



Expediente: 19/2023

ACUERDO 27 /2023, 21 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 NACATUR 2 ESPAÑA, S.L. frente al acuerdo de la Mesa de Contratación, de 24 de febrero de 2023, por el que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del acuerdo marco “*APRO 96/2023: Suministro de guantes de nitrilo sin polvo no estéril con destino a los centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea*”, licitado por dicho organismo autónomo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de noviembre de 2022, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante SNS-O) publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del acuerdo marco “*APRO 96/2023: Suministro de guantes de nitrilo sin polvo no estéril con destino a los centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea*”.

La publicación de dicho anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea se produjo el 22 de noviembre.

A dicho contrato concurrió, entre otros licitadores, la mercantil NACATUR 2 ESPAÑA, S.L.

SEGUNDO.- Con fecha 20 de diciembre de 2022, la Mesa de Contratación procedió a la apertura del sobre A “Documentación Administrativa”, admitiendo a todos los licitadores presentados.

En la misma fecha procedió a la apertura del sobre B “Criterios sometidos a juicios de valor”, encomendando a la secretaria de la Mesa la revisión de los Documentos Europeos Únicos de Contratación (DEUC) presentados por los licitadores.

El 3 de enero de 2023 la Mesa de Contratación acordó requerir a dos de los licitadores la subsanación de su DEUC, así como encomendar al Servicio de Aprovisionamiento, a los equipos de enfermería y al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales asignados desde el Hospital Universitario de Navarra, el Hospital Reina Sofía de Tudela, el Hospital García Orcoyen de Estella y Atención Primaria, el examen y valoración técnica de las ofertas de los licitadores admitidos, de conformidad con las prescripciones técnicas y los criterios de adjudicación establecidos en el pliego regulador.

El 5 de enero se admitió la subsanación practicada por los dos licitadores en relación con sus DEUC, y el 24 de febrero se aprobó el informe de revisión de las prescripciones técnicas elaborado en la misma fecha, acordando lo siguiente:

“2.- Solicitar aclaraciones para poder comprobar el cumplimiento de prescripciones técnicas por falta de documentación y/o trazabilidad en las ofertas de las siguientes empresas: Krape S.A., Laboratorios Hartmann S.A., Medicina analítica Consumibles MAC, S.A, Farmadosis, S.L., Atal Innovations S.L., Nacil médica 4 Group, S.L., Distrauma medical, S.L., Garric médica S.L.

3.- Excluir por no cumplir prescripciones técnicas y/o por no presentar la documentación conforme al pliego regulador y no ser posible la aclaración/subsanación a las siguientes empresas: MEDLINE INTERNATIONAL IBERIA S.L.U. (oferta y variante), CV MÉDICA S.L., 4 GASA S.L. (oferta y variante), ITURRI S.A., EL CORTE INGLÉS S.A., PROLIMAX HIGIENE INDUSTRIAL S.L., NACATUR 2 ESPAÑA S.L., SETINO ESPAÑA S.L., GAMMA SOLUTIONS HEALTH, S.L., FUNGI-MED S.L., IZASA HOSPITAL, DIDACTIC IBERICA S.L.U.”

La notificación de dicha exclusión a NACATUR 2 ESPAÑA, S.L. se produjo el 9 de marzo, haciendo constar lo siguiente: “(...) *la oferta presentada no cumple prescripciones técnicas según el Pliego Regulador en su Anexo V.2.p) al no superar ensayos según la norma UNE-EN 16523-1:2015/ A1:2018 (o bien UNE-EN 16523-1:2015) con al menos un nivel de prestación 3, para un mínimo de tres productos químicos del listado de la norma, siendo al menos uno de ellos el formaldehído al 37%.*”

TERCERO.- Con fecha 17 de marzo, NACATUR 2 ESPAÑA, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente al acuerdo de la Mesa de Contratación por el que se excluye su oferta.

Alega la reclamante que los criterios contemplados en los pliegos son considerados como ley del contrato, por lo que sus disposiciones son de obligado cumplimiento, así como que la adjudicación presupone el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas por parte del producto ofertado.

Señala que los guantes presentados en la licitación recurrida son EPI de categoría III según el Reglamento UE 2016/425 (además de Producto Sanitario según la Directiva 93/42/CEE y el Reglamento UE 2017/745 y lo dispuesto en el Real Decreto 1591/2009 de 16 de octubre), y cumplen todas y cada una de las normativas solicitadas, quedando acreditado así documentalmente en el expediente administrativo.

