



Expte: R- 68/2016

ACUERDO 12/2017, de 16 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don A.S., en representación de “Lamitek Protección Solar S.L”, frente a su exclusión en el contrato de Suministro e Instalación de 221 estores de control solar para las fachadas sureste y suroeste del edificio sito en Parque Tomas Caballero, nº1, de Pamplona, promovido por el Departamento de Hacienda y Política Financiera.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 14 de octubre de 2016 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del Contrato de Suministro e Instalación de 221 estores de control solar para las fachadas sureste y suroeste del edificio sito en Parque Tomás Caballero, nº1, de Pamplona, promovido por el Departamento de Hacienda y Política Financiera.

SEGUNDO.- Con fecha 23 de noviembre de 2016, le fue notificado a la empresa “Lamitek Protección Solar, S.L.” la exclusión de su oferta, ya que conforme al informe técnico realizado por el Servicio de Energía, Minas y Seguridad Industrial, de las ocho propuestas presentadas a la licitación por el Servicio de Energía, Minas y Seguridad Industrial, la muestra presentada por la misma *“no cumple el criterio de color blanco”*, siendo esta la causa de exclusión de tres de las ofertas presentadas en dicha licitación.

Asimismo, del Informe Técnico se excluye igualmente a otras tres ofertas mas por no cumplir los estándares exigidos en las prescripciones técnicas, admitiéndose únicamente a dos ofertas de las presentadas, al considerarse conforme a dichas prescripciones.

TERCERO.- El día 24 de noviembre de 2016, se procedió por la unidad gestora a realizar una nueva notificación de la exclusión de la empresa “Lamitek Protección Solar, S.L”, así como del resto de las 6 empresas cuyas ofertas habían sido excluidas como consecuencia de la valoración técnica efectuada, incluyendo en dicha notificación el correspondiente pie de recurso que había sido obviado en la primera notificación.

CUARTO.- El día 30 de noviembre de 2016, se presenta por el cauce telemático legalmente establecido, mediante certificado electrónico de la propia empresa, reclamación en materia de contratación pública por don A.S., en representación de “Lamitek Protección Solar S.L”, frente a su exclusión en el contrato de Suministro e Instalación de 221 estores de control solar para las fachadas sureste y suroeste del edificio sito en Parque Tomas Caballero, nº1, de Pamplona, promovido por el Departamento de Hacienda y Política Financiera.

En su reclamación, el interesado señala como motivo de la reclamación la presunta discriminación que entiende ha sufrido por la exclusión de su oferta técnica, al no haber recibido un trato igualitario y objetivo en la valoración de las distintas ofertas técnicas.

Señala el reclamante que tal y como indica el Pliego de Prescripciones Técnicas en su apartado tercero, el cual establece la obligación de realizar una visita al edificio *“con el fin de realizar las mediciones que se consideren oportunas y que la oferta se ajuste a las características reales de las ventanas”*, en dicha visita, al observar el material que estaba instalado en las cortinas de muestra se le indicó *“que ese material, Estor enrollable de lamina solar tipo ELEX o similar, no existe en color blanco. Aduce que para presentar un estor blanco resulta necesario presentar un tejido tipo SCREEN o POLYSCREEN, pero nunca lámina que era el material prescrito.”*

Ante esta consideración del reclamante, se le contestó que *“como varias empresas le habían dicho lo mismo presentáramos la muestra de lamina más clara, aunque esta no fuera blanca”*, criterio que no se ha mantenido luego en el informe

técnico realizado por los mismos, ya que se ha acordado *“nuestra exclusión del concurso por no cumplir con el color blanco”*.

Por ello, solicita el reclamante que ya que al final, ante la incompatibilidad entre el material y el color prescrito en el Pliego como requisitos de las ofertas a presentar por los licitadores, se ha optado por estores de tejido y no de lámina solar, *“se nos permita presentar oferta para estar en igualdad de condiciones que las empresas seleccionadas”*, retrotrayendo el procedimiento al periodo de presentación de ofertas.

QUINTO.- El día 22 de diciembre de 2016, la entidad reclamada aporta el expediente de contratación, sin que presente escrito de alegaciones oponiéndose a la reclamación presentada ni pronunciamiento alguno al respecto.

SEXTO.- El día 23 de diciembre de 2016, se procedió a dar trámite de audiencia al resto de interesados en el procedimiento, sin que se haya aportado alegación alguna por los mismos durante el plazo concedido al efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 2.1 b) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP), las decisiones que adopte la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, 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 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador participante en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato y basa su reclamación en motivos contemplados por el artículo 210.3 de la LFCP.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal previsto en el artículo 210.2 b de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación formulada se fundamenta en la vulneración de las normas de concurrencia y transparencia en la licitación, motivo incluido entre los que de forma tasada señala el artículo 210.3 de la LFCP para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- En cuanto al fondo del asunto, el motivo de reclamación que esgrime la empresa “Lamitek Protección Solar, S.L.” contra la exclusión de su oferta técnica es que ante la imposibilidad material de cumplir los requisitos técnicos señalados en el Pliego (no existencia en el mercado un producto que reúna ambos requisitos de ser lámina solar y color blanco), ha quedado al arbitrio de la entidad reclamada el optar por uno de ellos, lo que ha repercutido en una desigualdad entre los licitadores, ya que teniendo productos que si cumplían el requisito del color no lo han podido ofertar por desconocimiento.

