



Expediente: 86/2023

ACUERDO 87/2023, de 27 noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por MEDIPORT, S.L. frente al acuerdo de exclusión de su oferta del Lote 1 del contrato “*APRO 31/2023: Suministro de espumas de poliuretano con destino a los centros del Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea*”, licitado por dicho organismo autónomo.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante SNS-O) publicó el 15 de marzo de 2023 en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato “*APRO 31/2023: Suministro de espumas de poliuretano 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 17 de marzo.

Dicho contrato se dividió en cuatro lotes, teniendo por objeto el lote 1 el suministro de “Apósito absorbente de espuma de poliuretano con reborde 10\*10”; lote al que concurren los siguientes licitadores:

- SMITH & NEPHEW, S.A.U.
- COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A.
- LABORATORIOS URGO, S.L.
- IBERIAN CARE 2016, S.L.
- MEDIPORT, S.L.

SEGUNDO.- Con fecha 13 de abril la Mesa de Contratación procedió a la apertura del sobre A (Documentación Administrativa) presentado por los licitadores, admitiendo a todos ellos tras su examen.

A continuación, abrió el sobre B (Proposición relativa a criterios sometidos a juicio de valor), comprobando que la documentación presentada era conforme con lo exigido en la cláusula 8 del pliego, poniendo la misma a disposición del personal técnico de la Mesa para que procediera a su examen y valoración técnica.

Con fecha 9 de octubre se emitió el informe de valoración de las ofertas, donde se propone la exclusión de la oferta presentada por MEDIPORT, S.L. al lote 1 por tener 3 capas y no “mínimo 4 capas incluida la adherente de la zona activa”.

La Mesa de Contratación aprobó dicho informe el 11 de octubre, acordando la exclusión de dicha empresa por el motivo señalado.

También el 11 de octubre se produjo la apertura del sobre C (Criterios cuantificables mediante fórmulas), atribuyéndose las puntuaciones correspondientes a dichas ofertas mediante acuerdo de 18 de octubre, siendo la oferta mejor valorada para el lote 1 la formulada por SMITH & NEPHEW, S.A.U.

Con fecha 18 de octubre se notificó al reclamante la exclusión de su oferta al lote 1, haciendo constar en la misma lo siguiente: *“Con fecha 11 de octubre de 2023, la Mesa de contratación que interviene en el procedimiento de referencia ha aprobado el informe de valoración de criterios sometidos a juicios de valor constatándose que en el lote 1, la oferta presentada por su empresa no cumple con el apartado “Anexo V.3.a) Apósito absorbente multicapa (mínimo 4 capas incluida la adherente en zona activa) compuesto principalmente de espuma de poliuretano con zona activa adherente y reborde adherente siliconado.” de las Prescripciones Técnicas del Pliego Regulador ya que la muestra presentada tiene 3 capas.*

*Por lo tanto, de conformidad con lo expuesto, la Mesa de Contratación ha acordado excluir de la licitación del lote 1 la oferta presentada por la empresa Mediport, S.L. por los motivos expuestos.”*

El 26 de octubre la Mesa de Contratación formuló la propuesta de adjudicación de dicho lote a la empresa SMITH & NEPHEW, S.A.U.

TERCERO.- Con fecha 26 de octubre, MEDIPORT, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente al acuerdo de exclusión de su oferta al lote 1.

El 27 de octubre se requirió la subsanación de dicha reclamación, la cual se cumplimentó en la misma fecha.

Señala el reclamante que en la ficha técnica que acompañaban en la licitación se expone que el apósito está formado por cuatro capas laminadas, explicándose las características propias de cada capa.

Adjunta la ficha técnica donde se detalla esta composición, así como sus características.

Solicita que se deje sin efecto la exclusión de su oferta al citado lote.

CUARTO.- Con fecha 30 de octubre el órgano de contratación aportó el correspondiente expediente, así como un escrito de alegaciones, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP, manifestando lo siguiente:

1ª. Que con fecha 27 de octubre se ha emitido un informe técnico por parte del Servicio de Aprovisionamiento sobre los hechos alegados en la reclamación, informe que se adjunta.

En dicho informe se explica que mediante la revisión de la muestra presentada por Mediport de la referencia 73284-05 para el lote 1, se ha comprobado que la cantidad de capas en la zona activa del apósito no corresponde con la señalada en la ficha técnica. Para demostrarlo, aportan la foto del apósito de Mediport recortado y con las capas separadas, para que pueda observarse que, tras el análisis de la muestra, se comprueba que realmente tiene tres capas.