Manifiesta que, en particular, en lo que a esta reclamación se refiere, los guantes de examen, de nitrilo, sin polvo, “Naturex 626 Nitryl Derm”-referencias 5700-5701-5702-5703-5704-, “CUMPLEN los requisitos exigidos en el Pliego regulador-Anexo V.2.p)-, SÍ supera ensayos según la norma UNE-EN 16523-1:2015/A1:2018 (o bien UNE-EN 16523-1:2015) con al menos un nivel de prestación 3, para un mínimo de tres productos químicos del listado de la norma, siendo al menos uno de ellos el formaldehído al 37% (...).”

Señala que adjuntan como Documento N° 3 informe de prueba n° 2020/0399-1-RP-2 de fecha 08/06/2020, emitido por *CIMAC Laboratories*, y como Documento N° 4, informe de prueba 118988 de 21-01-2022, emitido por *Proqares*.

Asimismo, señala que con carácter previo hay que aclarar que, según la norma EN 16523-1:2015+A1:2018, las sustancias recogidas en la misma se clasifican en niveles de prestación, en función del tiempo que tardan estas en traspasar la barrera del material testado.

Así, en el informe aportado como Documento N° 3, en la página 2, puede verse que, a la vista de la norma EN 16523-1:2015+A1:2018, el guante Naturex 626 Nitril Derm alcanza un nivel de prestación 4 para el Hidróxido de Sodio al 40%, y un nivel de prestación 3 para el Formaldehído al 37%, con lo que tendríamos ya dos compuestos acreditados.

El compuesto de la norma que falta para llegar a las tres sustancias testadas se encuentra en el informe presentado como Documento N° 4, siendo el Metanol al 4%, que alcanza un nivel 6, al alcanzar un tiempo de permeación superior a 480 minutos, como puede comprobarse.

Considera que, de este modo, queda acreditado el cumplimiento del requisito exigido en el Anexo V, apartado 2.p), del pliego regulador, a la vista de los informes citados.

Alega que la exclusión de un licitador es la opción más gravosa y debe acordarse solamente en última instancia. Asimismo, señala que los tribunales de recursos contractuales se han pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la subsanación de los defectos formales y las aclaraciones de los documentos que integran la oferta, admitiendo que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta. Manifiesta que el

principio antiformalista es reconocido por el Tribunal Supremo en los procedimientos de adjudicación de la contratación pública, considerando que una interpretación literal de las condiciones exigidas para tomar parte en la licitación, que conduzca a la inadmisión de proposiciones por meros defectos formales o no sustanciales, es contraria al principio de concurrencia.

Considera que, si la Mesa de Contratación tenía dudas sobre el cumplimiento de las prescripciones técnicas por parte de los guantes ofertados en el punto concreto que ha causado su exclusión, debía haber solicitado aclaración al respecto, siendo la exclusión del licitador la última decisión a tomar, de tal forma que el reclamante habría aclarado las dudas y seguiría en la licitación.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que se declare nulo el acto impugnado, acordando la admisión de NACATUR 2 ESPAÑA, S.L. en el expediente, así como que se valore adecuadamente el guante por él ofertado.

Por último, solicita que, de conformidad con lo establecido en el artículo 124.4 de la LFCP, se decrete la suspensión de la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva la reclamación.

CUARTO.- Con fecha 17 de marzo se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 22 de marzo, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales contados desde el mismo día de la notificación del requerimiento, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el 24 de marzo el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones, al que adjunta un informe emitido por el Servicio de Aprovisionamiento y Servicios Generales del SNS-O.

Alega que el artículo 97 de la LFCP contempla la posibilidad del órgano de contratación de solicitar aclaraciones si lo estima necesario, sin imponerle su obligatoriedad, configurándose, así, como una facultad del citado órgano cuando aprecie la concurrencia del supuesto de hecho previsto en la norma, esto es, oscuridad o inconcreción en la oferta.

Manifiesta que, tal y como ha declarado una constante y reiterada doctrina, la exclusión de la oferta es procedente cuando el incumplimiento de los requisitos técnicos es expreso y claro, como sucede en este caso.

