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@navarrra.es

Expediente: 60/2021

ACUERDO 75/2021, de 9 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por EUROVERMON, S.L. frente a la exclusión de su oferta presentada al Lote 2 del "*Sistema Dinámico de Compra para la adquisición de diverso tipo de material de protección y contención de enfermedades (COVID-19 y en su caso otros)*", tramitado por el Departamento de Economía y Hacienda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra publicó el 16 de abril de 2021 en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del "*Sistema Dinámico de Compra para la adquisición de diverso tipo de material de protección y contención de enfermedades (COVID-19 y en su caso otros)*".

El sistema dinámico de compra se dividió en 5 lotes, teniendo por objeto el Lote 2 la adquisición de Mascarillas quirúrgicas IIR no reutilizables.

Las condiciones reguladoras del sistema dinámico de compra establecen en su capítulo V (Características técnicas de los productos a suministrar), lo siguiente:

"***Lote 2: Mascarillas quirúrgicas IIR no reutilizables.***
Marcado CE
Norma UNE EN 14683
Declaración de conformidad dónde debe aparecer, si no es producto europeo, el representante autorizado en Europa. En la declaración harán referencia a la norma UNE 14683

Licencia de la AEMPS para fabricación en España o licencia de importación."

SEGUNDO.- EUROVERMON, S.L. presentó su solicitud de participación en el sistema dinámico de compra en el periodo comprendido entre el 23 y el 29 de abril, habiéndosele admitido al mismo.

Posteriormente, se le solicitó la realización de una oferta respecto al Lote 2 para el procedimiento de compra celebrado el 4 de mayo.

En el apartado 5º de la solicitud de la oferta se señala que "*Las prescripciones técnicas que se marcan a continuación, son requisitos mínimos, de tal modo que su incumplimiento determinará la desestimación de la oferta presentada. Los envases de los productos deberán ir correctamente etiquetados. Si no cumplen la normativa de etiquetado, la oferta será desestimada.*

(...).

"*Lote 2: Mascarillas quirúrgicas IIR no reutilizables.*

Marcado CE

Norma UNE EN 14683

Mascarillas libres de grafeno"

En el apartado 6º se señala que la oferta deberá incluir dos sobres: sobre A (Declaraciones y proposición técnica) y sobre B (Criterios cuantificables mediante fórmula).

En el sobre A debía incluirse, entre otra documentación, la siguiente:

"*2- Documentación que acredite el cumplimiento de las características técnicas y de etiquetado de los productos de cada uno de los lotes que presenten oferta:*

(...).

<u>Lote 2: Mascarillas quirúrgicas IIR no reutilizables</u>.

- Ficha técnica del producto.

- Declaración de conformidad dónde debe aparecer, si no es producto europeo, el representante autorizado en Europa. En la declaración harán referencia a la norma UNE 14683.

- Informe de resultados en los que se basa la declaración.

- Licencia de la AEMPS para fabricación en España o licencia de importación.

- Fotografías de la caja que contiene las mascarillas por todos sus lados, realizada de manera que el texto sea legible.

- Muestra de mascarilla."

El apartado 7º advierte que "*Si la documentación no cumpliera las condiciones establecidas, se comunicará la inadmisión de la oferta*".

El 12 de mayo la Mesa de Contratación procedió a la apertura de las ofertas, encomendando a las vocales técnicas la evaluación de la documentación técnica aportada y la posterior remisión al resto de la Mesa de un informe de evaluación indicando el cumplimiento o incumplimiento de la documentación técnica aportada por los licitadores.

El 17 de mayo se emitió el citado informe técnico, en el que se hace constar los siguientes datos y conclusiones respecto a la oferta de EUROVERMON, S.L.:

- Lote 2
- Licitador: EUROVERMON, S.L.
- Fabricante: Precisiontex SL
- Modelo:
- Nombre comercial: QD Health
- Cumplimiento pliego condiciones: NO
- Motivo de incumplimiento pliego condiciones: Falta de trazabilidad del "informe de resultados"
- Observaciones: Informe de ensayo no aparece modelo de mascarilla

La Mesa de Contratación aprobó dicho informe el mismo 17 de mayo, excluyendo la oferta presentada por EUROVERMON, S.L. para el Lote 2.

