



Expediente: 67/2021

ACUERDO 85/2021, de 24 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 NAVARRA DE ETIQUETAJES, S.L. frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato “*APRO 93/2021: Suministro de etiquetas de Laboratorio adhesivas con destino a los centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea*”, tramitado por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 3 de mayo de 2021, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante SNS-O) remitió a diversas entidades una invitación para participar en el contrato “*APRO 93/2021: Suministro de etiquetas de Laboratorio adhesivas con destino a los centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea*”, tramitado mediante procedimiento simplificado, habiéndose presentado ofertas por las siguientes empresas:

- NAVARRA DE ETIQUETAJES S.L.
- ARES SOLUCIONES DE IDENTIFICACIÓN, S.A.
- LARA NORTE, S.A.
- LAMBRA, S.L.

SEGUNDO.- Tras la apertura del sobre B, el 9 de junio de 2021 se emitió el informe técnico de valoración de las ofertas por el Servicio de Análisis Clínicos del SNS-O, excluyéndose la oferta de NAVARRA DE ETIQUETAJES S.L. porque “*presenta únicamente muestras de uno de los dos productos del lote 1. Por tanto, no*

resulta posible la comprobación de las Prescripciones Técnicas y/o la valoración de los productos ofertados”.

No consta en el expediente la fecha de notificación de dicha exclusión a NAVARRA DE ETIQUETAJES S.L., si bien la misma es de fecha 14 de junio.

TERCERO.- Con fecha 21 de junio de 2021, NAVARRA DE ETIQUETAJES S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a dicha exclusión, alegando que recibieron muestras físicas de un solo modelo y que consideran suficiente reproducir solo ese ya que la diferencia entre los dos es mínima, *“un código de barras y para nuestro sistema informático y nuestros procesos de fabricación es un solo modelo con 2 variantes en el último paso que es la impresión variable”.*

Por ello, solicita que se le conceda la posibilidad de entregar muestras del modelo 2 en un breve espacio de tiempo para poder ser incluidos de nuevo en la licitación.

CUARTO.- En la misma fecha se requirió la subsanación de la reclamación, con objeto de que se aportara la *“Copia de la comunicación, notificación o indicación de la publicación del acto objeto de impugnación, señalando el procedimiento en que haya recaído dicho acto”*, conforme al artículo 126.2.a) de la LFCP, habiéndose atendido dicho requerimiento el mismo día.

QUINTO.- Con fecha 23 de junio 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.

El 25 de junio el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones en el que señala lo siguiente:

Que la licitación contiene un solo lote que se compone de dos etiquetas que físicamente son iguales, excepto en el contenido que debe figurar en los códigos de barras que llevan impreso, lo cual se indica en las prescripciones técnicas del pliego, que establece para cada modelo los sufijos que se deben incorporar en la impresión de los códigos de barras, según el centro que realiza el pedido.

Que, al tratarse de un expediente en que los materiales a licitar están dentro de un lote, es necesario la presentación de muestras y oferta a cada uno de dichos materiales.

Que el reclamante presentó oferta a ambos materiales y entregó las muestras dentro del plazo de licitación, indicándose en el sobre de entrega lo siguiente: *“Referencias: Etiqueta 95*202mm, color y “Etiqueta adhesiva código de barras 95 mm * 202 mm para análisis clínicos, color”.*”

Que los pliegos de la licitación establecen que deberá presentarse muestras de cada producto ofertado, ajustándose las mismas al contenido establecido en los pliegos, y que *“cuando existan defectos o carencias en la presentación de las muestras y no resulte posible la comprobación de las Prescripciones Técnicas y/o la valoración de los productos ofertados por parte de la Administración, la oferta quedará excluida de la licitación”.*

Que *“la empresa ha presentado únicamente en plazo muestras de uno de los productos ofertados, impidiendo así a los técnicos encargados de la valoración de los productos, la comprobación del contenido de cada una de las etiquetas y, por tanto, impidiendo la comprobación del cumplimiento de las prescripciones técnicas. La propia empresa admite esta circunstancia en su reclamación, así como que los productos son distintos, por tanto, esta cuestión no es discutida.”*

Que los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según reiterada

jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación.

Que dichos pliegos no se han impugnado en plazo, por lo que son firmes y constituyen la ley conforme a la cual debe interpretarse cualquier duda respecto al procedimiento de licitación y a la ejecución del contrato, por lo que la exclusión ha sido correcta y ajustada a derecho.

