



Expediente: 68/2018

ACUERDO 102/2018, de 9 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por “DILUS INSTRUMENTACIÓN Y SISTEMAS, S.A.”, frente a la exclusión de su oferta en la licitación del Lote 1, “2 Sistemas de dilución dinámica portátiles” del contrato de de suministro de equipamiento para la red de vigilancia de la calidad del aire, promovida por el Departamento de Hacienda y Política Financiera del Gobierno de Navarra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 5 de julio de 2018 el Departamento de Hacienda y Política Financiera del Gobierno de Navarra publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de suministro de equipamiento para la red de vigilancia de la calidad del aire. El contrato se divide en dos lotes:

- Lote 1: 2 Sistemas de dilución dinámica portátiles.
- Lote 2: Cabina de intemperie.

Dentro del plazo establecido al efecto, la mercantil “DILUS INSTRUMENTACIÓN Y SISTEMAS, S.A.” presentó oferta para el Lote 1, “2 Sistemas de dilución dinámica portátiles”.

SEGUNDO.- Con fecha 8 de agosto de 2018 el Secretario de la Mesa de Contratación actuante en el procedimiento notifica a “DILUS INSTRUMENTACIÓN Y SISTEMAS, S.A.” la decisión de la Mesa de excluir su oferta al Lote 1 “dos sistemas de dilución dinámica portátiles”, *“al no ajustarse al pliego de la contratación, ya que el*

fotómetro de los calibradores dinámicos es de 0-0,5, 1, 2 ppm cuando se exigen 0-0,1 ppm ó 0-10ppm”

TERCERO.- El día 13 de agosto de 2018 “Sistemas Tecnológicos Avanzados, S.A.” interpone reclamación especial en materia de contratación frente a la citada exclusión, que basa en los siguientes motivos:

“1.- Que la información aportada en la oferta corresponde a los rangos de medida estandar del fabricante y más utilizados en las redes de Calidad del Aire.

2.- Que el equipo propuesto, Modelo 2010D, cumple con su PPT, en configuración especial, sin incremento de coste, con los rangos de 0...0,1 ppm ó 0...10 ppm, requeridos.”

Para acreditar dicho cumplimiento adjunta:

- Hoja de especificaciones del fabricante (Rangos especiales y estándar).
- Certificado del Fabricante SABIO Environmental, LLC.

Por ello, solicita que se anule la exclusión.

CUARTO.- El Departamento de Hacienda y Política Financiera del Gobierno de Navarra aporta el expediente el día 22 de agosto de 2018 y como únicas alegaciones incluye un informe firmado por el Jefe del Negociado de Redes de Control del Servicio de Economía Circular y Agua del Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local del Gobierno de Navarra, en el que se expone lo siguiente:

“En relación con la reclamación interpuesta por DILUS Instrumentación y Sistemas, S.A. frente a la exclusión de la oferta presentada en la licitación “Suministro de equipamiento para el análisis de la calidad del aire” expediente 00505-0400-2018- 000067 se emite el siguiente informe:

1. *En la oferta presentada por DILUS Instrumentación y Sistemas, S.A. el rango del fotómetro del calibrador 2010D es 0-0,5, 1, 2 ppm seleccionable.*
2. *En la reclamación se indica que el equipo propuesto, en configuración especial sin incremento de coste, cumple con los rangos requeridos en el pliego, que son 0-0,1ppm ó 0-10 ppm.*
3. *En la oferta presentada no hay ninguna referencia a que existan otras opciones para el rango del fotómetro, ya que la única información que se aporta al respecto del rango del fotómetro es que el rango es 0-0,5, 1, 2 ppm seleccionable, lo que incumple el requisito establecido en el Pliego.”*

QUINTO.- Con fecha 23 de agosto de 2018 se abre el plazo para las alegaciones de otros interesados, no habiéndose formulado alegación alguna por parte estos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.b) de la Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP), las decisiones que adopte la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (de la que forma parte el Departamento de Hacienda y Política Financiera) en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos están sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 122.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de una empresa excluida de la licitación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 123.1 de la LFCP 2018.