Así, aunque el apósito está compuesto de cuatro materiales, dos de ellos están integrados en la misma capa, que denominan capa 2 por diferenciarla del resto. Las capas del apósito de Mediport serían:

- 1.- Capa de film de poliuretano
- 2.- Capa de tiras superabsorbentes integradas en capa de espuma de poliuretano
- 3.- Capa de contacto siliconada perforada

Por ello, el informe se ratifica en la exclusión de la oferta presentada por dicha empresa al lote 1 por incumplir la correspondiente prescripción técnica.

2ª. Alude, a continuación, a la reiterada doctrina sobre la discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación en la valoración del cumplimiento de las prescripciones técnicas del pliego por parte de las ofertas.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la desestimación de la reclamación especial interpuesta.

QUINTO.- El 31 de octubre se dio traslado de la reclamación a las demás personas interesadas al objeto de 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 susceptibles de impugnación los actos de trámite o definitivos que excluyan a los licitadores o perjudiquen sus expectativas, conforme al artículo 122.2 de dicha 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.- Constituye el objeto de la presente reclamación especial la decisión adoptada por la Mesa de Contratación actuante en el procedimiento de referencia en cuya virtud tiene lugar la exclusión de la oferta de la reclamante al lote 1 correspondiente al suministro de “Apósito absorbente de espuma de poliuretano con reborde 10\*10”, motivada en el incumplimiento de la prescripción técnica exigida en el Anexo V.3.a) del pliego regulador “Apósito absorbente multicapa (mínimo 4 capas incluida la adherente en zona activa) compuesto principalmente de espuma de poliuretano con zona activa adherente y reborde adherente siliconado”. Deduciéndose como pretensión, la anulación del acto impugnado, con fundamento en los motivos y argumentos que de manera pormenorizada hemos detallado en el apartado correspondiente a los Antecedentes de Hecho del presente Acuerdo al que ahora nos remitimos en orden a evitar retiraciones innecesarias, y a los que la entidad contratante se opone con fundamento en las alegaciones también allí expuestas.

Delimitado así el objeto del debate, debemos recordar, con carácter previo al análisis de los concretos motivos de impugnación planteados y como premisa de éste, la doctrina seguida por este Tribunal, sintetizada, entre otros, en el Acuerdo 97/2022, de 17 de octubre, que deriva del artículo 53.1 LFCP, relativa a la consideración del pliego como ley del contrato, toda vez que dicho documento contractual no ha sido objeto de

impugnación, siendo aceptado por las personas licitadoras, entre ellas la reclamante, al formular sus proposiciones.

Así, decíamos en nuestro Acuerdo 97/2021, de 29 de septiembre, que *“Llegados a este punto, cabe recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.1 de la LFCP, “Las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna”; previsiones éstas que, en nuestro caso, han devenido firmes y consentidas por no haber sido impugnadas en el momento procedimental oportuno con ocasión la publicación de dicho documento contractual.*

*Así, el pliego se califica por la jurisprudencia como "auténtica ley del contrato" al recoger los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes en sus aspectos jurídicos, económicos y administrativos, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases. Así lo afirma, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2021, cuando expone que “La jurisprudencia de la Sala en relación con la libertad de pactos que antes indicamos, tal como señalamos, en nuestra Sentencia de 1 de diciembre de 2020, antes citada y que ahora seguimos, y mediante la mención del artículo 4 de la Ley 13/1995, esta Sala viene declarando, por todas, Sentencia de 29 de abril de 2009 (recurso de casación n.º 1606/2007) que “es pacífico en la doctrina científica y reiterado en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el Pliego de Cláusulas administrativas constituye la ley del contrato, con fuerza vinculante para las partes contratantes. Bien lo expresa el Alto Tribunal, p. ejem. en su sentencia de 9 de julio de 1988: "la contratación administrativa, no obstante sus especiales características, tiene como nota o fondo común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser, ante todo, un concierto de voluntades, en el que las normas fundamentales y en primer término aplicables, son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones aceptado por éste, por lo que los derechos y obligaciones derivados de estos contratos se regulan, ante todo, por lo previsto en el pliego de condiciones publicado para su celebración, como "ley primordial del contrato", resultando obligado, en consecuencia de ello, para resolver las cuestiones*

*relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de un contrato administrativo, el remitirse a lo establecido en el correspondiente pliego".*

*De esta consideración del pliego como ley del contrato deriva pues, como también este Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones - por todos, Acuerdo 76/2019, de 24 de septiembre - su carácter vinculante, tanto para la entidad contratante que lo ha aprobado como para los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido, y la imposibilidad de apartarse del mismo o proceder a su modificación, si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello. Esto también significa que si, como en el caso que nos ocupa, no es impugnado en el momento procedimental normativamente establecido para ello, deviene consentido y firme, debiendo aplicarse todas sus cláusulas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto las que sean nulas de pleno. Resultando así que lo más significativo, en relación con el carácter vinculante de los pliegos, es que la participación en el procedimiento por los licitadores comporta la asunción de los derechos y deberes definidos en los mismos que, como ley primordial del contrato, constituye la fuente a la que debe acudir para resolver todas las cuestiones que se susciten en relación a la adjudicación, cumplimiento, interpretación y efectos del contrato en cuestión".*

Consideraciones también recogidas, de forma reiterada, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra - por todas, Sentencia 445/2021, de 30 de diciembre - que afirma que "Los PCAP que son *lex contractus*, esta Sala en STJNA de 25 de mayo de 2021 rec. 183/2020 ha establecido "Esta Sala se ha hecho eco en numerosas sentencias, citamos por todas las sentencias dictadas en el Recurso contencioso administrativo 452/2017, el Pliego de cláusulas es la Ley del contrato y obliga tanto a la Administración como al contratista, así se decía:

*"CUARTO.- De los Pliegos de Cláusulas Administrativas, naturaleza y reglas de interpretación.*

*Comenzaremos por señalar que el TS en su sentencia de 29 de septiembre de 2009 que: "los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación.*

*"Por otro lado, los contratos públicos son, ante todo, contratos y que las dudas que ofrezca su interpretación deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecida en la LFCP y, en caso de que esto fuera posible, de acuerdo con el Código Civil.*

*De acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación de manera que no pueden alterar unilateralmente sus cláusulas en perjuicio de los licitadores y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato -en este caso, el pliego son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas, recogiendo así el principio "in claris non fit interpretatio" (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 de junio de 1984 o sentencia de 13 de mayo de 1982 ." Doctrina que reproduce en la Sentencia 213/2022, de 6 de julio.*

Carácter vinculante que, obviamente, cabe predicar también de las prescripciones técnicas que, conforme a lo señalado en el artículo 60 LFCP, forman parte de dicho documento contractual, 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 sujetos a la aplicación de juicios de valor, prevea la posibilidad de desechar las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato.

Derivado de ello, en reiteradas ocasiones - por todos, Acuerdo 54/2021, de 11 de junio - hemos manifestado que 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. Y ello por cuanto tales prescripciones técnicas, que son aceptadas incondicionalmente como parte del pliego 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. Habiendo advertido también, a este respecto y de manera reiterada, que 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.

A este respecto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, entre otras, en la Sentencia 197/2022, de 22 de junio, incide en la interpretación restrictiva de las causas de exclusión de la licitación.

Y tal criterio es compartido por los órganos encargados de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación – entre otros, Acuerdo 82/2023, de 11 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón -, siendo doctrina

consolidada por todos ellos que solamente procede la exclusión de las proposiciones cuando el incumplimiento de los pliegos sea claro y expreso, así como que se deduzca – inequívocamente– de la oferta, de modo que no quepa duda alguna de que la oferta en cuestión se opone a las exigencias mínimas contenidas en ellos. A tal efecto se toma como base la Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), del Tribunal General de la Unión Europea – Sala 2ª–que en su apartado 78 afirma que “(...) 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)”.

Asimismo, en el Acuerdo 95/2021, de 22 de septiembre, este Tribunal señaló 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.”*

Siendo esto así, y teniendo en cuenta que la reclamante no ha cuestionado en tiempo y forma la legalidad de ninguna de las cláusulas del pliego, y dado el carácter vinculante de éste, no podemos sino concluir que los productos ofertados deben reunir las especificaciones técnicas que a tales efectos exige el Anexo V del pliego; debiendo este Tribunal verificar si, como señala la entidad contratante, su oferta incumple, de forma expresa y clara, la prescripción técnica indicada en el acto de exclusión. Análisis que, como no puede ser de otro modo, ha de partir de las previsiones que sobre dicho

requerimiento técnico incluye el pliego y del contenido de la oferta presentada en relación con tal extremo por la reclamante.

