



Expediente: 57/2021

ACUERDO 69/2021, de 27 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por SETLAND, S.L. frente a la exclusión de su oferta presentada al Lote 2 del “*Sistema Dinámico de Compra para la adquisición de diverso tipo de material de protección y contención de enfermedades (COVID-19 y en su caso otros)*”, tramitado por el Departamento de Economía y Hacienda.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra publicó el 16 de abril de 2021 en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del “*Sistema Dinámico de Compra para la adquisición de diverso tipo de material de protección y contención de enfermedades (COVID-19 y en su caso otros)*”.

El sistema dinámico de compra se dividió en 5 lotes, teniendo por objeto el Lote 2 la adquisición de Mascarillas quirúrgicas IIR no reutilizables.

Las condiciones reguladoras del sistema dinámico de compra establecen en su capítulo V (Características técnicas de los productos a suministrar), lo siguiente:

**“Lote 2: Mascarillas quirúrgicas IIR no reutilizables.”**

*Marcado CE*

*Norma UNE EN 14683*

*Declaración de conformidad dónde debe aparecer, si no es producto europeo, el representante autorizado en Europa. En la declaración harán referencia a la norma UNE 14683*

*Licencia de la AEMPS para fabricación en España o licencia de importación.”*

SEGUNDO.- SETLAND, S.L. presentó su solicitud de participación en el sistema dinámico de compra en el periodo comprendido entre el 23 y el 29 de abril, habiéndosele requerido la subsanación de la firma de su documento europeo único de contratación (DEUC), así como que detallara si su solicitud de participación era únicamente al Lote 1, como indicaba en dicho documento, o también a los Lotes 2 y 4, como señalaba en la Plataforma electrónica de licitación de Navarra (PLENA).

Producida dicha subsanación, fue finalmente admitida, habiéndosele solicitado la realización de una oferta respecto al Lote 2 para el procedimiento de compra celebrado el 4 de mayo.

En el apartado 5º de la solicitud de la oferta se señala que *“Las prescripciones técnicas que se marcan a continuación, son requisitos mínimos, de tal modo que su incumplimiento determinará la desestimación de la oferta presentada. Los envases de los productos deberán ir correctamente etiquetados. Si no cumplen la normativa de etiquetado, la oferta será desestimada.*

(...).

*“Lote 2: Mascarillas quirúrgicas IIR no reutilizables.*

*Marcado CE*

*Norma UNE EN 14683*

*Mascarillas libres de grafeno”*

En el apartado 6º se señala que la oferta deberá incluir dos sobres: sobre A (Declaraciones y proposición técnica) y sobre B (Criterios cuantificables mediante fórmula).

En el sobre A debía incluirse, entre otra documentación, la siguiente:

*“2- Documentación que acredite el cumplimiento de las características técnicas y de etiquetado de los productos de cada uno de los lotes que presenten oferta:*

*(...).*

*Lote 2: Mascarillas quirúrgicas IIR no reutilizables.*

- Ficha técnica del producto.*
- Declaración de conformidad dónde debe aparecer, si no es producto europeo, el representante autorizado en Europa. En la declaración harán referencia a la norma UNE 14683.*
- Informe de resultados en los que se basa la declaración.*
- Licencia de la AEMPS para fabricación en España o licencia de importación.*
- Fotografías de la caja que contiene las mascarillas por todos sus lados, realizada de manera que el texto sea legible.*
- Muestra de mascarilla.”*

El apartado 7º advierte que *“Si la documentación no cumpliera las condiciones establecidas, se comunicará la inadmisión de la oferta”*.

El 12 de mayo la Mesa de Contratación procedió a la apertura de las ofertas, encomendando a las vocales técnicas la evaluación de la documentación técnica aportada y la posterior remisión al resto de la Mesa de un informe de evaluación indicando el cumplimiento o incumplimiento de la documentación técnica aportada por los licitadores.

