



Expedientes: 116/2021 y 120/2021

ACUERDO 115/2021, de 30 noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se acumulan y resuelven las reclamaciones especiales en materia de contratación pública interpuestas por PROECO QUÍMICAS, S.L. frente al acuerdo de exclusión de su oferta del Lote 2 del procedimiento de adjudicación del contrato “*APRO 28/2021: Suministro de solución hidroalcohólica para higiene de manos con cesión de equipos con destino a distintos centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de abril de 2021, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante SNS-O) publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato “*APRO 28/2021: Suministro de solución hidroalcohólica para higiene de manos con cesión de equipos con destino a distintos centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea*”, dividido en tres lotes, siendo el Lote 2 el correspondiente al suministro de “*Solución hidroalcohólica para higiene de manos, con dosificador, 500 ml*”.

A dicho lote concurrió, entre otros licitadores, PROECO QUÍMICAS, S.L.

SEGUNDO.- Con fecha 16 de septiembre, la Mesa de Contratación aprobó el informe de cumplimiento de prescripciones técnicas emitido en la misma fecha, conforme al cual la oferta realizada por PROECO QUÍMICAS, S.L. “*No cumple los apartados c) y d) de las prescripciones técnicas referentes al soporte*”, por lo que acordó la exclusión de dicho licitador.

En la notificación de dicha exclusión, fechada el 17 de septiembre, se señala que la oferta “*No cumple los apartados c) “Deben facilitar el uso del producto sin*

necesidad de verter ni abrir el mismo para su colocación” y d) “La colocación y extracción del envase en el soporte debe ser fácil sin precisar forzar ninguna de ellas” de las prescripciones técnicas referentes al soporte”.

TERCERO.- Con fecha 23 de septiembre, PROECO QUÍMICAS, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la exclusión de su oferta del Lote 2, en la que alega lo siguiente:

“El envase se coloca sencillamente en el soporte diseñado para tal efecto, sin la necesidad de verter ni abrir el mismo para su colocación, además de ser la colocación y extracción del envase del soporte fácil y sin forzar ninguna de ellas.

Como prueba de ello, enviamos vídeo demostrativo “colocación envase soporte Proeco Químicas” en el que se puede apreciar visualmente la sencillez del cambio de envase además de tener un diseño que ayuda a evitar el hurto del envase”.

CUARTO.- El 29 de septiembre, el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 126.4 de la LFCP, en el que manifiesta lo siguiente:

1ª. Que en la carta de exclusión notificada al reclamante se indicaron correctamente las letras de los apartados del pliego que se consideran incumplidos, si bien el contenido de la prescripción c) se transcribió de forma incorrecta, poniendo el texto que correspondía al apartado b), error por el que se ha procedido a notificar una nueva carta de exclusión indicándole el mismo, notificándole correctamente los motivos de su exclusión y ofreciéndole un nuevo plazo para la presentación de reclamación y recurso.

2ª. Que, no obstante, para atender el requerimiento del Tribunal, se presentan las alegaciones y el informe técnico adjunto en el que se justifica la exclusión de la empresa, teniendo en cuenta los verdaderos motivos de la misma.

Así, en relación al motivo de exclusión correctamente comunicado (“*d) La colocación y extracción del envase en el soporte debe ser fácil sin precisar forzar ninguna de ellas*”), señala que, tal y como se explica en el informe y puede observarse en el vídeo aportado junto a la reclamación, el procedimiento para colocar y extraer el envase en el soporte requiere desplazar el sistema de bloqueo hacia arriba con una mano, mientras que con la otra mano hay que forzar las varillas hacia adentro para poder extraerlas de las ranuras donde encajan y, así, poder desbloquear y rotar la parte móvil del soporte hacia abajo, por lo que el diseño que ayuda a evitar el hurto del envase conlleva una mayor dificultad para colocar y extraer el envase del soporte.

Alude a la doctrina relativa a 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, con cita del Acuerdo 3/2020, de 21 de enero, de este Tribunal, y a la atinente a la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos, conforme al Acuerdo 78/2021, de 12 de agosto.