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 2018; constituyendo su objeto un acto de trámite cualificado que determina la imposibilidad

de continuar el procedimiento y produce indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses de la reclamante, el de exclusión de la licitación que el artículo 122.2 LFCP declara expresamente recurrible a través de esta específica acción de impugnación.

CUARTO.- La reclamación se fundamenta en los motivos legalmente tasados, en particular en la infracción de las normas de concurrencia y transparencia en la licitación, de acuerdo con los requerimientos del artículo 124.3.c) de la LFCP 2018.

QUINTO.- Constituye el objeto de la reclamación el acuerdo adoptado por la mesa de contratación designada en el procedimiento de adjudicación del contrato de suministro de equipación para la red de vigilancia de la calidad del aire, en cuya virtud tiene lugar la exclusión de la oferta presentada por la mercantil “DILUS Instrumentación y Sistemas, S.A” al Lote 1 “dos sistemas de dilución dinámica portátiles”, por no ajustarse al pliego de la contratación, ya que el fotómetro de los calibradores dinámicos es de 0-0,5, 1, 2 ppm cuando el pliego exige 0-0,1 ppm o 0-10 ppm.

Alega la reclamante que la información aportada en la oferta corresponde a los rangos estándar del fabricante, si bien el equipo propuesto cumple, en configuración especial, sin incremento de coste, con los rangos de 0 ...0,1 ppm o 0 ...10 ppm requeridos en el pliego; afirmación que acredita a través de la aportación de la hoja de especificaciones (rangos especiales y estándar) y el certificado del fabricante.

Opone la entidad contratante que en la oferta presentada no hay ninguna referencia a que existan otras opciones para el rango del fotómetro, resultando que la única información que aporta al respecto es que el rango es de 0 - 0,5, 1, 2 ppm seleccionable; incumpliendo, con ello, el requisito establecido en el pliego.

Expuestas las posiciones de las partes, y a la vista de las mismas, procede examinar las previsiones contenidas en el pliego regulador en relación con la

característica técnica cuyo incumplimiento ha determinado la exclusión de la reclamante.

Así, la cláusula decimoquinta del pliego, relativa al contenido del Sobre B “Documentación Técnica” Lote 1: 2 Sistemas de dilución dinámica portátiles, exige la presentación de *“1- Descripción de los equipos (tamaño, peso, características de portabilidad) y la justificación del cumplimiento de las condiciones técnicas indicadas en el presente Pliego. Se aportarán fotografías del producto ofertado.*

2- Declaración sobre medios propios para el transporte de los sistemas de dilución dinámica portátiles al lugar de entrega fijado en el presente pliego. Anexo V”.

Por su parte, el apartado del pliego relativo a las características técnicas del contrato, en relación con el Lote 1, dispone que *“Cada sistema de dilución dinámica estará compuesto por un calibrador multigas y un generador de aire cero para la calibración y verificación de los analizadores de gases de la red.*

Los sistemas no se instalaran de manera fija en una estación de la Red, sino que se trasladaran por todas ellas para realizar las verificaciones y calibraciones de los analizadores de gases.

Para ello es imprescindible que los equipos sean portátiles, entendiéndose por tales aquellos que son transportables por estar alojados dentro de una maleta o caja rígida con ruedas dotada de un asa o tirador que permita su desplazamiento.

No se admitirán propuestas de equipos que no sean portátiles por no cumplir las características anteriores.

Cada uno de los sistemas de dilución dinámica estará compuesto por un calibrador multipunto con generador de ozono y fotómetro y un generador de aire cero. Las características de cada equipo serán las siguientes

CALIBRADOR MULTIPUNTO (...) Fotómetro Rango 0-100 ppb, 0 -10 ppm, seleccionable (...)”.

