



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

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

Expediente: 68/2022

ACUERDO 94/2022, de 22 septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por BAUSCH & LOMB, S.A. frente a la Resolución 727/2022, de 16 de agosto, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se adjudica el Lote 2 del contrato relativo al suministro de lentes intraoculares con destino a los centros hospitalarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (APRO 37/2022) a ALCON HEALTHCARE, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de diciembre de 2021, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante SNS-O) publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato “*APRO 37/2022: Suministro de lentes intraoculares con destino a los centros hospitalarios del SNS-O*”.

La preceptiva publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea se produjo el 21 de diciembre.

El objeto de dicho contrato se dividió en tres lotes, teniendo por objeto el Lote 2 el suministro de lentes intraoculares monofocales cámara posterior plegable tórica.

A dicho lote concurrieron las siguientes empresas:

- ALCON HEALTHCARE, S.A.
- BAUSCH & LOMB, S.A.
- JJ SURGICAL VISION SPAIN, S.L.U.
- MEDICAL MIX, S.L.U.

SEGUNDO.- Con fecha 1 de febrero de 2022 la Mesa de Contratación procedió a la apertura de los sobres A (Documentación Administrativa) y B (Proposición relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas) presentados por los licitadores, encomendando a los Servicios de Oftalmología del Hospital Universitario de Navarra, del Hospital Garcia Orcoyen de Estella y del Hospital Reina Sofía de Tudela, la valoración de los criterios no cuantificables mediante fórmulas de las ofertas admitidas a la licitación conforme a lo establecido en el pliego.

Con fecha 12 de julio aprobó el informe de valoración técnica del sobre B, atribuyendo las puntuaciones correspondientes a las ofertas y acordando la exclusión de las ofertas presentadas por BAUSCH & LOMB, S.A. (variante) y MEDICAL MIX, S.L.U. al Lote 2 por no cumplir con las prescripciones técnicas requeridas. Asimismo, procedió a la apertura del sobre C (Proposición relativa a criterios cuantificables mediante fórmulas), encomendando al Servicio de Aprovisionamiento la valoración de las ofertas.

El 26 de julio la Mesa de Contratación acordó excluir la oferta presentada al Lote 2 por JJ SURGICAL VISION SPAIN, S.L.U., por no alcanzar la puntuación mínima de 35 puntos prevista en el apartado 10.2 del pliego regulador del contrato, atribuyendo las correspondientes puntuaciones a las restantes ofertas en base al informe emitido por el Servicio de Aprovisionamiento, siendo las puntuaciones totales de las ofertas las siguientes:

LICITADORES	Criterios no cuantificables mediante fórmulas	Criterios cuantificables mediante fórmulas		TOTAL	
		Apartado 10.1.A) Hasta 40 puntos	Oferta económica (10.1.B.1) Hasta 30 puntos		Valoración técnica (10.1.B.2) Hasta 30 puntos

ALCON HEALTHCARE, S.A.	39	268 €	0,741	25	64,741
BAUSCH & LOMB, S.A.	11	220 €	18,519	25	54,519

El 4 de agosto la Mesa de Contratación formuló la correspondiente propuesta de adjudicación y por la Resolución 727/2022, de 16 de agosto, del Director Gerente del SNS-O, se adjudicó el Lote 2 del contrato a ALCON HEALTHCARE, S.A.

La notificación de dicha resolución a BAUSCH & LOMB, S.A. se produjo el mismo 16 de agosto.

TERCERO.- El 26 de agosto, BAUSCH & LOMB, S.A. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la adjudicación del citado lote, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. Que la fórmula matemática incorporada en el criterio de adjudicación que valora el precio ofertado ha sido interpretada de forma errónea y contraria a la voluntad del pliego y a la normativa vigente en materia de contratos del sector público, que establece como uno de los principios rectores de la contratación pública la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Alega que esta interpretación equivocada ha generado que se otorgue una puntuación incorrecta a los licitadores, de tal forma que el adjudicatario del lote debiera ser el recurrente con una puntuación total de 66 puntos, como consecuencia de aplicar la fórmula teniendo en cuenta el denominador perteneciente a la oferta máxima admitida en la licitación.