El 17 de mayo se emitió el citado informe técnico, en el que se hace constar los siguientes datos y conclusiones respecto a la oferta de SETLAND, S.L.:

- Lote 2*
- Licitador: SETLAND, S.L.*
- Fabricante: Guangzhou Dayun Medical Technology Co., Ltd.*
- Modelo: DY-01*

- Nombre comercial: KUNKKA
- Cumplimiento pliego condiciones: NO
- Motivo de incumplimiento pliego condiciones: Falta de trazabilidad de la licencia de la AEMPS.
- Observaciones: No se puede relacionar al licitador con la empresa importadora (presenta resguardo de solicitud de autorización de licencia previa para actividades de importación de productos sanitarios 20-1447 de fecha 13/11/2021 a nombre de NEW RP IMAGING)

La Mesa de Contratación aprobó dicho informe el mismo 17 de mayo, excluyendo la oferta presentada por SETLAND, S.L. para el Lote 2.

TERCERO.- Con fecha 7 de junio, SETLAND, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la exclusión de su oferta, en donde alega que *“se dedica a la comercialización y distribución de productos de higiene profesional, entre los que se encuentran diversos productos artículos de lucha contra la COVID19, para lo cual cuenta como suministrador habitual a la empresa importadora NEW RP IMAGING S.LU. con lo cual se entiende que se puede garantizar la trazabilidad exigida, para lo que se adjunta certificado (ANEXO) de la empresa importadora de mantener una relación comercial habitual como suministradora de los artículos en cuestión”*.

En el citado anexo, la empresa NEW RP IMAGING S.L. manifiesta que *“mantiene una relación comercial continuada como suministradora de entre otros artículos mascarillas de protección frente al COVID-19 con la sociedad SETLAND, S.L.”*.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que la oferta no sea excluida al poder garantizarse en todo momento la trazabilidad exigida.

CUARTO.- El 7 de junio se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase oportunas, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 10 de junio, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el 16 de junio el órgano de contratación aportó, fuera del plazo previsto, el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones, las cuales, conforme a lo advertido con anterioridad, no pueden ser admitidas.

QUINTO.- Con fecha 17 de junio se dio traslado de la reclamación a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, no habiéndose presentado alegación alguna.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.b) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, y de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los actos de trámite o definitivos que excluyan de la licitación.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada, al tratarse de un licitador que acredita un interés directo o legítimo, conforme al artículo 123.1 de la LFCP.

TERCERO.- La reclamación se fundamenta 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 al artículo 124.3.c) de la LFCP.

CUARTO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma prevista en el artículo 126.1 de la LFCP.

No consta en el expediente remitido la fecha de notificación al reclamante de la exclusión de su oferta, por lo que la reclamación ha de entenderse interpuesta dentro del plazo previsto en el artículo 124.2.b) de la LFCP.

QUINTO.- Impugna la reclamante la exclusión de su oferta presentada al Lote 2 del Sistema Dinámico de Compra para la adquisición de diverso tipo de material de protección y contención de enfermedades (COVID-19 y en su caso otros); decisión que se motiva en que la oferta incumple los requisitos técnicos previstos en el apartado sexto de la Solicitud de Oferta, pues se aprecia falta de trazabilidad de la licencia de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), toda vez que, según se indica, *“No se puede relacionar al licitador con la empresa importadora (presenta resguardo de solicitud de autorización de licencia previa para actividades de importación de productos sanitarios 20-1447 de fecha 13/11/2021 a nombre de NEW RP IMAGING)”*.

Frente a tal decisión se alza la reclamante señalando que se dedica a la comercialización y distribución de productos de higiene profesional, entre los que se encuentran diversos productos artículos de lucha contra la COVID19, contando como suministrador habitual con la empresa importadora NEW RP IMAGING S.L.U; circunstancia que entiende suficiente en orden a garantizar la trazabilidad exigida, adjuntado certificado de la empresa importadora relativo al mantenimiento una relación comercial habitual como suministradora de los artículos en cuestión, que le lleva a solicitar la anulación del acto objeto de impugnación.

