

**A/A DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS
CONTRACTUALES**

Recurso especial en materia de contratación contra la Exclusión de Palex Medical, S.A. del Expediente PA/2024/027/GCE, para el Suministro, instalación y puesta en funcionamiento de varios equipos médicos para el Servicio de Urología del Hospital Universitario de Ceuta, convocado por la Gerencia de Atención Sanitaria del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria en Ceuta, Lote 3.

D^a Raquel Giraldo Álvarez con NIF nº34753906D, en calidad de apoderado representando a la empresa **Palex Medical, S.A.** (en adelante **Palex**), con NIF A-58710740 y con domicilio en la C/ Jesús Serra Santamans, 5, (08174) Sant Cugat del Vallés, Barcelona, y correo electrónico a efectos de notificaciones concusos@palex.es en relación con la exclusión de la licitación del Expte.: **PA/2024/027/GCE** mencionado, comparezco ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y como mejor proceda en Derecho,

EXPONE

Que con fecha 12 de julio de 2024, se nos ha notificado el acuerdo de exclusión de Palex del lote 3 del procedimiento de referencia. Se adjunta remite la precitada notificación como **Documento nº 1**.

LEGITIMACIÓN

El Artículo 48, de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, **Legitimación**, indica:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”

La legitimación activa de **Palex** viene otorgada por aplicación del artículo 48 mencionado, por cuanto concurrió a la licitación, y en caso de estimarse el recurso podrían verse afectados sus derechos e intereses legítimos, estando así legitimada para recurrir su exclusión del procedimiento del Lote 3.

Asimismo, se adjuntan como **documentos nº 2 y 3**, copia de escritura de apoderamiento y DNI de la persona que firma el recurso.

ACTO SUSCEPTIBLE DE RECURSO

El Artículo 44 de la LCSP, **Recurso especial en materia de contratación: actos recurribles**, en su apartado 2º indica:

“2. Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos:

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.”

El recurso se interpone contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1.a) de la LCSP, al referirse a la exclusión de nuestra empresa de un contrato de suministro de regulación armonizada, superando su valor estimado los 100.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y el objeto del recurso es la exclusión de nuestra empresa de los dos lotes citados, por lo que el acto recurrido es susceptible del recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 –apartados 1.a) y 2.b)- de la LCSP.

PLAZO DE INTERPOSICION DEL RECURSO

De conformidad con el **artículo 50, apartado 1. c) de la LCSP**, el plazo legalmente establecido para interponer un recurso contra los actos de trámite, es de quince días hábiles:

“c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”

La interposición se produce dentro del plazo legal del artículo 50.1.c) de la LCSP. El acto recurrido, la exclusión fue notificado a esta parte el 12 de julio de 2024. En consecuencia, desde el día 12 en que remitió la notificación de exclusión a esta parte, el plazo de 15 días acaba el 2 de agosto, toda vez que los sábados y domingos son días inhábiles y por tanto deben estar excluidos del cómputo del plazo.

Que por el presente escrito, y conforme a lo previsto en los artículos 44 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, **dentro del plazo de 15 días legalmente establecido al efecto**, interponemos **Recurso especial en materia de contratación contra la Exclusión de Palex Medical, S.A. del Expediente PA/2024/027/GCE, para el Suministro, instalación y puesta en funcionamiento de varios equipos médicos para el Servicio de Urología del Hospital Universitario de Ceuta, convocado por la Gerencia de Atención Sanitaria del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria en Ceuta, Lote 3**, del cual hemos sido empresa licitadora, sobre la base de los siguientes:

MOTIVOS Y MEDIOS DE PRUEBA

PRIMERO. - De acuerdo con el acto impugnado, la exclusión de nuestra empresa de la presente licitación, tiene por fundamento:

Segundo.- Que con fecha 25/06/2024 la Mesa de contratación procede a la apertura del sobre A. Se remite la documentación técnica al Responsable del Servicio de Urología para verificación de cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos establecidos en el PPT.