SEXTO.- El pliego regulador del contrato, tras recoger en su cláusula séptima 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”*, incorpora como Anexo V las prescripciones técnicas específicas de cada lote, entre las que contempla, en lo que ahora interesa, la siguiente: *“a) Apósito absorbente multicapa (mínimo 4 capas incluida la adherente en zona activa) compuesto principalmente de espuma de poliuretano con zona activa adherente y reborde adherente siliconado”*. Requisito técnico que el pliego configura como esencial para el cumplimiento del contrato y, por ende, de exigencia obligada, toda vez que lo recoge entre las prescripciones que de manera específica deben reunir los productos ofertados a este concreto lote.

Asimismo, y en coherencia con tales previsiones, el apartado 8.2 del cuadro de características del contrato, detalla el contenido del Sobre B *“Proposición relativa a criterios sometidos a juicio de valor”*, disponiendo que éste deberá incorporar: *“1). Datos técnicos de los productos ofertados: (...)*

*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 sometidos a juicios de valor. 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*

*3). Otros: (...)*

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

- *Plazo de presentación de muestras: Antes de finalizar el plazo de presentación de las ofertas.*

- *Lugar de presentación de muestras: Deberán presentarse en cada uno de los Almacenes Generales de Aprovisionamiento de los siguientes centros:*

- *Hospital Universitario de Navarra, C/Irunlarrea, nº 3 (bajos del Edificio CIB), 31008 Pamplona, Navarra.*

- *H. García Orcoyen, Calle Santa Soria, 22 – 31200 Estella, Navarra.*

- *H. Reina Sofía, Carretera Tarazona, km 3 – 31500 Tudela, Navarra*

- *Atención Primaria, Polígono Noáin-Esquíroz. Calle Z. nº 23, Galar, Navarra*

- *Cantidad de muestras: Deberán presentarse en número suficiente para poder efectuar una correcta valoración del/los producto/s ofertado/s y como mínimo un envase de venta mínima de cada oferta, con al menos 5 unidades.*

- *Identificación: En un sobre/caja/paquete o embalaje, donde conste la siguiente leyenda: “MUESTRAS PARA EL APRO-31/2023”*, con el siguiente contenido:

- *Relación en la que se detallarán todas las muestras aportadas.*

- *Muestra de cada producto ofertado, identificada individualmente con una etiqueta en la que constará la siguiente información: nombre del licitador que presenta la oferta, lote xx (oferta base) / Lote xx (variante), código del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, marca comercial, referencia y EAN del producto ofertado.*

*Las muestras deberán presentarse en las condiciones óptimas de conservación y con los mismos envases en los que suministrará el producto en caso de resultar adjudicatarios. Si alguno de los datos o certificados que se valoran en el Sobre C figuran en la muestra (en el producto o en el envase), deberán ocultarse.*

*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 en la documentación aportada, 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.”*

En cumplimiento de lo preceptuado en el pliego, la reclamante incluyó en el sobre B de su proposición, una ficha o catálogo del producto ofertado, donde se señala que *“Se estructura en cuatro capas laminadas:*

*1. Capa de película de poliuretano impermeable al agua y las bacterias y permeable a los gases. Grosor: 25µm*

*2- Capa de tiras superabsorbentes que incrementan la capacidad de absorción y bloquean el exudado*

*3. Espuma de poliuretano de poro abierto, que aseguran la absorción eficaz de exudado y una excelente capacidad de retención incluso bajo compresión. Grosor 3 ± 0,5mm*

*4. Capa de silicona hidrofóbica perforada, en contacto con el lecho de la herida, que asegura una suave adherencia a la piel perilesional, un mínimo de dolor en el cambio de apósito y una óptima protección del tejido recién formado. Gramaje: 100 g/m<sup>2</sup>”.* Incorporando, asimismo, según consta en las páginas 22 y siguientes de su oferta técnica, la relación de las muestras presentadas de los productos ofertados.

