admitir y valorar sus ofertas a los lotes nº 4, 8 y 9, por cumplir las características técnicas exigidas en el pliego, y en relación al lote nº 16 se corrija la valoración técnica efectuada; y subsidiariamente, se proceda a realizar una nueva valoración de las ofertas presentadas por la reclamante.

SÉPTIMO. - Con fecha 15 de marzo de 2019, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea aporta el expediente de contratación, junto con sus alegaciones frente a la reclamación interpuesta, conforme al artículo 126.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

En primer lugar, respecto a la exclusión del Lote nº 4 por no haber alcanzado la puntuación mínima de 32,5 puntos, responde a las valoraciones realizadas por la reclamante sobre cada criterio de valoración. Sobre la “adaptabilidad anatómica”, destaca que el informe de valoración señala que “*es muy grueso, no se adapta a la morfología de las heridas. Tiene un protector transparente que se ve con dificultad y se tiende a colocar con él ya que no tiene instrucciones en el sobre como otras ofertas, se levantan los bordes*”. Indica que el apósito es tan rígido que no se adapta al lecho de la herida.

Asimismo, respecto a que “Mepitel” y “Systagenix” deberían ser excluidos por no cumplir las prescripciones técnicas exigidas en el punto 4, concretamente por no ser de silicona sino de poliamida y de acetato de celulosa, indica que esta afirmación no se

corresponde con la ficha técnica, ya que lo que no se compone de silicona sino de poliuretano y de poliamida es el soporte, pero la capa en contacto con la herida es silicona, por lo que no procede su exclusión.

Sobre las mediciones de los grosores de los apósitos para la adaptabilidad, señala la licitante que aunque en micras el grosor sea similar, en grosores tan pequeños esa diferencia de 2,12% supone una diferencia de adaptabilidad significativamente menor.

Sobre la “mayor capacidad de epitelización”, indica que se ha comprobado con las pruebas realizadas que epiteliza menos que otros apósitos, ya que tiene poco producto y no se adapta al lecho de las heridas, por lo que al no estar en contacto con la herida no epiteliza.

Respecto a la “mayor capacidad de granulación”, la reclamante indica que es importante el tamaño del poro, pero la Administración alega que al tener el apósito de la reclamante un poro tan grande, existe un riesgo de que el tejido de granulación se incruste en los poros, y cuando se proceda a la retiración del apósito se lleve adherido el mismo.

En cuanto a la “retirada atraumática”, reitera que al ser el tamaño del poro demasiado grande, el tejido de crecimiento lo sobrepasa y al suceder esto, la retirada del apósito provoca dolor. Sobre el “fácil manejo”, se apoya en lo descrito en el informe, “se coloca en dos pasos, es de difícil manejo y no se puede recolocar”. Al ser el protector transparente, se confunde con la trama, y no viene con instrucciones.

En relación con el “mayor tiempo de integridad”, aunque la reclamante aduce que se mantiene hasta 14 días sin interrupciones, señala la Administración que en las pruebas realizadas se despega. Respecto a la “mayor perforación de la trama”, indica que para su puntuación se han contado los poros de un cuadrado de 2 centímetros de las ofertas.

Por ello, solicita la desestimación de la reclamación respecto al Lote nº 4.

En segundo lugar, respecto a la exclusión de las ofertas presentadas por la reclamante a los Lotes nº 8 y nº 9 por incumplir las medidas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas, a la vista de las fotografías aportadas por la reclamante, la Administración entiende que ha habido un error en la medición de los apósitos contenidos en la oferta, y que por tanto sí cumplen las prescripciones técnicas, rechazando por otro lado la valoración que realiza la propia reclamante sobre su oferta, ya que tendrá que practicarse por la Mesa de Contratación. Por tanto, solicita estimar parcialmente la reclamación frente a estos dos lotes, a los efectos de entenderlos ajustados a las prescripciones técnicas y proceder a su valoración.

En tercer lugar, respecto a la puntuación efectuada en el Lote nº 16, de nuevo responde a las valoraciones realizadas por la reclamante sobre cada criterio de valoración. Sobre la "gestión adecuada del exudado", en el informe se indica que "*es muy grueso y seca el lecho de la herida*". Señala que es tres veces más grueso que la oferta mejor valorada, teniendo un grosor excesivo para favorecer la epitelización.

En cuanto a la "capacidad de autoadherencia", responde que de acuerdo con las pruebas que se han realizado los apósitos se adhieren demasiado, y al retirarlos lesionan los bordes y el lecho de la herida, pudiendo incluso empeorarla. Sobre la "retirada atraumática", señala que en las pruebas, al adherirse a la herida, arrastra tejido sano al retirarlo y provoca dolor. Respecto a la "adaptabilidad", indica que sólo se adapta bien a superficies muy planas, no adaptándose a la anatomía del paciente ni a sus movimientos.

En consecuencia, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea solicita la estimación parcial de la reclamación presentada, declarando la improcedencia de la exclusión de las ofertas presentadas por la reclamante a los Lotes nº 8 y 9, y la desestimación del resto de pretensiones.

OCTAVO. - El día 26 de marzo de 2019, "MOLNLYCKE HEALTHCARE, S.L." comparece como tercera interesada en el procedimiento de reclamación y presenta, dentro del plazo previsto de tres días hábiles y al amparo del artículo 126.5 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, escrito de alegaciones frente a la reclamación de referencia.