De contrario, opone la entidad contratante que el resguardo de solicitud de autorización a la AEMPS de licencia para la importación de productos sanitarios aportada por la reclamante en su oferta no es suficiente para acreditar el cumplimiento del requisito de estar en posesión de la licencia de AEMPS para la importación o fabricación en España que exige el pliego porque el titular del resguardo de la solicitud aportada no es SETLAND, S.L., si no NEW RP IMAGING, S.L; resultando, a su juicio, obvio que sin conocer la relación existente entre ambas la Mesa de Contratación venía obligada a excluir a la reclamante del procedimiento, pues es deber del licitador acreditar mediante la documentación oportuna los requisitos técnicos exigidos.

Asimismo, señala que este requisito técnico no es un defecto subsanable, como lo son la documentación acreditativa de la personalidad, la capacidad o la solvencia, sino que se trata de prescripciones técnicas cuyo incumplimiento supone el rechazo de la oferta puesto que lo contrario supondría una quiebra del principio de igualdad de los licitadores. Añadiendo que aún en el supuesto de que se considerase que tal requisito técnico es un requisito de solvencia por hacer referencia a aspectos relativos a la capacidad de la empresa y no tanto a características o requisitos que cualifiquen la prestación en sí misma, el documento aportado como prueba de la relación comercial existente entre ambas empresas no demuestra la existencia de un compromiso formal con NEW RP IMAGING, S.L. para la ejecución del contrato de suministro.

Expuestas de manera sucinta las posiciones de las partes, la primera cuestión que ha de examinarse es la relativa a la naturaleza del requisito exigido a los licitadores cuyo incumplimiento ha motivado la exclusión de la reclamante; a cuyos efectos no podemos sino acudir a las condiciones reguladoras del Sistema Dinámico de Compra al que se contrae la presente reclamación especial.

Así, la cláusula duodécima de las Condiciones reguladoras, sobre la solvencia técnica o profesional, establece que *“La entidad licitadora deberá presentar muestras, descripciones o fotografías de los productos que se vayan a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a solicitud de la entidad contratante, o presentación de*

*certificados expedidos por institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, con competencia reconocida, que acrediten detalladamente la conformidad de los productos mediante referencias a especificaciones o normas.*

*Las muestras se presentarán en horario de 8:30 a 14:30 en la siguiente dirección:*

*Servicio de Patrimonio de Gobierno de Navarra*

*Calle Yanguas y Miranda n° 27 1°*

*31003 Pamplona.*

*Las muestras no serán objeto de devolución”.*

De otro lado, la cláusula decimosexta, en relación con el contenido de la solicitud de participación, indica que *“La solicitud de participación se presentará de acuerdo con la estructura establecida para ello en PLENA y contendrán UN ÚNICO SOBRE identificado como: “Sobre A.- DOCUMENTACIÓN GENERAL.” Cuyo contenido será el siguiente:*

*1. Declaración responsable conforme al formulario del “Documento Europeo Único de Contratación”, DEUC), establecido por el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, cumplimentado y firmado por persona debidamente apoderada, según las instrucciones que se recogen en el Anexo I al presente pliego.*

*2. Dirección de correo electrónico de la entidad licitadora a efectos de notificaciones. (...). Señalando, en su cláusula decimoctava, que se aceptará a solicitud de cualquier entidad que cumpla con los niveles de solvencia y requisitos de personalidad y capacidad establecidos en dichas Condiciones Regulatoras.*

Seleccionadas las entidades, el capítulo III de las citadas Condiciones, bajo el epígrafe “Ejecución del Sistema Dinámico”, regula el procedimiento de contratación, disponiendo en su cláusula vigesimosegunda que *“Cuando se requiera el suministro de productos incluidos en el alcance del SDC, en cantidad y especificaciones concretas, se procederá a realizar por parte de la unidad gestora del SDC o la específicamente designada a estos efectos, íntegramente a través de PLENA y por los procedimientos compatibles con la LFCP habilitados en dicha herramienta, la invitación para la*