Alega que, además, no debe pasarse por alto un dato esencial, como es que en la documentación aportada inicialmente la reclamante no presentó la documentación que ahora adjunta a su reclamación, tratándose de una subsanación que no puede ser aceptada. Señala que la posibilidad de subsanar, modificar o completar la documentación en vía de reclamación, como apunta la Resolución 233/2019, de 16 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, *“es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia; resolución que comparte el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra en su Acuerdo 35/2022, de 8 de abril, cuando indica que “el recurso especial en materia de contratación no puede ser un instrumento para subsanar los defectos en la documentación presentada por las entidades licitadoras en el procedimiento de adjudicación ya que no es ese su fin, en tanto que se trata de una vía para reparar las infracciones del ordenamiento jurídico en que incurran los poderes adjudicadores en los procedimientos de contratación dentro de su ámbito de actuación definido en el artículo 44 de la LCSP”*.

Se solicita, atendiendo a dichas alegaciones, la desestimación de la reclamación interpuesta.

En el informe técnico adjunto se señala que en la documentación presentada por el reclamante en el sobre B se comprobó que acreditaba, para el modelo de guante ofertado (Naturex 626):

- Cumplimiento de la norma UNE 374-1:2016 con documento CIMAC RP 2018/1466-3-RP-1

- Cumplimiento de la norma UNE 16523 con documento CIMAC RP 22-2588-2-RP-1 para los siguientes productos químicos del listado de la norma:

- o Formaldehído 37% nivel 3
- o Hidróxido sódico al 40% nivel 4
- o Peróxido hidrógeno 30% nivel 2

Por lo tanto, según lo anterior, no cumple la prescripción técnica de cumplimiento de un mínimo de tres productos químicos del listado de la citada norma con al menos un nivel de prestación 3, ya que dos de los químicos (formaldehído 37% e Hidróxido sódico 40%) cumplen con nivel 3 y 4 respectivamente, pero el tercero, peróxido hidrógeno 30%, sólo con nivel 2 y, por tanto, inferior a 3.

Señala el citado informe, asimismo, que junto con la reclamación se aporta la siguiente documentación:

- Documento N° 3 CIMAC (2020-0399-1-RP-2), en el que indica un nivel de prestación 4 para el Hidróxido de sodio al 40% y un nivel de prestación 3 para el Formaldehído al 37 %

- Documento N° 4 PROQARES (118988) en el que indica “informe de prueba nº 100633: EN 16523-1 metanol y formaldehído”, en el que se observa que no hay resultados de prueba de formaldehído y los resultados de prueba de metanol hacen referencia a prueba de permeación con Metanol (4%)

Manifiesta que en la documentación inicial no se presentó certificado de laboratorio ni informe de ensayo de laboratorio que hiciera referencia al Metanol.

Se adjunta imagen de la norma UNE-EN ISO 374-1:2016, “Tabla 2-List of chemicals”, que detalla las sustancias, así como imagen de la norma UNE-EN 16523-1/A1:2018 (o bien UNE-EN 16523-1:2015), Anexo C, que detalla las sustancias y las técnicas apropiadas para la detección de químicos.

Señala que, como puede verse, el Formaldehído, el Hidróxido de Sodio, el Peróxido de Oxígeno y otros, se indican con un porcentaje (%) en el que deben ensayarse, no así otras sustancias, entre las que se encuentra el Metanol.

Igualmente, manifiesta que en la documentación presentada (documento nº 4) se indican resultados de Metanol (4%) y no de Metanol (sin porcentajes), por lo que no puede considerarse que se acredite el cumplimiento del ensayo del Metanol como indica la norma, por lo que se ratifica la decisión de exclusión por el incumplimiento de la prescripción técnica prevista en el apartado 2.p) del Anexo V del pliego.

QUINTO.- El 24 de marzo 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, no habiéndose formulado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

SEGUNDO.- 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.

TERCERO.- 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.

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.- Entrando ya al análisis de las cuestiones de fondo constituye el objeto de la reclamación el acuerdo de la Mesa de Contratación, de 24 de febrero de 2023, por el que se excluye la oferta del reclamante por incumplir la prescripción técnica prevista en el apartado 2.p) del Anexo V del pliego, al *“no superar ensayos según la norma UNE-EN 16523-1:2015/ A1:2018 (o bien UNE-EN 16523-1:2015) con al menos un nivel de prestación 3, para un mínimo de tres productos químicos del listado de la norma, siendo al menos uno de ellos el formaldehído al 37%”*, solicitando que se declare nulo y se valore adecuadamente el guante contenido en su oferta.

Alega el reclamante al respecto que su producto cumple la prescripción técnica prevista en el apartado 2.p) de las incorporadas como Anexo V al pliego regulador del

contrato, tal y como acredita mediante los informes de prueba que adjunta como documentos nº 3 y 4, así como que la exclusión de un licitador solamente debe adoptarse en última instancia dado que constituye la opción más gravosa para éste, y que, en todo caso, debió habersele solicitado una aclaración al respecto conforme al principio antiformalista.