Se ha de poner de manifiesto que el pliego regulador no ha sido impugnado por ninguno de los interesados en la adjudicación del contrato por lo que su aceptación conduce a que éste sea la verdadera ley del contrato (por todas, Sentencia del Tribunal

Supremo de 28 de noviembre de 2008), como expresión de las relaciones nacidas de la convención de voluntades y al cual se encuentran sometidos tanto los licitadores como el poder adjudicador. En consecuencia, el cumplimiento o incumplimiento de las especificaciones técnicas en él contenidas se convierte en una cuestión de interpretación de un documento contractual y, además, en el caso que nos ocupa, en una cuestión de prueba de su cumplimiento por la reclamante.

SEXTO.- La resolución de la cuestión planteada en la presente litis precisa comenzar recordando que la competencia para delimitar el objeto del contrato corresponde al órgano de contratación, que debe justificar su necesidad antes de comenzar el proceso de licitación que corresponda. De hecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 138.3 LFCP *“El expediente de contratación se iniciará mediante un informe razonado de la unidad gestora del contrato, exponiendo la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse, idoneidad del objeto para satisfacerlas, características y valor estimado de las prestaciones objeto del contrato, adecuación del precio al mercado, la vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato, la elección del procedimiento de contratación y los criterios de solvencia, las necesidades específicas y circunstancias que afecten a las personas destinatarias de los bienes o servicios y cuantas otras se estimen necesarias (...)”*; informe acreditativo de la necesidad e idoneidad del contrato sobre el que la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2011 concluye que no es un simple requisito formal, sino que es un trámite esencial del procedimiento, que actúa como presupuesto habilitante para proceder a la contratación.

Por otra parte, tal y como indicamos en nuestro reciente Acuerdo 101/2018, de 4 de octubre, 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 al artículo 138.4 LFCP, la competencia para su aprobación al órgano de contratación en la medida en que constituyen contenido obligado de los pliegos reguladores de la contratación. Decisión

del órgano de contratación en cuanto al establecimiento de los requisitos técnicos exigibles a los diferentes elementos a suministrar que 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.

Al hilo de lo anterior, también en el citado Acuerdo, apuntamos que en la obligación impuesta a los licitadores en el artículo 53.1 LFCP de ajustar sus proposiciones a los pliegos que rigen la licitación se incluyen las prescripciones técnicas al efecto determinadas, por constituir éstas contenido obligado del pliego regulador; y recordamos, igualmente, una de las principales consecuencias jurídicas de la participación en el procedimiento de licitación, a saber, que la presentación de la proposición supone la aceptación incondicionada, sin salvedad o reserva alguna, de todas las cláusulas del pliego.

Así, reiterando la doctrina relativa a la consideración de los pliegos como ley del contrato, pusimos de relieve que *“el pliego regulador tiene naturaleza contractual y la totalidad de sus cláusulas son vinculantes tanto para la Administración como para los licitadores y, en su caso, para los adjudicatarios; resultando, en consecuencia, que las prescripciones técnicas contenidas en los mismos son exigibles por el órgano de contratación y de obligada observancia por parte de los licitadores que concurran en el procedimiento de adjudicación correspondiente. Y ello en la medida en que de la presunción de que la presentación de las proposiciones implica la aceptación de sus cláusulas o condiciones, debe deducirse que también es exigible que las proposiciones se ajusten a las prescripciones técnicas fijadas en el pliego por cuanto ellas configuran las características y condiciones de la prestación objeto del contrato.*

De este modo, las previsiones relativas a la presentación de proposiciones y el contenido de las mismas deben ser tenidas en cuenta para establecer si la oferta formulada por el interesado se ajusta o no a los requerimientos exigidos, debiéndose tener en cuenta, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 4 de mayo de 2017, que al no establecer la ley con claridad cuáles son los

defectos formales o materiales susceptibles de subsanación y cuáles determinan la exclusión del procedimiento de licitación, tales criterios se perfilan por la jurisprudencia casuísticamente, de modo que es causa de exclusión el incumplimiento de las condiciones técnicas exigidas para tomar parte en el procedimiento a tenor del Pliego de prescripciones técnicas”. 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.