2ª. Que el hecho de que solamente se puedan obtener los 30 puntos bajando como mínimo un 30% con respecto al precio máximo supondría una oferta anormalmente baja al establecerse dicho umbral en el apartado 10.3 del cuadro de características del contrato.

Alega que es imposible encontrar el mejor material por el precio más bajo posible, resultando esta circunstancia una contradicción en sí misma e incluso un atentado contra la salud pública, perdiéndose el equilibrio económico por parte del operador que ofertara un producto con buena calidad, pero se viera obligado a bajar hasta ese punto el precio para conseguir la máxima puntuación económica. Señala que, en definitiva, se está premiando al licitador que realiza una oferta anormalmente baja, lo que supone, o bien disminuir la calidad del producto, o bien perder la rentabilidad para aquel licitador que ofrezca buena calidad.

Manifiesta que lo que propone es que en la puntuación de la fórmula matemática aplicada al precio se aplique el criterio de la proporcionalidad respecto al precio tope de licitación y teniendo en cuenta los precios que ofertan el resto de licitadores, como sucede en otras comunidades autónomas. Señala que, por ello, no debe aplicarse el denominador de la baja del 30%, sino el correspondiente a la mayor baja admitida, al ser la única forma de tener en cuenta todas las bajas, por lo que el licitador que haya bajado más el precio debería obtener la máxima puntuación.

Alega que resulta manifiesto que la fórmula en su contenido literal no se puede aplicar a todos los supuestos, sino solo a aquellos en que algún licitador haya presentado una oferta que suponga una baja del 30% del precio de licitación, pues si no se da este caso la fórmula no respeta la ponderación fijada en el pliego para el factor precio, que establece que el mejor precio ofertado obtenga 30 puntos.

Reitera que en los casos como el presente en que no se ha presentado ninguna oferta con una bajada del 30% ha de interpretarse la fórmula de modo que no contradiga al propio pliego que la incluye, que no indica en absoluto que no recibirá los 30 puntos la oferta económica más ventajosa sólo cuando suponga una baja del 30%, y de forma que no conculque el principio de economía que inspira la LFCP. Alega que la fórmula no se ajusta al principio de selección de la oferta económicamente más ventajosa al no respetar que la puntuación económica máxima fijada en el pliego la obtenga la oferta económicamente más ventajosa.

Solicita la anulación de la adjudicación del Lote 2 y la retroacción del procedimiento al momento de valoración de la oferta económica, interpretando la fórmula matemática cuyo denominador sea la mayor baja admitida y no la baja del 30% con respecto al precio máximo, procediendo a realizar los cálculos oportunos. Asimismo, solicita como medida cautelar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO.- Con fecha 31 de agosto el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP, en las que formula las siguientes:

1ª. Que en la fórmula económica los conceptos del numerador y denominador están perfectamente definidos, no estando sujetos a posibles interpretaciones, habiéndose aplicado dicha fórmula tal y como viene expresada en el pliego.

Señala que la fórmula es clara, así como que si los términos literales son claros no cabe interpretación posible (“*in claris non fit interpretatio*”), por lo que el reclamante, al pretender un resultado diferente, está pretendiendo impugnar el pliego regulador.

2ª. Que existe reiterada jurisprudencia que señala que los pliegos constituyen la ley del contrato y que, una vez transcurrido el plazo para la interposición de los recursos procedentes, no pueden ser impugnados, excepto en el caso de que dichos pliegos adolezcan de causas de nulidad, citando a este respecto el Acuerdo 18/2021, de 22 de febrero, de este Tribunal.

3ª. Que la presunción de oferta anormalmente baja no implica la exclusión de las ofertas, por lo que, si se diera el caso de que se puntuara una oferta anormalmente baja, esta había sido previamente admitida a la licitación, por lo que se habría desvirtuado la citada presunción, quedando acreditada en el expediente la viabilidad de dicha oferta.

