TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA

Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfnos. 848 42 19 64 – 848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarrra.es

Expediente: 59/2021

ACUERDO 76/2021, de 10 de agosto, 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 4 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 4 la adquisición de Solución hidroalcohólica para desinfección de manos.

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

> "***Lote 4: Desinfectante de manos***.
> *Antisépticos para piel sana autorizados por la AEMPS que han demostrado eficacia frente a virus atendiendo a la norma UNE-EN 14476.*
> *https://www.aemps.gob.es/cosmeticos-y-cuidado-personal/cosmeticos/biocidas/relacion-debiocidas-de-eficacia-viricida-demostrada/.*"

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 4 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.*

(...).

<u>Lote 4: Desinfectante de manos</u>.
-Antisépticos para piel sana autorizados por la AEMPS que han demostrado eficacia frente a virus atendiendo a la norma UNE-EN 14476.
-https://www.aemps.gob.es/cosmeticos-y-cuidado-personal/cosmeticos/biocidas/relacion-debiocidas-de-eficacia-viricida-demostrada/
- Los botes de 500 ml y 1 l. deberán incorporar dispensador.
- El bote de 5 litros deberá incorporar un grifo, cánula o similar que permita el rellenado de botes de volumen inferior."

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 4: Desinfectante de manos.
- Ficha técnica del producto.
- Autorización de la AEMPS como antisépticos para piel sana
- Eficacia demostrada frente a virus atendiendo a la norma UNE-EN 14476 (incluidos en el listado de biocidas de eficacia viricida demostrada de la AEMPS)
- Fotografías del etiquetado del bote, realizada de manera que el texto sea legible."

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 4
- Licitador: SETLAND, S.L.
- Nombre comercial: BETSAN IP
- Cumplimiento pliego condiciones: NO
- Motivo de incumplimiento pliego condiciones: Producto no autorizado por la AEMPS

La Mesa de Contratación aprobó dicho informe el mismo 17 de mayo, excluyendo la oferta presentada por SETLAND, S.L. para el Lote 4.

TERCERO.- Con fecha 9 de junio, SETLAND, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la exclusión de su oferta, en donde manifiesta que "*por error se incluyó la ficha de dicho producto, adicionalmente a la ficha del producto PHAGO'RUB GEL SPS, que como podrá comprobarse se adjuntó en la oferta en su momento, y que sí está autorizado por la AEMPS con Nº de registro AEMPS: 1016-DES.*"

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que la oferta no sea excluida al poder cumplirse en todo momento los requisitos exigidos.

CUARTO.- El 9 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 14 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, dentro del plazo previsto, el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones, en el que manifiesta lo siguiente:

"*Con respecto a la reclamación interpuesta por SETLAND, S.L. frente al acto de trámite por el que se le excluye de su participación en la licitación para el lote 4, de igual forma entendemos que no cabe otra opción que la exclusión.*

Tras la revisión de la documentación aportada por SETLAND, S.L. en el sobre A –"Declaraciones y proposición técnica", como parte de la documentación técnica que acreditaba las especificaciones técnicas exigidas en el punto 5 de la Solicitud de Oferta, las técnicas de prevención encargadas de su revisión, comprobaron la falta de autorización de la AEMPS, de uno de los dos productos ofertados. En el apartado 6 de la Solicitud de Oferta, se recoge de forma clara y expresa la exigencia para el lote 4, de Autorización de la AEMPS como antisépticos para piel sana. No cabe duda, por tanto, del incumplimiento.

Según considera la doctrina expuesta anteriormente, el incumplimiento de las condiciones técnicas traen como consecuencia la exclusión de su oferta pues de lo contrario iría en contra del principio de igualdad.

Tal y como reconoce el propio reclamante en el escrito de la reclamación: "por error se incluyó la ficha de dicho producto, adicionalmente a la ficha del producto PHAGO'RUB GEL SPS." Tratándose de un requisito técnico que se refiere a una característica propia del producto a suministrar, es evidente que tal incumplimiento lo es de una prescripción técnica, de la que, por tanto, no es momento de subsanar.

Actuando en consecuencia y en el momento procedimental oportuno, la Mesa de Contratación acordó en su reunión de 17 de mayo, la exclusión de SETLAND, S.L. de la licitación.

Por lo expuesto, sólo cabe la exclusión de SETLAND, S.L. por incumplimiento de una de las especificaciones técnicas exigidas."

Solicita, por ello, la desestimación de la reclamación interpuesta.