Sentado lo anterior, advertimos para que la exclusión del licitador por incumplimiento de prescripciones técnicas resulte ajustada a derecho, tal incumplimiento debe ser expreso y claro, tal y como pone de relieve la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 985/2015, de 23 de octubre: *“(…) Pero también señalamos que “debe tenerse en cuenta que las exigencias de dichos pliegos de prescripciones técnicas deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art 1 del TRLCSP. En este mismo sentido, se pronuncia el art 139 TRLCSP cuando exige que: <<Artículo 139. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia>>. En consonancia con ello, debe interpretarse el art. 84 del reglamento actualmente aplicable, que realiza una regulación muy precisa de los casos en los cuales los*

defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación” (Resolución 613/2014, de 8 de septiembre), por lo que “no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato” (Resolución 815/2014, de 31 de octubre) A ello añadiremos que el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. En efecto, del artículo 145.1 del TRLCSP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación. Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de la prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de la ofertas al cumplimiento del objeto del contrato.

Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.

De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en

valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado”.

SEPTIMO.- La resolución de la controversia suscitada en la presente reclamación requiere examinar si en el caso concreto que nos ocupa la oferta presentada por la reclamante incumple la característica técnica exigida en el pliego en relación con el rango del fotómetro y, en caso afirmativo, si ello justifica la exclusión del licitador del procedimiento de adjudicación del contrato.

El Pliego regulador del contrato en la parte correspondiente a las características técnicas del calibrador multipunto exige que el fotómetro tenga un rango de 0-100 ppb, 0 -10 ppm, seleccionable.

La especificación está redactada en términos claros y no admite interpretación alguna, de tal manera que el fotómetro de los calibradores ofertados han de cumplir con un rango de 0-100 ppb, 0 -10 ppm, seleccionable.

En el Sobre Número 2 correspondiente a la “Proposición Técnica” presentado por la reclamante, en el apartado 2.2.9 relativo a las “Especificaciones del calibrador portátil por dilución MOD. 2010D”, en la página 18 se especifican las características del fotómetro que incorpora el calibrador ofertado, en los siguientes términos *“Fotómetro. Rangos standard 0-0,5, 1, 2 ppm seleccionable. Linealidad 1% de la lectura. Precisión ± 1 ppb. Deriva de cero $< \pm 1$ ppb para 24 horas ó 30 días. Caudal de salida 1 l/min (nominal). Salidas analógicas 3 salidas, rango: 100 mV, 1 V, 5V”.*

Así pues, queda claro que el rango del fotómetro incorporado al equipo ofertado (0-0,5, 1, 2 ppm seleccionable) no alcanza el exigido en el pliego (0 -10 ppm); sin que en dicha documentación se deje constancia de que los niveles de rango del fotómetro se puedan ampliar al rango requerido en el pliego regulador, y sin que se aprecie error manifiesto, inconcreción u oscuridad en los términos en que dicha característica técnica es determinada en la oferta formulada.

El artículo 60 LFCP en relación con las prescripciones técnicas, establece que *“1. Los pliegos reguladores de la contratación contendrán las especificaciones técnicas necesarias para la ejecución del contrato, que se denominarán prescripciones técnicas. Estas prescripciones podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este. Si una norma de la Unión Europea establece requisitos de accesibilidad aplicables al contrato, dicha norma habrá de citarse en las prescripciones técnicas.*

2. Las prescripciones técnicas deberán formularse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad y diseño para todos los usuarios, así como criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con una de estas modalidades:

a) Por referencia a las especificaciones definidas en el artículo 59 de esta ley foral y de acuerdo con el orden de preferencia señalado, acompañadas de la mención “o equivalente”.

b) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales.

c) Por referencia a las especificaciones técnicas de la letra a) en algunas características y en términos de rendimiento o exigencias funcionales para otras.

3. Con independencia de los términos en que se encuentren formuladas las prescripciones técnicas, no podrá rechazarse una oferta cuando quien licita pruebe que cumple de forma equivalente los requisitos fijados en las especificaciones técnicas señaladas en el apartado a) del apartado anterior o los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales del contrato. A estos efectos, constituirán medios de prueba, entre otros, la documentación técnica del fabricante o un informe de pruebas de un organismo reconocido de conformidad con la normativa europea.

