



Expediente: 90/2019

ACUERDO 87/2019, de 20 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por IZASA HOSPITAL, S.L.U. frente a su exclusión del procedimiento de licitación del contrato *“APRO 94/2019: Suministro de guantes quirúrgicos de látex estériles sin polvo con destino a los centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de junio de 2019 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato *“APRO 94/2019: Suministro de guantes quirúrgicos de látex estériles sin polvo con destino a los centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea”*.

Con fecha 14 de octubre de 2019, la Mesa de Contratación acordó la exclusión de la empresa IZASA HOPISTAL, S.L.U. (en adelante IZASA HOSPITAL), por el siguiente motivo: *“El etiquetado de las muestras presentadas no cumple la normativa de comercialización de protección individual para los productos ofertados, tal y como se exige en el apartado 2 de las prescripciones técnicas (pictogramas de riesgo biológico y riesgo químico)”*.

La notificación de dicha exclusión se produjo el 23 de octubre de 2019.

SEGUNDO.- Con fecha 31 de octubre de 2019, IZASA HOSPITAL ha presentado una reclamación especial en materia de contratación pública contra dicha exclusión, formulando las siguientes alegaciones:

1. La oferta presentada cumple lo dispuesto en el apartado 2 de las Prescripciones Técnicas y en la cláusula 8.2 del Cuadro de Características del contrato, por lo que su exclusión resulta improcedente.

Tras reproducir el contenido de ambas cláusulas, señala la reclamante que presentó *“el embalaje de caja y de par de los guantes ofertados en el expediente APRO 94/2019:*

- *GUANTE QUIRÚRGICO LÁTEX SIN POLVO SUPREME (oferta base)*
- *GUANTE QUIRÚRGICO LATEX SIN POLVO DERMA PF (oferta variante)*

Como se desprende del material gráfico del embalaje, éste cumple con todos los requisitos exigidos en la normativa vigente”, adjuntándose como anexos 1 a 4 el material gráfico de las cajas y sobres de los citados guantes. “Sin embargo, y de acuerdo con la Cláusula 8.2 in fine del Cuadro de Características del Contrato – en el cual se señala que si alguno de los datos o certificados que se valoran figuran en el envase, deberán ocultarse – se colocaron unas etiquetas adhesivas que ocultan toda la información y datos que se valoran.”

2. La redacción del apartado 8.2 del Cuadro de Características del contrato es confusa, así como que la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer los intereses de quienes las causan.

Señala la reclamante, a este respecto, que existe una discrepancia con el órgano de contratación respecto a la interpretación de lo dispuesto en el apartado 8.2 del Cuadro de Características del Contrato, debido a una redacción confusa del mismo, dado que se ha confirmado, tras consultar al SNS-O, que el motivo de exclusión se debe a que las muestras suministradas presentaban unas etiquetas que ocultan la información exigible por la normativa de comercialización de protección individual para los productos ofertados.

Manifiesta que de acuerdo con nuestra jurisprudencia, los pliegos constituyen la Ley del contrato, siendo de aplicación supletoria respecto a su interpretación el artículo

1.288 del Código Civil, conforme al cual *“la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”*. Cita, a continuación, diversas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, así como Resoluciones y Acuerdos de los tribunales administrativos especializados en la resolución de recursos contractuales.

Concluye que la cláusula 8.2 del Cuadro de Características del Contrato *“adolece de una evidente y notoria falta de claridad y admite interpretaciones tan dispares como la que ahora sostiene la Mesa de Contratación y la que sostiene mi representada”*, lo cual en ningún caso puede favorecer a la parte que ha causado la oscuridad de esta cláusula en perjuicio del licitador.

3. La improcedencia de la exclusión de la reclamante del procedimiento de licitación por tratarse de un defecto claramente subsanable.

Señala que la exclusión se ha producido por un supuesto defecto claramente subsanable, como es que se han colocado unas etiquetas adhesivas sobre las etiquetas de las muestras, aludiéndose a este respecto a lo dispuesto en el artículo 97 de la LFCP y en el artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo que de conformidad con lo dispuesto en la disposición final primera de dicho Reglamento es norma básica dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, conforme a lo establecido en la disposición final tercera de la Ley y, en consecuencia, es de aplicación general a todas las Administraciones públicas comprendidas en el artículo 1 de la misma).