Señala que la calidad de los productos ofertados queda asegurada en el pliego, por un lado, a través de la asignación de una puntuación de 70 puntos a criterios relacionados

con la calidad de la oferta técnica (frente a los 30 puntos que se asignan a la oferta económica) y, por otro, a través de la previsión de una puntuación mínima en la oferta técnica por debajo de la cual las ofertas quedan excluidas de la licitación, tal y como establece el apartado 10.2 del pliego. Manifiesta que, por lo tanto, en el pliego se han establecido mecanismos para asegurar que los productos objeto de la adjudicación lo sean por una buena relación calidad-precio.

Asimismo, señala que la afirmación de que *“el licitador que tenga uno de los mejores productos del mercado nunca va a poder obtener la máxima puntuación económica”* no es en absoluto relevante, puesto que no es necesaria la máxima puntuación económica para resultar adjudicatario, sino la mejor relación calidad-precio. Señala que tal circunstancia sería, en todo caso, consecuencia de la legítima ponderación entre la calidad y el precio que se realiza en los pliegos de cualquier licitación.

En cuanto al principio de economía a que hace referencia el reclamante, según el cual la oferta más baja debe obtener la puntuación máxima asignable, señala que tal conclusión no se encuentra ni en la normativa de contratos, como alega el licitador, ni en el pliego regulador.

Señala que las leyes de contratos a las que hace referencia el reclamante no indican que la puntuación máxima posible deba otorgarse necesariamente a la oferta más baja, cualquiera que sea esta, no pudiendo desprenderse esta conclusión de su articulado ni de su preámbulo. Manifiesta que dicha opción sería una de las posibles soluciones a prever en el pliego para la valoración de la oferta económica, no siendo la única admisible ni la prevista en el presente caso.

Alega que en ningún lugar del pliego se indica que el mejor precio ofertado deba obtener 30 puntos, sino que, al contrario, el apartado B.1 señala que en la valoración de la oferta económica se pueden otorgar hasta 30 puntos.

Concluye que, en definitiva, no resulta admisible la pretensión de sustituir la fórmula prevista en el pliego por aquella que el reclamante considera más adecuada y

acorde con sus intereses, siendo la valoración efectuada conforme a lo previsto en el pliego y conforme a Derecho, por lo que se solicita la desestimación de la reclamación.

QUINTO.- El 31 de agosto se dio traslado de la reclamación a las demás personas interesadas para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, habiéndose presentado alegaciones por parte de ALCON HEALTHCARE, S.A. el 2 de septiembre, donde solicita la desestimación de aquella en base a las siguientes alegaciones:

1ª. Que no puede sino suscribir enteramente las alegaciones formuladas por el órgano de contratación, que dan cumplida respuesta a los planteamientos del reclamante.

2ª. Que el pliego de la licitación era meridianamente claro al establecer que en la fórmula destinada a la valoración de las ofertas económicas el divisor sería el mayor de entre la mayor baja ofertada o el 30%, siendo que ninguna de las ofertas planteadas excedía dicho límite, se aplicaba el 30% y, por tanto, las puntuaciones obtenidas no son sino la aplicación matemática de dicha regla.

3ª. Que, si el reclamante consideraba que la fórmula matemática elegida vulneraba de alguna manera la regulación en materia de contratación pública, perfectamente pudo haber planteado una reclamación especial contra los pliegos de la licitación.

Sin embargo, al no haber sido impugnados, estos pliegos constituyen la ley del contrato y vinculan tanto a la Administración contratante como a los potenciales interesados, y no puede ahora el reclamante, en sede de adjudicación, plantear dudas contra éstos, ni mucho menos, como refiere el órgano de contratación en sus alegaciones, *“proponer realizar una interpretación de la fórmula diferente a la prevista expresamente en el pliego”*.

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 de adjudicación 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 que acredita un interés directo o legítimo, 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 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.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas, este Tribunal debe pronunciarse sobre la petición formulada por la reclamante relativa a la suspensión cautelar del procedimiento de contratación hasta la resolución de la presente reclamación.