Por parte su parte, el órgano de contratación, solicita de contrario la desestimación de la reclamación por considerar en síntesis que el artículo 97 de la LFCP establece la posibilidad de solicitar aclaraciones cuando se aprecie oscuridad o inconcreción en la oferta, sin que dicha solicitud resulte obligada, así como que la exclusión de la oferta resulta procedente cuando el incumplimiento de los requisitos técnicos es expreso y claro, como sucede en este caso. Alega, asimismo, que la documentación adjunta a la reclamación no se presentó junto con la oferta, siendo una suerte de subsanación que no puede ser aceptada conforme a lo dispuesto por la doctrina. Se adjunta de igual modo un informe técnico donde se señala que, de la documentación incorporada a la oferta, se constata el incumplimiento de la prescripción técnica, manifestando que los nuevos documentos adjuntos a la reclamación tampoco acreditan su cumplimiento.

Expuestas de manera sucinta las diferentes posturas, debemos centrarnos en analizar si la actuación de la Mesa fue conforme a la legalidad o como pretende el reclamante su oferta debió haber sido objeto de aclaración o subsanación.

En este sentido debemos recordar la doctrina de este Tribunal, recogida entre otros en el Acuerdo 95/2021, de 22 de septiembre, donde manifestamos que los pliegos son considerados ley del contrato, y por ello existe la obligación de los licitadores de adecuar su oferta a lo dispuesto en aquellos y, en especial, a sus prescripciones técnicas, procediendo la exclusión de los licitadores cuando las incumplan; pliego que además ha sido expresamente aceptado por la reclamante al presentar su oferta, tal y como dispone el artículo 53.1 LFCP *“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”*. Carácter vinculante que cabe predicar también de las prescripciones

técnicas, tal y como señalamos, entre otros, en el citado Acuerdo 95/2021, de 22 de septiembre, razonando que *“De esta manera, las ofertas presentadas por las personas licitadoras deben adecuarse a las condiciones técnicas establecidas en los pliegos, pudiendo ser la consecuencia del incumplimiento de tal extremo, la exclusión de la oferta, como así ha apreciado, en distintas ocasiones, este Tribunal.*

Al respecto, la doctrina de este Tribunal sobre esta cuestión se sintetiza, entre otros, en el Acuerdo 3/2020, de 21 de enero, en el que pusimos de manifiesto las consideraciones que a continuación se transcriben:

“Teniendo en cuenta lo expuesto, la decisión del órgano de contratación en cuanto al establecimiento de los requisitos técnicos exigibles a los diferentes productos a fabricar queda dentro del ámbito de la discrecionalidad que tiene atribuida para definir las características propias de los productos que desea adquirir, respetando los principios de igualdad y concurrencia, y sin que resulte admisible que las especificaciones técnicas en tal sentido determinadas en el pliego sean sustituidas a elección de los licitadores; debiendo los licitadores ajustar sus proposiciones a los pliegos que rigen la licitación y, por ende, a las prescripciones técnicas al efecto determinadas.

Así, reiterando la doctrina relativa a la consideración de los pliegos como ley del contrato, pusimos de relieve que (...). Concluyendo que las prescripciones técnicas previstas en los pliegos reguladores, que son aceptadas incondicionalmente como parte del contrato por los licitadores cuando formulan sus ofertas, constituyen instrucciones de carácter técnico con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación del contrato; siendo, por tanto, requisitos que las ofertas de los licitadores han de cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación, de forma que apreciado un incumplimiento de tales condiciones resulta obligada la exclusión del licitador del procedimiento, toda vez que otra solución - tal y como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 29 de abril de 2004 (asunto C-496 -99) – resultaría contraria a los principios de igualdad de trato y transparencia que deben imperar en la contratación pública.

Asimismo, cabe apuntar que, tal y como pusimos de manifiesto en el citado Acuerdo, entre las prescripciones técnicas, puede haberlas de carácter obligatorio, incondicionadas, cuyo incumplimiento supone la imposibilidad de ejecutar correctamente el contrato, es decir, de hacerlo conforme a las exigencias que la Administración ha considerado imprescindibles para asegurar la realización de la prestación que constituye su objeto. Las proposiciones que incumplan estas prescripciones técnicas obligatorias deben ser excluidas del procedimiento de licitación, siendo ésta una cuestión insubsanable. Puede haber otras prescripciones que, de acuerdo con lo que se haya establecido en el Pliego, tengan la consideración de susceptibles de variación en función de las mejoras o variantes que ofrezca el licitador, siempre que las mejoras o variantes hayan sido admitidas en la licitación.