Cita la reclamante sendas Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“acerca de la viabilidad de formular aclaración de la oferta ya presentada en los casos en que puede advertirse un error material o aritmético en la misma”*.

Concluye que, *“en la presente licitación, y de las concretas circunstancias del caso cabe concluir que el error es subsanable, pues (i) es advertible a simple vista que bajo la etiqueta adhesiva se encuentra la etiqueta de la muestra, (ii) la subsanación del error no supone la modificación de los términos de la oferta y, (iii) la aclaración o subsanación debe permitirse por cuanto el Cuadro de Características del Contrato adolece de oscuridad”*.

4. La vulneración de los principios informadores que deben regir todo procedimiento de selección de los contratistas de la Administración pública.

Señala que la exclusión de la oferta presentada, a pesar de tratarse de un error fácilmente subsanable, resulta desproporcionada y contraria al principio de libre acceso a las licitaciones, así como que la enunciación de los principios generales de la contratación pública se contiene en el artículo 1 de la LFCP. Aduce que *“en relación con los pliegos de prescripciones técnicas, el artículo 62 de la LFCPN vela por el principio de igualdad, exigiendo que dichos Pliegos permitan a todas las empresas acceder al procedimiento de contratación en condiciones de igualdad; sin que se creen obstáculos injustificados a la libre concurrencia”*.

Manifiesta, igualmente, que *“la concurrencia, junto con la publicidad, la igualdad y la no discriminación, son los principios rectores de nuestro sistema de contratación pública, estando todos ellos encaminados a procurar la máxima competencia en beneficio del interés público que ha de presidir siempre la actuación de las Administraciones Públicas”*, con cita de diversas sentencias del Tribunal Supremo y de un Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal.

Considera, por ello, que se han vulnerado los principios más elementales de la contratación pública y especialmente el principio de libre concurrencia que debe regir todo procedimiento de selección de los contratistas de la Administración.

Atendiendo a todo lo expuesto, se solicita que se declare la nulidad del acuerdo de exclusión y de cuantos actos de trámite y acuerdos hayan sido adoptados en el

procedimiento con posterioridad a aquel, que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a dicho acto a fin de que se valore su oferta y se proceda a adjudicar el contrato a la mejor oferta, así como que se reconozca como subsanable el supuesto defecto hallado por la Mesa de Contratación.

Asimismo, se solicita que se adopte como medida provisional, hasta la resolución expresa de la reclamación, la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con el artículo 125 de la LFCP.

TERCERO.- Con fecha 8 de noviembre de 2019, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante SNS-O) ha aportado el expediente del contrato y ha presentado un escrito de alegaciones frente a la reclamación interpuesta, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Tras exponer los hechos que antecedieron a la interposición de la reclamación y transcribir las cláusulas del Cuadro de características del contrato y de las prescripciones técnicas que considera de aplicación, el SNS-O alega que las prescripciones técnicas son de obligación cumplimiento, debiendo recordarse el alcance de los pliegos – tanto de las cláusulas administrativas particulares como de las prescripciones técnicas – como ley del contrato. Señala, asimismo, que las prescripciones técnicas son requisitos que las ofertas de los licitadores han de cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación, siendo función de la mesa de contratación verificar (no valorar) su cumplimiento. Cita sendos Acuerdos de este Tribunal al respecto.

Señala, asimismo, que conforme a lo dispuesto en el apartado 2) del punto 8.2 del Cuadro de características del contrato, en el Sobre B de la oferta de los licitadores no debían anticiparse datos que fueran a ser valorados en el Sobre C (criterios cuantificables mediante fórmulas objetivas). Respecto a la oscuridad de dicha cláusula aducida por la reclamante, manifiesta que *“resulta reseñable que las otras seis empresas que han participado en el procedimiento hayan ocultado correctamente la información de los envases, dejando visible todo aquello que era de obligado*