Respecto al lote nº 4, alega que lo que pretende la reclamante es sustituir el criterio del informe de valoración por el suyo, por no haber resultado favorable a sus intereses. Aporta resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración, e indica que este Tribunal no puede corregir la valoración técnica efectuada por el órgano de contratación mediante criterios jurídicos.

Analiza uno a uno los criterios de valoración aplicados rechazando lo aducido por la reclamante y acogiéndose en buena medida a lo alegado por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

Asimismo, aporta doctrina de este Tribunal y del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre el Pliego de Condiciones como la ley del contrato, indicando que si la reclamante no se encontraba conforme con los pliegos debió impugnarlos tras su publicación. Destaca que sólo cuestione los aspectos del informe de valoración que le perjudican, y no los que le benefician, entendiendo que este modo de actuar es contrario a la doctrina de los actos propios, y aporta nuevamente jurisprudencia del TS relativa a dicha doctrina.

Respecto al lote nº 16, rechaza de nuevo que la valoración técnica del informe sea arbitraria, remitiéndose a lo ya alegado respecto a la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración, y rechaza una a una las valoraciones efectuadas por la reclamante respecto a los criterios de valoración.

Por último, solicita que se levante por este Tribunal la suspensión automática del acto impugnado con carácter previo a que se dicte el Acuerdo correspondiente, por no concurrir los presupuestos que justifican mantener esta suspensión, que según la adjudicataria son los contemplados en el artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, concretamente "*perjuicios de imposible o difícil reparación*" o "*causas de nulidad de pleno derecho*".

Solicita, por tanto, que se acuerde desestimar la reclamación respecto a los lotes 4 y 16, y se levante la suspensión automática con carácter previo a la resolución del procedimiento. No se pronuncia respecto a la exclusión de la reclamante de los lotes nº 8 y 9.

NOVENO. - El resto de interesados no ha presentado alegación alguna.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rigen la licitación que nos ocupa fueron aprobados antes de la entrada en vigor de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, por lo que, conforme a la Disposición Transitoria Primera de dicha norma y a la interpretación de la misma realizada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su Sentencia nº 35/2019, de 15 de febrero, la licitación y este procedimiento de reclamación se han de regir por lo dispuesto en la anteriormente vigente Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante LFCP).

SEGUNDO. - Conforme a lo previsto en el artículo 2.1.b) de la LFCP, las decisiones que adopten los Organismos Autónomos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, entre los que se encuentra el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, están sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

TERCERO. - La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP.

CUARTO. - La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 212.1 y 210.2.b) de la LFCP.

QUINTO. - La reclamación se fundamenta en los motivos legalmente tasados, infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia, y de los criterios de adjudicación aplicados, de acuerdo con los requerimientos del artículo 210.3.c) de la LFCP.

SEXTO. - Constituye el objeto de la presente reclamación el acuerdo adoptado, en sesión celebrada con fecha 14 de febrero de 2019, por la Mesa de Contratación designada en el acuerdo marco para el suministro de apósitos curativos con destino a los centros de Servicio Navarro de Salud – Osasunbidea, en cuya virtud se excluye a la reclamante de los lotes números 4, 8 y 9, y se aprueba el informe de valoración de la oferta por ella realzada al lote número 16.

Tal y como hemos indicado en el apartado correspondiente a los antecedentes de hecho del presente Acuerdo, los motivos de impugnación alegados por la reclamante cuestionan, por un lado, la valoración técnica de las ofertas realizadas (lotes 4 y 16), y, por otro, la decisión de excluir la oferta presentada motivada en la apreciación de incumplimientos de determinadas prescripciones técnicas exigidas en el pliego regulador del acuerdo marco de referencia (lotes 8 y 9).

Sintetizado así el objeto de la litis, debemos comenzar recordando la doctrina que este Tribunal viene aplicando de forma reiterada – por todos, Acuerdo 33/2017, de 30 de junio - relativa a que los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares constituyen la ley del contrato y obligan tanto a la entidad contratante como al licitador que participa en el procedimiento de licitación de que se trate mediante la presentación de la proposición. Al efecto, hemos de partir del valor vinculante de los pliegos aprobados por el órgano de contratación, que constituyen auténtica lex contractus, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación. Como se señala en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 410/2014, de 23 de mayo los Pliegos son la Ley que rige la contratación entre las partes y a los Pliegos hay que estar, respetar y cumplir.

Sobre la vinculación a los Pliegos, 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)(…)".*

Al hilo de lo anterior, la cláusula 7.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares regulador del Acuerdo Marco dispone que *"La presentación de ofertas implica que la licitadora acepta incondicionalmente los presentes pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas particulares, sin salvedad o reserva alguna (…)".* Previsión que determina, conforme a lo dispuesto en el apartado L) del Cuadro de Características y en la cláusula 10.2 del pliego, la obligada exclusión de aquellas ofertas que, presentadas al lote 4, no alcancen en la valoración correspondiente a la oferta técnica, la puntuación mínima de 35 puntos, por entenderse que el licitador no cumple los requisitos mínimos exigibles para la ejecución del Acuerdo Marco; al tiempo que, con carácter general, se materializa en la exigencia de que las proposiciones respeten las condiciones técnicas que, recogidas en el pliego de prescripciones técnicas particulares, delimitan las características y condiciones de la prestación objeto de contrato.