*presentación de ofertas a todas las entidades seleccionadas dentro de cada lote, pudiendo presentar ofertas para los productos integrantes de aquellos lotes para las que haya sido aceptada su participación.*

*Debido a la naturaleza urgente de las necesidades que se pretenden abordar mediante el establecimiento de este SDC, la primera compra de productos dentro del mismo podrá realizarse tan pronto como haya requerimientos de productos que no puedan esperar y empresas seleccionadas en el correspondiente lote”. Añadiendo, sobre la solicitud de ofertas, que “Se enviará una invitación a todas las entidades incluidas en el SDC para el lote afectado, para que presenten oferta en un plazo que podrá ser mínimo de 3 días, que deberá motivarse en caso de urgencia, y hasta un máximo de hasta 10 días desde el envío de dicha solicitud, según se establezca en ésta.*

*En la solicitud de oferta se indicará, al menos, el objeto del contrato y especificaciones técnicas, el precio máximo de licitación, el plazo máximo de presentación de ofertas, los criterios de adjudicación y la ponderación de cada uno de ellos, así como las condiciones y obligaciones particulares para la entidad adjudicataria, si las hubiera.*

*La no presentación de ofertas no excluirá de su participación en el SDC, del que seguirá formando parte hasta su finalización”.*

La misma cláusula, en relación con la calificación de las ofertas, señala que la unidad gestora o la mesa de contratación podrán, en cualquier momento del procedimiento, solicitar la acreditación del cumplimiento de los requisitos de personalidad, capacidad o solvencia a quien vaya a resultar propuesta adjudicataria, si lo consideran necesario; indicando, respecto a la solvencia técnica o profesional, que ésta deberá acreditarse en los términos establecidos en la cláusula duodécima anteriormente transcrita y el Capítulo V de las mismas Condiciones Regulatorias. Capítulo relativo a las características técnicas de los productos a suministrar, que respecto al Lote 2 “Mascarillas quirúrgicas IIR no reutilizables” dispone lo siguiente:

*Marcado CE*

*Norma UNE EN 14683*

*Declaración de conformidad dónde debe aparecer, si no es producto europeo, el representante autorizado en Europa. En la declaración harán referencia a la norma UNE 14683*

*Licencia de la AEMPS para fabricación en España o licencia de importación”.*

Sentado lo anterior, consta en el expediente remitido a este Tribunal que la reclamante es seleccionada para participar en el procedimiento en la Sesión celebrada por la Mesa de Contratación con fecha 3 de mayo de 2021; acordándose, asimismo, invitarla a presentar oferta, entre otros, en el Lote 2.

La Solicitud de Oferta remitida señala en su apartado quinto “Especificaciones Técnicas” que *“Las prescripciones técnicas que se marcan a continuación, son requisitos mínimos, de tal modo que su incumplimiento determinará la desestimación de la oferta presentada.*

*Los envases de los productos deberán ir correctamente etiquetados. Si no cumplen la normativa de etiquetado, la oferta será desestimada. (...)*

*Lote 2: Mascarillas quirúrgicas IIR no reutilizables.*

*Marcado CE*

*Norma UNE EN 14683*

*Mascarillas libres de grafeno (...)*”

A su vez, el apartado sexto, en relación con el contenido de la oferta, indica que *“Las ofertas se presentarán de acuerdo con la estructura establecida en la plataforma de licitación electrónica y contendrá dos sobres, identificados como:*

- Sobre A- Declaraciones y proposición técnica.*
- Sobre B- Criterios cuantificables mediante fórmula.*

**6.1 CONTENIDO DEL SOBRE A “DECLARACIONES Y PROPOSICIÓN TÉCNICA”.**

*1- En todos los lotes, declaración responsable en la que declaren la vigencia de la solvencia requerida para cada producto.*

*2- Documentación que acredite el cumplimiento de las características técnicas y de etiquetado de los productos de cada uno de los lotes que presenten oferta:*

(...)