(...).

Sentado lo anterior, debemos reiterar, asimismo, que el examen del cumplimiento de las prescripciones técnicas incorpora un juicio técnico por parte del órgano de contratación, al que la LFCP atribuye la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato y, por tanto, del pliego con objeto de satisfacer el interés general al que sirve; juicio técnico que, entrando dentro del ámbito de la discrecionalidad administrativa, limita las facultades de su revisión por parte de Tribunal a sus aspectos formales y a la apreciación de error en el mismo, tal y como pone de relieve la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias 207/2018, de 26 de noviembre: (...).

Finalmente, como hemos advertido en varias ocasiones – por todos, Acuerdo 101/2018, de 6 de octubre -, para que la exclusión del licitador por incumplimiento de prescripciones técnicas resulte ajustada a derecho, tal incumplimiento debe ser expreso y claro, debiendo interpretarse y aplicarse las exigencias de los pliegos de prescripciones técnicas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa. En este sentido, indicamos que el artículo 53.1 LFCP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone su

aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna, establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación. Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de la oferta al cumplimiento del objeto del contrato. Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así, no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado.”

Doctrina que debe ser completada con la cita del Acuerdo 78/2021, de 12 de agosto, en el que, en relación con los informes técnicos, se señala que “Efectivamente, tales informes técnicos, por la cualificación técnica de quienes los emiten gozan de presunción de acierto y veracidad, que solo puede ser desvirtuada con una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o infundados. Presunción iuris tantum sobre la que Resolución 980/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 6 de septiembre, señala que “cuando la Administración encarga a un órgano "ad hoc", formado por técnicos competentes, la valoración, estrictamente técnica, de una propuesta o de un proyecto no cabe entrar a discutir la validez, estrictamente técnica, del dictamen técnico que emitan tales expertos, sino, tan sólo, los aspectos jurídicos por los que se rige la emisión de tal dictamen, pudiendo corregirse

también los meros errores materiales que puedan apreciarse en base al recto criterio de un hombre común. Otra cosa significaría atribuir al órgano encargado de enjuiciar el recurso o la reclamación de que se trate unas capacidades y conocimientos técnicos de los que, obviamente, carece y que, por lo mismo, le incapacitan para discutir, con un mínimo de autoridad, los criterios y apreciaciones, estrictamente técnicas, tenidos en cuenta por los expertos, a la hora de emitir el dictamen que se discute.”

El mismo órgano revisor en su Resolución 144/2019, de 22 de febrero, expone que “Lo que debe valorarse es si de la documentación aportada por la recurrente, de conformidad con el PCAP, cabe deducir un incumplimiento claro de las prescripciones técnicas exigidas en el pliego que permita deducir sin género de dudas que la descripción técnica del producto ofrecido no se corresponde con lo exigido en el pliego (por todas Resoluciones 25/2011, 219/2011, 11/2012, 90/2012, 91/2012).

En sí, la verificación del incumplimiento del PPT por la oferta es una labor de apreciación esencialmente técnica y no jurídica que, en virtud de la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato, compete realizar al órgano de contratación, pues es a él a quien incumbe garantizar la satisfacción del interés general a que el objeto de la contratación sirve. Así la tarea del Tribunal se dirige a apreciar si en el informe técnico en que se funda la mesa para excluir por incumplimiento del PPT la oferta, se motiva suficientemente en que aquella no cumple las prescripciones técnicas, y de ello resulta que, de aceptarse, se produciría el incumplimiento del contrato, así como que en tal informe no existe arbitrariedad, patente error o discriminación.”

Expuesta la doctrina aplicable procede seguidamente examinar lo dispuesto en el pliego regulador para posteriormente verificar si como pretende el reclamante la oferta formulada cumple con lo previsto en el mismo o, al contrario, como sostiene el órgano de contratación existe un incumplimiento expreso y claro que justifica la exclusión.

Así al carácter vinculante del pliego regulador se alude también en su cláusula 7.1 al señalar que “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”.