Al respecto, cabe señalar que la LFCP, modificada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, prevé dicha suspensión de forma automática por la mera interposición de la reclamación; disponiendo en su artículo 124.4 que *La impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, acuerdo marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada.*

Por su parte, el artículo 125 del mismo cuerpo legal, en el que se regulan las medidas cautelares, señala en su apartado 1º que *Los interesados en la licitación y*

adjudicación de un contrato público podrán solicitar del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en los plazos señalados en el artículo anterior, la adopción de medidas cautelares para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas la suspensión del procedimiento o de cualquier decisión adoptada en el seno del mismo, siempre y cuando, en los citados casos, no se produzca la suspensión automática del acto impugnado prevista en el artículo 124.4 de esta ley foral.

Por último, el apartado 3º del mismo precepto prevé que *El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra recabará de la entidad afectada el expediente administrativo o la documentación del contrato. El órgano de contratación dispondrá de dos días hábiles para presentarlo y para efectuar las alegaciones que considere oportunas. Transcurrido dicho plazo, se haya aportado o no la documentación requerida, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra resolverá motivadamente, en el plazo de cinco días hábiles. Finalizado dicho plazo sin que se haya notificado la resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud, salvo que se haya solicitado la suspensión de un acto o del procedimiento de licitación, en cuyo caso la falta de notificación en plazo tendrá carácter estimatorio de la solicitud de suspensión.*

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la suspensión automática de los actos de trámite, del acto de adjudicación, de un acuerdo marco o del encargo a un ente instrumental cuando se presente una reclamación especial en materia de contratación pública contra dichos actos.

Por lo tanto, con la interposición de la reclamación se produce la suspensión automática del acto impugnado y, con ella, la del propio procedimiento de contratación, sin que resulte necesario realizar un pronunciamiento respecto a la petición realizada por la reclamante.

SEXTO.- Tal como hemos expuesto de manera detallada en los antecedentes de hecho del presente acuerdo, a los cuales nos remitimos para no resultar reiterativos, constituye el objeto de impugnación la aplicación de la fórmula matemática incluida en el criterio de adjudicación que valora el precio ofertado, manifestando el reclamante que la interpretación realizada por el órgano de contratación resulta contraria a la voluntad

del pliego y a la normativa de contratación pública, razonando que debe aplicarse en su literalidad en los supuestos de presentación de ofertas con una baja del 30% del precio de licitación, porque su aplicación en otro caso considera que no respeta la ponderación fijada en el pliego para el factor precio, que establece que el mejor precio ofertado obtenga 30 puntos, conculcando en tal caso el principio de economía y la selección de la oferta económica más ventajosa, motivo por el que propone que la fórmula se aplique teniendo en cuenta el precio tope de la licitación y los precios ofertados por el resto de los licitadores.

En oposición a la argumentación expuesta, el órgano de contratación sostiene la claridad de la fórmula contenida en el pliego que no admite interpretación alguna, habiéndose aplicado en su literalidad, pretendiéndose por el reclamante realizar una impugnación extemporánea del pliego, razón por la que solicita su desestimación. Con similares alegaciones el tercer interesado solicita igualmente la desestimación de la reclamación.

Pues bien, expuestas sucintamente ambas posturas, debemos partir de lo dispuesto en el pliego regulador del contrato respecto de la fórmula matemática cuestionada y que se recoge en la cláusula 10.1.B.1 del cuadro de características del contrato para el criterio de adjudicación referida al precio ofertado, que señala lo siguiente:

“B.1). Oferta económica: Lotes 1, 2 y 3: hasta 30 puntos.

1º.- Precio Ofertado: Se aplicará la siguiente fórmula:

$$\text{Puntos Oferta "X"} = \frac{\text{Precio máximo} - \text{Precio ofertado "X"}}{\text{Máximo (Baja 30\% Precio Máximo; Baja máxima admitida)}} \times \text{puntuación máx. del apartado}$$

dónde:

el denominador es el valor máximo de entre los dos indicados en el paréntesis:

Baja 30% del precio máximo fijado para ese lote,

Baja máxima admitida de todas las ofertas económicas admitidas en la licitación para ese lote.”

