



Expte. 8/2014

ACUERDO 15/2014, de 2 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública presentada por doña S.P.D., en representación de Smith & Nephew S.A.U. contra la Resolución 225/2014, de 28 de febrero, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea por la que se seleccionan los proveedores que formarán parte del Acuerdo Marco de suministro de apósitos curativos con destino a diversos centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea para el año 2014 (APRO 10/2013) se desiste de la licitación del lote 22 y se declara desierta la licitación del lote 20.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 17 de abril de 2013 se publicó en el Portal de Contratación del Gobierno de Navarra, el anuncio de licitación del Acuerdo Marco APRO 10/2013 Suministro de apósitos curativos con destino a Centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. Según el mismo, el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el 27 de mayo de 2013.

A dicha licitación concurrió, entre otras, la empresa Smith & Nephew, S.A.U., que presentó su oferta dentro del plazo establecido y en la forma y con el contenido exigido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), por lo que fue admitida por la Mesa de Contratación, tal como consta en el Acta de 30 de mayo de 2013.

SEGUNDO.- Con fecha 19 de julio de 2013, Smith & Nephew S.A.U. dirigió un escrito a la Mesa de contratación en el que indicaba que se había detectado un error en la oferta económica presentada ya que un fallo en el sistema informático que utiliza para confeccionar las ofertas, se había duplicado el IVA aplicado, por lo que adjuntaba un nuevo sobre nº 3 para sustituir al anterior al entender que, al no haberse producido

apertura ni del sobre técnico ni del económico, no se vulneraban intereses de ningún otro licitador en tanto que no se conocía dato alguno relativo al expediente de contratación.

TERCERO.- Con fecha 10 de diciembre de 2013, la Mesa de Contratación acordó, entre otros asuntos, no admitir el citado sobre, teniendo en cuenta que el plazo de presentación de ofertas finalizó el 27 de mayo de 2013 y que la subsanación de la oferta en los términos pretendidos supondría una modificación de la misma que no puede admitirse.

Ese mismo día se procedió al acto público de apertura de las proposiciones económicas en el que, con carácter previo, el Presidente dio cuenta de dicho acuerdo de la Mesa. Al término de la lectura de las ofertas económicas, el representante de la empresa Smith & Nephew S.A.U. manifestó su deseo de que constase en acta su disconformidad con la decisión de la Mesa de no admitir el sobre n° 3, correspondiente a la proposición económica, registrado el 19 de julio de 2013, de lo que se dejó constancia en el Acta correspondiente.

CUARTO.- Con fecha 11 de diciembre de 2013 Smith & Nephew S.A.U. se dirigió a la Mesa de Contratación mediante escrito en el que manifestaba su disconformidad con su acuerdo de no admitir el citado sobre. Siendo dudosa su pretensión con la presentación de dicho escrito la Mesa acordó solicitarle las aclaraciones oportunas, requiriéndole a fin de que comunicase si su pretensión era recurrir la decisión de la Mesa, en cuyo caso su escrito sería calificado como recurso de alzada y tramitado oportunamente, o si lo que pretendía era que fuera analizado nuevamente por la Mesa, en cuyo caso se le comunicaría la decisión que procediera.

Con fecha 29 de enero de 2013 se reunió la Mesa de Contratación, a la vista de las aclaraciones formuladas por Smith & Nephew S.A.U. mediante escrito de 20 de diciembre de 2013, y pareciendo deducirse que su intención era que dicha decisión fuera nuevamente considerada por la Mesa, se acordó ratificar el acuerdo adoptado, por los motivos expuestos en el Acta correspondiente.

Dicha decisión se comunicó a la empresa el 4 de marzo de 2014, mediante la Resolución 225/2014, de 28 de febrero, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea por la que se seleccionan los proveedores que formarán parte del Acuerdo Marco de suministro de apósitos curativos con destino a diversos centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea para el año 2014 (APRO 10/2013) se desiste de la licitación del lote 22 y se declara desierta la licitación del lote 20.

QUINTO.- El día 10 de marzo de 2014 doña S.P.D., en representación de Smith & Nephew S.A.U. presentó reclamación en materia de contratación pública contra la citada Resolución 225/2014, de 28 de febrero, en la que , tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho que estima de aplicación, solicita que se tenga a bien subsanar el error de cálculo manifestado en reiteradas ocasiones y, por lo tanto, se retrotraigan las actuaciones al momento previo de la evaluación de las ofertas económicas.

SEXTO.- Por Acuerdo 9/2014, de 12 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, se admitió a trámite la reclamación interpuesta y se solicitó al órgano de contratación la aportación del expediente.

SÉPTIMO.- El día 14 de marzo de 2014 se recibió el expediente de contratación, junto con la contestación a la reclamación de la entidad recurrida, en la que estima que que no concurre ninguna justificación para dar por válida la recepción del nuevo sobre nº 3 presentado por Smith & Nephew S.A.U. y que la decisión de la Mesa de inadmitirlo, en sustitución del presentado en plazo, es conforme a Derecho.

OCTAVO.- Con fecha 20 de marzo de 2014 se dio trámite de audiencia al resto de los interesados en el expediente.