cumplimiento por exigencias de las prescripciones técnicas. Así, la interpretación de dicha cláusula, salvo por la reclamante, ha sido unánime por todos los participantes que claramente han entendido que debían ocultar en las muestras (cuya presentación se define junto con la documentación del Sobre B) los aspectos que pudieran valorarse en el Sobre C, (...)". Respecto a la interpretación de los pliegos alude a una Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Señala, a continuación, que cuando la Mesa de Contratación acordó la exclusión de la reclamante, *"en ningún momento pudo pensar que debajo de los adhesivos se encontraban los pictogramas exigidos por la normativa EPI, ya que la ocultación se requería únicamente respecto a datos que fueran a ser valorados, y además, estaban visibles en las muestras presentadas otros datos requeridos en las prescripciones técnicas"*. Por lo tanto, *"no se aprecia sobre qué términos o aspectos debía haberse requerido la aclaración, dado que la subsanación del incumplimiento apreciado, hubiera en todo caso supuesto la presentación de otra muestra (suponiendo esto una modificación de la oferta y consecuentemente, la vulneración del principio de igualdad de trato de los licitadores)"*, dado que una aclaración no hubiera sido suficiente, sino que *"necesariamente, la Mesa hubiera tenido que retirar el adhesivo para comprobar que por error, se había ocultado información exigida por las prescripciones técnicas asumiendo el riesgo de poder dañar y por tanto no dejar nada visible en embalaje"*. Se alude, a este respecto, a un nuevo Acuerdo de este Tribunal.

Termina señalándose que la posibilidad de solicitar aclaraciones complementarias, prevista en el artículo 97 de la LFCP, se encuentra limitada por el principio de igualdad de trato de quienes han licitado, no pudiéndose modificar la oferta inicialmente presentada. Por todo ello, se solicita la desestimación de la reclamación interpuesta.

CUARTO.- Con fechas 8 y 11 de noviembre de 2019 se dio traslado a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, no habiéndose formulado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (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, 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.

CUARTO. - La reclamación se fundamenta en los motivos legalmente tasados, la infracción de las normas de concurrencia en la licitación del contrato, de acuerdo con los requerimientos del artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación el acuerdo adoptado, con fecha 14 de octubre de 2019, por la Mesa de Contratación que interviene en el procedimiento de licitación del contrato para el suministro de guantes quirúrgicos de látex estériles sin polvo con destino a los centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, en cuya virtud se resuelve la exclusión de la reclamante del citado procedimiento, derivada del hecho de que *“el etiquetado de las muestras presentadas no cumple la normativa de comercialización de protección individual para los productos ofertados, tal y como se exige en el apartado 2 de las prescripciones técnicas (pictogramas de riesgo biológico y riesgo químico)”*.

La resolución de la controversia planteada debe partir del hecho, reconocido por las partes, de que la reclamante presentó las muestras requeridas por el pliego regulador colocando una etiqueta adhesiva sobre la etiqueta de la propia muestra, ocultando así

determinada información que el citado documento contractual exigía acreditar como prescripción técnica cuyo cumplimiento debían reunir los productos a suministrar.

Así, aprecia la entidad contratante que tal circunstancia ha determinado que las muestras incorporadas por la reclamante en su oferta incumplen el requisito exigido en el pliego de incorporar el etiquetado según la normativa de comercialización de equipos de protección individual; apreciación a la que se opone la reclamante, quien además alega la oscuridad de la cláusula del pliego que ha determinado su exclusión del procedimiento y el carácter subsanable del error cometido al ocultar tal información con la etiqueta adhesiva colocada.

Planteados así los términos del debate suscitado a través de la reclamación interpuesta, la cuestión que se plantea en las presentes actuaciones es si la exclusión de la reclamante es conforme a Derecho, por incumplir los requisitos establecidos en el Pliego Regulator del contrato.

El punto de partida debe ser la regulación que, sobre las proposiciones de los licitadores, contiene la LFCP, cuyo artículo 53.1 determina que *“1. Las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna”*. Previsión reiterada por el Pliego cuando en su cláusula 7.1 indica 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 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.”*

Sentado lo anterior, y a la vista de las alegaciones formuladas en el escrito de interposición de la reclamación formulada, se plantean dos cuestiones, a saber, si con la presentación de las muestras que formaban parte de su oferta la reclamante cumplía las previsiones del pliego y si, en defecto del cumplimiento anterior, tal deficiencia era subsanable.