Tercero: Con fecha 01/07/2024 se reúne la mesa de contratación. En esa mesa se ve el informe técnico. **En dicho informe se indica que la empresa Palex Medical S.A. no cumple con el mínimo de pulso de 50 μ s-cw establecido en el PPT.**

Pues bien, hemos de reconocer que, **debido a un error de transcripción**, la Ficha Técnica del fabricante, aportada en nuestra proposición, indica **un dato equivocado toda vez que de esta se desprende que el valor correspondiente a la duración del pulso es de “hasta 15ms”**:

Tipo de láser	TFL (Láser de Fibra de Thulio
Longitud de Onda	1940 nm ± 20 nm
Potencia Máx	60 W
Pulso de Energía	0.02-6 J
Modo de funcionamiento	Pulsado / Continuo (CW)
Duración del pulso	Hasta 15ms
Rango de repetición	1-2500 Hz
Divergencia del haz de luz	440 [-40] mrad – 540 [+40] mrad
Transmisión del haz	Sistema de fibra óptica
Puntero	Laser Diodo, green 532 nm (ajustable) < 5 mW, class 3R
Tiempo de exposición	100 s
MPE	1000 W/m ²
NOHD	0.62 m
OD	2
Especificaciones de las gafas	1940 D LB4

Sin embargo, como apuntamos, **el dato anterior es una errata por cuanto la totalidad de generadores láser de Tecnología Fibra de Tulio (TFL), comparten los mismos valores en cuanto a pulso, concretamente de un valor de 50 µs, cumpliendo de este modo y sin género de dudas, los parámetros fijados en el Pliego Técnico. Así se desprende claramente del documento “Manual de Usuario” que forma parte de nuestra proposición**, tal y como puede comprobar el Tribunal al que nos dirigimos, **concretamente en el apartado de etiqueta de característica técnica, página 10:**



Por tanto, no hay duda de que el error de transcripción de la Ficha Técnica **es salvable mediante la lectura de la propia oferta.**

Se adjunta como **documento nº 4**, declaración del fabricante con el dato de duración de pulso corregido.

No obstante, esta parte considera que, si la errata cometida suscitó dudas al evaluar la proposición, **se debió requerir a PALEX a los efectos de aclarar estos extremos.**

Sobre la subsanación y aclaración de los defectos formales de los documentos que integran la oferta, se han pronunciado los Tribunales de recursos contractuales en reiteradas ocasiones, señalando que, si bien es cierto que en principio y como regla

general, no cabe la subsanación o complemento de la oferta técnica, “*la excepción es quien confirma la regla*”.

Así, establece la **Resolución 661/2017, 21 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:**

*“De acuerdo con este criterio, viene admitiendo este Tribunal (por todas, Resolución 463/2014) **la posibilidad de subsanar defectos formales en la oferta técnica o económica:** Pues bien, como ya hemos indicado en Resoluciones anteriores (como referencia en la nº 614/2013, de 13 de diciembre), la subsanación de errores u omisiones en la documentación relativa a la oferta, sólo es posible cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada. En la citada Resolución, se hacía referencia a la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía 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.***

Siguiendo lo declarado en la Resolución 876/2014, cabe señalar que: “Este Tribunal se ha ocupado en numerosas resoluciones sobre el particular; ante todo, se ha de recordar que, como regla general, nuestro Ordenamiento (artículo 81 RGLCAP) sólo concibe la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, no en la oferta técnica o en la económica (cfr. Resolución 151/2013), y ello, además, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (Resoluciones 128/2011, 184/2011, 277/2012 y 74/2013, entre otras). Respecto de la oferta técnica, hemos declarado, en cambio, que no existe ‘obligación alguna por parte del órgano de contratación de

solicitar subsanación de la misma y debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta' (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010). **Lo que sí es posible es solicitar 'aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos'** 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 los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público' (Resolución 94/2013).