*Lote 2: Mascarillas quirúrgicas IIR no reutilizables.*

- *Ficha técnica del producto.*
  - *Declaración de conformidad dónde debe aparecer, si no es producto europeo, el representante autorizado en Europa. En la declaración harán referencia a la norma UNE 14683.*
  - *Informe de resultados en los que se basa la declaración.*
  - *Licencia de la AEMPS para fabricación en España o licencia de importación.*
  - *Fotografías de la caja que contiene las mascarillas por todos sus lados, realizada de manera que el texto sea legible.*
  - *Muestra de mascarilla.*
- (...)

Finalmente, el apartado séptimo, sobre la calificación de las ofertas, señala que “Tras la apertura de las ofertas, y una vez valoradas, a la entidad que haya realizado la mejor oferta conforme a los criterios establecidos, se le informará de tal circunstancia.

*Si la documentación no cumpliera las condiciones establecidas, se comunicará la inadmisión de la oferta.*

*En cualquier momento del procedimiento se podrá solicitar la acreditación del cumplimiento de los requisitos de personalidad, capacidad o solvencia a quien vaya a resultar propuesta adjudicataria, si lo consideran necesario”.*

Como puede observarse, conforme a las Condiciones Regulatoras del procedimiento que nos ocupa, la licencia de la AEMPS para la fabricación o licencia de importación está configurado como un requisito de solvencia técnica o profesional, por disponerlo así dicho documento contractual en su cláusula vigesimosegunda, que precisamente a estos efectos se remite a la cláusula 12 y al capítulo V donde se contempla como tal el requisito cuestionado.

Dicho lo anterior, el Real Decreto 1275/2011, de 16 de septiembre, por el que se crea la Agencia estatal “Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios” y se aprueba su Estatuto, cuyo artículo 6 determina que *“El objeto de la Agencia es el garantizar que tanto los medicamentos de uso humano como los de uso veterinario y los productos sanitarios, cosméticos y productos de higiene personal cumplan con estrictos criterios de calidad, seguridad, eficacia y correcta información con arreglo a la normativa vigente sobre dichas materias en el ámbito estatal y de la Unión Europea”*. Atribuyéndole el artículo 7 competencias para *“(…) 8. Ejercer las competencias correspondientes al Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad sobre la importación, exportación y el comercio intracomunitario de medicamentos y sus materias primas, productos sanitarios, cosméticos, productos de higiene personal, y biocidas de uso clínico y personal, emitiendo, en su caso, los certificados necesarios para la autorización por la Aduana de su importación, exportación o de cualquier otro destino aduanero. (...) 28. Evaluar la idoneidad sanitaria y su conformidad con la normativa vigente de los productos sanitarios, cosméticos, productos de higiene personal y biocidas de uso clínico y personal, estableciendo dicha conformidad o autorizando su comercialización según proceda, así como actualizar sus registros unificados nacionales”*.

De otro lado, el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, los define como *“cualquier instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, material u otro artículo, utilizado solo o en combinación, incluidos los programas informáticos destinados por su fabricante a finalidades específicas de diagnóstico y/o terapia y que intervengan en su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos con fines de: 1º Diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad, (...)”*. Disponiendo en su artículo 9 que *“1. De acuerdo con el artículo 100 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, las personas físicas o jurídicas que se dediquen a la fabricación, importación, agrupación o esterilización de productos sanitarios y las instalaciones en que se lleven a cabo dichas actividades requerirán licencia previa de funcionamiento, otorgada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (...)”*

De este modo, la licencia de la AEMPS constituye una autorización administrativa para la fabricación o importación del producto sanitario a suministrar, y por tanto, constituye no tanto un requisito de solvencia técnica o profesional sino de capacidad o aptitud para contratar, pues tiene la condición de autorización para el ejercicio de tales actividades; requisitos de capacidad a los que se refiere el artículo 12 LFCEP cuando indica que *“1. Podrán celebrar contratos sometidos a esta ley foral las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna de las prohibiciones o incompatibilidades para contratar, no se hallen en una situación de conflicto de intereses y acrediten una solvencia económica, financiera y técnica o profesional suficiente para ejecutar la prestación contractual demandada.*

*2. Quien licite deberá contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”.* De hecho, así se desprende incluso de las alegaciones de la entidad contratante cuando indica que dicho requisito hace referencia a aspectos relativos a la capacidad de la empresa y no tanto características o requisitos que cualifiquen la prestación en sí misma.