Consta en el expediente remitido a este Tribunal (páginas 53 a 60) el informe de valoración de los criterios sometidos a juicio de valor de las distintas ofertas presentadas que tras examinar la documentación y las muestras recibidas propone la exclusión de la reclamante del lote 1 por cuanto el apósito ofertado tiene tres capas y no el mínimo de cuatro capas incluida la adherente de la zona activa, que como hemos visto exige el Pliego regulador en su Anexo V. Propuesta que es elevada a la Mesa de Contratación, que en reunión celebrada con fecha 11 de octubre de 2023 aprueba el citado informe de valoración y, entre otros acuerdos, excluye, por el motivo indicado, a la reclamante del procedimiento de adjudicación.

A la vista de la divergencia existente entre la información de la ficha técnica y el informe resultante del análisis de la muestra del producto ofertado por la reclamante en lo que al cumplimiento de la citada prescripción técnica se refiere, debemos advertir que el apartado 8.2 del cuadro de características anteriormente transcrito, expresamente señala que las muestras que las licitadoras deben presentar como parte de su proposición se utilizarán no sólo para valorar las ofertas sino también para comprobar su adecuación

a las prescripciones técnicas exigidas en el pliego. Exigencia y finalidad de la presentación de tales muestras que consideramos ajustada a derecho, pues como expusimos en nuestro Acuerdo 28/2022, de 10 de marzo, “(...) *la comprobación del cumplimiento de las especificaciones técnicas ha de realizarse a través de la valoración de las muestras exigidas en el pliego, finalidad que justifica la exigencia de presentación de muestras de los productos objeto de licitación con el fin de valorar la calidad de los mismos; muestras que deben presentarse en las condiciones establecidas en el citado documento contractual. Exigencia ajustada a la legalidad, habida cuenta que, como pone de relieve la Resolución 255/2018, de 16 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractación, cabe requerir la presentación de muestras como medio para acreditar la solvencia técnica, para valorar su calidad como criterio de adjudicación y, específicamente, en los contratos de suministros, para la comprobación del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas al producto a suministrar. (...).*”

*Pues bien, volviendo a lo dispuesto en el pliego regulador del contrato resulta evidente que la comprobación de los extremos a valorar en el apartado correspondiente a los criterios no cuantificables mediante fórmulas, y, por ende, la evaluación de las distintas ofertas ha de realizarse a través del examen de los datos técnicos de los productos y de la valoración de las muestras exigidas en el pliego; finalidad que justifica la exigencia de presentación de muestras de los productos objeto de licitación con el fin de valorar la calidad de los artículos que hayan de ser seleccionados y en orden a verificar el cumplimiento de las especificaciones técnicas exigidas, tal y como razona la Resolución 255/2018, de 16 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuando señala que “(...) Además cabe considerar, -como decía la Resolución del Tribunal de Recursos Contractuales de la Comunidad de Madrid nº 18/2015-, que las muestras pueden ser solicitadas asimismo para proceder a valorar su calidad como criterio de adjudicación y específicamente, en los contratos de suministros como el que nos ocupa, para la comprobación del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas al producto a suministrar.*”

*Por tanto, las muestras pueden ser aportadas para apreciar el cumplimiento de las prescripciones técnicas, para apreciar la calidad del producto a efectos de su*



*valoración y como acreditación de la solvencia técnica, debiendo ajustarse su tratamiento al régimen jurídico de cada uno de tales aspectos”.*

Llegados a este punto, por un lado debe repararse en que la conclusión del informe técnico de valoración se alcanza tras analizar tanto la ficha técnica como la muestra aportada, y, de otro, atendiendo al carácter eminentemente técnico de la cuestión que nos ocupa, cabe recordar la discrecionalidad de los técnicos del órgano de contratación en la valoración del cumplimiento de las prescripciones, que no puede desplazarse por consideraciones jurídicas de este Tribunal, al que solo resta apreciar la posible existencia de algún error material evidente ("de visu") o alguna incongruencia, puesto de manifiesto en las alegaciones y documentación del recurrente o que resulte de la práctica de alguna prueba capaz de desvirtuar la presunción de acierto del dictamen técnico oficial.