Así las cosas, las ofertas presentadas por los licitadores deben adecuarse a las condiciones técnicas establecidas en los pliegos, siendo la consecuencia del incumplimiento de tal extremo, la exclusión de la oferta, puesto que, tal y como recuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 433/2017, de 12 de mayo, *"en el caso de que el licitador presente una oferta que incumple las especificaciones establecidas en el pliego de prescripciones técnicas, está realizado una contraoferta, la cual no podrá ser aceptada por el órgano de contratación, pues ello daría lugar a que los demás licitadores se encontraran en situación de desigualdad con el licitador que presenta la contraoferta. De esta forma, es el principio de igualdad de trato a los licitadores el que impide que el órgano de contratación pueda entrar a valorar una oferta que no respeta las especificaciones establecidas en el pliego de prescripciones técnicas. Sólo en los*

*supuestos de mejoras previstas en el pliego o en el caso de que se admitan variantes, podrá el órgano de contratación entrar a valorar ofertas que no se adecúen exactamente al contenido del pliego de prescripciones técnicas. En estos casos, es el propio pliego el que habilita al órgano de contratación a evaluar esos elementos, cuyos límites son perfectamente conocidos por todos los licitadores, de forma que no se altera la situación de igualdad entre ellos. Pero incluso en estos casos, las ofertas presentadas por los licitadores deberán respetar el contenido mínimo establecido en el pliego de prescripciones técnicas. Fuera de los casos mencionados, el órgano de contratación no podrá entrar a valorar la oferta presentada, por lo que procede la exclusión de la misma".*

Asimismo, la consideración de los pliegos como ley de contrato y su carácter vinculante 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 o criterios distintos a los previstos en los mismos.

Expuestas las anteriores consideraciones generales, procede analizar los motivos de impugnación alegados por la reclamante, que con objeto de facilitar la comprensión de la resolución de la controversia planteada, se abordarán de manera separada y que, según se ha indicado, versan sobre la valoración técnica de la oferta presentada a los lotes 4 y 16, y sobre la exclusión de la oferta formulada a los lotes 8 y 9 por apreciarse que la mismas incumplen las prescripciones técnicas fijadas por la entidad contratante en el pliego regulador.

SEPTIMO. - Cuestiona la reclamante la exclusión de la oferta presentada al lote 4 por no haber alcanzado la puntuación mínima prevista en el pliego, indicando que la puntuación otorgada no responde a las propiedades que ofrece el producto ofertado que debió haber obtenido una puntuación total de 70 puntos; resultado que defiende tras realizar una valoración alternativa de cada uno de los criterios de adjudicación.

De igual modo, en relación con la oferta presentada al lote 16 manifiesta su disconformidad con la valoración de 35 puntos otorgada al efecto, afirmando que la puntuación con la que se debería haber valorado técnicamente el producto ofertado es de 70 puntos.

Opone la entidad contratante, en ambos casos, la procedencia de la desestimación de la reclamación formulada por cuanto el informe técnico obrante en el expediente valora de forma separada cada uno de los criterios de adjudicación previstos en el pliego, indicando la puntuación que de cada uno de ellos se atribuye a cada oferta y las razones de tal asignación, permitiendo comparar la calificación de las distintas ofertas, respetando el principio de igualdad y sin que pueda apreciarse arbitrariedad, discriminación o error en la valoración efectuada.

En el mismo sentido, la tercera interesada que ha comparecido en el presente procedimiento de reclamación reitera tales consideraciones apuntando que lo que la reclamante intenta es sustituir el criterio de órgano de contratación y del informe técnico de valoración por el suyo propio al no haber resultado favorable a sus intereses.

En este punto, en la medida en que la reclamante formula alegaciones sobre la aplicación de criterios de adjudicación, 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 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 suplantar 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.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012, entre otras, declara 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, razona 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 (…)"*.

Tal y como recuerda la Resolución 202/2018, de 2 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *la función de este Tribunal no es la de suplantar el acierto técnico en la valoración de las propuestas técnicas, sino comprobar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con los pliegos y la normativa de aplicación, y por ser suficientemente motivada. El recurso se fundamenta sobre lo que son discrepancias en juicios de valor, no de legalidad. No han de coincidir el ofertante y el órgano de contratación sobre qué solución técnica pueda ser mejor";* añadiendo que en virtud del principio de discrecionalidad técnica no cabe amparar aquellas pretensiones que no se refieren a la corrección de una omisión en la valoración técnica de las ofertas sino a la sustitución del criterio del órgano de contratación por el del reclamante.

Asimismo, por lo que se refiere a los informes técnicos en que se basa la evaluación de los criterios dependientes de un juicio de valor, también es doctrina reiterada de este Tribunal - por todos Acuerdo 27/2017, de 13 de junio, con apoyo en la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que en él se cita - que *"…para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado. Sin que en el contenido*

*del Informe técnico, ya a la postre, en la resolución recurrida, se aprecie error material, ni arbitrariedad o discriminación."*

En efecto, conforme a la doctrina expuesta, los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores. En consecuencia, este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.