Fórmula que aparece igualmente en el Anexo VI del pliego, donde se reiteran los criterios de adjudicación aplicables en cada uno de los lotes.

Antes de entrar al análisis de la cuestión planteada, procede con carácter previo recordar la doctrina seguida por este Tribunal, conforme a la cual los pliegos reguladores tienen un carácter vinculante para las partes, en tanto que constituyen la ley del contrato, como señala, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2021, conforme a la cual *“la contratación administrativa, no obstante sus especiales características, tiene como nota o fondo común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser, ante todo, un concierto de voluntades, en el que las normas fundamentales y en primer término aplicables, son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones aceptado por éste, por lo que los derechos y obligaciones derivados de estos contratos se regulan, ante todo, por lo previsto en el pliego de condiciones publicado para su celebración, como "ley primordial del contrato", resultando obligado, en consecuencia de ello, para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de un contrato administrativo, el remitirse a lo establecido en el correspondiente pliego”*.

Necesaria vinculación de lo dispuesto en el pliego, tanto para los licitadores, como para el órgano de contratación. Así, para los licitadores que aceptan su contenido cuando concurren a la licitación, como expresamente establece el artículo 53.1 de la LFCP cuando dispone que *“Las proposiciones, que comprenden tanto la oferta técnica, si la hubiera, como la oferta económica, deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna”*.

Precepto que a mayor abundamiento reitera la cláusula 7.1 del cuadro de características del contrato: *“La presentación de proposiciones supone la aceptación incondicional por el licitador del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones previstas en los pliegos que rigen el contrato, sin salvedad o reserva alguna, así como la declaración responsable de la exactitud de todos los datos presentados y de que reúne todas y cada una de las condiciones exigidas para la contratación de que se trata.”*

Y vinculación al pliego también para el órgano de contratación, que si bien goza de discrecionalidad en la fijación de los criterios de adjudicación, una vez aprobado y publicado debe respetar en su aplicación las reglas previstas en dicho documento, tal y

como señalamos en nuestro Acuerdo 107/2021, de 3 de noviembre, con cita del anterior Acuerdo 21/2020, de 6 de marzo, conforme al cual *“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”

Vinculación que, en la aplicación de los criterios de adjudicación valorables mediante la aplicación de fórmulas, implica que el órgano de contratación carece de margen discrecional alguno y por tanto el resultado de la valoración debe ser la pura y simple aplicación de la fórmula prevista en el pliego. A este respecto, en nuestro Acuerdo 94/2020, de 21 de octubre, también con cita del Acuerdo 21/2020, de 6 de marzo, señalamos que la aplicación de fórmulas “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."

Pues bien, analizando la fórmula matemática utilizada para la aplicación del criterio de adjudicación que valora el precio ofertado, cabe concluir que no adolece de oscuridad o ambigüedad alguna, siendo clara respecto al parámetro que debe utilizarse como denominador, siendo este el valor máximo de entre la baja de un 30% del precio máximo fijado para el lote y la baja máxima admitida de todas las ofertas económicas admitidas en la licitación para ese lote. De tal modo que sólo cuando la baja máxima admitida suponga una rebaja del precio superior a la rebaja del 30% del precio máximo, será dicha baja ofertada la que deba utilizarse como denominador.

La fórmula como vemos es clara y por tanto su aplicación no requiere interpretación alguna, siendo la valoración obtenida por el reclamante el resultado de la aplicación automática de la fórmula prevista en el pliego sin que se aprecie en consecuencia error alguno.