TERCERO.- Con fecha 9 de junio, EUROVERMON, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la exclusión de su oferta, en donde alega que, ante su exclusión, han procedido a realizar la correspondiente reclamación al proveedor, que les ha comunicado que, por error, les envió una documentación que no correspondía y que, a su vez, fue presentada por su parte.

Señala que adjunta la documentación correcta y solicita al tribunal que estudie la nueva documentación aportada al objeto de no ser excluidos de la licitación.

CUARTO.- El 9 de junio se requirió la subsanación de la reclamación presentada, conforme a lo dispuesto en el artículo 126.3 de la LFCP, habiéndose cumplimentado esta el mismo día.

QUINTO.- El 9 de junio se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase oportunas, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 14 de junio, 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, 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 16 de junio el órgano de contratación aportó, dentro del plazo previsto, el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones, en el que manifiesta lo siguiente:

"*En el mismo sentido de la reclamación interpuesta por SETLAND, S.L., el licitador EUROVERMON, S.L., reclama su exclusión de la licitación solicitando que se tenga en cuenta la nueva documentación técnica aportada que corregiría los errores que motivaron el incumplimiento de los requisitos técnicos y causaron su exclusión.*

En este caso, el incumplimiento que da lugar a su exclusión tiene su origen en el documento Informe de resultados en los que se basa la declaración (documento técnico exigido en el punto 6 de la Solicitud de Oferta). Según el informe elaborado por las técnicas de prevención, de la Mesa de Contratación, "falta trazabilidad del informe de resultados y más concretamente, añaden: en el "informe de ensayo no aparece modelo de mascarilla". Esta falta de trazabilidad impide dar por válido el requisito técnico exigido. No es posible relacionar el informe de ensayo con el modelo de mascarilla ofertado. Por esta razón, en su reunión de 17 de mayo la Mesa no pudo tomar otra decisión distinta de la de excluir a EUROVERMON, S.L. por incumplimiento de los requisitos técnicos previstos en el apartado 6 de la Solicitud de Oferta.

Por tanto, según las consideraciones expuestas anteriormente y vista la doctrina transcrita, es evidente que EUROVERMON, S.L. no cumple con este requisito técnico por lo que procede su exclusión".

Solicita, por ello, la desestimación de la reclamación interpuesta.

SEXTO.- Con fecha 17 de junio se dio traslado de la reclamación a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, no habiéndose presentado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.b) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, y de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son

susceptibles de impugnación los actos de trámite o definitivos que excluyan de la licitación.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada, al tratarse de un licitador que acredita un interés directo o legítimo, conforme al artículo 123.1 de la LFCP.

TERCERO.- 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 al artículo 124.3.c) de la LFCP.

CUARTO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma prevista en el artículo 126.1 de la LFCP.

No consta en el expediente remitido la fecha de notificación al reclamante de la exclusión de su oferta, por lo que la reclamación ha de entenderse interpuesta dentro del plazo previsto en el artículo 124.2.b) de la LFCP.

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación especial la decisión adoptada, con fecha 17 de mayo de 2021, por la Mesa de Contratación designada en el Sistema Dinámico de Compra para la adquisición de diverso tipo de material de protección y contención de enfermedades (COVID-19 y en su caso otros), en cuya virtud tiene lugar la exclusión de la oferta formulada por la reclamante al Lote 2, motivada en el incumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas en el pliego regulador, concretamente por la falta de trazabilidad del informe de resultados; indicándose, al respecto, que en el informe de ensayo no consta el modelo de la mascarilla.