En el informe técnico adjunto, además de reiterarse lo ya señalado en el escrito de alegaciones en relación con el referido incumplimiento, se señala que, como puede observarse en las instrucciones para la colocación y extracción del envase aportadas por la licitadora, cuando se rota la parte móvil del soporte hacia abajo para colocar el envase, los extremos de las varillas quedan expuestas hacia abajo, siendo fácil lastimarse con estas aristas, por lo que no cumple el apartado c) de las prescripciones técnicas referentes al soporte “(*...*) y no tendrán aristas ni puntos y bordes cortantes”.

Atendiendo a lo expuesto, se solicita la desestimación de la reclamación.

QUINTO.- El órgano de contratación remitió al reclamante el 24 de septiembre, conforme a lo anunciado en sus alegaciones, una nueva notificación de la exclusión de su oferta, señalando que la misma “*No cumple los apartados c) “Serán estables en condiciones de uso y consistentes y no tendrán aristas ni puntos y bordes cortantes” y d) “La colocación y extracción del envase en el soporte debe ser fácil sin precisar forzar ninguna de ellas” de las prescripciones técnicas referentes al soporte*”.

SEXO.- Con fecha 3 de octubre, PROECO QUÍMICAS, S.L. interpuso una nueva reclamación especial en materia de contratación pública frente a dicha notificación, formulando las siguientes alegaciones:

“Sobre el apartado c) “Serán estables en condiciones de uso y consistentes y no tendrán aristas ni puntos y bordes cortantes”:

En lo que se refiere a la estabilidad en uso y a la consistencia de nuestro producto, queremos exponerles que nuestro sistema está realizado íntegramente en acero inoxidable de gran calidad y que se fija a la pared mediante tornillería DIN, siendo por estos motivos altamente estable y reduciéndose los movimientos y las flexiones durante su uso en comparación con otros muchos sistemas murales.

En lo referente a los bordes cortantes, aunque consideramos que son piezas no cortantes, hemos tomado acciones para adecuar nuestro producto a esta exigencia concreta. Dicha actuación se ha basado en someter a la totalidad de las piezas a un proceso de pulido con la finalidad de achaflanar y/o matar las aristas vivas. Les adjuntamos documentación gráfica de detalle para que puedan advertir la acción realizada.

Hay que indicar que el soporte está diseñado específicamente para que entre la menor superficie posible en contacto con manos.

Sobre el apartado d) “La colocación y extracción del envase en el soporte debe ser fácil sin precisar forzar ninguna de ellas” de las prescripciones técnicas referentes al soporte:

Tal como se envió en el anterior escrito:

El envase se coloca sencillamente en el soporte diseñado para tal efecto, sin la necesidad de verter ni abrir el mismo para su colocación, además de ser la colocación y extracción del envase del soporte fácil y sin forzar ninguna de ellas.

Como prueba de ello, enviamos vídeo demostrativo “colocación envase soporte Proeco Químicas” en el que se puede apreciar visualmente la sencillez del cambio de envase además de tener un diseño que ayuda a evitar el hurto del envase.”

Finalmente, se advierte que “*En caso de que la información aportada no les sea suficiente y ante la posibilidad de una decisión arbitraria y con falta de razones técnicas concluyentes y justificadas, hacemos saber que les solicitaremos por su parte un informe detallado por un laboratorio homologado con las normas UNE adecuadas que respalde su decisión de exclusión*”.

SÉPTIMO.- Con fecha 7 de octubre, el órgano de contratación aportó el expediente y presentó un escrito de alegaciones en el que manifiesta lo siguiente:

1ª. Que, con fecha 5 de octubre, se emite informe técnico del Servicio de Aprovechamiento y Servicios Generales ampliando el anterior informe ya enviado con motivo de la reclamación interpuesta el 23 de septiembre, teniendo en consideración las nuevas alegaciones y el vídeo ya presentado por la empresa, informe donde se justifican los dos motivos de exclusión.