SEXTO.- Respecto a la cuestión que nos ocupa, el apartado primero del Anexo I “Prescripciones Técnicas” del PPTP, denominado “Características de los materiales” tiene el siguiente tenor:

“La lamina solar tipo ELEX o similar deberá cumplir los siguientes requisitos:

<u>Características Técnicas</u>	<u>Valor</u>
<i>Transmisión rayos UV</i>	<i>1 %</i>
<i>Transmisión de la luz visible</i>	<i>3 %</i>
<i>Energía solar reflejada</i>	<i>86 %</i>
<i>Ratio solar Reflexión</i>	<i>53 %</i>
<i>Ratio solar Absorción</i>	<i>43 %</i>
<i>Ratio solar Transmisión</i>	<i>4 %</i>
<i>Reducción del deslumbramiento</i>	<i>97 %</i>

Otras características del suministro:

- Estores enrollables.*
- Tonalidad de la lámina del estor: blanco*
- Color de las piezas y accesorios: negro*

- Lado a ubicar la cadenilla: derecha.”

Del examen del informe técnico de valoración se desprende que en el procedimiento de licitación se han excluido a empresas por presentar una tonalidad diferente a la prevista en el pliego, como la entidad reclamante, o por presentar estores con características diferentes a las previstas en el mismo.

Sin embargo, se aprecia que las dos entidades admitidas a la licitación porque se han ajustado a las prescripciones técnicas, no han presentado estores de lámina, sino que han presentado estores de otro material, estores de tejido, que se han considerado equivalentes o similares por parte de la entidad gestora.

La entidad reclamante alega que si hubiera conocido que resultaba posible presentar estores de otro material, hubiese presentado un estor que se ajustara a la tonalidad requerida en el pliego, pero la redacción de la cláusula y la recomendación verbal técnica en la visita lo han impedido, lo que ha generado una desigualdad de trato entre las entidades presentadas al procedimiento.

A este respecto, el principio de igualdad de trato viene recogido en el artículo 21.1 de la LFCP cuando establece que *“las entidades sometidas a la presente Ley Foral otorgarán a los contratistas un tratamiento igualitario y no discriminatorio y actuarán con transparencia, interpretando las normas atendiendo a tales objetivos y respetando la doctrina dictada a tal fin por la jurisprudencia comunitaria”*. Este principio rector de la contratación pública se traduce, según la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2008(Asunto T-345/03) en que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes y los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser éstas valoradas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJUE de 25 de abril de 1996).

Como señala la Resolución 1/2012, de 13 de abril de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León *“El principio de igualdad de trato implica, concretamente, que todos los licitadores potenciales deben conocer las*

reglas del juego y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. En definitiva, el principio de igualdad de trato es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, (en este sentido Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otro y 19 de junio de 2003, GAT)”. Por su parte, el principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que “por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata” (Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C- 496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 a 111)”.

En este caso, sin que resulte posible asegurar la imposibilidad de presentar un estor de lámina blanca, se advierte que ninguna entidad lo ha aportado, de hecho, las dos entidades admitidas han presentado estores blancos de tela, al considerarse por la entidad gestora equivalentes o similares, circunstancia que no conocían todos los licitadores, lo que ha originado una desigualdad de trato.

SÉPTIMO.- Además, siendo el Pliego la “Ley del Contrato”, para poder aplicarla adecuadamente la entidad adjudicadora debe llevar a cabo una labor de interpretación de sus cláusulas, interpretación en la que, conforme a doctrina constante (por todas la Resolución nº 281/2015, de 15 de abril de 2016, del TACRC), es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 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), pero también se deberá tener en cuenta que el artículo 1.288 del mismo Código Civil dispone que *“La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”*, lo que implica, como afirma el TACRC en su Resolución nº 147/2016, de 19 de febrero de 2016, que *“Acoge así el legislador el principio “contra proferentem”*, que prohíbe que la interpretación de las estipulaciones dudosas o ambiguas perjudique a la parte inocente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I, de 28 de enero de 1989 –Roj STS 9141/1989-) y que impone, incluso, que favorezca a ésta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I, de 8 de noviembre de 2001 –Roj STS 8713/2001-)

Como hemos señalado en nuestro Acuerdo 32/2015, de 29 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra: *“Y para ello procede traer a colación la doctrina contenida en el Acuerdo 33/2012, de 9 de agosto de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que analizaba la reclamación presentada por una empresa que había sido excluida de la licitación por incluir en el sobre nº 2 cierta documentación que la Mesa de Contratación consideraba que debía estar incluida en el sobre nº 3. En dicho Acuerdo, el citado Tribunal concluye que el PCAP no era claro al respecto y había inducido a error al licitador, por lo que estima la reclamación presentada sobre la base de una argumentación contenida en su fundamento jurídico tercero y que a continuación se transcribe:*

“Es oportuno recordar que la carga de claridad en la elaboración y el contenido de los pliegos de condiciones, o de cláusulas administrativas particulares, es de los poderes adjudicadores, y por tanto las cláusulas ambiguas, contradictorias o confusas, que no hayan sido disipadas durante el proceso de selección, son también responsabilidad de los mismos. La confusión entre el clausulado de los Pliegos exige un criterio hermenéutico proclive al principio de igualdad de acceso, de forma que la «oscuridad» de las cláusulas no puede perjudicar a los posibles licitadores (Acuerdo5/2011, de 16 de mayo).