Así pues, el requisito de la licencia indicado constituye una habilitación necesaria para que el licitador pueda ejecutar el suministro, y así lo manifiesta la propia AEMPS en una nota informativa divulgada específicamente en relación con el procedimiento habitual para la importación de productos sanitarios, donde indica que *“Aquellas entidades que pretendan importar productos sanitarios deben solicitar la licencia previa de funcionamiento, a través de la aplicación telemática IPS en la sede electrónica de la AEMPS. Para ello disponen de la INSTRUCCIÓN PS 1/2019, donde se recoge todo el proceso e información necesarios para la solicitud (...)”*; añadiendo, a los efectos del caso concreto que nos ocupa que *“También se puede recurrir a una empresa que ya disponga de licencia de importación de productos sanitarios y que pueda realizar todas las actividades de importación. Desde el buscador de la aplicación IPS, ubicado en su pantalla de inicio, se puede consultar el listado de dichas empresas.*

Así las cosas, con independencia de que la aportación de tal requisito se exija como parte de la proposición técnica a incluir en el Sobre A de la oferta, su naturaleza es la propia de un requisito de capacidad de los licitadores, y como tal ha de ser analizado, sin que la inexactitud de las Condiciones Regulatoras al calificarlo tenga incidencia a estos efectos, pues resulta manifiesto que éstas lo exigen de manera expresa.

SEXTO.- Descendiendo al caso concreto, y según consta en el expediente, la reclamante aporta en el Sobre A de su oferta el resguardo de solicitud de autorización a la AEMPS de licencia para la importación de productos sanitarios, cuyo titular no es la propia reclamante sino la entidad NEW RP IMGING, S.L.; a la vista de lo cual, y no teniendo conocimiento de la relación existente entre ambas entidades, ante la imposibilidad de tener así por acreditado el citado requisito, se resuelve su exclusión del procedimiento.

Llegados a este punto, procede analizar si el defecto apreciado en la oferta no es, como sostiene la entidad contratante, subsanable; o si, por el contrario, la Mesa de Contratación debió requerirle la subsanación de su oferta, dado que presentó toda la documentación requerida, si bien no hizo referencia a la relación que le une con el importador, cuestión que, por otra parte, no tiene reflejo en el condicionado del sistema dinámico de compra, ni en las condiciones para la presentación de oferta.

En este sentido, la posición de la entidad contratante se fundamenta en que tratándose de una prescripción técnica su incumplimiento debe suponer el rechazo de la oferta pues lo contrario supondría una quiebra del principio de igualdad. Consideraciones que este Tribunal no puede compartir, no sólo en atención a la naturaleza del requisito en cuestión, sobre lo que volveremos más adelante, sino por cuanto, como señala la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sí resulta posible la subsanación de defectos o errores puramente formales en la documentación de las ofertas técnicas, siempre que no supongan variación de las mismas, pues tal resolución admite que “*excepcionalmente, los datos*

*relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta”.*

Pero es que además, encontrándonos ante un requisito de capacidad, el trámite de subsanación de los defectos que pudieran apreciarse en la documentación a tales efectos aportada deviene obligado por imperativo del artículo 96 LFCP que, en relación con la admisión de participantes, determina que *“Finalizado el plazo de presentación de ofertas, se procederá a examinar el cumplimiento de los requisitos de participación de quien haya licitado en el procedimiento, según lo establecido en el pliego.*