4. Cuando las prescripciones técnicas se definan en términos de rendimiento o de exigencia funcional, éstas deberán ser lo suficientemente precisas como para permitir a las personas interesadas en la licitación determinar el objeto del contrato”.

Por su parte, el artículo 61 establece que *“A efectos de esta ley foral se entenderá por: 1) “Especificación técnica”: (...) b) Cuando se trate 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”.

A su vez, en el Anexo VII de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE se establece que, a efectos de la Directiva, se entenderá por “especificación técnica”, en el caso de contratos 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.”*

En este sentido, se observa que el Pliego regulador contiene una descripción de las especificaciones técnicas exigidas a los bienes a suministrar, que se definen de forma obligatoria, de tal manera que resulta preceptiva su acreditación por parte de los licitadores, toda vez que la vinculación de éstos a las prescripciones técnicas supone la necesidad de que los productos ofertados en cada lote se acomoden con total exactitud a las concretas especificaciones técnicas previstas en aquél, por resultar exigible la observancia de las concretas características técnicas previstas en aquéllos; de donde resulta que aquellos bienes que no cumplan con alguna de las especificaciones no van a ser admitidos al procedimiento de licitación. Conclusión que se deriva de la lectura de la cláusula primera del Pliego que, al regular el objeto del contrato, dispone que *“El suministro deberá ajustarse a las prescripciones técnicas contenidas en este Pliego”*.

Lo cierto es que la reclamante reconoce en el escrito de interposición de la reclamación que la información que aportó en el sobre número 2 de la oferta se

corresponde con los rangos de medida estándar del fabricante; si bien apunta ahora que el equipo propuesto cumple el pliego “en configuración especial y sin incremento de coste”.

Aporta, a estos efectos, certificación del fabricante en la que consta que el calibrador de dilución de gas Modelo 2010D podrá reunir como requisitos específicos fotómetro con rango de 0,1 ppm hasta 0-10 ppm (seleccionable); rango que, efectivamente, resulta superior al exigido en el pliego, si bien lo cierto es que ello requiere, según indica la reclamante, una configuración especial que oferta sin coste económico.

Dicho de otro modo, de la documentación probatoria aportada por la reclamante sobre el cumplimiento por el bien ofertado de la especificación técnica controvertida no se deriva que éste cumpla con el requerimiento del rango del fotómetro exigido en el pliego; más bien al contrario, pone de relieve la posibilidad de que dicho modelo de calibrador lo satisfaga, pero a través de una configuración especial cuyo coste asumirá el licitador.

Pues bien, esta circunstancia no fue indicada en la proposición técnica formulada por la reclamante, de donde no cabe sino deducir que al presentar su oferta optó por ofertar el modelo estándar de este concreto calibrador cuyo fotómetro no alcanza el rango requerido, en lugar de ofertar, siendo ello posible a la vista de la certificación aportada, este mismo modelo incorporando un fotómetro con un rango superior.

Así las cosas, las alegaciones realizadas en el escrito de reclamación y la documentación aportada al mismo revelan no sólo el incumplimiento de la característica técnica exigida, sino la inexistencia de error o ambigüedad alguna en la oferta, habida cuenta que las manifestaciones en tal sentido efectuadas no evidencian que la oferta realizada cumpla tal prescripción sino que, para alcanzar tal requisito, se oferta el mismo equipo pero realizándole una configuración específica a tales efectos. Abunda en ello la indicación de que dicha configuración se realizará sin coste para la entidad

contratante, de donde se deduce que si la implementación necesaria eleva el coste del equipo a suministrar se está alterando lo inicialmente ofertado.

Resulta así que lo pretendido ahora supone una modificación de los términos en que la oferta fue formulada. Y ello es así toda vez que, a la vista de los términos en que se formula la oferta y la documentación aportada al escrito de interposición de la reclamación, la única posibilidad de que no fuera excluido radicaría en aceptar el citado equipo en configuración especial en lugar del estándar que es el ofertado, lo que supondría aceptar en este momento una voluntad diferente de la que ya expuso en su oferta, un cambio sustantivo del contenido de la misma que varía la voluntad declarada inicialmente por el licitador.