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.- Constituye el objeto de la presente reclamación especial la decisión adoptada por la Mesa de Contratación designada en el 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), en Sesión celebrada con fecha 17 de mayo de 2021, en cuya virtud tiene lugar la exclusión de la oferta formulada por la reclamante al Lote 4, motivada en la falta de autorización de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) respecto a uno de los productos ofertados – BETSAN IP -, incumpliéndose así el pliego de condiciones.

Al respecto, alega la reclamante, como único motivo de impugnación, que incluyó la ficha de dicho producto por error, adicionalmente a la del producto PHAGO'RUB GEL SPS, que sí está autorizado por la AEMPS con Nº de registro AEMPS: 1016-DES.

De contrario, opone la entidad contratante que en la documentación aportada por SETLAND, S.L. en el sobre A "Declaraciones y proposición técnica", falta la autorización de la AEMPS respecto a uno de los dos productos ofertados. Requisito exigido de forma clara y expresa en el apartado sexto de la Solicitud de Oferta para este lote; estimando así la concurrencia de un incumplimiento de una de las prescripciones técnicas exigidas, referida a una característica propia del producto a suministrar que no es momento de subsanar; motivo por el cual sostiene que la exclusión de la reclamante resulta ajustada a la legalidad.

Expuestas las posiciones de las partes, debemos comenzar recordando la reiterada doctrina de este Tribunal – por todos, Acuerdo 54/2021, de 11 de junio - relativa a la consideración de los pliegos como ley del contrato, a la obligación de los licitadores de adecuar su oferta a lo dispuesto en aquellos y, en especial, a sus prescripciones técnicas; pliego que ha sido expresamente aceptado por la reclamante al

presentar su oferta, pues como dispone el artículo 53.1 LFCP *"Las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna".*

Partiendo de dicha premisa, la resolución de la controversia sometida a la consideración de este Tribunal ha de partir de lo dispuesto en las condiciones reguladoras 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), que en su apartado vigésimo segundo, incluido en el capítulo III: Ejecución del sistema dinámico, señala que *"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";* e indica que *"Si la documentación no cumpliera las condiciones establecidas, se comunicará la inadmisión de la oferta".*

Por su parte, el Capítulo V "Características técnicas de los productos a suministrar", establece, en lo que ahora interesa, lo siguiente: *"Lote 4: Desinfectante de manos.*
Antisépticos para piel sana autorizados por la AEMPS que han demostrado eficacia frente a virus atendiendo a la norma UNE-EN 14476. https://www.aemps.gob.es/cosmeticos-y-cuidadopersonal/cosmeticos/biocidas/relacion-de-biocidas-de-eficacia-viricida-demostrada/".

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 4.

La Solicitud de Oferta remitida señala en su apartado primero, relativo al objeto del contrato y precio máximo de licitación, que *"El contrato para el que se solicita oferta, tendrá por objeto el suministro de los materiales y en las condiciones que se detallan a continuación:*

(...)

Lote 4 Desinfectante de manos	*Número de unidades solicitadas*	*Precio máximo IVA excluidopor unidad.*
500 ml	*18.500*	*4 €*
1 litro	*500*	*6 €*
5 litros	*1.800*	*30 €*

Las empresas podrán presentar oferta a todos o a alguno de los productos que componen el lote 4. Cada uno de los productos se valorará y adjudicará de forma independiente.

(...)".

A su vez, en su apartado quinto " Especificaciones Técnicas" 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 4: Desinfectante de manos.

-Antisépticos para piel sana autorizados por la AEMPS que han demostrado eficacia frente a virus atendiendo a la norma UNE-EN 14476.

-https://www.aemps.gob.es/cosmeticos-y-cuidadado personal/cosmeticos/biocidas/relacion-de-biocidas-de-eficacia-viricida-demostrada/

- Los botes de 500 ml y 1 l. deberán incorporar dispensador.

- El bote de 5 litros deberá incorporar un grifo, cánula o similar que permita el rellenado de botes de volumen inferior. (...)"

Por su parte, 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 4: Desinfectante de manos.

- Ficha técnica del producto.

- Autorización de la AEMPS como antisépticos para piel sana

- Eficacia demostrada frente a virus atendiendo a la norma UNE-EN 14476 (incluidos en el listado de biocidas de eficacia viricida demostrada de la AEMPS)

- Fotografías del etiquetado del bote, realizada de manera que el texto sea legible. (...)".

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".