Alega la reclamante que el proveedor le envió por error una documentación que no correspondía con el producto ofertado; documentación que a su vez fue incorporada en la oferta. Adjuntando al escrito de interposición de la reclamación especial la nueva

documentación, a los efectos de su valoración por parte de este Tribunal en orden a la anulación de su exclusión del procedimiento.

De contrario, opone la entidad contratante, a la vista de la documentación que integra la oferta de la reclamante, que la falta de trazabilidad impide dar por válido el requisito técnico exigido, pues no es posible relacionar el informe de ensayo con el modelo de mascarilla ofertado; razón por la que su exclusión del procedimiento resulta ajustada a la legalidad.

La resolución de la controversia sometida a la consideración de este Tribunal ha de partir de lo dispuesto en las condiciones reguladoras del Sistema Dinámico de Compra para la adquisición de diverso tipo de material de protección y contención de enfermedades (COVID-19 y en su caso otros), que en su apartado vigésimo segundo, incluido en el capítulo III: Ejecución del sistema dinámico, señala que *"En la solicitud de oferta se indicará, al menos, el objeto del contrato y especificaciones técnicas, el precio máximo de licitación, el plazo máximo de presentación de ofertas, los criterios de adjudicación y la ponderación de cada uno de ellos, así como las condiciones y obligaciones particulares para la entidad adjudicataria, si las hubiera";* e indica que *"Si la documentación no cumpliera las condiciones establecidas, se comunicará la inadmisión de la oferta".*

Por su parte, el Capítulo V "Características técnicas de los productos a suministrar", respecto al Lote 2 "Mascarillas quirúrgicas IIR no reutilizables" dispone lo siguiente:

Marcado CE

Norma UNE EN 14683

Declaración de conformidad dónde debe aparecer, si no es producto europeo, el representante autorizado en Europa. En la declaración harán referencia a la norma UNE 14683

Licencia de la AEMPS para fabricación en España o licencia de importación".

Sentado lo anterior, consta en el expediente remitido a este Tribunal que la reclamante es seleccionada para participar en el procedimiento en la Sesión celebrada por la Mesa de Contratación con fecha 3 de mayo de 2021; acordándose, asimismo, invitarla a presentar oferta al Lote 2.

La Solicitud de Oferta remitida señala en su apartado quinto " Especificaciones Técnicas" que *"Las prescripciones técnicas que se marcan a continuación, son requisitos mínimos, de tal modo que su incumplimiento determinará la desestimación de la oferta presentada.*

Los envases de los productos deberán ir correctamente etiquetados. Si no cumplen la normativa de etiquetado, la oferta será desestimada. (...)

Lote 2: Mascarillas quirúrgicas IIR no reutilizables.

Marcado CE

Norma UNE EN 14683

Mascarillas libres de grafeno (...)"

A su vez, el apartado sexto, en relación con el contenido de la oferta, indica que *"Las ofertas se presentarán de acuerdo con la estructura establecida en la plataforma de licitación electrónica y contendrá dos sobres, identificados como:*

- *Sobre A- Declaraciones y proposición técnica.*
- *Sobre B- Criterios cuantificables mediante fórmula.*

6.1 CONTENIDO DEL SOBRE A "DECLARACIONES Y PROPOSICIÓN TÉCNICA".

1- En todos los lotes, declaración responsable en la que declaren la vigencia de la solvencia requerida para cada producto.

2- Documentación que acredite el cumplimiento de las características técnicas y de etiquetado de los productos de cada uno de los lotes que presenten oferta:

(...)

Lote 2: Mascarillas quirúrgicas IIR no reutilizables.

- *Ficha técnica del producto.*

- *Declaración de conformidad dónde debe aparecer, si no es producto europeo, el representante autorizado en Europa. En la declaración harán referencia a la norma UNE 14683.*
- *Informe de resultados en los que se basa la declaración.*
- *Licencia de la AEMPS para fabricación en España o licencia de importación.*
- *Fotografías de la caja que contiene las mascarillas por todos sus lados, realizada de manera que el texto sea legible.*
- *Muestra de mascarilla.*

(...)".