La mercantil Laboratorios Urgo, S.L.U., en el plazo otorgado al efecto, ha presentado alegaciones en las que comparte la argumentación de la entidad contratante, entendiéndose que el error aducido por “Smith & Nephew S.A.U.” no es subsanable pues de ser admitido implicaría la presentación de una nueva proposición fuera del plazo

establecido y que la Mesa de contratación no ha vulnerado el principio de igualdad de trato al pedir aclaración de las ofertas, por tratarse de situaciones diferentes.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las cuestiones formales referentes a la admisibilidad de la reclamación ya fueron examinadas en el Acuerdo 9/2014, de 12 de marzo, de este Tribunal, por lo que no procede reproducirlas en este momento.

SEGUNDO.- La reclamación se formula formalmente contra la resolución de adjudicación del Acuerdo Marco en cuestión, si bien los motivos que aduce no se centran en combatir el contenido de la citada resolución, ni las puntuaciones asignadas durante el proceso de valoración de las ofertas, sino que se dirigen contra la actuación de la Mesa de contratación y se solicita la retroacción de las actuaciones al momento previo de la evaluación de las ofertas económicas. Por ello, la resolución de la reclamación requiere examinar si la actuación de la Mesa se ajustó a Derecho.

TERCERO.- La reclamante entiende que sus intereses se han visto menoscabados por un error fácilmente subsanable. Apela al principio de antiformalismo que rige la contratación y entiende que si la mesa observase o tuviese conocimiento de defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada lo razonable sería conceder un plazo para que el licitador pueda subsanar tal error manifiesto, y que de hecho así lo hizo solicitando aclaración a todos los licitadores en cuanto a si los precios reflejados eran unitarios o de la unidad de venta, que era lo que explícitamente solicitaban los pliegos del expediente. Por ello entiende que *“si se admitió el cambio para los licitadores que cometieron ese error debería admitirse nuestra corrección ya que tanto en un caso como en otro solo se trata de un error de cálculo”*. Para ello alude a lo dispuesto en distintos informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que cita, en cuanto a las facultades de la Mesa para solicitar la subsanación de defectos materiales advertidos y atendiendo al principio de igualdad de trato a los licitadores, recogido en el artículo 21.1 de la Ley Foral de Contratos Públicos.

De contrario, la entidad contratante manifiesta que *“tal pretensión no puede admitirse en tanto que afecta a la presentación de la propia oferta no a su subsanación pues ningún motivo existía por parte de la Mesa para solicitar subsanación alguna sin que sea por ello comparable, aunque así lo pretenda, su situación con la de aquellos licitadores a los que se les ha solicitado aclaración, que no subsanación, de su oferta económica”*.

CUARTO.- Una vez determinadas las posturas de las partes, procede analizar en primer lugar la regulación que la Ley Foral de Contratos Públicos (en adelante LFCP) hace de la subsanación de la documentación y aclaración de ofertas en el artículo 195, a cuyo tenor:

*“1. En los casos en que la documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera, técnica o profesional sea incompleta o presente alguna duda, se requerirá a los licitadores para que completen o subsanen los certificados y documentos presentados, otorgándoles un plazo de, al menos, cinco días.*

*(...)*

*2. En los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa, cuando se considere que la oferta presentada adolece de oscuridad o de la concreción suficiente, se podrán solicitar aclaraciones complementarias, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato de los licitadores. Las aclaraciones complementarias no podrán modificar la oferta presentada. El plazo para formular aclaraciones complementarias no podrá ser inferior a cinco días.*

*Las facultades de aclaración no podrán ejercitarse respecto del precio ofertado, salvo en aquellos casos en que éste venga referido a una fórmula, ecuación o similar en cuyo caso podrá solicitarse aclaración sobre los factores que la integran.”*

A la vista de este artículo resulta obvia la diferencia entre la obligación de la Mesa de requerir a los licitadores para que subsanen errores en la documentación

administrativa y la facultad que el apartado 2 otorga a la Mesa para solicitar aclaraciones en las ofertas presentadas.

En el caso de la presente reclamación, nos encontramos en el supuesto del artículo 95.2 y, por lo tanto, no ante una obligación de la Mesa sino ante una facultad de la misma.

QUINTO.- Sobre la posibilidad de solicitar aclaraciones a las ofertas se ha pronunciado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10. Dicha sentencia, cuyo objeto es la interpretación de una serie de artículos de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, señala, entre otras cuestiones, 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”*. La citada sentencia admite que el artículo 2 de la Directiva no se opone a que *“excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta”*. Y en otro apartado señala que los candidatos afectados no pueden quejarse de que el órgano de contratación no tenga obligación de pedirles aclaración sobre su proposición 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”*.

Ahora bien, el ejercicio de dicha facultad que entra en el ámbito de las potestades discrecionales, es susceptible de control por este Tribunal, dado que en la misma existen unos requisitos reglados que se deben cumplir inexcusablemente.