Por su parte, la cláusula 1.1 del cuadro de características del acuerdo marco establece que este tiene por objeto el suministro de guante de nitrilo sin polvo no estéril. La cláusula 8.2 del mismo documento establece que el sobre B “Proposición relativa a criterios sometidos a juicio de valor” deberá incluir, entre otra, la siguiente documentación:

“4). Otra documentación a presentar:

(...).

d) Certificados o informes de laboratorio acreditado necesarios para valorar, en su caso, el cumplimiento de las normas UNE-EN ISO 374-1:2016/A1:2018 (o bien UNE-EN ISO 374-1:2016); UNE-EN ISO 374-2:2020 (o bien UNE-EN 374-2:2016); UNE-EN ISO 374-4:2019 (o bien UNE-EN 374-4:2013); UNE-EN ISO 374-5:2016 y UNE-EN 16523-1:2015/ A1: 2018 (o bien UNE-EN 16523-1:2015).”

Como se ha dicho, el Anexo V del pliego regulador del acuerdo marco incorpora las prescripciones técnicas, estableciendo su apartado 2º lo que sigue:

“2.- CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS ESPECÍFICAS DEL LOTE ÚNICO:

Descripción: Guante médico de nitrilo sin polvo no estéril, de un solo uso, con bajo contenido en alérgenos, para protección frente a agentes químicos, biológicos y citostáticos, destinados a utilización en tareas o procedimientos con exposición a riesgo biológico o químico por contacto.

Producto Sanitario, clase I y EPI categoría III.

Características:

(...).

p) Cumplimiento de la norma UNE-EN ISO 374-1:2016/A1:2018 (o bien UNE-EN ISO 374-1:2016) y superar ensayos según la norma UNE-EN 16523-1:2015/A1:2018 (o bien UNE-EN 16523-1:2015) con al menos un nivel de prestación 3, para un mínimo de tres productos químicos del listado en la citada norma, siendo al menos uno de ellos el formaldehído 37%.”

Pues bien, la mercantil reclamante ofertó el guante “Naturex 626 Nitryl Derm”, incluyendo en su oferta el informe de prueba CIMAC RP 22-2588-2-RP-1, de fecha 21 de octubre de 2022, en cuyas páginas 3 y 4 se constata los siguientes niveles de prestación o permeación para estos tres productos químicos:

- Hidróxido sódico al 40%: nivel 4
- Peróxido de hidrógeno al 30%: nivel 2
- Formaldehído al 37%: nivel 3

Se adjunta, igualmente, la traducción al castellano del citado informe, que se encuentra en italiano, en el que, sin embargo, se aprecian diferencias con el original, dado que el nivel de permeación para el Formaldehído al 37% es 2 y no 3 (existiendo también diferencias en relación con el espesor y el tiempo de permeación).

En cualquier caso, de la propia oferta del reclamante se constata claramente el incumplimiento de la prescripción técnica prevista en el apartado 2.p) referida del pliego técnico, por cuanto únicamente se alcanza el nivel de permeación 3 en dos de los productos químicos, como son el hidróxido sódico y el Formaldehído, y no en los tres requeridos, tal y como señala el informe técnico emitido por los servicios del órgano de contratación.

Debemos recordar, a este respecto, la presunción de acierto y veracidad de que están dotados los informes emitidos por los técnicos competentes, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos, infundados o se han dictado en clara discriminación de los licitadores y cuyo criterio no puede corregirse mediante la aplicación de criterios jurídicos, de tal modo que este Tribunal ha de limitarse a

comprobar si el informe técnico en el que se funda la mesa está suficientemente motivado, se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, descartando la existencia de un error material o si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias, razones por las que sí cabría destruir la citada presunción. Presunción “iuris tantum” que además traslada al reclamante la carga de aportar elementos probatorios que la desvirtúen.

Pues bien, partiendo de las anteriores consideraciones y analizadas las alegaciones esgrimidas por el reclamante, este Tribunal no considera que se desvirtúe la citada presunción, por cuanto el reclamante no rebate el acierto del informe técnico emitido, sino que aporta nueva documentación técnica no incluida en su oferta. Así, aporta por un lado, el informe de prueba CIMAC RP 2020/0399-1-RP-2, de 8 de junio de 2020, donde se indica un nivel de permeación 4 para Hidróxido de sodio al 40% y un nivel de permeación 3 para el Formaldehído al 37%, datos que ya eran conocidos mediante el informe de prueba CIMAC RP 22-2588-2-RP-1 obrante en su oferta; y, por otro, aporta el informe de prueba PROQARES nº 100633: EN 16523-1-metanol y formaldehído (que, sin embargo, no contiene resultado alguno para este último producto químico), donde se hace referencia a la prueba de permeación con metanol al 4%.