Tampoco se advierte la contradicción alegada por la que la obtención de los 30 puntos requiere la rebaja como mínimo de un 30% con respecto al precio máximo y por tanto se premiaría a una oferta anormalmente baja. Al respecto debemos indicar que dicha cuestión debió en todo caso alegarse en el momento procedimental oportuno, con ocasión de la publicación del pliego regulador del contrato y no tras devenir el pliego en consentido y firme por no haber sido impugnados en tiempo y forma. Sin embargo, a mayor abundamiento, conviene recordar que no resulta contrario a derecho la adjudicación del contrato a favor de una oferta anormalmente baja, puesto que su consideración como tal no implica la exclusión automática de la licitación, siendo preciso, tras advertirse la existencia de una oferta que incluya valores anormales o desproporcionados, la apertura de un trámite de audiencia al contratista para que justifique la viabilidad económica de la propuesta conforme a lo dispuesto en el artículo 98 de la LFCP.

De igual modo, a diferencia de lo que alega el reclamante, el criterio de adjudicación que valora la oferta económica no establece en modo alguno que el mejor precio ofertado deba obtener los 30 puntos con que se valora dicho criterio, sino que prevé expresamente que se atribuirán *“hasta 30 puntos”*. Se fija, por lo tanto, una puntuación máxima con que valorar las ofertas, sin que ninguna de ellas deba obtener necesariamente dicha puntuación, como ha ocurrido en el supuesto en cuestión y que, como decimos, opera a modo de máximo.

Alega el reclamante, asimismo, que la interpretación de la fórmula económica ha conculcado el principio de economía y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Debe recordarse, a este respecto, que el Preámbulo de la LFCP señala que *“Como medida clave para llevar a cabo una mejor utilización de los fondos públicos, la Directiva determina que la adjudicación de los contratos públicos deberá realizarse a la*

oferta económicamente más ventajosa para lo que debe ser prioritario tener en cuenta criterios que valoren la calidad de los bienes o servicios que se adquieren además del coste de los mismos. Este coste a su vez, puede venir referido sólo al precio o incluir además conceptos que se refieran a la eficacia del gasto, como puede ser el coste del ciclo de vida. Esta ley foral recoge por vez primera los conceptos de ciclo de vida y coste del ciclo de vida que incluye todos los costes a lo largo del ciclo de vida de las obras, servicios y suministros. Estos costes pueden ser tanto internos, (entre los que se encuentran los de investigación y desarrollo, producción, transporte consumo de energía, mantenimiento y eliminación) como los relacionados con factores medioambientales externos (por ejemplo las emisiones de gases de efecto invernadero, la contaminación derivada de la extracción de materias primas o la producida por la fabricación del producto). Estos últimos costes sólo pueden ser tenidos en cuenta si su valor económico puede cuantificarse y comprobarse. Además, los métodos de cálculo deben ser en todo caso generales (no aplicables a un único procedimiento de contratación), objetivos y que no impliquen un esfuerzo desmesurado para los licitadores a la hora de aportar la información necesaria”.

Por su parte, el artículo 64 de la misma ley foral, al regular los criterios de adjudicación determina que *“1. Los contratos se adjudicarán a la oferta con la mejor calidad precio. Los criterios que han de servir para su determinación se establecerán en los pliegos y deberán cumplir los siguientes requisitos: (...)*

3. La determinación de la oferta con la mejor calidad precio se llevará a cabo por cualquiera de las siguientes formas:

a) Atendiendo únicamente a criterios relacionados con la mejor relación coste-eficacia, como pueden ser el precio, el coste del ciclo de vida u otro parámetro.

b) Atendiendo a criterios relacionados con la relación coste-eficacia junto con criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta la mejor relación calidad-precio. Los criterios cualitativos podrán referirse, entre otros, a los siguientes aspectos: (...).

c) Atendiendo únicamente a criterios cualitativos, en cuyo caso el factor coste adoptará la forma de un precio fijo.”