Que pretende la empresa que en este momento se le conceda un nuevo plazo para la presentación de muestras y que se le readmita en la licitación, lo cual supondría quebrantar el principio de igualdad de trato, procediéndose a dar un trato desfavorable a aquellos licitadores que, de manera diligente, han presentado la oferta y las muestras correspondientes en plazo.

Solicita, en atención a lo expuesto, la desestimación de la reclamación interpuesta.

SEXTO.- El 28 de junio se requirió al órgano de contratación la aportación de nueva documentación, haciéndose constar que *“no se ha aportado el acta de la Mesa de Contratación de 10 de junio, en la que se acordó la exclusión de la empresa reclamante”*.

El órgano de contratación aportó un escrito el 29 de junio en el que señala que *“no se ha constituido Mesa de Contratación para actuar en este procedimiento, por lo tanto, las referencias que se contienen a “la Mesa de Contratación” o a la “Secretaría de la Mesa” en la carta de exclusión enviada al licitador obedecen a un error, ya que en su lugar debió hacerse referencia a la unidad gestora. En cualquier caso, el error formal padecido en la comunicación no altera el resultado de la valoración que llevó a la exclusión del reclamante”*, aportándose el informe de la unidad gestora en el que se establece el resultado de la valoración de las ofertas presentadas a la licitación.

SÉPTIMO.- El 29 de junio 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, sin que se haya 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 impugnado susceptible de reclamación ante este Tribunal conforme al artículo 122.2.

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.

Respecto a la interposición de la reclamación dentro del plazo legalmente previsto, cabe reiterar que no consta en el expediente remitido a este Tribunal la notificación del acto de exclusión. Sin embargo, el órgano de contratación señala en sus alegaciones que dicha notificación se produjo el 14 de junio, por lo que debe concluirse que la reclamación ha sido interpuesta dentro de plazo.

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.- Constituye el objeto de la presente reclamación especial la decisión adoptada en el seno del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro de

etiquetas de Laboratorio adhesivas con destino a los centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, en cuya virtud se resuelve la exclusión de la oferta de la reclamante motivada en que presenta únicamente muestras de uno de los productos del Lote 1, no resultando, por ello, posible la comprobación de las Prescripciones Técnicas.

Tal y como se ha señalado en los Antecedente de Hecho, expone la reclamante, como único motivo de impugnación, que recibieron muestras físicas de un solo modelo y consideraron suficiente reproducir únicamente éste, por cuanto la diferencia entre los dos productos del Lote es mínima; interesando la subsanación de tal defecto mediante la entrega muestras del segundo de los productos.

Así pues, constituye un hecho no controvertido que la reclamante únicamente presenta las muestras correspondientes a uno de los productos que integran en Lote 1 del contrato de suministro que nos ocupa; restando, por tanto, analizar las consecuencias jurídicas que de ello se derivan, esto es, si la exclusión del procedimiento por tal circunstancia resulta ajustada a la legalidad.

Delimitado así el objeto de la cuestión planteada, su resolución exige partir de las disposiciones que al efecto contiene el pliego regulador. Así, el Cuadro de Características en su apartado 1.3, en relación con el objeto del contrato indica que éste consiste en el suministro de *“Etiquetas Adhesivas para Laboratorio 30192800-9”*, añadiendo que *“En los lotes en los que se incluyen varios materiales, los licitadores deberán ofertar a todos los materiales del lote”*.

A continuación, el apartado segundo, al regular el precio máximo de licitación, presupuesto del contrato y valor estimado, concreta que la licitación consta de un solo lote que comprende dos productos: ETIQUETA 95*202MM., COLOR, código 3405xxxx, y ETIQUETA ADHESIVA CODIGO DE BARRAS 95MM*202MM PARA ANALISIS CLINICOS, COLOR, código 34050223.

Finalmente, el apartado octavo, sobre la forma y contenido de las proposiciones, señala, en lo que ahora interesa, lo siguiente: “8.2. *Detalle del contenido del Sobre B “Proposición relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas”*”:

1). Datos técnicos de los productos ofertados:

Los licitadores presentarán en este sobre, debidamente cumplimentado, el Anexo III – ‘Datos técnicos de los materiales ofertados’, indicando: nombre comercial, marca/modelo (máximo 40 caracteres), referencias, EAN y presentación del material.

Si en los envases de los materiales a suministrar figurasen 2 o más códigos de barras: EAN/GTIN (el del fabricante y el del distribuidor, por ejemplo), deberán aportar todos ellos, de manera que se asegure que la lectura de cualquiera de ellos va a permitir la correcta identificación de ese material en el sistema de gestión de almacenes.