Conviene traer a colación la doctrina tantas veces reiterada por este Tribunal relativa a que el Pliego Regulator constituye la ley de contrato a la que deben sujetarse los licitadores, así como el propio órgano de contratación. 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. De esta consideración del pliego como ley del contrato deriva 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 - como indicamos entre otros, en nuestro Acuerdo 74/2019, de 16 de septiembre - 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.

Así pues, las prescripciones de los pliegos constituyen la "*lex contractus*" que deben cumplir los licitadores para participar en la licitación, también, obviamente, en lo que a la forma y contenido de las proposiciones se refiere. Imponiéndose, a los efectos de resolver las cuestiones planteadas, el examen de las concretas previsiones que sobre la presentación de las proposiciones contiene el pliego regulador del contrato.

La cláusula 8.2 del Cuadro de Características del Contrato relativa al detalle del contenido del Sobre B "Proposición relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas" indica que éste deberá contener: "1). *Relación de lotes y productos que oferta: (...)*

2). *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 oportunos 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 cuantificable 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.

Si las fichas técnicas contienen 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).

3). Documentación a presentar:

(...).

4). Muestras.

Deberán presentarse muestras de cada producto ofertado de la siguiente forma:

(...).

- Cantidad de muestras: Deberán presentarse en número suficiente para poder efectuar una correcta valoración del producto ofertado y como mínimo un envase de venta mínima de cada oferta.*

(...)

Si alguno de los datos o certificados que se valoran figuran en el envase, deberán ocultarse”.

En consecuencia, el pliego exige la presentación de muestras de los productos ofertados, aportando el envase, indicándose expresamente la obligación de los licitadores de ocultar la información de los envases presentados que pudiera referirse a los criterios cuantificables mediante aplicación de fórmulas, en atención al principio de secreto de las proposiciones; como así hizo la reclamante, quien indica que dispuso unas etiquetas adhesivas en el envase que ocultan los datos relativos a aspectos objeto de valoración. Si bien, adelantamos ya, lo relevante es, precisamente, el alcance de la información que oculta el licitador al colocar la etiqueta adhesiva, puesto que afectó a

datos necesarios en orden a comprobar que el producto ofertado cumplía con las prescripciones técnicas exigidas en el pliego.

Al hilo de lo anterior, la cláusula 1ª de las Prescripciones Técnicas (Anexo V) dispone que *“El objeto de las presentes prescripciones técnicas es establecer las condiciones y especificaciones técnicas mínimas a las que habrán de ajustarse los materiales a adquirir, que se indican a continuación, quedando excluidas aquellas ofertas que no las cumplan”*. Añadiendo en su cláusula 2ª que *“Siguiendo las indicaciones del artículo 13 del Anexo I del R.D. 1591/2009, de 16 de octubre, deberán figurar los siguientes contenidos mínimos de cada uno de los productos presentados:*

- *En la ficha técnica:(...)*
- *En el etiquetado de los envases:(...).*

Cumplimiento de la normativa de comercialización de equipos de protección individual para los productos ofertados por lo que se deberá cumplir lo siguiente:

- *Etiquetado según lo indicado en la citada normativa y en las normas de ensayo aplicables, al menos en castellano.*
- *Se tienen que adjuntar al envase del EPI las instrucciones de utilización según lo indicado en la citada normativa, y vendrán al menos en castellano”*.

Así pues, resulta obligado para los licitadores que en los envases aparezca el etiquetado que exige la norma de comercialización de equipos de protección individual. Exigencia configurada como prescripción técnica mínima y obligatoria, y cuya inobservancia sanciona el propio pliego con la exclusión del procedimiento; resultando que es precisamente esta información la que la reclamante oculta con la etiqueta adhesiva colocada.