Efectivamente, como ya ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, las apreciaciones técnicas de los órganos de contratación sobre el cumplimiento de las prescripciones gozan de una presunción de veracidad, presunción iuris tantum, que por tanto admite prueba en contrario; prueba que, eso sí, deberá tener la entidad suficiente para desvirtuar las conclusiones alcanzadas en el informe técnico emitido y que, obviamente, es carga de la reclamante, pues como indicamos en nuestro Acuerdo 17/2022, de 9 de febrero, cada una de las partes ha de soportar la carga de probar los hechos que invoca en su provecho, a fin de acreditar lo que a su derecho convenga. Principio jurídico de la carga de la prueba que se recoge en el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuando establece que *“corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”*. Ello supone, en el ámbito del procedimiento contradictorio, que quien tiene la titularidad de la carga de la prueba es la parte que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión, teniendo la carga de la prueba una dimensión formal, correspondiendo a las partes probar los hechos introducidos en sus alegaciones, y otra material, ofreciendo al órgano llamado a resolver un criterio para resolver dudas sobre medios probatorios desestimando las pretensiones según

corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos inciertos. Resultando así que corresponde a la reclamante probar lo que afirma e introducir los argumentos jurídicos que, a partir de los hechos probados, permitan a este Tribunal pronunciarse sobre su pretensión.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la presunción de la que goza el informe técnico de valoración, no ha sido desvirtuada por las alegaciones de la reclamante pues, a tales efectos resulta insuficiente lo aportado por ésta a este procedimiento, por cuanto se limita a presentar nuevamente la ficha técnica del producto ofertado que incorporó al Sobre B de su proposición, y que en modo alguno acredita que el análisis de la muestra aportada realizado por el órgano de contratación adolezca de un claro e inequívoco error en la conclusión alcanzada que hiciera prevalecer la información en tal sentido contenida en la ficha del producto; no aportándose elemento probatorio alguno de carácter adicional a ésta.

Pero es que además frente a tal insuficiencia probatoria, el órgano de contratación, junto con el informe en defensa de la legalidad del acto impugnado, ha remitido a este Tribunal un informe emitido por el técnico de aprovisionamiento donde señala que *“La unidad gestora y el equipo de valoración técnica de las muestras presentadas, durante el período de revisión de cumplimiento de prescripciones técnicas observa que al contrastar la documentación presentada por la empresa en su ficha técnica y proceder a la revisión in situ del apósito en las muestras presentadas de la referencia 73284-05 para el lote 1, la cantidad de capas en zona activa del apósito no corresponde con la cantidad de capas en zona activa de la ficha técnica siendo éstas de 3 capas (...)*

*Esto supone, tal como se puede observar en la imagen, que la cantidad de capas especificadas en la ficha técnica no se corresponden con la realidad para el apósito ofertado por Mediport, S.L. como muestra para la licitación y a la que hace referencia en la reclamación.*

*Se observa que el apósito está compuesto de 3 capas y de 4 materiales, dos de ellos están integrados en la misma capa 2:*

*1.-Capa de film de poliuretano (capa azul que forma parte también del borde)*

*2.-Capa de tiras superabsorbentes integradas en capa de espuma de poliuretano. (Capa blanca intermedia)*

*3.-Capa de contacto siliconada perforada (Capa interna siliconada, no se puede separar del resto porque está adherida a la capa 2 y se observa en la imagen como una capa brillante agujereada que también se extiende hasta los bordes)”. Conclusiones que sustenta mediante la incorporación al propio informe de imágenes de la muestra presentada por la reclamante y de la de otro apósito ofertado por otra de las licitadoras en este mismo lote que cuenta con cuatro capas como exige el pliego.*

Así pues, la reclamante no ha logrado evidenciar la existencia de error, arbitrariedad o discriminación en el informe técnico que concluye el incumplimiento del pliego en lo que a la citada prescripción técnica se refiere, y que sustenta la decisión de la Mesa de Contratación excluyéndole del procedimiento. Resultando así, que acreditado en la forma indicada que el apósito ofertado por la reclamante al lote 1 no cuenta con el mínimo de cuatro capas que exige el pliego, no podemos sino concluir que ésta incurre en un incumplimiento claro y expreso del pliego, pues se refiere a un requisito técnico específicamente previsto en el mismo que resulta del análisis de la propia muestra que del producto ofertado ha presentado la reclamante; motivo por el cual este Tribunal, en aplicación de la doctrina expuesta, no puede sino confirmar la legalidad del acto impugnado al excluir la oferta de la licitación, procediendo, por tanto, la desestimación íntegra 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 MEDIPORT, S.L. frente al acuerdo de exclusión de su oferta del Lote 1

del contrato “*APRO 31/2023: Suministro de espumas de poliuretano con destino a los centros del Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea*”, licitado por dicho organismo autónomo.

2º. Notificar este acuerdo a MEDIPORT, 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, 27 de noviembre de 2023. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer.  
LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.