Consta asimismo en el expediente remitido la documentación aportada por la reclamante en el Sobre A de la oferta formulada al Lote 4 donde, efectivamente, se incorporan las fichas técnicas de dos productos - PHAGO'RUB GEL SPS, GEL HIDROALCOHÓLICO ANTISÉPTICO PARA PIEL SANA. DESINFECCIÓN HIGIÉNICA DE MANOS; y BETSAN IP, DESINFECTANTE VIRUCIDA HIDROALCOHOLICO -; aportándose únicamente la ficha correspondiente a los datos de seguridad correspondiente al primero de dichos productos. De igual modo, mientras el primero de los productos citados cuenta con el número de registro AEMPS: 1016-DES, y así consta en su ficha técnica, nada se indica a este respecto en relación con el

segundo de los productos incluidos en la oferta. Resultando excluida la oferta en tales términos formulada, como se ha señalado, por no cumplir las prescripciones técnicas establecidas, concretamente, y según consta en el informe técnico de 17 de mayo de 2021, por ser un "Producto no autorizado por la AEMPS".

Es, por tanto, un hecho acreditado y reconocido por la propia reclamante que no aportó la autorización requerida por el pliego respecto al producto "BETSAN IP"; como así lo indica el informe técnico de valoración, a diferencia de lo consignado en dicho informe sobre el otro de los productos ofertados a este mismo Lote - PHAGO´RUB GEL RUB SPS - respecto al cual se indica expresamente que sí cumple el pliego de condiciones.

Siendo esto así, lo cierto es que, como hemos señalado en el reciente Acuerdo 75/2021, de 9 de agosto, relativo a este mismo sistema dinámico de compra, corresponde al licitador la observancia de la diligencia suficiente en la preparación de su oferta y, por tanto, éste debe soportar las consecuencias de su incumplimiento y, por tanto, de la posibilidad o no de subsanar defectos que pudieran apreciarse en la misma. En este sentido, tal trámite de subsanación, conforme a lo dispuesto en el artículo 96 LFCP, deviene obligado para el caso de que la documentación acreditativa de la personalidad, capacidad, solvencia económica y financiera y técnica o profesional sea incompleta o presente alguna duda; si bien tal posibilidad se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido pero no a una nueva oportunidad de hacerlo.

No acontece lo mismo para el caso de la oferta técnica y económica, pues en estos supuestos, lo que el artículo 97 del mismo cuerpo legal contempla es la posibilidad de solicitar aclaraciones sin imponer al órgano de contratación la obligación de solicitar la subsanación de la misma; previendo que *"Si el órgano de contratación considera que la oferta presentada adolece de oscuridad o de inconcreción, podrá solicitar aclaraciones complementarias, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato de quienes hayan licitado, que no podrán modificar la oferta presentada. El plazo de contestación no podrá ser inferior a cinco días ni exceder de diez".*

En efecto, siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas dicha solicitud tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos. Por tanto, aun cuando se pudiera considerar que existe un error en la oferta técnica o económica, dicho error no es subsanable, salvo que quede acreditada la existencia de un flagrante error material en que la voluntad del licitador pudiera ser fácilmente integrada.

Empero, en el supuesto analizado ha quedado acreditado que el error de la reclamante ha consistido en incluir la ficha técnica de otro producto que no cuenta con la autorización requerida junto con la documentación correspondiente al producto realmente ofertado cuyo cumplimiento de las condiciones requeridas también ha quedado constatado. Pues bien, teniendo en cuenta que la solicitud de oferta permite, en este concreto lote, la presentación de varios productos, la decisión de excluir a la licitadora se revela desproporcionada, obedeciendo a una interpretación excesivamente formalista del pliego y, por ende, contraria al principio de proporcionalidad proclamado en el artículo 2.1 LFCP como uno de los principios de la contratación pública.

Sobre el principio de proporcionalidad, razona la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 30 de enero de 2020, que *"45 A este respecto, procede recordar, por una parte, que los poderes adjudicadores deben respetar durante todo el procedimiento de licitación los principios de la contratación formulados en el artículo 18 de la Directiva 2014/24, entre los que figuran los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad (sentencia de 26 de septiembre de 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, apartado 39 y jurisprudencia citada), y, por otra parte, que, conforme al principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, las normas establecidas por los Estados miembros o los poderes adjudicadores en la ejecución de lo dispuesto en la citada Directiva, tales como las normas destinadas a precisar las condiciones de aplicación del artículo 57 de la misma Directiva, no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por la propia Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de julio de 2016, Ambisig, C-46/15, EU:C:2016:530, apartado 40, y de 8 de febrero de*

2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, apartado 32 y jurisprudencia citada)".