2ª. Respecto al incumplimiento del apartado c) de las prescripciones técnicas relativas a los soportes, señala que el informe técnico adjunto explica que, si bien es cierto que la placa de metal queda consistentemente fijada a la pared con tornillería DIN, otra de las partes del soporte, en concreto, el punto donde bascula hacia abajo para poder dar alojamiento al bote de solución hidroalcohólica, presenta mucho juego, como puede observarse en el vídeo enviado por el reclamante con motivo de la primera de las reclamaciones interpuestas. Esto hace que una vez cerrado el soporte con el envase en su interior, éste tenga movimiento o bascule de izquierda y derecha, incumplimiento el citado apartado c), por no cumplir la característica “*Serán estables en condiciones de uso y consistentes (...)*”.

Asimismo, manifiesta que, teniendo en consideración el vídeo aportado con ocasión de esta segunda reclamación, el técnico informante señala que, aunque es evidente que las aristas o bordes del soporte no son tan cortantes como para causar daño simplemente pasando la mano por ellos, sí hay una parte del soporte que presenta aristas. Así, como puede observarse en las instrucciones aportadas por la licitadora, cuando se rota la parte móvil del soporte hacia abajo para colocar el envase, los

extremos de las varillas quedan expuestos hacia fuera, con el consiguiente riesgo de causar daño, especialmente en las labores de mantenimiento de los soportes o de sustitución de los envases que se realizan con premura debido al alto volumen de estas tareas a realizar, por lo que tampoco cumple la prescripción técnica “(...) *no tendrán aristas ni puntos y bordes cortantes*”.

Reitera las alegaciones realizadas con ocasión de la anterior reclamación, relativas a 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, así como a la presunción y veracidad de los informes técnicos.

Concluye señalando que parece procedente la acumulación de ambas reclamaciones, dada la identidad de sujeto y objeto, y puesto que la apreciación de la concurrencia de uno solo de los motivos de exclusión será motivo suficiente para ratificar la decisión de la Mesa de Contratación de excluir del proceso al reclamante.

Se solicita, por todo ello, la acumulación y desestimación de las reclamaciones interpuestas por PROECO QUÍMICAS, S.L. frente a la exclusión de su oferta del Lote 2 del contrato.

OCTAVO.- Con fechas 29 de septiembre y 13 de octubre se dio traslado de las reclamaciones interpuestas a las demás personas interesadas para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, no habiéndose presentado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El SNS-O es un organismo autónomo adscrito al Departamento de Salud, por lo que se encuentra sometido a la LFCP en virtud de lo dispuesto en su artículo 4.1.b), siendo el acto impugnado susceptible de reclamación ante este Tribunal conforme al artículo 122.2.

SEGUNDO. - Las reclamaciones han sido interpuestas por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo o legítimo, cumpliendo con ello el requisito establecido en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

TERCERO. - La interposición de las reclamaciones 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. - Las reclamaciones se fundamentan 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.- El artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dispone que *“El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento. Contra el acuerdo de acumulación no procederá recurso alguno.”*

El órgano de contratación solicita en sus alegaciones la acumulación de las reclamaciones al objeto de su resolución, siendo así que, en el presente caso, se aprecia la identidad sustancial o íntima conexión que prevé el citado artículo para proceder a la misma, por cuanto las reclamaciones se interponen por un mismo licitador frente a la exclusión de su oferta, acto que se le notificó en dos ocasiones debido a un error en la indicación de las prescripciones técnicas que aquella incumplía en la primera de las notificaciones cursadas. Procede, por ello, acumular las citadas reclamaciones.

SEXTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación el acuerdo de exclusión de su oferta del Lote 2 del procedimiento de adjudicación del contrato para el suministro de solución hidroalcohólica para higiene de manos, que se fundamenta en el incumplimiento de las prescripciones técnicas relacionadas con el soporte.