De lo aportado debemos concluir que la pretensión del reclamante conlleva la modificación de su oferta, con ocasión de la reclamación interpuesta, incorporando nuevos informes de prueba que, además, aluden a productos químicos distintos a los referidos en los informes que constituían aquella. Razones que llevan a su desestimación puesto que de admitirse tal documentación incurriría en vulneración de los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que deben presidir los procedimientos de contratación y que igualmente deben respetarse en fase de reclamación.

En este sentido conviene recordar que la reclamación especial en materia de contratación pública no constituye la vía pertinente para subsanar defectos existentes en las ofertas, tal y como puso de manifiesto este Tribunal en su Acuerdo 35/2022, de 8 de abril, al señalar que “(...) *la posibilidad de subsanar, modificar o completar la*

documentación en vía de reclamación, como apunta la Resolución 233/2019, de 16 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia; resolución que comparte este Tribunal cuando indica que “el recurso especial en materia de contratación no puede ser un instrumento para subsanar los defectos en la documentación presentada por las entidades licitadoras en el procedimiento de adjudicación ya que no es ese su fin, en tanto que se trata de una vía para reparar las infracciones del ordenamiento jurídico en que incurran los poderes adjudicadores en los procedimientos de contratación dentro de su ámbito de actuación definido en el artículo 44 de la LCSP”.

En análogo sentido, el Acuerdo 63/2022, de 15 de junio, dispone que *“Al respecto se ha de manifestar primeramente que la nueva ficha técnica no se incluyó en la oferta formulada por el reclamante en fase de licitación, y por tanto no procede admitir en fase de reclamación esta nueva documentación no prevista en la oferta”.*

Se alega por el reclamante, igualmente, que los principios de concurrencia y antiformalista exigen que la Mesa de Contratación requiera la aclaración o subsanación de la oferta en caso de dudas respecto al cumplimiento de las prescripciones técnicas. Este Tribunal se ha pronunciado reiteradamente respecto a la posibilidad prevista en el artículo 97 de la LFCP en relación con la solicitud de aclaraciones complementarias en caso de oscuridad o inconcreciones en las ofertas, así como en relación con los límites a que está sujeta dicha facultad y, concretamente, a la imposibilidad de modificar la oferta como consecuencia de su ejercicio, por cuanto ello atentaría contra los principios de concurrencia e igualdad de trato previstos en el artículo 2 de la LFCP. Cabe traer a colación, a este respecto el Acuerdo 65/2022, de 17 de junio, donde se señala lo siguiente: *“A este respecto, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 1167/2018, de 17 de diciembre, en donde, al hilo de una alegación en la que se argüía la existencia de un error tipográfico en la oferta, señaló lo siguiente:*

Sexto. En cuanto al fondo del recurso, comenzando por la consideración de que el recurrente cometió un mero error tipográfico en la oferta, y que debió permitirse su subsanación, requiriéndosele a tal efecto, debemos señalar lo que sigue.

Como vemos, no se discute que se ofertara un almacenamiento menor al previsto en el pliego; sólo si debió permitirse su subsanación.

El artículo 139 de la Ley de Contratos, en su apartado 1, señala "Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea". (...).

La cuestión que se plantea en este punto es si la mesa de contratación tenía que haber solicitado la subsanación de la referencia incorrecta en la oferta al almacenamiento exigido por el PPT, una vez advertida, conforme al artículo 27 del Real Decreto 817/2009. Sin ánimo de exhaustividad, debemos recordar la reiterada doctrina de este Tribunal sobre los defectos subsanables, por la cual son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos; con el límite, en el caso de que se trate de la oferta, de que no puede suponer la modificación de la misma en términos tales que constituya una nueva oferta.

Así podemos citar la Resolución 1203/2017, 22 de diciembre, dictada en el recurso 1097/2017, que señala que «como regla general, nuestro Ordenamiento (artículo 81 RGLCAP) sólo concibe la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, no en la oferta técnica o en la económica (cfr.: Resolución 151/2013), y ello, además, en el sentido de que la subsanación se refiere a