Como señala el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias en su Resolución 20/2018, de 6 febrero, *"(…) a la vista de los hechos y actuaciones que obran en el expediente de contratación, así como de lo constatado en los informes emitidos por el DGCHUC, y que se han reproducido en los antecedentes de hecho de la presente Resolución, obra una motivación suficientemente expresiva de que la valoración de las ofertas se realizó siguiendo los parámetros establecidos en la cláusula 21 del PCAP y del Anexo III, justificando debidamente la valoración obtenida por cada entidad licitadora, según la motivación aportada por la Administración, cuyo conclusión este Tribunal nada puede oponer con base en el principio de discrecionalidad técnica antes señalado. Como consecuencia de la doctrina expuesta, solamente en el caso en que nos encontrásemos en el informe de valoración ante un error material manifiesto que resultara patente de tal forma que se dedujera directamente de los elementos examinados, sin necesidad de complejos razonamientos, cabría apreciar, por parte de este Tribunal, la procedencia de la revisión de la puntuación asignada. Y es que no hay que olvidar que la finalidad del recurso especial es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que analiza la adecuación de las propuestas a los requerimientos técnicos y realiza su valoración, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable"*.

Si examinamos a la luz de tales consideraciones la controversia planteada, considerando que no se aduce defecto procedimental alguno en la valoración efectuada,

nuestro análisis debe circunscribirse al examen de si se ha producido error o arbitrariedad en dicha valoración.

Sentado lo anterior, y a la vista de las manifestaciones efectuadas en el escrito de interposición de la reclamación, la reclamante pretende sustituir la valoración que realiza la mesa de contratación por la suya propia. La discrepancia respecto de dicha valoración es legítima pero no permite remover la opinión que, sobre cada criterio de adjudicación, ha fijado dicho órgano colegiado, salvedad hecha de la existencia de errores materiales o arbitrariedades que, avanzamos ya, no se observan en el presente caso.

El apartado L) del Cuadro de Características del Pliego, al regular los criterios de valoración de las ofertas, establece: *"A) Oferta técnica: Para los lotes 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25 hasta 50 puntos: Se valorará según los parámetros indicados en el Anexo VI. Las ofertas que no alcancen en este apartado una puntuación mínima de 25 puntos quedarán excluidas.*

*Para el resto de los lotes hasta 70 puntos: Se valorará según parámetros indicados en el Anexo VI. Las ofertas que no alcancen en este apartado una puntuación mínima de 35 puntos quedarán excluidas.*

*B) Oferta económica: hasta 50 puntos para los lotes 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25. Para el resto de los lotes: hasta 30 puntos. (…)".*

Por su parte, el citado Anexo VI, como criterios de valoración de la oferta técnica del lote 4 "Apósito de silicona", contempla los siguientes:

- *Adaptabilidad anatómica: hasta 10 puntos.*
- *Mayor capacidad de epitelización: hasta 10 puntos.*
- *Mayor capacidad de granulación: hasta 10 puntos.*
- *Retirada atraumática (no se adhiere al lecho de la herida): hasta 10 puntos.*
- *Fácil manejo: hasta 5 puntos.*
- *Mayor tiempo de integridad: hasta 5 puntos.*
- *Posibilidad de recortar sin que se modifiquen sus características: 5 puntos (si/no).*
- *Mayor perforación de la trama: 15 puntos (%).*

La oferta presentada por la reclamante al lote 4 obtuvo 32,5 puntos; puntuación inferior a la mínima fijada en el pliego en orden a continuar en el procedimiento que determinó, en aplicación de lo previsto expresamente en el propio documento contractual, su exclusión. Las otras dos licitadoras admitidas obtuvieron 35,00 puntos y 65,88 y 64,88 puntos (oferta y variante), respectivamente.

Debemos advertir que el apartado G) del Cuadro de Características exige, en la documentación a incluir en el sobre nº 2 "Propuesta Técnica", la presentación de muestras, indicando que deberán presentarse en cada uno de los almacenes generales de aprovisionamiento de los distintos centros, en número suficiente para poder efectuar una correcta valoración técnica del producto ofertado y como mínimo un envase de venta mínima de cada producto ofertado. Disponiéndose que *"Cuando existan defectos o carencias en la presentación de las muestras y no resulte posible la valoración de los productos ofertados por parte de la Administración, quedarán excluidos de la licitación. Las muestras se utilizarán para poder evaluar los productos ofertados, por lo que no será posible recuperarlas por parte de los licitadores"*.

Parece, por tanto, evidente que la comprobación de los extremos a valorar en el apartado correspondiente a la oferta técnica, y, por ende, la evaluación de las distintas ofertas ha de realizarse a través de la valoración de las muestras exigidas en el pliego, finalidad que justifica la exigencia de presentación de muestras de los productos objeto de licitación con el fin de valorar la calidad de los artículos que hayan de ser seleccionados, tal y como razona la Resolución 362/2014, de 9 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: *"(…)Señala la Resolución número 149/2012 de este Tribunal con relación a la exigencia de muestras: "No obstante lo anterior, con carácter previo interesa reseñar a este Tribunal que la exigencia de muestras e informes de laboratorio entiende este Tribunal que esta justificado, y ello porque la Ley 24/2011 (art. 32) –de forma análoga al contenido del artículo 150 del TRLCSP-prevé como criterio de valoración de las ofertas la calidad, en este caso valorada a través de las muestras e informes de laboratorio solicitados en el PCAP, correspondiendo su concreción al órgano de contratación dentro del límite de la vinculación al objeto del contrato, sin olvidar los principios de concurrencia, transparencia e igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública, sin que pueda identificarse, como pretenden las recurrentes, la discriminación o la limitación*