De igual modo, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su Resolución 72/2014, de 23 de abril, nos recuerda sobre este concreto extremo que *"El principio de proporcionalidad sobre el que se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 14 de diciembre de 2004, en el asunto C-210/03, Swedish Match AB, (apartado 47) dice que "Debe además recordarse que el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los medios que aplica una disposición comunitaria sean aptos para alcanzar el objetivo propuesto y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo En el mismo sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal de justicia en el asunto C-213/07 Michaniki AE contra Ethniko Symvoulio (ap. 49), de 16 de diciembre de 2008. y la Sentencia Caso Assitur contra Camera di Comercio; Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, de 19 de mayo de 2009 (TJCE/2009/146), se refieren al principio de proporcionalidad en la adopción de medidas de exclusión, señalando que en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, constituye un principio general del Derecho comunitario el principio de proporcionalidad y que las medidas que se adopten para garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, no deben exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo.*

Sobre este principio la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se manifiesta, entre otras, en Sentencias de 14 de mayo, 26 de septiembre y de 30 de octubre de 1990 (RJ 1990, 4905 y 7558) donde dice (...) "la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, doctrina ésta ya fijada en las Sentencias de 24 noviembre 1987 (RJ 1987, 8240) y 15 marzo 1988 (RJ 1988, 2293)"".

También en nuestro Acuerdo 93/2020, de 23 de octubre, señalamos que *"Dicho lo anterior, este Tribunal ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones la doctrina relativa a la interpretación restrictiva de las casusas de exclusión de las proposiciones*

cuando éstas incurren en defectos de carácter formal, en aplicación de los principios antiformalista y de proporcionalidad. Principio de proporcionalidad, reconocido por la jurisprudencia europea – por todas, 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 de la LFCP, que 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.

Así, en nuestro Acuerdo 41/2019, de 30 de abril, señalamos que "el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 237/2012, de 31 de octubre, pone de relieve que se debe aplicar un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones de manera que, con carácter general, cuando los errores o defectos en las proposiciones sean únicamente de carácter formal se debe evitar excluir a las empresas licitadoras, ya que, cómo manifiesta el mismo Tribunal en la Resolución 64/2012, de 7 de mayo, "un excesivo formalismo sería contrario a los principios que deben regir la contratación pública" como "la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos", siempre que con la decisión de no exclusión quede garantizado el respeto "a los principios de igualdad de trato a los candidatos y transparencia en el procedimiento". (...).

En similares términos se pronuncia la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 9/2017, de 3 de febrero, cuyo fundamento de derecho noveno dice: "Conforme a lo hasta ahora expuesto parece razonable pensar que es posible que el licitador que ha cometido un error en la formulación de su oferta pueda ser admitido a la licitación si el error cometido es vencible sin alterar aquella, de modo que el órgano de contratación pueda realmente ejecutar el contrato conforme a lo establecido en los pliegos. (...).

Conforme a este marco doctrinal, las entidades contratantes deben aplicar un criterio restrictivo y antiformalista en lo que hace a la exclusión de ofertas, de modo

que cuando el defecto pueda ser resuelto sin alterar la oferta y la ejecución del contrato pueda realizarse conforme a los pliegos, la oferta afectada de error debe ser admitida."

Así las cosas, lo cierto es que resulta razonable entender a la vista de la documentación incluida en el Sobre A que la aportación de la ficha del producto BETSAN IP no obedece sino a un error cometido por la reclamante en la formulación de la oferta; error que no afecta a la misma pues resulta evidente la voluntad del licitador de participar en el procedimiento mediante la propuesta de suministro del producto PHAGO´RUB GEL RUB SPS, que sí reúne las condiciones técnicas exigidas en el pliego y respecto al que se aportó en tiempo y forma la documentación necesaria para valorar tal adecuación. Circunstancias que nos llevan a concluir que la decisión de excluir a la reclamante infringe el principio de proporcionalidad y, por tanto, no resulta ajustada a derecho; motivo por el cual procede la estimación de la reclamación interpuesta, anulando la exclusión del licitador y ordenando la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior al mismo a los efectos de que por parte de la Mesa de Contratación se proceda a la admisión de la oferta formulada por la reclamante al Lote 4 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).

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 la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por SETLAND, S.L. frente a la exclusión de su oferta presentada al Lote 4 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 dicho acto administrativo y

disponiendo la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior al mismo a los efectos de que por parte de la Mesa de Contratación se proceda a la admisión de la oferta formulada por la reclamante al Lote 4.

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, 10 de agosto de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.