Tres son los motivos que constan en el expediente justificando la exclusión, el primero debido al incumplimiento de la letra c), transcrita erróneamente y cuyo contenido se corresponde, tal y como reconoce el órgano de contratación con la letra b): *Deben facilitar el uso del producto sin necesidad de verter ni abrir el mismo para su colocación*; el segundo por contravenir lo dispuesto en la letra d): *La colocación y extracción del envase en el soporte debe ser fácil sin precisar forzar ninguna de ellas* y finalmente la letra c) *“Serán estables en condiciones de uso y consistentes y no tendrán aristas ni puntos y bordes cortantes”*

Efectivamente, como así consta en el pliego, en la cláusula 2ª de las prescripciones técnicas (Anexo V) se establecen las siguientes prescripciones técnicas:

“Características de los soportes (para envases de 500 ml):

- a) Adecuados para la colocación del envase de 500 ml.*
- b) Deben facilitar el uso del producto sin necesidad de verter ni abrir el mismo para su colocación.*
- c) Serán estables en condiciones de uso y consistentes y no tendrán aristas ni puntos y bordes cortantes.*
- d) La colocación y extracción del envase en el soporte debe ser fácil sin precisar forzar ninguna de ellas.”*

Comenzando con el primero de los motivos de la exclusión debemos partir del hecho reconocido por el órgano de contratación de la existencia de un error en el escrito de exclusión notificado al reclamante en el que se indicaron correctamente las letras de los apartados del pliego que se consideraban incumplidos, si bien el contenido de la prescripción c) se transcribió de forma incorrecta, poniendo el texto que correspondía al apartado b), error que se reconoce de manera expresa y que además justifica la segunda de las notificaciones de la exclusión indicándole correctamente los motivos de su exclusión y ofreciéndole un nuevo plazo para la presentación de reclamación y recurso.

Por tanto, el órgano de contratación reconoce que la oferta del reclamante al Lote 2 sí cumple la prescripción técnica del soporte consistente en *“Deben facilitar el*

uso del producto sin necesidad de verter ni abrir el mismo para su colocación”, resultando que mediante esta manifestación el SNS-O se allana a la pretensión de la reclamante, en tanto que el reconocimiento de la efectiva acreditación del cumplimiento de la exigencia contenida en el apartado b) de las prescripciones técnicas, por parte de la reclamante, y la falta de cualquier otra manifestación de oposición a la misma, constituyen allanamiento, tal y como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1998, que sobre esta figura indica que “El allanamiento es un acto jurídico procesal del demandado, por el que éste manifiesta su voluntad de no oponerse, o de abandonar su posición de oposición, a la pretensión del actor o demandante. A diferencia de la satisfacción extraprocésal debe producirse necesariamente ante el órgano jurisdiccional que conoce del asunto. Existe, en cambio, satisfacción extraprocésal cuando la Administración demandada, iniciado un proceso contencioso administrativo, reconoce totalmente en vía administrativa las pretensiones de la parte demandante”.

Respecto de la aplicación de esta figura a la reclamación especial en materia de contratación pública, en nuestro Acuerdo, 59/2021, de 2 de julio, con cita del Acuerdo 50/2020, de 29 de junio, señalamos lo siguiente:

“De igual modo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre este particular – por todas, Resolución de 14 de agosto de 2019 – razona que “Tal y como ya indicáramos en nuestra resolución 303/2015, de 10 de abril, (...) hemos de señalar ante todo que en el TRLCSP no está regulado expresamente el efecto que deba tener sobre estos recursos especiales en materia de contratación una eventual conformidad del órgano de contratación con las pretensiones del recurrente.

En ausencia de una norma específica sobre esta materia, el TRLCSP nos remite en lo no expresamente previsto por él, a la ley 30/1992 (hoy, Ley 39 y 40/2015), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que resulta de aplicación supletoria. Pues bien, el artículo 113 de esta última disposición legal, al hablar de la resolución de los recursos administrativos, se limita a declarar que el recurso administrativo resolverá sobre todas las cuestiones de fondo y

forma que plantee el recurso, hayan sido o no planteadas por el recurrente, exigiendo no obstante congruencia, es decir, pleno ajuste de la resolución que se dicte a las pretensiones ejercitadas en el recurso y prohibiéndose expresamente la "reformatio in peius". Es evidente que, en los recursos administrativos comunes, la Administración es a la vez "juez y parte" y por ello, si la autoridad autora de un acto impugnado en vía administrativa reconsidera su decisión inicial y se muestra conforme con las pretensiones del recurrente, la solución es bien sencilla: le basta con estimar el recurso.