Finalmente, el apartado séptimo, sobre la calificación de las ofertas, señala que *"Tras la apertura de las ofertas, y una vez valoradas, a la entidad que haya realizado la mejor oferta conforme a los criterios establecidos, se le informará de tal circunstancia.*

Si la documentación no cumpliera las condiciones establecidas, se comunicará la inadmisión de la oferta.

En cualquier momento del procedimiento se podrá solicitar la acreditación del cumplimiento de los requisitos de personalidad, capacidad o solvencia a quien vaya a resultar propuesta adjudicataria, si lo consideran necesario".

Como puede observarse, conforme a las Condiciones Reguladoras del procedimiento que nos ocupa, entre las especificaciones técnicas mínimas que deben cumplir los productos a suministrar se exige la relativa a la Norma UNE 14683; cuyo cumplimiento debe ser acreditado mediante la presentación de la declaración de conformidad y el informe de resultados en los que se basa tal declaración.

Consta en el expediente remitido a este Tribunal que la reclamante ofertó el suministro de la mascarilla "QD Health"; constituyendo un hecho no controvertido, reconocido por la propia reclamante, que en el informe de ensayo que, conforme a lo exigido en el pliego, debe figurar en la oferta no consta el modelo de la mascarilla al que el mismo se refiere, pues ésta asume expresamente que tal documentación no

correspondía al producto ofertado. Y así lo indica el informe técnico de valoración obrante en el expediente remitido a este Tribunal, señalando que, por tal causa, incumple el pliego de condiciones; restando, así, por analizar las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento apreciado en la oferta formulada.

SEXTO.- Expuestas las posiciones de las partes, debemos comenzar recordando la reiterada doctrina de este Tribunal relativa a la consideración de los pliegos como ley del contrato, y a la obligación de los licitadores de adecuar su oferta a lo dispuesto en aquellos y, en especial, a sus prescripciones técnicas, así como a la exclusión de los licitadores como consecuencia del incumplimiento de aquellas; pliego que ha sido expresamente aceptado por la reclamante al presentar su oferta, pues como dispone el artículo 53.1 LFCP *"Las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna".* Carácter vinculante que cabe predicar también de las prescripciones técnicas, tal y como señalamos, entre otros, en nuestro Acuerdo 79/2019, de 11 de octubre, donde razonamos que "*en la definición del objeto contractual juegan un papel relevante las prescripciones técnicas que tienen que regir la contratación, cuya finalidad es definir las características técnicas de la prestación necesarias para la correcta ejecución del contrato y, en consecuencia, necesarias para la satisfacción de la necesidad pública que, precisamente, justifica la contratación, atribuyéndose, conforme a los artículos 40 y 46 LFCP, la competencia para su aprobación al órgano de contratación. Esta decisión del órgano de contratación en cuanto al establecimiento de los requisitos técnicos exigibles queda dentro del ámbito de la discrecionalidad que tiene atribuida para definir las características propias del servicio a prestar, 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". De ahí que el artículo 97 LFCP, en relación con la evaluación de los criterios no cuantificables mediante la aplicación de fórmulas, prevea la posibilidad de desechar las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato.*

Así, entre otros, en nuestro Acuerdo 54/2021, de 11 de junio, abordamos la cuestión relativa a la obligatoriedad de las prescripciones técnicas y la exclusión de los licitadores como consecuencia del incumplimiento de aquellas, razonando que *"SEXTO.- Llegados a este punto, y avanzando en el análisis del motivo de impugnación alegado, procede traer a colación la doctrina de este Tribunal relativa al incumplimiento de prescripciones técnicas como causa de exclusión, expuesta, entre otros, en nuestro Acuerdo 22/2021, de 3 de marzo, en los siguientes términos: "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."