La plantilla correspondiente a dicho Anexo III se encuentra, para facilitar su cumplimentación, en el anuncio del expediente en el Portal de Contratación: <http://www.contrataciones.navarra.es>.

Importante: Este Anexo cumplimentado con la oferta, deberá incluirse en la oferta que presente en formato EXCEL, no en PDF, con el fin de que podamos volcar los datos a nuestra aplicación informática.

2). Dossier con fichas técnicas y descripción técnica de los productos ofertados:

Con definición de la composición, diseño, y elementos constituyentes; catálogos, fotografías, y cuantos documentos explicativos estime oportuno aportar el licitador con referencia a las características del material ofertado, que resulte precisa para acreditar el cumplimiento de los requerimientos técnicos establecidos en las Prescripciones Técnicas y para la valoración técnica de los criterios no cuantificables mediante fórmulas.

La documentación que se presente deberá estar adecuadamente ordenada y acompañada de un índice temático.

El número de páginas a presentar será de 10 páginas como máximo por lote.

Importante: Si las fichas técnicas, catálogos, manuales, procedimientos, etc... y cualquier documento a aportar en este sobre contiene información relativa a criterios cuantificables mediante fórmulas, deberá eliminarse, ocultarse o tacharse.

No podrá aportarse, porque será motivo de exclusión de la licitación, cualquier dato económico en este sobre ni información sobre criterios que proceda valorar con fórmulas objetivas, debiendo incluir éstos en el “Sobre C-Proposición relativa a criterios cuantificables mediante fórmulas” (ver Cláusula 8).

**) Muestras: Deberán presentarse muestras de cada producto ofertado de la siguiente forma:*

- Plazo: Antes de finalizar el plazo de presentación de las ofertas.*
- Lugar de presentación: Deberán presentarse en Servicios Centrales del SNS-O, Servicio de Aprovisionamiento y SSGG, C/Tudela, 20, 31003, Pamplona (Navarra).*
- Cantidad: Deberán presentarse al menos 100 etiquetas.*
- Identificación: En un sobre o caja, donde conste: “MUESTRAS APRO-93/2021”, con el siguiente contenido:*

Muestra del producto ofertado, identificada con una etiqueta en la que constará la siguiente información:

Nombre del licitador que presenta la oferta, oferta base / variante, Referencia y presentación (número de unidades de venta mínima).

Las muestras se utilizarán para poder evaluar los productos ofertados, por lo que no será posible recuperarlas por parte de los licitadores.

Cuando existan defectos o carencias en la presentación de las muestras y no resulte posible la comprobación de las Prescripciones Técnicas y/o la valoración de los productos ofertados por parte de la Administración, la oferta quedará excluida de la licitación”.

Llegados a este punto, no podemos sino recordar la doctrina que este Tribunal viene aplicando de forma reiterada - por todos, Acuerdo 22/2021, de 3 de marzo - relativa a que el pliego regulador constituye la ley del contrato y obliga tanto a la entidad contratante como al licitador que participa en el procedimiento de licitación de que se trate mediante la presentación de la proposición. Al efecto, hemos de partir del valor vinculante 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, pues es la Ley que rige la contratación entre las partes y al Pliego hay que estar, respetar y cumplir.

Doctrina que encuentra su fundamento legal en el artículo 53.1 LFCP cuando determina que *"Las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna"*; y recogida en el apartado primero de la cláusula séptima del Pliego regulador del contrato que nos ocupa que establece 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"*. Carácter vinculante que determina, obviamente, la necesaria observancia de las reglas de correspondientes a la forma y contenido de las proposiciones; debiéndose advertir, en este sentido, que en este procedimiento el pliego no ha sido impugnado, deviniendo así firme y consentido y siendo, por tanto, vinculante en cuanto a su contenido tanto para la entidad contratante como para las personas licitadoras que participan en el mismo, entre ellas, la reclamante.

Sentado lo anterior, de las cláusulas transcritas del pliego se desprende con meridiana claridad la obligación de los licitadores de presentar oferta a los dos productos que conforman el único Lote objeto de licitación y la de incorporar en el Sobre B de su proposición muestras de cada uno de los productos ofertados; así como que la presentación de tales muestras se requiere precisamente para la evaluación de éstos, de forma que su falta de aportación es, conforme al pliego, causa de exclusión de la oferta. No pudiéndose negar que la oferta de la reclamante incumplió tal obligación pues, como reconoce expresamente, sólo presentó muestra de uno de los dos productos objeto de suministro.