la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (Resoluciones 128/2011, 184/2011, 277/2012 y 74/2013, entre otras). Respecto a la oferta técnica, hemos declarado, en cambio, que “no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta” (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010). Lo que sí es posible es solicitar “aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público” (Resolución 94/2013). En definitiva, siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, “debe considerarse que ese ejercicio de solicitud de aclaraciones tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos” (Resoluciones 64/2012, de 7 de marzo, 35/2014, de 17 de enero o 876/2014, de 28 de noviembre, entre otras). Así, “una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador, ni del candidato” toda vez que, “en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato”. Por otra parte, y aun cuando se pudiera considerar que existe un error en la oferta técnica, dicho error no es subsanable. Este Tribunal ha dictado numerosas Resoluciones (por todas, 136/2011, 164/2011, 219/2011, 244/2011, 151/2012, 156/2012, 242/2012, 82/2013) que, salvo en supuestos en que se hubiera cometido un flagrante error material en que la voluntad del licitador pudiera ser fácilmente integrada, presentada la oferta no cabe posibilidad de su modificación, no existiendo obligación alguna por parte del órgano

de contratación de solicitar subsanación de la misma y debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta resulta posible solicitar aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación».

Es especialmente ilustrativa, a estos efectos, la doctrina del TJUE. Recordemos que, sobre preceptos análogos de la Directiva inmediatamente precedente a la que nos ocupa, la Jurisprudencia del TJUE, p ej, STJUE de 7-4-2016, C-324/14, ha señalado:

“60

... procede recordar que, con arreglo al considerando 46 y al artículo 2 de la Directiva 2004/18, los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia.

61

Así pues, por una parte, los principios de igualdad de trato y de no discriminación obligan a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implican, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otra parte, el objetivo de la obligación de transparencia es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Dicha obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de manera clara, precisa y unívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de

noviembre de 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, apartado 44 y jurisprudencia citada).

62

Por otra parte, como el Tribunal de Justicia ha declarado, los principios de igualdad de trato y de no discriminación y la obligación de transparencia se oponen, en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, a toda negociación entre la entidad adjudicadora y un licitador, lo que implica que, en principio, una oferta no puede ser modificada después de su presentación, ni a propuesta de la entidad adjudicadora ni del candidato. De ello se deduce que la entidad adjudicadora no puede solicitar aclaraciones a un licitador cuya oferta considere imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones (sentencia de 10 de octubre de 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 31 y jurisprudencia citada).”

63

Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha señalado que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos (sentencia de 10 de octubre de 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 32 y jurisprudencia citada).

64

A tal efecto, corresponde al poder adjudicador garantizar, en particular, que la solicitud de aclaraciones de una oferta no tenga como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de octubre de 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 36).

65

Asimismo, en el ejercicio del margen de apreciación de que dispone en lo que respecta a la facultad de solicitar a los licitadores que aclaren su oferta, la entidad

adjudicadora está obligada a tratar a los licitadores del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que una petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al licitador o licitadores que la recibieron (sentencia de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 37).”

Pues bien, en aplicación de la citada doctrina cabe señalar que en el presente caso la omisión de la documentación citada no puede ser calificada como un error material o meramente formal de la oferta y, por tanto, susceptible de subsanación, por cuanto esta no presentaba oscuridad o inconcreción, sino que, al contrario, del examen de esta, concretamente del informe de prueba CIMAC RP 22-2588-2-RP-1, se constataba el incumplimiento expreso y claro del pliego técnico. No resulta procedente, por ello, la pretensión del reclamante de que se le solicitara la subsanación de la oferta, ni la sustitución del citado informe por otros distintos, tal y como pretende mediante la aportación de los documentos 3 y 4 de su reclamación. Razones por las que no puede estimarse su pretensión, puesto que la documentación técnica incorporada en su momento acreditaba el incumplimiento de la prescripción técnica 2.p), deviniendo por ello la exclusión de la oferta, siendo obligada en aplicación del pliego y del principio de igualdad entre licitadores, no siendo por ello pertinente ni oportuna la solicitud de aclaración o subsanación alguna, ni pudiendo admitirse tampoco la nueva documentación adjunta a la reclamación por constituir una modificación de la oferta, debiendo atribuirse al licitador reclamante la falta de diligencia al elaborar su proposición debiendo asumir por ello las consecuencias del incumplimiento.

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 NACATUR 2 ESPAÑA, S.L. frente al acuerdo de la Mesa de

Contratación, de 24 de febrero de 2023, por el que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del acuerdo marco “*APRO 96/2023: Suministro de guantes de nitrilo sin polvo no estéril con destino a los centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea*”, licitado por dicho organismo autónomo.

2º. Notificar este acuerdo a NACATUR 2 ESPAÑA, S.L., al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, 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, 21 de abril de 2023. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.