En el supuesto analizado, el incumplimiento por la oferta de la reclamante de la citada especificación técnica resulta expreso y claro, habida cuenta que es el propio reclamante quien reconoce, respecto al informe de ensayo aportado para acreditar que el producto cumple la exigencia relativa a la declaración de conformidad con la norma UNE 14683, que no correspondía al modelo de mascarilla ofertado; indicando expresamente que tal documentación fue remitida por error por el proveedor e incluida en su oferta. Circunstancia que determina, como apunta la entidad contratante, la imposibilidad de acreditar y verificar que tal ensayo se refiera al concreto producto ofertado y, por ende, que éste reúna la declaración de conformidad requerida.

Siendo esto así, lo cierto es que corresponde al licitador la observancia de la diligencia suficiente en la preparación de su oferta y, por tanto, éste debe soportar las consecuencias de su incumplimiento y, por tanto, de la posibilidad o no de subsanar defectos que pudieran apreciarse en la misma. En este sentido, tal trámite de subsanación, conforme a lo dispuesto en el artículo 96 LFCP, deviene obligado para el caso de que la documentación acreditativa de la personalidad, capacidad, solvencia económica y financiera y técnica o profesional sea incompleta o presente alguna duda; si bien, como matiza la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 120/2019, de 25 de marzo, tal posibilidad se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido pero no a una nueva oportunidad de hacerlo.

No acontece lo mismo para el caso de la oferta técnica y económica, pues en estos supuestos, lo que el artículo 97 del mismo cuerpo legal contempla es la posibilidad de solicitar aclaraciones sin imponer al órgano de contratación la obligación de solicitar la subsanación de la misma; previendo que *"Si el órgano de contratación considera que la oferta presentada adolece de oscuridad o de inconcreción, podrá solicitar aclaraciones complementarias, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato de quienes hayan licitado, que no podrán modificar la oferta presentada. El plazo de contestación no podrá ser inferior a cinco días ni exceder de diez".*

En efecto, siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas dicha solicitud 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. Por tanto, aun cuando se pudiera considerar que existe un error en la oferta técnica o económica, dicho error no es subsanable, salvo que quede acreditado la existencia de un flagrante error material en que la voluntad del licitador pudiera ser fácilmente integrada.

Así lo pusimos de relieve en nuestro Acuerdo 74/2019, de 16 de septiembre, donde señalamos 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 la posibilidad de su modificación, no existiendo obligación*

alguna por parte del órgano de contratación de solicitar la subsanación de la misma y debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta."

En similares términos se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 436/2019, de 25 de abril, , cuando apunta que *"Como el Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones, incumbe a los licitadores emplear la diligencia necesaria en la preparación y presentación de sus ofertas (por todas, Resolución 542/2016, de 8 de julio). Y, siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas –"pues dicha actuación es una exigencia derivada de los principios de buena administración y proporcionalidad, igualmente aplicables a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos"–, "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, o 35/2014, de 17 de enero, 398/2015, de 30 de abril, entre otras muchas), debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de ese 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)."*

Sobre este particular, también en nuestro Acuerdo 109/2020, de 16 noviembre, concluimos que *"Así pues, como acertadamente señala la Resolución 864/2017, de 3 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, no todo error que se cometa al formular una oferta puede ser objeto de aclaración o de subsanación, debiendo limitarse esa posibilidad a los que no impliquen variación en la propia oferta. Por esa razón son admisibles los errores de hecho, de cuenta o numéricos, ya que no implican variación alguna de la voluntad manifestada en la oferta, voluntad que permanece siendo la misma una vez detectado el error y corregido sin que sea para ello necesario especiales razonamientos. Y ello es así, por cuanto de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores u omisiones de carácter fáctico, se*

estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas".