De acuerdo con estas consideraciones, entiende este Tribunal que, **siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, "debe considerarse que ese ejercicio de solicitud de aclaraciones 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" (Resoluciones 64/2012, 35/2014, y 876/2014, entre otras). Lo decisivo es, pues, que la aclaración no propicie el otorgamiento de un trato de favor a un interesado en detrimento de los demás licitadores, en el sentido de que diera lugar a que aquél, después de conocer el contenido de las otras ofertas, pudiera alterar la proposición inicialmente formulada. Así se entiende el sentido del último inciso del artículo 84 RGLCAP, cuando admite que se puedan variar algunas palabras del modelo "cuando no alteren su sentido".

Esta doctrina ha sido asimismo ratificada por la **Resolución nº 488/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 09 de Mayo de 2019, C. Valenciana**, que apoyando todo lo expuesto en el presente escrito, califica como **"contrario al principio de buena fe la exclusión de las ofertas sin ejercitar, el órgano de contratación, esa facultad de solicitar aclaraciones cuando la oferta no es completa y las permite o exige y siempre, claro está, dejando aparte aquellos supuestos en los que**

*la subsanación de la oferta por el licitador puede suponer una alteración sustantiva de la misma o, en otras palabras, cuando la subsanación puede suponer falsear la oferta inicialmente presentada o, lisa y llanamente, sustituir una oferta original por otra nueva una vez que ya son conocidas el conjunto de las ofertas presentadas por los demás licitadores, colocando así al que subsana en una clara posición de preferencia respecto de los demás concurrentes en el procedimiento. Quedan así claras las pautas de actuación en estos casos: **los errores o deficiencias de las ofertas pueden y deben ser objeto de subsanación, sin que, en ningún caso, esa subsanación suponga en cuanto al fondo una modificación sustantiva de la oferta inicialmente presentada.**"*

En este sentido, también se ha pronunciado el **Tribunal de Justicia en la sentencia 10 de octubre de 2013, Manova, C/336/12, EU:C:2013:647**, señalando que *"el artículo 2 de la Directiva 2004/18 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"* además de que *"la entidad adjudicadora puede solicitar que se corrijan o completen de manera puntual los datos que figuren en un expediente, siempre que la solicitud se refiera a información o datos, como el balance publicado, cuya anterioridad con respecto al término del plazo de presentación de candidaturas sea objetivamente verificable"*

Es por ello, que es deseo de esta parte expresar su consideración en lo referente al **desmesurado formalismo** que se desprende de la decisión de la mesa en relación con la exclusión de PALEX toda vez que, como se ha demostrado, **a pesar del error de transcripción, de la documentación aportada se podía verificar con la documentación obrante en la propia proposición, el valor correcto ofertado en relación con la duración del pulso.**

Procede analizar entonces, si el defecto formal cometido es suficiente para determinar su exclusión de la presente licitación, puesto que el error **cometido no afecta al contenido material de la oferta y del contenido de la misma podía conocerse el dato correcto en relación con la duración del pulso.**

Es por tanto que debemos atenernos al **principio antiformalista** (v.g. Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía nº 232/2017, de 3 de noviembre, entre otras muchas), que conforme a una doctrina consolidada del Tribunal Supremo -por todas, la Sentencia de 6 de julio de 2004 dictada en Casación para Unificación de Doctrina, Recurso 265/2003-, es reconocido por el Alto Tribunal en los procedimientos de adjudicación de la contratación pública, considerando que una interpretación literal de las condiciones exigidas para tomar parte en la licitación, que conduzca a la inadmisión de proposiciones por meros defectos formales o no sustanciales, es contraria al principio de concurrencia.