*de la concurrencia con que existan licitadores que no puedan cumplir las exigencias establecidas en los pliegos, pues es el objeto del contrato, en este caso suministro de vestuario para el Ejército de Tierra para el que se requiere ya sea el cumplimiento de determinadas normas de Defensa o que su uso será de carácter militar, el que justifica la exigencia de las muestras e informes que se establecen en el PCAP"*

Así se desprende del acta de la Mesa de Contratación de fecha 28 de junio de 2018, que indica que *"se procede a la apertura del sobre nº 2 Proposición técnica de las empresas licitadoras, comprobando que su contenido es conforme a lo exigido en la ciada cláusula, en relación con el apartado G) del Cuadro de Características del PCAP, habiéndose constatado, asimismo, que se han presentado en plazo las muestras para la valoración, sin perjuicio de lo que se resulte de su análisis posterior";* motivo por el cual se acuerda encomendar al grupo de trabajo formado por enfermeras designadas por los centros sanitarios y al Servicio de Aprovisionamiento y Servicios Generales del Servicio Navarro de Salud – Osasunbidea el examen y valoración de las ofertas técnicas y la elaboración de los correspondientes informes cuyo contenido se someterá a la consideración de la Mesa de Contratación.

Expone la reclamante que en cada uno de los criterios de adjudicación previstos en el pliego debió otorgársele la máxima puntuación, salvedad hecha del aspecto correspondiente a la posibilidad de recortar en el que todas las licitadoras han obtenido la máxima puntuación. Así, tal y como hemos referido en los antecedentes de hecho del presente Acuerdo, estima que la composición de su producto permite adaptarse anatómicamente a los diferentes contornos del cuerpo y que las características de su adhesivo permiten mayor epitelización; afirmaciones que apoya en los folletos de los productos ofertados por las otras dos licitadoras y una medición realizada en su laboratorio y en la guía de apósitos para el tratamiento de la herida del Hospital de Cruces, cuyo enlace facilita. Apuntando, por otro lado, que tal y como se aprecia en las fotografías que aporta, el tamaño del poro de la malla de su producto es mayor, otorgándole mayor capacidad de granulación y mayor perforación de la trama; así como que el adhesivo que integra facilita la colocación y retirada. atraumática, pudiendo permanecer colocado hasta catorce días sin perder sus características ni su integridad.

Empero, consta en el expediente el informe técnico de valoración de las ofertas presentadas a los distintos lotes donde, entre otros extremos, se justifica la valoración de la oferta formulada por la reclamante al lote 4 en relación con los criterios de adjudicación, indicando que el producto ofertado *"a) es muy grueso, no se adapta bien a la morfología de las heridas. Tiene un protector transparente que se ve con dificultad y se tiende a colocar con él ya que no tiene instrucciones en el sobre como otras ofertas, se levantan los bordes.*

*b) se levantan los bordes y la silicona no toca el lecho de la herida, por lo tanto, no puede epitelizar.*

*c) se levantan los bordes y la silicona no está en contacto con el lecho de la herida, no ayuda a granular.*

*d) la retirada es más molesta que en las ofertas mejor valoradas.*

*e) se coloca en dos pasos, es de difícil manejo y no se puede recolocar.*

*f) se despegan, por lo que no se quedan el tiempo suficiente en la herida y hay que poner otro".*

Pues bien, tal y como se ha expuesto anteriormente, a los informes técnicos de valoración de las ofertas se les atribuye, en atención a tal carácter, presunción de acierto sobre tal extremo. Si bien, sobre este particular, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014, indica que los informes técnicos deben cumplir con las siguientes principales exigencias:" *(a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás"*. Es decir, tal y como apunta el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 18/2017, de 24 de febrero, debe documentarse cómo, por quién y cuándo se realiza la valoración técnica del criterio, pues sin estas explicaciones no existe presunción de acierto sobre la valoración técnica; exigencias que, tal y como evidencia el apartado del informe antes transcrito, concurren en el informe técnico de valoración de las distintas ofertas obrante en el expediente.

Alcanzada la conclusión citada sobre la concurrencia en el informe técnico de valoración de los requisitos necesarios para atribuirle al mismo la citada presunción de

acierto y validez, este Tribunal debe advertir que nos encontramos ante una presunción iuris tantum y, como tal, susceptible de ser desvirtuada mediante la aportación de prueba en contrario; siendo, obviamente, este extremo, carga de quien reclama, tal y como pone de manifiesto la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2013, cuando expresa: *"La controversia estaba clara y los términos controvertidos de ambas partes muy definidos y por ello nos encontramos ante dos consideraciones técnicas contrarias que a falta de una prueba técnica independiente, aportada o suscitada en su práctica por aquel en quien recae la carga probatoria, y dado la falta de conocimientos "ad hoc" del Tribunal, ha de resolverse a favor de la Administración por la presunción de imparcialidad que merece tal criterio ya que gozaba de la imparcialidad que le confiere su naturaleza y la condición de los funcionarios que lo emiten, frente al mero del perito de parte (…)"*.