El principio de igualdad de trato implica que todos los potenciales licitadores deben conocer las reglas del juego y éstas se deben aplicar de la misma manera. Principios que se ha respetado en el procedimiento que nos ocupa, puesto que el poder adjudicador ha definido claramente en el pliego regulador las especificaciones técnicas que demanda de los bienes a ofertar por los licitadores y éstas se han definido como necesarias y obligatorias en su cláusula primera. De donde sólo cabe deducir que la reclamante en el momento de la presentación de la oferta conocía los requisitos que debían cumplir los bienes ofertados; debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta, resultando que presentada ésta, en principio no puede ser ya modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del licitador.

Así lo pone de relieve la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de fecha 4 de mayo de 2017, C-387/2014, cuya doctrina relativa a la imposibilidad de modificar la oferta al presentar aclaraciones a la misma resulta aplicable al caso que nos ocupa; resolución judicial que tras recordar que los poderes adjudicadores deben dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrar con transparencia, razona que “(...) 36. Así pues, por una parte, los principios de igualdad de trato y de no discriminación obligan a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e

implican, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otra parte, el objetivo de la obligación de transparencia es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Dicha obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de manera clara, precisa y unívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 61 y jurisprudencia citada).

37. Además, se desprende ya de la jurisprudencia que los principios de igualdad de trato y de no discriminación y la obligación de transparencia se oponen, en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, a cualquier negociación entre el poder adjudicador y un licitador, lo que implica que, en principio, una oferta no puede ser modificada después de su presentación, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. De ello se deduce que el poder adjudicador no puede solicitar aclaraciones a un licitador cuya oferta considere imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones (sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 62 y jurisprudencia citada).

38. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha señalado que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 (LA LEY 4245/2004) no se opone a que 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 (sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 63 y jurisprudencia citada).(…)”

La finalidad de la reclamación especial en materia de contratación pública es controlar la legalidad de los actos dictados en el seno del procedimiento de adjudicación, en este caso la legalidad de la decisión relativa a la exclusión de la

reclamante por el incumplimiento de una especificación técnica y ello, como no puede ser de otra manera, a la vista de la documentación aportada en su oferta, de forma que es ésta la que debe revelar, en su caso, el error de la mesa de contratación al realizar su análisis, sin perjuicio de la aportación de los medios de prueba que sobre tal extremo se consideren oportunos. Así, al igual que sucede cuando el poder adjudicador ejercita la facultad de solicitar aclaraciones a las ofertas de los licitadores, lo que resulta inadmisibile para este Tribunal es aceptar y permitir la alteración de la oferta presentada, mediante la variación de su sentido inicial o la incorporación de otros elementos inicialmente no previstos, 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 el artículo 2 LFCP.

Así pues, se aprecia un incumplimiento expreso y claro por la reclamante en su oferta de la característica relativa al rango del fotómetro del calibrado ofertado, cuya consecuencia no puede ser otra que la exclusión del procedimiento; motivo por el cual procede confirmar la legalidad del acto de exclusión impugnado y, por ende, la desestimación de la reclamación interpuesta.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018 de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por “DILUS INSTRUMENTACIÓN Y SISTEMAS, S.A.”, frente a la exclusión de su oferta en la licitación del Lote 1, “2 Sistemas de dilución dinámica portátiles” del contrato de de suministro de equipamiento para la red de vigilancia de la calidad del aire, promovida por el Departamento de Hacienda y Política Financiera del Gobierno de Navarra.

2º. Notificar este Acuerdo a “DILUS INSTRUMENTACIÓN Y SISTEMAS, S.A.”, al Departamento de Hacienda y Política Financiera del Gobierno de Navarra y a cuantos figuren como interesados en el procedimiento y ordenar su publicación en la web 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, 9 de octubre de 2018. LA PRESIDENTA, Silvia Doménech Alegre.
LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.