Así, tal y como establece el Acuerdo 84/2020, de 24 de septiembre, *“la LFCP no utiliza el concepto de oferta económicamente más ventajosa, sino que alude a la oferta con mejor calidad precio; objetivo que se puede alcanzar de distintas formas en función de la tipología de criterios de adjudicación concretos de cada caso y a cuya consecución contribuye también la previsión legal, configurada ni más ni menos que como principio de la contratación pública, de introducir criterios sociales y medioambientales en la adjudicación y ejecución de los contratos. Pudiéndose distinguir, así, entre aquellos procedimientos que seleccionan la mejor oferta en relación calidad/precio en función exclusivamente de criterios basados en el coste – eficacia (el precio, el coste del ciclo de la vida); aquellos que la seleccionan a través de la aplicación de los criterios basados en el coste – eficacia referidos junto con criterios cualitativos, y, finalmente, aquellos que únicamente prevén criterios cualitativos. Formas todas que, conforme a la previsión legal citada, sirven, de manera indistinta, a la finalidad que debe perseguir todo contrato público, a saber, la selección de la mejor oferta en relación calidad – precio; resultando todas ellas, por tanto, ajustadas a la legalidad, correspondiendo a la entidad contratante optar, en cada caso, por la modalidad que mejor se ajuste para la cobertura de las necesidades a satisfacer.”*

De lo expuesto podemos concluir que el objetivo de seleccionar la oferta con mejor calidad precio se puede alcanzar de distintas formas, resultando todas ellas ajustadas a la legalidad y en el caso en cuestión la oferta con la mejor calidad precio no se identifica necesariamente con la oferta más baja, sino que se logra mediante la valoración de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación previstos en el pliego, cuyo establecimiento compete al órgano de contratación en uso de la discrecionalidad que se le reconoce, sin que resulten conculcados por ello los principios que se alegan.

Por último, alega el reclamante que resulta imposible encontrar el mejor material por el precio más bajo posible, viéndose afectado el equilibrio económico del operador que oferte un producto de buena calidad pero que se viera obligado a bajar el precio a fin de conseguir la máxima puntuación económica. Respecto a esta cuestión, tal y como advierte el órgano de contratación en sus alegaciones, resultará adjudicatario quien

ofrezca la mejor relación calidad-precio y no necesariamente quien ofrezca la mejor propuesta económica, consecuencia de la legítima ponderación entre la calidad y el precio que se realiza en los pliegos de cualquier licitación. Efectivamente, en los procesos de licitación las ofertas se valoran conforme a una pluralidad de criterios de adjudicación destinados a ponderar tanto los aspectos técnicos como económicos de los productos a suministrar, siendo responsabilidad de los contratistas realizar la mejor oferta posible en atención a sus intereses, respetando en todo caso los requisitos mínimos previstos en el pliego de prescripciones técnicas, sin que por ello se afecte equilibrio económico alguno.

Por otra parte, es preciso recordar que el pliego establece una puntuación mínima exigible en el apartado correspondiente a la oferta técnica por debajo de la cual se excluye la oferta, garantizándose de este modo la exigencia de unos requisitos mínimos de carácter técnico:

“10.2. Puntuación mínima

Si así lo dispone el apartado 10.2 del Cuadro de Características, se establece la puntuación que figura en el mismo como puntuación mínima exigible en el apartado correspondiente a la oferta técnica. Las ofertas que no superen dicha puntuación serán excluidas, entendiéndose que el licitador no cumple los requisitos mínimos exigibles para la ejecución del contrato.”

Precisado lo anterior deben desestimarse los motivos de alegación esgrimidos puesto que la fórmula matemática utilizada en el criterio de adjudicación que valora el precio ofertado se ha realizado de conformidad con los términos previstos en el pliego, que son claros y manifiestos, no dejando margen de interpretación y por tanto sin que pueda admitirse la pretensión de la reclamante que propone sustituir la valoración realizada por la mesa de contratación por la suya propia, lo que supondría en todo caso una vulneración de lo previsto en el propio pliego.

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

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por BAUSCH & LOMB, S.A. frente a la Resolución 727/2022, de 16 de agosto, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se adjudica el Lote 2 del contrato relativo al suministro de lentes intraoculares con destino a los centros hospitalarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (APRO 37/2022) a ALCON HEALTHCARE, S.A.

2º. Notificar este acuerdo a BAUSCH & LOMB, 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, 22 de septiembre de 2022. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.