Cabe traer a colación, asimismo, la **Resolución 132/2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, que, en relación con la doctrina antiformalista, dispone: *“El análisis de esta cuestión debe comenzar recordando la importancia de las formalidades a lo largo de un procedimiento de adjudicación contractual como garantía de la igualdad y equilibrio entre los licitadores. Ahora bien, **una cosa es la exigencia del cumplimiento de las formas como medio para garantizar la igualdad y equilibrio entre las partes y otra imponer un criterio formalista que redunde en una erosión de la libertad de concurrencia.** Es por ello que este Tribunal procura una interpretación antiformalista y pro actione sobre la base del art. 151 del TRLSCP y 81 del Reglamento de Contratos de la Administración Pública. Así, resolución 918/2017, de 11 de octubre, en la que dijimos: “En un contrato público deben ser cumplidas unas exigencias de forma, que todo licitador ha de respetar, para acreditar la validez de las ofertas presentadas, así como para asegurar la aplicación al caso del*

*principio de igualdad entre todos los licitadores que concurran a un contrato. **Pero estas exigencias formales no deben ser tan estrictas que constituyan barreras de acceso a las licitaciones, haciendo que la falta de subsanación de una deficiencia formal, limite un derecho de los licitadores**". Aplicada esta doctrina antiformalista al presente caso entendemos que no procede la exclusión de VITHAS al no haberse acreditado, cuando menos indiciariamente, su responsabilidad en las deficiencias formales."*

Además, el **principio de proporcionalidad** (v.g. Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía nº 184/2018, de 14 de junio, entre las más recientes), 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 132 de la nueva LCSP, **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.**

Consideramos, por tanto, ha quedado patente la **tendencia de los Tribunales a la concesión de este trámite de alegaciones, siempre y cuando, y así sucede en este caso, no se modifique la oferta, respetando por tanto el principio de igualdad entre licitadores.** Premisa cumplida en el mencionado expediente, toda vez que, como se ha acreditado, **con la propia documentación de la proposición, podía conocerse el dato correcto relativo a la duración del pulso.**

Por ello, hubiera bastado con una solicitud de aclaraciones por parte de la mesa de contratación a **PALEX** a los efectos de dilucidar cualquier tipo de confusión, y no excluir a la misma de forma inapropiada y directa.

Demuestra por tanto lo aquí narrado, que con la documentación de la propia oferta podía salvarse el error al indicarse en uno de los documentos aportados en la proposición el dato correcto ofertado en relación con la duración del pulso, además de ser innegable que la **actuación llevada a cabo por la mesa de contratación es a todas luces desproporcionada.**

Tras todo lo expuesto,

S O L I C I T A M O S

Que, ante las irregularidades realizada por el Órgano de Contratación, por las razones expuestas en los **MOTIVOS Y MEDIOS DE PRUEBA**,

- Atendiendo a los perjuicios de imposible reparación que se podrían derivar para esta parte recurrente, al haber sido excluida sin presupuesto legal habilitante para ello, **se paralice el procedimiento como medida provisional conforme al artículo 49 de la Ley de Contratos del Sector Público**
- se anule el acuerdo de exclusión de **PALEX del Lote 3.**
- se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a dicha exclusión, permitiéndonos continuar en el procedimiento.

En Sant Cugat del Vallès, a 1 de agosto de 2024

Fdo:
Apoderada
PALEX MEDICAL S.A.

Firmado digitalmente por 34753906D
RAQUEL GIRALDO (R: A58710740)
Nombre de reconocimiento (DN):
2.5.4.13=Ref:AEAT/AEAT0264/PUESTO
1/36062/28112023094200,
serialNumber=IDCES-34753906D,
givenName=RAQUEL, sn=GIRALDO ALVAREZ,
cn=34753906D RAQUEL GIRALDO (R:
A58710740), 2.5.4.97=VATES-A58710740,
o=PALEX MEDICAL, S.A. (SOCIEDAD
UNIPERSONAL), c=ES
Fecha: 2024.08.02 15:15:29 +02'00'
Versión de Adobe Acrobat Reader:
2024.002.20895