Siendo esto así, no podemos sino afirmar que tal incumplimiento constituye causa de exclusión de la oferta, y ello no sólo por preverlo así el pliego de forma expresa, sino por cuanto la aportación de las muestras de los productos constituye parte inexcusable y esencial de la oferta, pues se requieren, precisamente, en orden a verificar el cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas, de forma que su omisión

imposibilita que la Mesa de Contratación verifique un extremo tan fundamental como es que los productos ofertados reúnen los requisitos técnicos exigidos en el pliego.

Y no sólo eso, sino que tal defecto no resulta, en contra de lo ahora pretendido por la reclamante, subsanable con posterioridad, pues teniendo en cuenta que, conforme al pliego regulador, las muestras forman parte esencial de la proposición, la subsanación de tal defecto supondría la nueva aportación de éstas, incorporando la muestra omitida, lo que supondría una evidente modificación de la oferta con quebranto de la igualdad de trato entre licitadores.

Efectivamente, en relación con la subsanación de las ofertas, señalamos en nuestro Acuerdo 75/2021, de 9 de agosto, que *“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.”

La aplicación de la doctrina citada al supuesto que nos ocupa nos lleva, como decimos, a calificar la falta de aportación de la muestra requerida en el pliego como un defecto insubsanable, toda vez que supondría la variación de la oferta formulada incorporando una parte de la oferta, exigida en el pliego, no aportada en tiempo y forma por la reclamante. Resultando, por tanto, obligada su exclusión del procedimiento, por exigirlo así el principio de igualdad entre los licitadores; principio rector en materia de contratación pública sobre el que la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), afirma lo siguiente: *“Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80)”*.

Dicho en otros términos, posibilitar, como pretende la reclamante, la presentación de la muestra del producto que ha omitido en su oferta, supondría conferirle la posibilidad de completar ésta y, por ende, un agravio comparativo para con

los licitadores que, dentro del plazo habilitado para la presentación de proposiciones, las formularon ajustándose al pliego, implicando una ventaja frente al resto de licitadores, con evidente infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación proclamado en el artículo 2.1 LFCP.

En similares términos se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 821/2018, de 24 de septiembre, que al analizar un supuesto en que la licitadora no había presentado correctamente las muestras conforme a lo exigido en el pliego, señala que *“(...) La falta de aportación de las muestras de guantes debidamente envasadas tal y como con toda claridad exige el pliego constituye un defecto esencial de la oferta que no cabe entender subsanable otorgando una nueva posibilidad al licitador para aportar nuevas muestras, pues con ello se le estaría permitiendo modificar el contenido de su proposición en lo que hace a las características de las muestras objeto de la misma, vista la esencialidad del requisito de que se aportasen envasadas en sus cajas originales e, insistimos, la claridad con la que se pronuncia el pliego al respecto. Se trata por ello de un requisito sustancial cuyo incumplimiento no puede estimarse subsanable so pena de vulnerar el principio de igualdad entre los licitadores.”*

Cumple indicar que la claridad con la que se expresa el pliego en lo que a exigencia de la aportación de muestras de ambos productos se refiere y la finalidad esencial de este requisito de las proposiciones en orden a valorar el cumplimiento de las prescripciones técnicas de los productos ofertados, determina que no pueda tener favorable acogida la alegación que realiza la reclamante en el sentido de haber entendido suficiente presentar muestras de un solo modelo por ser mínima la diferencia entre ambos productos, pues para ello debería haber impugnado previamente el pliego, que exigía presentar muestras de los dos productos, impugnación que no hizo, quedando así esta exigencia como “lex contractus” y, por tanto de obligada observancia para las personas licitadoras y también de obligada exigencia por parte la entidad contratante, como así ha sido.

Así pues, a la vista de lo expuesto, la decisión de la Mesa de Contratación de excluir la oferta a la reclamante, al no haber presentado la muestra de uno de los dos productos ofertados resulta ajustada a derecho, procediendo, por tanto, la desestimación de la reclamación interpuesta.

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 NAVARRA DE ETIQUETAJES, S.L. frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato “*APRO 93/2021: Suministro de etiquetas de Laboratorio adhesivas con destino a los centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea*”, tramitado por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

2º. Notificar este acuerdo a NAVARRA DE ETIQUETAJES, 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, 24 de agosto de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.