Descendiendo al caso concreto que nos ocupa, lo cierto es que las razones expuestas por la reclamante no dejan de ser opiniones subjetivas sobre la valoración de su producto que, además, no se sustentan en medio probatorio alguno, toda vez que las fotografías de los productos que aporta y la guía de apósitos que refiere no pueden tener el alcance a tales efectos pretendido. La reclamación, en este punto, se fundamenta sobre discrepancias en juicios de valor, no de legalidad; tales discrepancias son de apreciación subjetiva respecto a la valoración técnica de la ofertas en comparación entre la de la reclamante y la propuesta por la licitadora que ha obtenido mayor puntuación en el apartado correspondiente a la oferta técnica, sin que este Tribunal pueda apreciar que exista error patente o arbitrariedad invalidante en esa valoración debidamente amparada en la discrecionalidad técnica, y que, precisamente por ello, no cabe impugnar en virtud de una crítica puramente dialéctica que se limita a expresar el desacuerdo con los criterios y valoraciones contenidos en informes marcadamente técnicos, sin aportar u ofrecer un mínimo de prueba que pueda destruir la presunción de acierto de la que gozan los citados informes.

Pero es que además, según refiere la entidad contratante en el informe de alegaciones remitido a este Tribunal, y así se deduce del propio pliego al exigir la presentación de muestras y consta en el acta de la Mesa de Contratación de fecha 28 de junio de 2018, las valoraciones que constan en el informe técnico resultan no sólo de la documentación aportada por los licitadores en el sobre número 2 de las proposiciones

presentadas, sino también de la aplicación real de los productos en las pruebas realizadas al efecto por profesionales del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea con pacientes, que han revelado, en contra de lo sostenido por la reclamante, que el producto ofertado incorpora un protector de plástico transparente que no se distingue de la trama, que lo hace más rígido, sin que se adhiera a la herida, pudiendo provocar el empeoramiento del paciente. De igual modo, el excesivo tamaño del poro, lejos de ser positivo provoca que el tejido de crecimiento sobrepase los poros y se incruste en ellos, provocando que al retirar el apósito se lleve adherido tejido de granulación, anulando así su propia función y provocando dolor. En cuanto al tiempo de permanencia, se indica que, en las pruebas realizadas, éste ha sido muy inferior a la oferta menor valorada, ya que hay que cambiarlo puesto que se despega y tiende a arrugarse. Finalmente, el citado informe expone que para valorar la mayor perforación de la trama se contaron los poros de un cuadro de 2 cm2 de todas las ofertas, siendo la menor la correspondiente al producto de la reclamante y, por tanto, correcta la valoración.

Así las cosas, y a la vista de las consideraciones indicadas en el informe técnico y en el informe de alegaciones remitido por la entidad contratante, este Tribunal no aprecia error o irracionalidad en la aplicación de los criterios de adjudicación cuestionados y se verifica una explicación técnica suficiente de la decisión adoptada, sustentada en las pruebas realizadas con las muestras del propio producto ofertado, que en ningún caso cabe calificar de arbitraria y que, en atención al escaso esfuerzo probatorio realizado por la reclamante, no ha sido desvirtuada por ésta; motivo por el cual, respecto a esta cuestión, la reclamación debe ser desestimada, confirmándose la valoración de la oferta presentada por la reclamante al lote 4 y, por ende, la legalidad de su exclusión del procedimiento por no haber alcanzado, respecto a la oferta técnica, la puntuación mínima establecida en el pliego; y todo ello de conformidad con lo dispuesto en apartado L.1.A) del Cuadro de Características y en la cláusula 10.2 del pliego regulador del acuerdo marco de referencia.

Cumple analizar la alegación que, con ocasión del motivo de impugnación anteriormente resuelto, realiza la reclamante sobre la procedencia de la exclusión de la oferta y variante presentadas por la mercantil MOLNLYCKE, licitadora que mayor puntuación ha obtenido en este lote, por apreciar un incumplimiento de las condiciones técnicas particulares en relación con el material especificado en el pliego regulador,

toda vez que, según refiere, los apósitos ofertados por dicha licitadora son de poliamida y no de silicona.

Sobre este particular, la cláusula cuarta del Pliego de Prescripciones Técnicas, al regular las características técnicas particulares para cada lote, dispone *"LOTES 3 AL 5 APOSITO DE SILICONA:*

- *Apósito de silicona, medidas: 7,5*10 cm +- 1 cm y 10* 18 +- 1cm*
  *6*7 cm +- 1cm*
  *9*10 cm +- 1cm*
- *Dermatológicamente inocuo.*
- *Que no deje residuos.*
- *Indicado en procesos de cicatrización de heridas agudas (quemaduras superficiales, dermoabrasiones, heridas traumáticas), heridas crónicas en fase de granulación y epitelización y en heridas quirúrgicas"*.

Expone la entidad contratante que la afirmación realizada por la reclamante no se corresponde con a ficha técnica del producto ofertado por tal licitadora, que indica que la composición es "red de poliamida recubierta de un gel de silicona médica (tecnología Safelac)"; añadiendo que la reclamante reconoce que la composición de la malla de silicona es un poliuretano, e indica que en el caso de Mepitel One es poliamida y en el de Mepitel es poliuretano, soportes equivalentes; pero la capa que está en contacto con le herida es silicona, por lo que no procede la exclusión.