Efectivamente, el informe técnico emitido con fecha 29 de agosto de 2019 con ocasión de la revisión de la documentación y las muestras presentadas por las empresas licitadoras y comprobación del cumplimiento de las prescripciones técnicas, respecto a la oferta de la reclamante indica lo siguiente: *“IZASA HOSPITAL, S.L.U. Oferta: Sempermed Supreme*

- *En el etiquetado del envase no figuran los pictogramas que exige la normativa de comercialización de equipos de protección individual (pictogramas de riesgo biológico y riesgo químico. Se propone excluir.*

IZASA HOSPITAL, S.L.U. Variante: Sempermed Derma PF

- *En el etiquetado del envase no figuran los pictogramas que exige la normativa de comercialización de equipos de protección individual (pictogramas de riesgo biológico y riesgo químico. Se propone excluir”.*

Cabe destacar que tal informe técnico goza de presunción de acierto y veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes lo emiten, que opera como una presunción “iuris tantum”, de manera que sólo cabe frente al mismo una prueba suficiente de que es manifiestamente erróneo o se ha dictado en clara discriminación de los licitadores; correspondiendo la carga de la prueba a quien reclama, pues como se desprende del artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la titularidad de la carga de la prueba la tiene la parte que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión.

Así las cosas, lo cierto es que tal presunción de acierto no ha sido desvirtuada por la reclamante, que se limita a afirmar que *“el etiquetado de todas las muestras cumple, de acuerdo con el apartado 2 de las Prescripciones Técnicas, la normativa de comercialización de equipos de protección individual. Sin embargo, y de acuerdo con la Cláusula 8.2 in fine del Cuadro de Características del Contrato, se colocaron unas etiquetas adhesivas en las muestras que ocultan toda la información y datos que se valoran”*; sin aportar medio de prueba alguno que acredite tal afirmación.

En este sentido, debemos destacar que, a tales efectos probatorios, no cabe aceptar la documentación aportada junto con el escrito de reclamación (los embalajes de las cajas y de los sobres de los guantes ofertados) en atención a la función revisora de este Tribunal que le impide tomar en consideración documentación no aportada en el procedimiento de licitación. Así lo pone de relieve, entre otras, la Resolución la Resolución 897/2015, de 5 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que razona 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”.

En consecuencia, no asiste razón a la reclamante cuando afirma que las muestras presentadas en su oferta cumplen con estricto rigor lo dispuesto en el apartado 2 de las prescripciones técnicas, procediendo así la desestimación de la pretensión de nulidad del acto objeto de impugnación en tal motivo fundamentada.

SEXTO.- Sentado lo anterior, cabe considerar que, tal y como expone el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución 255/2018, de 16 de marzo, en función de lo dispuesto en el pliego regulador, las muestras pueden ser aportadas para apreciar el cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas al producto a suministrar, 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.

Así, en los supuestos como el que nos ocupa, en los que la exigencia de muestras se efectúa con la finalidad de verificar el cumplimiento de las prescripciones técnicas exigibles a los productos a suministrar, si no se acredita con las muestras presentadas el cumplimiento de las condiciones establecidas lo procedente será la exclusión del licitador.

Efectivamente, en nuestro Acuerdo 32/2019, de 1 de octubre, con cita de la Resolución 433/2017, de 12 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, apuntamos que las ofertas presentadas por los licitadores deben adecuarse a las condiciones técnicas establecidas en los pliegos, siendo la consecuencia del incumplimiento de tal extremo, la exclusión de la oferta, puesto que *“en el caso de que el licitador presente una oferta que incumple las especificaciones establecidas en el pliego de prescripciones técnicas, está realizado una contraoferta, la cual no podrá ser aceptada por el órgano de contratación, pues ello daría lugar a que los demás licitadores se encontraran en situación de desigualdad con el licitador que presenta la contraoferta. De esta forma, es el principio de igualdad de trato a los licitadores el que impide que el órgano de contratación pueda entrar a valorar una oferta que no respeta las especificaciones establecidas en el pliego de prescripciones técnicas”*. Consecuencia jurídica que, por otro lado, expresamente prevé el pliego regulador para tal supuesto de hecho, en la cláusula primera de las prescripciones técnicas antes referida.

Pero es que además, lo cierto es que la omisión en las muestras aportadas de la información requerida en el pliego obedece a un error imputable, exclusivamente, a la reclamante en la colocación de la etiqueta adhesiva, resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la elaboración de la oferta, al que está sujeta al igual que el resto de participantes en el procedimiento; sin que resulte admisible intentar justificar tal manera de proceder al elaborar su oferta en que la citada cláusula 8.2 resulta confusa en lo que a la información que debe ser ocultada se refiere.