Por ello, resulta desproporcionado y contrario a la equidad, que los poderes adjudicadores tengan la facultad de seleccionar cuál regla del pliego de condiciones aplica, cuando existen otras contradictorias, confusas o ambiguas, haciéndole soportar todas las consecuencias jurídicas de su error al oferente o contratista, quienes no elaboraron el pliego de condiciones. Nuestro ordenamiento jurídico de la contratación pública se basa en los principios de la buena fe objetiva y confianza legítima como elementos interpretativos de los contratos, que se complementan con el principio de interpretación «contra proferentem» —también denominado «interpretatio contra stipulatorem»— según el cual, cuando no es posible hacer una interpretación literal de un contrato (Pliego en este caso), por causa de cláusulas ambiguas o contradictorias, la interpretación no debe beneficiar a la parte que redactó esas cláusulas, ocasionando la oscuridad. Es la carga de hablar claro que pesa sobre quien lleva la iniciativa contractual, que se corresponde con una autorresponsabilidad cuando no se cumple satisfactoriamente con ella.

La jurisprudencia actual, frente a decisiones jurisprudenciales anteriores que otorgaban a la interpretación unilateral de la Administración el valor de una especie de interpretación «auténtica», ha destacado que la incertidumbre creada por la Administración a la hora de redactar los pliegos de condiciones no puede jugar a su favor y en perjuicio del contratista, por lo que la existencia de cláusulas ambiguas, contradictorias entre sí y creadoras de indudable oscuridad sólo debe perjudicar a la Administración que las redactó, en aplicación del artículo 1288 CC.

Con rotundidad se pronuncia en tal sentido la STS de 3 de febrero de 2003, dictada en unificación de doctrina, según la cual «Es manifiesto que los contratos administrativos son contratos de adhesión, en que la Administración es quien redacta las cláusulas correspondientes, por lo que, conforme a lo prevenido en el artículo 1288 del Código Civil la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad. Ello impone en el caso enjuiciado, como argumenta la sentencia de contraste, una interpretación que no se verifique en perjuicio de la empresa contratista y en beneficio de la Administración».

En el mismo sentido, la STS de 5 de junio de 2001 afirma que, en virtud del artículo 1288 CC, la inteligencia de la cláusula oscura no puede beneficiar a quien la plasma. Igualmente, las SSTs de 2 de octubre de 2000, 15 de febrero de 2000 y 2 de noviembre 1999.”

En este asunto, la interpretación de la cláusula del PPTP es ambigua y contradictoria en cuanto a las condiciones técnicas que resultan exigibles perjudicando a algunos de los licitadores que participan en el procedimiento, cuando la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no puede favorecer a la parte que ha ocasionado la oscuridad, en este caso, a la entidad redactora del pliego.

De acuerdo con todo lo expuesto, procede estimar la reclamación presentada por la empresa “Lamitek Protección Solar, S.L.”, en el sentido de anular su exclusión de la contratación. Así mismo, procede retrotraer las actuaciones al momento anterior a la exclusión al objeto de que la entidad reclamante y el resto de ofertas que hayan sido excluidas por el mismo motivo pueden presentar nueva proposición, puesto que como pone de manifiesto la Resolución 240/2012, de 31 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el principio de igualdad en materia de contratación exige que sean tenidas en cuenta las proposiciones de aquellos licitadores excluidos por la misma causa, cuyas ofertas deben ser admitidas. En el mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en sus resoluciones 7/2014, de 23 de enero y 80/2014, de 20 de noviembre.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don A.S., en representación de “Lamitek Protección Solar S.L”, en el sentido de anular

su exclusión de la contratación del Suministro e Instalación de 221 estores de control solar para las fachadas sureste y suroeste del edificio sito en Parque Tomas Caballero, nº1, de Pamplona y ordenar la retroacción del procedimiento al momento anterior a su exclusión para que pueda presentar nueva proposición, con iguales efectos para los licitadores excluidos por la misma causa.

2º. Notificar este acuerdo a la reclamante, al Departamento de Hacienda y Política Financiera y a los demás interesados que figuren en la documentación del expediente, y acordar su publicación en la página 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, a 16 de marzo de 2017. LA PRESIDENTA. Silvia Doménech Alegre
EL VOCAL. Eduardo Jiménez Izu. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.