*En los casos en que la documentación acreditativa de la personalidad, capacidad, solvencia económica y financiera y técnica o profesional sea incompleta o presente alguna duda, se requerirá a la persona afectada para que complete o subsane los certificados y documentos presentados, otorgándoles un plazo de, al menos, cinco días.*

*Si transcurrido el plazo de subsanación no se ha completado la información requerida, se procederá a su exclusión en el procedimiento, dejando constancia documental de ello”.*

Efectivamente, en nuestro Acuerdo 89/2018, de 7 de septiembre, como lo hiciera el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 25/2014, de 15 de abril de 2014, apuntamos que *“el trámite de subsanación no es una prerrogativa de uso discrecional por parte de la Administración, sino una técnica de garantía a favor de los licitadores, con el objetivo de evitar que el incumplimiento de las formalidades relativas a la documentación exigible puedan, per se, significar la exclusión de un procedimiento.*

*Y ello, porque dados los graves efectos que la no presentación de la documentación requerida en plazo tiene para el licitador, el trámite de subsanación debe realizarse atendiendo a los distintos principios jurídicos en juego y, en especial, el de proporcionalidad, con el efecto de no convertirlo en un trámite de «exclusión» automática.”*

También la aplicación de los principios antiformalista y de proporcionalidad, demanda en estos supuestos conferir un plazo para la subsanación de la documentación presentada, siendo la exclusión de las licitadoras por defectos de los documentos administrativos una medida excepcional, que debe ser aplicada de forma estricta dado su carácter restrictivo de la concurrencia. Al respecto, el principio de proporcionalidad citado, reconocido por la jurisprudencia europea (Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, asunto T-195/08), y elevado a rango de principio de la contratación en los artículos 18 de la Directiva 2014/24/UE y 2.1 de la LFCP, exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.

Obligación de conferir trámite de subsanación en supuestos como el que nos ocupa que pusimos de relieve también, entre otros, en nuestro Acuerdo 88/2018, de 30 de agosto, donde partiendo de la consideración de los pliegos como ley del contrato y de su carácter vinculante, indicamos que *“Así pues, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y los de prescripciones técnicas, si no son impugnados en su momento, quedan consentidos y firmes y en consecuencia vinculan a todos, Administración y contratistas; y por esa razón, en lo que ahora nos ocupa, los licitadores deben respetar las previsiones que, en cuanto a la forma y contenido de las proposiciones los mismos establezcan, del mismo modo que la entidad contratante debe aplicarlas tanto en la comprobación de la documentación exigida como en las consecuencias relativas a una presentación incompleta o inexacta.*

*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, estando prevista la subsanación para enmendar defectos en ciertos documentos oportunamente presentados, pero no para aportar documentos nuevos o cumplir con requisitos que no se cumplieron debidamente dentro de plazo; y 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.*

*En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, como criterio general orientativo -y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables- se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido, Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa), no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de los que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación.*

*Por tanto, lo que debe subsanarse no es la falta del requisito sino la falta de acreditación del mismo; debiéndose recordar, a este respecto, el criterio antiformalista a la hora de apreciar el carácter subsanable o no de los requisitos exigidos a los licitadores, y ello en la medida en que la exclusión de los mismos por defectos subsanables en su documentación puede resultar contraria al principio de concurrencia. Este criterio antiformalista se expone con claridad en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004 que declara lo siguiente: "El criterio expuesto toma en cuenta que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de las proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia...., así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores*

*Sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1972 , 27 de noviembre de 1984 y 19 de enero de 1995 ". Por tanto, es preciso distinguir entre la acreditación del cumplimiento de un determinado requisito y cumplimiento mismo del requisito en cuestión y en este sentido, revisten carácter subsanable los defectos de la documentación general acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que los licitadores tienen que aportar en los procedimientos de contratación y se ha configurado una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de los licitadores, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible; pues la exclusión de licitadores por defectos en la documentación administrativa es una medida excepcional que, por sus efectos restrictivos de la concurrencia, se ha de aplicar de forma estricta, máxime cuando dicha exclusión ha de afectar al licitador que presentó la oferta económicamente más ventajosa.*