En relación con la interpretación de las cláusulas contenidas en los pliegos, este Tribunal ha señalado en diversos Acuerdos - por todos, Acuerdo 50/2019, de 7 de junio - que *“es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil dado que los contratos públicos son ante todo, contratos, por lo que las dudas que ofrezca la interpretación de los diversos documentos contractuales (entre los que figuran, indudablemente, los pliegos) deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la normativa en materia de contratación pública y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, que se ocupa de esta materia en el*

capítulo IV del Título II del Libro IV, “De la interpretación de los contratos”. A estos efectos, el artículo 1.281 del Código Civil establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982), y si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, y a la interpretación lógica y teleológica, sin que la ambigüedad u oscuridad en la redacción de las cláusulas de los pliegos pueda perjudicar a los licitadores. Pero también se deberá tener en cuenta que el artículo 1.284 del mismo Código Civil dispone que si alguna cláusula de los contratos admitiere diverso sentido, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto y que las cláusulas deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (artículo 1.285 de la misma norma). Así pues, las cláusulas que conforman los Pliegos no pueden ser interpretadas de forma aislada, sino que deben serlo de manera global, lógica y sistemática teniendo en cuenta todo su clausulado”.

Ninguna ambigüedad cabe apreciar en la redacción de la cláusula 8.2 anteriormente transcrita, puesto que la indicación relativa a “*si alguno de los datos o certificados que se valoran figuran en el envase, deberán ocultarse*”, únicamente puede referirse a la información sobre los criterios del sobre C y no a las prescripciones técnicas cuyo examen y verificación se realiza, precisamente, con la documentación y muestras incluidas en el Sobre B que es donde se contiene la controvertida advertencia; previsión que, por otro lado, debe ser completada con lo dispuesto en la cláusula segunda de las prescripciones técnicas que exige que el etiquetado de los envases deberá cumplir la normativa de comercialización de equipos de protección individual para los productos ofertados, y con la advertencia contenida en la primera de tales cláusulas en cuya virtud el incumplimiento de tales prescripciones será causa de exclusión de las ofertas.

Así pues, las previsiones en tal sentido contenidas en el pliego regulador son claras, no admitiendo interpretaciones diversas; resultando así que lo que los licitadores debían ocultar de los envases era la información relativa a los aspectos objeto de

valoración a través de la aplicación de los criterios de adjudicación, no la necesaria para acreditar que el producto ofertado cumple con las prescripciones técnicas exigidas como obligatorias. Abundando en ello el hecho de que el resto de participantes en el procedimiento, según indica la entidad contratante, interpretaron correctamente el alcance de tal previsión.

SEPTIMO.- Llegados a este punto, y sobre la procedencia de otorgar trámite de subsanación del error cometido en la presentación de las muestras, el artículo 97 LFCP señala, respecto a la evaluación de los criterios no cuantificables mediante la aplicación de fórmulas 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”*.

Al hilo de lo anterior, tal y como apuntamos en nuestro Acuerdo 74/2019, de 16 de septiembre, se viene admitiendo la posibilidad de subsanar defectos formales en la oferta técnica o económica, cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada, conforme a la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012 que, entre otras cuestiones, admitía 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”*.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 166/2018, de 23 de febrero, pone de relieve que *“Este Tribunal, recientemente y en multitud de resoluciones anteriores se ha pronunciado sobre la inmodificabilidad de las ofertas una vez presentadas. Así, la Resolución 1203/2017, 22 de diciembre, dictada en el recurso 1097/2017, señala que “como regla general, nuestro Ordenamiento (artículo 81 RGLCAP) sólo concibe la subsanación de los defectos que se aprecien en la*

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

voluntad del licitador pudiera ser fácilmente integrada, presentada la oferta no cabe posibilidad de su modificación, no existiendo obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma y debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta resulta posible solicitar aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación".

Así pues, 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. De este modo, como indicamos en el citado Acuerdo 74/2019, de 16 de septiembre, no corresponde al órgano de contratación suplir las omisiones negligentes en las ofertas presentadas, no siendo admisible aclaración o subsanación alguna del error cometido por afectar el mismo a un aspecto material y no meramente formal de la oferta presentada.