Conclusión que se desprende, igualmente, de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, en Sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010), en la que se afirma que *"una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato", dado 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"*. Añadiendo que *"no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia, que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados"*, pues *"la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos".*

La aplicación de la doctrina citada al supuesto analizado nos lleva a confirmar la legalidad de la decisión adoptada por la Mesa de Contratación, pues, ante el incumplimiento por la reclamante de su deber de diligencia en la formulación de la oferta técnica, no ajustada a las especificaciones técnicas requeridas en el pliego, dicho órgano colegiado no sólo no tenía obligación sino tampoco posibilidad de permitir su subsanación, pues el hecho de que el informe de ensayos no se refiera al concreto producto ofertado no puede ser calificado como un simple error material susceptible de subsanación mediante una aclaración posterior, toda vez que, de un lado, impidió verificar con certeza que dicho producto reunía la declaración de conformidad exigida, sin que fuese posible entender, a la vista de su contenido, que el producto ensayado fuese el ofertado, pues como asume la reclamante tal documento no correspondía a éste; y, de otro, tal subsanación únicamente resultaba posible mediante la ampliación del

contenido de la oferta inicialmente presentada, lo que hubiera supuesto una infracción del principio de igualdad de trato entre los licitadores.

SÉPTIMO.- Alcanzada la anterior conclusión, debemos analizar en segundo lugar si, como pretende la reclamante, cabe atender a la documentación que aporta junto con el escrito de interposición de la presente reclamación especial en orden a subsanar, en este procedimiento de recurso, el defecto apreciado en su oferta; documentación que se corresponde con el informe de ensayo del modelo de mascarilla ofertado.

En este sentido, en nuestro Acuerdo 94/2020, de 21 de octubre, indicamos que el análisis de documentos que no fueron aportados en el trámite correspondiente, en ese caso el de examen de las propuestas o el posterior de subsanación, está vedado a este Tribunal y ello como consecuencia de su carácter revisor, porque tal actuación equivaldría a reabrir tal trámite, debiendo ceñirse su intervención al examen de legalidad de la actuación de la entidad contratante en relación con la documentación de la que ésta dispuso en el referido trámite. Y así lo señala también la Resolución 897/2015, de 5 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales cuando apunta que "*De igual modo, y al hilo de dicho carácter revisor, debe precisarse, en lo que atañe al propio examen de legalidad del acuerdo impugnado, y atendido que el recurso interpuesto por la actora se ve acompañado de diversa documental que tiende a complementar la justificación en su momento ofrecida, que este Tribunal tiene también declarado en diversas resoluciones anteriores (valgan por todas la 303/2013 y 433/2014) que a la hora de justificar el acuerdo de exclusión, hay que considerar la información facilitada en su momento y no la aportada posteriormente. Y es que, efectivamente, la nueva información, no puede ser tenida en cuenta por el Tribunal porque, por un lado, el trámite de justificación de ofertas está cerrado; y por otro, porque su función es exclusivamente revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad sin que sea, en consecuencia, competencia del mismo determinar la validez de la oferta,... con motivo de la nueva información aportada*".

Especialmente clara resulta la Resolución 233/2019, 16 julio, del Tribunal de Recursos Contractuales de Andalucía, al afirmar que "*Al respecto, hay que indicar que la posibilidad de subsanar, modificar o completar la documentación en vía de recurso 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. En este sentido, como ya ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas las Resoluciones 218/2018, de 13 de julio y 257/2018, de 19 de septiembre, 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 definitiva, la reclamante debe soportar las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la elaboración de su oferta; motivo por el cual procede la desestimación de la reclamación interpuesta y, por tanto, la confirmación de la decisión de exclusión adoptada por la Mesa de Contratación, por resultar ésta ajustada a Derecho.

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 EUROVERMON, S.L. frente a la exclusión de su oferta presentada al Lote 2 del "*Sistema Dinámico de Compra para la adquisición de diverso tipo de*

material de protección y contención de enfermedades (COVID-19 y en su caso otros)", tramitado por el Departamento de Economía y Hacienda.

2º. Notificar este Acuerdo a EUROVERMON, S.L., al Departamento de Economía y Hacienda, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 9 de agosto de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.