Esta solución no es factible, sin embargo, en caso en que el órgano encargado de resolver el recurso, como sucede con este Tribunal, es una autoridad claramente distinta e independiente del órgano autor de un acto impugnado, es decir un órgano decisor independiente que dirime entre posiciones contrapuestas y por completo ajenas a él. Lo más similar a este Tribunal atendiendo además al espíritu de la Directiva que impuso la creación de este Tribunal, en lugar de acudir a un proceso judicial "ad hoc", es el caso de la llamada "jurisdicción retenida" donde los recursos frente a los actos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo se sustancian ante un órgano administrativo, pero plenamente independiente, como lo es sin duda el Consejo de Estado francés. Por tanto, ante el silencio del TRLCSP y de su norma supletoria, la 30/1992 sobre esta cuestión, hemos de remitirnos a la vigente regulación del recurso contencioso-administrativo. En ella, el reconocimiento tardío de las pretensiones del recurrente por parte del órgano administrativo autor de la resolución impugnada equivale a un allanamiento que pone fin al proceso judicial entablado, salvo que ello suponga una "infracción manifiesta del Ordenamiento Jurídico" (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Ello implica en definitiva que este Tribunal debe atribuir a la conformidad manifestada por el órgano de contratación respecto de la pretensión esgrimida en el recurso, la eficacia de un verdadero allanamiento y solo puede entrar en el fondo de la cuestión planteada por el recurso, en caso de que aprecia que la aceptación de las pretensiones de la recurrente "infringe, de modo manifiesto el Ordenamiento Jurídico". No se aprecia tal infracción del ordenamiento jurídico".

Así pues, tal y como expusimos, entre otros, en nuestro Acuerdo 23/2019, de 7 de marzo, en estos supuestos, sólo cabe proceder a la estimación de la reclamación especial, salvo que se aprecie una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico. Circunstancia que, a la vista del escrito de interposición y del expediente, debe ser rechazada.”

Resultando en consecuencia estimado este motivo de la reclamación sin que se advierta infracción alguna del ordenamiento jurídico consecuencia del allanamiento reconocido por la entidad contratante.

Respecto al incumplimiento de las otras dos prescripciones técnicas, previstas en las letras “c) *Serán estables en condiciones de uso y consistentes y no tendrán aristas ni puntos y bordes cortantes*” y “d) *La colocación y extracción del envase en el soporte debe ser fácil sin precisar forzar ninguna de ellas*”, con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas, procede recordar que el pliego regulador constituye auténtica *lex contractus*, siendo la ley que rige la contratación entre las partes y obliga tanto a la entidad contratante como al licitador que participa en el procedimiento de licitación mediante la presentación de la proposición. Doctrina que encuentra su fundamento legal en el artículo 53.1 LFCP cuando determina que “*Las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna*”

De igual modo, las prescripciones técnicas gozan de esta carácter vinculante, así, en nuestro Acuerdo 79/2019, de 11 de octubre, manifestamos 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”.

En este sentido el artículo 60 de la LFCP, establece que los pliegos reguladores de la contratación contendrán las especificaciones técnicas necesarias para la ejecución del contrato. Concretando el artículo 61.1.b), que se entenderá por “especificación técnica”, cuando se trata de contratos públicos de suministros o de servicios, *“aquella especificación que figure en un documento en la que se definan las características exigidas de un producto o de un servicio, como, por ejemplo, los niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental y climático, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad de las personas con discapacidad) y la evaluación de la conformidad, el rendimiento, la utilización del producto, su seguridad, o sus dimensiones; asimismo, los requisitos aplicables al producto en lo referente a la denominación de venta, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso, los procesos y métodos de producción en cualquier fase del ciclo de vida del suministro o servicio, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad”.*

Resultando por tanto no controvertido que según viene señalando este Tribunal las ofertas presentadas por las personas licitadoras deben adecuarse a las condiciones técnicas establecidas en los pliegos, pudiendo ser la consecuencia de su incumplimiento la exclusión de la oferta, como así ha apreciado, en distintas ocasiones (Acuerdo 54/2021, de 11 de junio):

“Teniendo en cuenta lo expuesto, la decisión del órgano de contratación en cuanto al establecimiento de los requisitos técnicos exigibles a los diferentes productos a fabricar queda dentro del ámbito de la discrecionalidad que tiene atribuida para definir las características propias de los productos que desea adquirir, respetando los principios de igualdad y concurrencia, y sin que resulte admisible que las

especificaciones técnicas en tal sentido determinadas en el pliego sean sustituidas a elección de los licitadores; debiendo los licitadores ajustar sus proposiciones a los pliegos que rigen la licitación y, por ende, a las prescripciones técnicas al efecto determinadas.