*Cabe recordar, en este sentido, que el artículo 54 LFCP, al regular la documentación para la presentación de las proposiciones, determina en su apartado tercero que "Si la documentación aportada fuera incompleta u ofreciese alguna duda se requerirá al licitador que complete o subsane los certificados y documentos presentados para acreditar la capacidad y la solvencia económica y financiera, técnica o profesional, otorgándole un plazo, según las circunstancias, de entre cinco y diez días". Así pues, en los supuestos en que se adviertan defectos en la documentación presentada que conforme a la doctrina referida revistan carácter subsanable, deviene obligatorio conferir tal trámite, con carácter previo al pronunciamiento sobre la admisión del licitador de que se trate; pronunciamiento que, obviamente, dependerá del adecuado cumplimiento del requerimiento en tal sentido efectuado".*

En similares términos se pronuncia la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 435/2019, de 25 de abril, señala que *"Este Tribunal ha venido a razonar en numerosas resoluciones que a efectos de determinar "qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo -y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables- se viene admitiendo*

*que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido, Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere "los defectos u omisiones subsanables" a la "documentación presentada", con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de los que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación. Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos". Doctrina que, como indica la Resolución 190/2020, de 1 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de mayo de 2015 en la que afirma que "pueden traerse aquí las consideraciones que hace el TACRC sobre la relación entre la aplicación del principio de subsanabilidad de los defectos formales y la libertad de concurrencia y añadir a ellas que su utilización en supuestos como éste contribuye a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos".*

Así las cosas, lo cierto es que en el supuesto analizado el cumplimiento del requisito que nos ocupa no quedó acreditado por la reclamante en el momento de presentación de la oferta, pero al no otorgársele plazo para subsanar la omisión en que incurría la documentación presentada, se le privó de la posibilidad de demostrar su cumplimiento, con infracción de lo dispuesto en el citado artículo 96 LFCP y de los principios antiformalista y de proporcionalidad antes citados.

La reclamante, junto con el escrito de interposición del recurso, ha presentado documento expedido por la empresa NEW RP IMAGING SL, manifestando que mantiene una relación comercial continuada como suministradora de entre otros artículos mascarillas de protección frente a COVID-19 con la sociedad SETLAND S.L., que entiende suficiente para acreditar que cumple el requisito exigido. Sin embargo, este Tribunal no resulta competente para manifestarse sobre la idoneidad de tal documento para acreditar el cumplimiento del requisito exigido en las Condiciones reguladoras que rigen el procedimiento, debiendo ser el propio órgano de contratación el que se manifieste sobre tal extremo.

En definitiva, la actuación del órgano de contratación impidiendo la subsanación de defectos u omisiones en la documentación presentada no debe perjudicar al licitador que no tuvo ocasión de practicar la referida subsanación; motivo por el cual procede la anulación del acto de exclusión de la reclamante, si bien no con los efectos pretendidos por ésta, pues lo procedente es la retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior a la referida exclusión, debiendo otorgarse plazo para la subsanación de defecto apreciado en su oferta.

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. Estimar parcialmente la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por SETLAND, S.L. frente a la exclusión de su oferta presentada al Lote 2 del “*Sistema Dinámico de Compra para la adquisición de diverso tipo de material de protección y contención de enfermedades (COVID-19 y en su caso otros)*”, tramitado por el Departamento de Economía y Hacienda, anulando el acto de exclusión de la reclamante, debiendo retrotraerse las actuaciones hasta el momento anterior a la

referida exclusión, a los efectos de que se otorgue plazo para la subsanación de defectos y omisiones apreciadas en su oferta.

2º. Notificar este Acuerdo a SETLAND, S.L., al Departamento de Economía y Hacienda, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y ordenar 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, 27 de julio de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.