Basta examinar la documentación aportada por MOLNLYCKE, concretamente el Anexo V "Ficha de recogida de datos técnicos de los productos ofertados", presentada como parte de la propuesta técnica en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado G) del Cuadro de Características del Contrato, para comprobar que el material del apósito ofertado, tanto base como variante, es silicona; motivo por el cual asiste razón a la entidad contratante cuando, en base a la citada ficha técnica, afirma que ningún incumplimiento cabe apreciar en los productos ofertados.

OCTAVO. - Respecto al lote 16 "Apósito absorbente de espuma de poliuretano autoadherentes extrafinos", cuestiona la reclamante valoración otorgada a su oferta,

indicando que el producto ofertado debió haberse valorado técnicamente con 70 puntos, frente a los 35 puntos obtenidos.

Partiendo de la aplicación de la doctrina referida en el fundamento de derecho precedente, dada la identidad existente entre ambos motivos de impugnación, el Anexo VI del Pliego "Criterios de valoración de las ofertas", dispone para el lote 16 los siguientes:

- *Gestión adecuada del exudado, sin macerar la piel perilesional y sin secar la herida: hasta 10 puntos.*
- *Capacidad de autoadherencia, se adhiere sin lesionar la herida ni la piel perilesional: hasta 5 puntos.*
- *Mayor capacidad de epitelización: hasta 10 puntos.*
- *Retirada atraumática, sin dolor y respetando la piel perilesional: hasta 5 puntos.*
- *Adaptabilidad: se adapta a cualquier tipo de herida independientemente de su localización y a la morfología de la misma: hasta 10 puntos.*
- *Distribución regular de los poros de absorción: 5 puntos (si/no).*
- *Posibilidad de recortar sin que se modifiquen sus características: 5 puntos (si/no).*
- *Velocidad de transmisión de vapor de agua: hasta 20 puntos (…)*

Tal y como indica la reclamante la Mesa de Contratación, en base al informe técnico de valoración de las ofertas, otorga a la oferta presentada, en el apartado correspondiente a la oferta técnica, la puntuación total de 35 puntos, valoración sobre la que ésta manifiesta su disconformidad, si bien únicamente respecto a la aplicación de los criterios correspondientes a la gestión adecuada del exudado, capacidad de autoadherencia, mayor capacidad de epitelización, retirada atraumática y adaptabilidad.

Así, respecto al primero y al tercero de los criterios controvertidos indica que la estructura y composición de su producto es similar a la del producto que ha obtenido la máxima puntuación, de donde concluye que la valoración que le corresponde por tales conceptos es la máxima (10 puntos), así como que el producto cuenta con una capa de contacto de silicona microperforada con adhesivo suave de silicona que permite, sin adherirse al lecho de la herida, una adhesión suave y segura a la piel perilesional así

como retirarse sin traume y volverse a colocar sin perder sus propiedades, estimando por ello que la valoración que le corresponde en los apartados de capacidad de autoadherencia y retirada atraumática es también la máxima (5 puntos); apuntando, finalmente, que el producto ofertado también merece la puntuación máxima en el apartado correspondiente a la adaptabilidad (10 puntos), por cuanto su grosor, gran extensibilidad y bajo estiramiento permanente dotan al apósito de una gran conformabilidad que permite su adaptación fácil a cualquier zona del cuerpo. Consideraciones que únicamente apoya, respecto al primero de los criterios de adjudicación cuya valoración cuestiona, en la certificación expedida por un laboratorio externo independiente, así como en las fichas técnicas de los productos ofertados por ella y por la licitadora que mayor puntuación ha obtenido en el apartado correspondiente a la oferta técnica.

Opone la entidad contratante que, en base al informe técnico de valoración y a las pruebas realizadas que el apósito ofertado por la reclamante es tres veces más grueso que la oferta mejor valorada, por lo que la absorción del exudado es mucho mayor y seca el lecho de la herida, habiéndose advertido en las pruebas realizadas que sólo se adapta a las superficies planas, resultando rígido y molesto, así como que se adhieren mucho y al despegarlos se lesionan los bordes y el lecho de la herida no cumpliendo su función, provocando dolor al retirarlos y arrastrando tejido sano, empeorando, con ello, el proceso.

La tercera interesada que ha comparecido en el presente procedimiento se opone a las alegaciones realizadas de contrario por la reclamante, solicitando la desestimación de la reclamación en aplicación de la doctrina relativa a la discrecionalidad técnica y presunción de veracidad de los informes técnicos de valoración; poniendo de manifiesto, además, que los productos ofertados no son exactamente iguales ni su eficacia y propiedades de adhesión son las mismas.