Así, reiterando la doctrina relativa a la consideración de los pliegos como ley del contrato, pusimos de relieve que (...). Concluyendo que las prescripciones técnicas previstas en los pliegos reguladores, que son aceptadas incondicionalmente como parte del contrato por los licitadores cuando formulan sus ofertas, constituyen instrucciones de carácter técnico con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación del contrato; siendo, por tanto, requisitos que las ofertas de los licitadores han de cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación, de forma que apreciado un incumplimiento de tales condiciones resulta obligada la exclusión del licitador del procedimiento, toda vez que otra solución - tal y como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 29 de abril de 2004 (asunto C-496 -99) – resultaría contraria a los principios de igualdad de trato y transparencia que deben imperar en la contratación pública.

Asimismo, cabe apuntar que, tal y como pusimos de manifiesto en el citado Acuerdo, entre las prescripciones técnicas, puede haberlas de carácter obligatorio, incondicionadas, cuyo incumplimiento supone la imposibilidad de ejecutar correctamente el contrato, es decir, de hacerlo conforme a las exigencias que la Administración ha considerado imprescindibles para asegurar la realización de la prestación que constituye su objeto. Las proposiciones que incumplan estas prescripciones técnicas obligatorias deben ser excluidas del procedimiento de licitación, siendo ésta una cuestión insubsanable. Puede haber otras prescripciones que, de acuerdo con lo que se haya establecido en el Pliego, tengan la consideración de susceptibles de variación en función de las mejoras o variantes que ofrezca el licitador, siempre que las mejoras o variantes hayan sido admitidas en la licitación.

(...).

Sentado lo anterior, debemos reiterar, asimismo, que el examen del cumplimiento de las prescripciones técnicas incorpora un juicio técnico por parte del órgano de contratación, al que la LFCP atribuye la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato y, por tanto, del pliego con objeto de satisfacer el interés general al que sirve; juicio técnico que, entrando dentro del ámbito de la discrecionalidad administrativa, limita las facultades de su revisión por parte de Tribunal a sus aspectos formales y a la apreciación de error en el mismo, tal y como pone de relieve la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias 207/2018, de 26 de noviembre: (...).

Finalmente, como hemos advertido en varias ocasiones – por todos, Acuerdo 101/2018, de 6 de octubre -, para que la exclusión del licitador por incumplimiento de prescripciones técnicas resulte ajustada a derecho, tal incumplimiento debe ser expreso y claro, debiendo interpretarse y aplicarse las exigencias de los pliegos de prescripciones técnicas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa.”

Partiendo de la doctrina expuesta procede analizar las razones esgrimidas por las partes que se detallan en los antecedentes.

En relación con la prescripción prevista en la letra c) “*Serán estables en condiciones de uso y consistentes y no tendrán aristas ni puntos y bordes cortantes*”, el reclamante considera que su producto goza de estabilidad en uso, porque está realizado íntegramente en acero inoxidable y se fija a la pared mediante tornillería DIN, lo que reduce los movimientos y las flexiones durante su uso. Manifestando en relación con los bordes cortantes que, aunque consideran que son piezas no cortantes, han sometido a la totalidad de las piezas a un proceso de pulido con la finalidad de achaflanar y/o matar las aristas vivas. Respecto a la prescripción prevista en la letra d) “*La colocación y extracción del envase en el soporte debe ser fácil sin precisar forzar ninguna de ellas*” argumenta que el envase se coloca sencillamente en el soporte diseñado para tal efecto, sin la necesidad de verter ni abrir el mismo para su colocación, además de ser la

colocación y extracción del envase del soporte fácil y sin forzar ninguna de ellas. Se aporta como prueba un vídeo demostrativo.