En primer lugar, la Jurisprudencia exige, en todo caso, que los errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material. Como viene señalando el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la resolución de recursos sobre la misma cuestión (por todas, la Resolución 156/2012 de 19 de julio de 2012), *“(...) esto es lógico pues, de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos 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, y tal posibilidad 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 que de forma expresa recogen los artículos 1 y 123 de la LCSP (arts. 1 y 139 TRLCSP)”*.

En segundo lugar, la facultad de la Mesa de solicitar aclaraciones de sus ofertas a los licitadores debe ejercitarse respetando escrupulosamente el principio de igualdad de trato de los licitadores.

En concreto, el principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores. De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores, y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora.

Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su

respeto. El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata.

A la luz de estos principios deben analizarse, a continuación, las alegaciones formuladas por la reclamante.

SEXTO.- La reclamante alega que *“Entendemos que si la mesa observase o tuviese conocimiento de defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada lo razonable sería conceder un plazo para que el licitador pueda subsanar tal error manifiesto. De hecho así lo hizo la mesa solicitando aclaración a todos los licitadores en cuanto a si los precios reflejados eran unitarios o de la unidad de venta, que era lo que explícitamente solicitaban los pliegos del expediente.”*.

En este sentido cabe reseñar la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-19S/08), pudiendo resumirse su doctrina del modo siguiente:

-Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.

-Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores

materiales en la redacción de la oferta, pues es esencial, en aras de la seguridad jurídica, que pueda asegurarse con precisión el contenido de la oferta y, en particular, la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.

-El principio de igualdad de trato entre los licitadores no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todos los licitadores y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

Si se aplica la doctrina expuesta al supuesto analizado, nos encontramos con que ninguna justificación concurre para dar por válida la recepción del nuevo sobre número 3 de la reclamante, pues lo único que alega es que *“se ha detectado un error en la oferta económica presentada, en concreto y por un fallo en el sistema informático que utiliza para confeccionar las ofertas, se ha duplicado el IVA aplicado”*. El error alegado por la reclamante no es manifiesto a tenor de los datos que constan en su oferta y admitir su modificación supondría, en realidad, admitir una nueva proposición. Nunca es admisible que mediante la aclaración se produzca la corrección o mejora de los términos de la oferta, por lo que la actuación de la Mesa de contratación al no admitir la *“subsanción”* pretendida por la reclamante es conforme a Derecho.

Por otra parte, las aclaraciones de las ofertas solicitadas por la Mesa a los licitadores, en cuanto a si los precios reflejados eran unitarios o de la unidad de venta se solicitaron a todos los licitadores a la vez y de la documentación incorporada al expediente se infiere con claridad que sólo se trataba de pedir una aclaración que en nada variaba el contenido de las proposiciones, sin que se haya alegado por la reclamante, ni existan motivos para considerar que tal aclaración haya implicado la aceptación de modificaciones en el contenido de las ofertas presentadas.

Como bien señala la reclamante, *“(...) el artículo 21.1 LFCP establece que “las entidades sometidas a la presente Ley Foral otorgarán a los contratistas un tratamiento igualitario y no discriminatorio...” El principio de igualdad de trato es un principio que el aludido precepto califica de principio rector de la contratación pública, y que se traduce, según la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2008 (EvropaTki Dynamiki T-*

345/03) en que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes”.

Ahora bien, este Tribunal no puede respaldar la interpretación que la reclamante hace de ello cuando afirma: *“De este argumento podemos entender que si a empresas de esta misma licitación se les ha permitido realizar correcciones en cuanto a los precios reflejados inicialmente en sus ofertas, también se debería admitir la corrección alegada por Smith que lleva solicitando y manifestando el error detectado desde muchos meses antes a las aperturas de los diferentes sobres. La situación descrita está dentro del marco de situaciones comparables (tanto en un caso como en otro se trata de un recálculo de precios) si bien entendemos que la decisión de la Mesa no se ha ajustado al principio de trato igualitario”.*

Lo esencial es que las situaciones que la reclamante entiende comparables no lo son en absoluto y, por lo tanto, en ningún caso resultaría justificado que hubiesen sido tratadas de manera idéntica.

Por ello, procede afirmar que si la Mesa hubiese admitido el extemporáneo sobre número 3 presentado por la reclamante, hubiera incurrido en una grave vulneración del principio de igualdad de trato, al consentir que la reclamante alterase sustancialmente su oferta, so pretexto de un *“error tipográfico”* que pretende subsumir en el concepto de *“simple error de cálculo”*.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación presentada por Doña S.P.D., en representación de Smith & Nephew S.A.U. contra la Resolución 225/2014, de 28 de febrero, del Director

Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea por la que se seleccionan los proveedores que formarán parte del Acuerdo Marco de suministro de apósitos curativos con destino a diversos centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea para el año 2014 (APRO 10/2013) se desiste de la licitación del lote 22 y se declara desierta la licitación del lote 20.

2º. Notificar el presente Acuerdo a Smith & Nephew S.A.U., al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y a los demás interesados que así figuren en la documentación del expediente, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. 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, a 2 de abril de 2014. EL PRESIDENTE, Fermín Casado Leoz. EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Sagrario Melón Vital.