Efectivamente, consta en el expediente el informe técnico de valoración de las ofertas presentadas a los distintos lotes donde, se justifica la valoración de la oferta formulada por la reclamante al lote 16 en relación con cada uno de los criterios de adjudicación indicando que el producto ofertado *"a) es muy grueso y seca el lecho de la herida.*

*b) no epiteliza por estar el lecho tan seco.*

*c) son muy gruesos y se adaptan a las heridas peor que la oferta de Mediport.*

*d) al retirar provoca dolor porque se adhiere al lecho de la herida.*

*e) se adhiere demasiado y lesiona los bordes e incluso el lecho de la herida".*

Así las cosas, en aplicación de la doctrina relativa a la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas y la presunción de acierto de los informes técnicos de valoración anteriormente desarrollada, este Tribunal debe advertir, al igual que ha sucedido con la impugnación de la valoración de la oferta presentada al lote 4, que las manifestaciones realizadas por la reclamante en el escrito de interposición de la reclamación, así como el análisis de laboratorio aportado, resultan insuficientes en orden a desvirtuar tal presunción, sin que quepa, por tanto, apreciar error o arbitrariedad alguna en la valoración otorgada; motivo por cual procede la desestimación del motivo de impugnación en tal sentido alegado.

NOVENO. - Alega la reclamante que la exclusión de las ofertas presentadas a los lotes 8 y 9, por incumplimiento de las medidas exigidas en el pliego para los productos a suministrar no se ajusta a derecho, por cuanto según reflejan las fichas técnicas correspondientes los apósitos propuestos reúnen las exigencias en tal sentido indicadas en dicho documento contractual. Motivo por el cual solicita que, previa estimación de la reclamación interpuesta, se proceda a admitir y valorar los productos presentados en dichos lotes.

La entidad contratante en el informe de alegaciones remitido a este Tribunal indica que, efectivamente, se ha comprobado que ha habido un error en la medición de los apósitos aportados y que cumplen con la prescripción técnica relativa a las medidas de los productos establecida en el pliego regulador.

La Resolución 18/2017, de 13 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, respecto al allanamiento del órgano de contratación recuerda lo siguiente: *"Al respecto, hay que advertir que, aunque esta forma de terminación del procedimiento no se contempla expresamente en el TRLCSP, que se limita en el artículo 47.2 a decir que en su resolución el Tribunal deberá "decidir motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado", resulta aplicable en estos procedimientos, por su*

*similitud con el supuesto analizado, la regulación del allanamiento en la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa -tal como se ha resuelto por este Tribunal en supuestos similares como en la Resolución 104/2013 o la más reciente 105/2015, de 30 de enero- regulación que en su artículo 75 prevé expresamente la posibilidad de que "Los demandados podrán allanarse cumpliendo los requisitos exigidos en el apartado 2 del artículo anterior", añadiendo en su párrafo segundo que "Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso, el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oirá en el plazo común de diez días dictando luego la sentencia que estime ajustada a derecho".*

Como vemos, en principio, el allanamiento parcial del órgano de contratación debe llevar a la estimación parcial del recurso en lo que a los motivos de impugnación que nos ocupan, salvo que tal allanamiento pueda suponer infracción "manifiesta" del ordenamiento legal vigente.

A este respecto, debemos tener en cuenta que la cláusula cuarta del pliego de prescripciones técnicas, al regular las características técnicas particulares de los lotes 8 a 12 “Apósito absorbente de espuma de poliuretano con reborde” establece:

- *“Apósitos compuestos principalmente de espuma de poliuretano con reborde autoadherente y siliconado.*
- *Medidas: 4,5*4,5 cm +- 1 cm*
  *6,5*6,5 cm +- 1 cm*
  *8,5* 8,5 +- 1cm*
  *10,5*10,5 cm +- 1 cm*
  *15*15 cm +- 1 cm*
- *Prevención de tratamiento de ulceras por presión o vasculares de estadio II – III y IV de madia o alta exudación.*
- *Sin dejar residuos después de retirarlo”.*

Por su parte, las fichas técnicas de los productos ofertados por la reclamante indican que las medidas de éstos son de 7,5 x 7,5 cm para el lote 8 y de 10 x 10 cm para

el lote 9; estando, en consecuencia, dentro de los parámetros establecidos al efecto por el pliego regulador.

En consecuencia, reconocido por parte de la entidad contrate el error en comprobación del cumplimiento de tal prescripción técnica y acreditado el mismo en atención a lo expuesto anteriormente, procede la estimación de la reclamación en este punto, toda vez que la exclusión de las ofertas realizadas por la reclamante a los lotes 8 y 9 no resulta ajustada a derecho por cuanto los productos ofertados reúnen las características técnicas exigidas en el pliego regulador.

Alcanzada la anterior conclusión, resta analizar los efectos de la estimación parcial de la reclamación interpuesta, que no son otros que la anulación del acto de exclusión de la licitación de la reclamante respecto a los lotes 8 y 9, y ordenar a la entidad contratante la retroacción de las actuaciones al momento anterior a dicha exclusión para, previa admisión de la oferta de la misma, proceder a la valoración técnica de las ofertas presentadas a los lotes identificados.

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 parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por "FARMABAN, S.A.", frente a su exclusión de la licitación de los lotes nº 4, 8 y 9 del "*Acuerdo Marco APRO 10/2018: Suministro de apósitos curativos con destino a los centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea*", así como frente a la valoración técnica del lote nº 16, convocada por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, anulándose la exclusión de la reclamante respecto a los lotes 8 y 9, y disponiéndose la retroacción de las actuaciones al momento anterior a tal decisión a los efectos de que se procesa a resolver sobre la admisión de su oferta y, por ende, a la valoración técnica de las ofertas formuladas a los lotes identificados.

2º. Notificar este acuerdo a “FARMABAN, S.A.”, 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, 2 de abril de 2019. LA PRESIDENTA, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.