Por su parte el órgano de contratación, con fundamento en los informes técnicos del Servicio de Aprovisionamiento y Servicios Generales de fechas 16, 24 de septiembre y 5 de octubre de 2021, reitera los incumplimientos que justifican la exclusión, remitiéndonos a lo relatado en los antecedentes de este acuerdo.

Pues bien, llegados a este punto y teniendo en cuenta la doctrina anteriormente reproducida coincidimos con lo expuesto por el órgano de contratación y por el técnico informante, en el sentido de que el sistema diseñado para evitar el hurto del envase dificulta su colocación y extracción, apreciándose del propio vídeo adjunto a la reclamación. De igual forma, cabe apreciar que el soporte del envase bascula hacia los lados una vez cerrado, así como que los extremos de las varillas del soporte miran hacia fuera cuando estas se colocan en posición horizontal, pudiendo causar cortes o daños durante su manipulación, sin que el proceso de pulido al que han sido sometidas las piezas, según alega el reclamante, pueda admitirse al respecto, por cuanto el mismo se ha realizado tras la exclusión de su oferta.

A ello debemos recordar la presunción de acierto y veracidad de la que gozan los informes técnicos, así en nuestro Acuerdo 78/2021, de 12 de agosto, señalamos que *“También en el citado Acuerdo expusimos 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.*

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.

En conclusión, el presente caso se trata de valorar si informe técnico asumido por la mesa es claro y suficiente a la hora de fundamentar que la descripción técnica

del producto ofrecido no se corresponde con lo exigido en el PPT, y que de ello deriva tanto el incumplimiento del PPT como la imposibilidad del cumplimiento del contrato o que la oferta presentada por el licitador no va a satisfacer las necesidades de la entidad contratante, sin que la argumentación de la recurrente, que se dirige improcedente y extemporáneamente a poner en cuestión la proporcionalidad de las exigencias del PPT, que no recurrió en tiempo y forma, aceptándolo expresamente con la presentación de la oferta, evidencien la existencia de arbitrariedad, error o discriminación en el informe”.

Resultando por tanto que los informes técnicos gozan de presunción de acierto en la valoración del incumplimiento de las prescripciones técnicas contenidas en el pliego. Al respecto se ha de reparar que el informe técnico de valoración del cumplimiento de las prescripciones técnicas emitido el 16 de septiembre se limita a justificar la exclusión aludiendo a la prescripción técnica incumplida, sin mayor argumentación, no obstante no puede obviarse que la propia definición de las prescripciones técnicas incumplidas facilita su comprensión, razón por la que en ejercicio de su derecho de defensa el reclamante ha formulado alegaciones en relación con los motivos de exclusión puestos de manifiesto en el escrito de exclusión.

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. Acumular las reclamaciones especiales en materia de contratación pública interpuestas por PROECO QUÍMICAS, S.L. frente al acuerdo de exclusión de su oferta del Lote 2 del procedimiento de adjudicación del contrato “*APRO 28/2021: Suministro de solución hidroalcohólica para higiene de manos con cesión de equipos con destino a distintos centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea*”.

2º. Estimar parcialmente la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por PROECO QUÍMICAS, S.L., con fecha 23 de septiembre, frente al acuerdo de exclusión de su oferta del Lote 2 del procedimiento de adjudicación del contrato “*APRO 28/2021: Suministro de solución hidroalcohólica para higiene de manos con cesión de equipos con destino a distintos centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea*” (Expte. 116/2021).

3º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por PROECO QUÍMICAS, S.L., con fecha 3 de octubre, frente al acuerdo de exclusión de su oferta del Lote 2 del procedimiento de adjudicación del contrato “*APRO 28/2021: Suministro de solución hidroalcohólica para higiene de manos con cesión de equipos con destino a distintos centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea*” (Expte. 120/2021).

4º. Notificar este acuerdo a PROECO QUÍMICAS, 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.

5º. 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, 30 de noviembre de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.