Aplicando la doctrina citada al caso concreto que nos ocupa, debe repararse en que la aclaración o subsanación en el sentido pretendido supondría una modificación de las muestras aportadas inicialmente, mediante la oportunidad de aportar otros envases sin la etiqueta adhesiva; circunstancia que determina no sólo que no sea obligado sustanciar trámite de aclaración sino que tal proceder no hubiese resultado ajustado a derecho, conculcando, además, el principio de igualdad de trato entre los licitadores.

Improcedencia de sustanciar trámite de subsanación o aclaración que es puesta de manifiesto por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 255/2018, de 16 de marzo, donde razona que "(...) *Nos encontramos en el caso ante un acuerdo marco de suministro, constituyendo la presentación de la muestra exigida en el pliego, en este tipo de contratos, la oferta que se presenta por los*

licitadores al mismo, de manera que, de no cumplir las exigencias técnicas del PPT, esto da lugar a la exclusión de la misma. Esta afirmación produce un efecto claro, como es que no se puede admitir, una vez concluida la fase previa de licitación, una alteración de la oferta posterior a la exclusión de un licitador, so pena de infringir el principio de igualdad de trato. Así, desde la óptica de la eficiencia en la contratación, en ningún caso puede admitirse que se proceda a valorar en un procedimiento de contratación las ofertas presentadas por empresas que no cumplan los requisitos de solvencia técnica o las prescripciones técnicas exigidas en el pliego respecto de las muestras presentadas, so pena de distorsionar la concurrencia al permitir que se admitan ofertas incumplidoras que se van a valorar conjuntamente con otras que sin embargo sí han cumplido esas prescripciones técnicas. Por ello, una vez comprobado que cumplen los requisitos mínimos exigidos al producto o servicio a suministrar, entonces es cuando se puede proceder a valorarlas, pero no antes

Especialmente significativa resulta, en este sentido, la Resolución 821/2018, de 14 de septiembre, del mismo órgano revisor, cuando indica que:“(…)Resta por examinar tan solo, por tanto, la alegación del recurrente relativa a la pretendida necesidad de que se le hubiese otorgado por la mesa la oportunidad de subsanar el defecto advertido a fin de que hubiera podido aportar las muestras debidamente envasadas. Estimamos a tal respecto que tampoco en este punto cabe otorgar la razón al licitador excluido. 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.

Traemos aquí a colación, en tal sentido, nuestra Resolución 94/2013, citada en fase de alegaciones por otro de los licitadores, como hemos referido en los

antecedentes de hecho de esta resolución, y en la que concluíamos sobre esta cuestión en que la falta de presentación de las muestras cuyo examen debe servir de base al órgano de contratación para pronunciarse sobre algo tan fundamental como el cumplimiento de las especificaciones técnicas del pliego, no puede considerarse como un error subsanable y sí como el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la presentación de la proposición, al que están sujetos de igual manera todos los candidatos.”

Así pues, en contra de lo sostenido por la reclamante, el error advertido no puede ser calificado de “fácilmente subsanable” y “advertible a simple vista”; de donde no cabe acoger la alegación formulada en el sentido de que la exclusión de la licitación resulta desproporcionada y contraria al principio de libre acceso a las licitaciones, habida cuenta que el fundamento de la misma es la facilidad de subsanación que, repetimos, no concurre en este caso.

En consecuencia, no cabe considerar que la oferta técnica presentada por el reclamante adolece de oscuridad o inconcreción, de tal suerte que pueda superarse mediante el otorgamiento de un plazo para subsanar o aclarar la misma, pues las eventuales aclaraciones que se presentaran para ajustar las muestras al Pliego alterarían el contenido de las mismas, determinando una modificación de la oferta. Proceder que no resultaría, por ello, ajustado a la legalidad y que determina 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 en materia de contratación pública formulada por IZASA HOSPITAL, S.L.U. frente a su exclusión del procedimiento de licitación del

contrato “*APRO 94/2019: Suministro de guantes quirúrgicos de látex estériles sin polvo con destino a los centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea*”.

2º. Notificar este Acuerdo a IZASA HOSPITAL, S.L.U., al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, así como al resto de interesados que figuren en el expediente a los efectos oportunos y ordenar 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, 20 de noviembre de 2019. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer.
LA VOCAL, M^a Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.