

Recurso nº 345/2023
Resolución nº 369/2023

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 11 de octubre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Tacklen Medical Technology, S.L. contra su exclusión del procedimiento de “adquisición de bilirrubinómetros con destino a los Centros Sanitarios de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud”, expediente A/SUM-028954/2023, y contra la adjudicación a Palex Medical S.A. del mismo procedimiento, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria de la licitación se publicó en el perfil del contratante con fecha 20 de julio de 2023, en el Diario Oficial de Unión Europea el 17 de julio de 2023 y en el Boletín de la Comunidad de Madrid el 28 de julio de 2023.

El valor estimado del contrato es de 808.690,08 euros.

Segundo.- Con fecha 24 de agosto del presente año fue publicada en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el Acta nº 3 de la mesa de contratación del referido contrato, en la que se acuerda la exclusión del licitador, por la siguiente razón: *“Licitadores excluidos y motivos: Por no ajustarse a lo exigido en los pliegos de prescripciones técnicas: B65168510; TACKLEN MEDICAL TECHNOLOGY. Motivo: Se requiere el compromiso de que los equipos a entregar tendrán fecha de fabricación inferior a un año y el que ha presentado la empresa indica que la fecha de fabricación será mayor de un año. En la declaración del Servicio Técnico no indica nº de teléfonos”*.

Tercero.- Con fecha 13 de septiembre de 2023 se presenta en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, alegando que existe un error material de transcripción por la traducción del inglés de la ficha del producto y que la fecha de fabricación es inferior a un año.

Cuarto.- El 22 de septiembre de 2023 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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 (LCSP).

Quinto.- Se ha dado traslado del recurso a Palex Medical, S.A. para alegaciones, no habiéndolas presentado en plazo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público por el que se crea el Tribunal

Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso planteado.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Tacklen Medical Technology, S.L. para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación, cuyos derechos e intereses legítimos se han visto perjudicados o pueden resultar afectados por las decisiones objeto del recurso.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue publicado el 24 de agosto de 2023 en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid e interpuesto el recurso el 13 de septiembre de 2023 ante este Tribunal, dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El contrato por su importe admite recurso especial en materia de contratación, así como el acto de exclusión, conforme a los artículos 44.1.a) y 44.2.b) de la LCSP.

Quinto.- Alega el recurrente que, efectivamente, en la cláusula 9 del pliego de cláusulas administrativas particulares, dentro de la documentación técnica a presentar en el sobre 2, se pide un *“Compromiso de que los equipos a entregar tendrán fecha de fabricación inferior a un año”*.

Y es cierto que se presentó una declaración por la que se decía que *“declaramos por la presente que el Detector Transcutáneo de Ictericia modelo BM-100 serie a entregar tendrá una fecha de fabricación superior a 1 año”*.

La realidad es que el certificado presentado es fruto de un error de transcripción derivado del certificado original en inglés. Evidentemente es un error material, que entienden que es identificable y el cual podía haber sido objeto de solicitud de confirmación por parte del órgano y, en su caso, de subsanación por la licitadora conforme a la norma y doctrina que se cita.

Contesta el órgano de contratación que no existe error material alguno, que el certificado técnico en inglés expresa lo mismo que se traduce respecto del plazo de fabricación. Según la captura de pantalla:



Se comprueba por este Tribunal que efectivamente esa es la declaración y la traducción presentadas por el licitador en su proposición, procediendo la desestimación del recurso contra su exclusión por inexistencia de error alguno de transcripción o traducción.

Atendiendo a la doctrina tradicional el licitador excluido no estaría legitimado para impugnar la adjudicación.

En este sentido, sobre la legitimación del excluido se pronunciaba la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1973, Marcato/Comisión,

37/72, cuya doctrina fue recogida por la Sentencia de 9 de junio de 2011, C-401/09P, *Evropaiki Dynamiki*, apdo. 49, y precisada específicamente para los supuestos de legitimación por una exclusión previa por la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C 355/15).

Si bien la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) de 24 de marzo de 2021 (asunto c-271/19), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 del Tratado Fundacional de la Unión Europea, *“por el Symvoulío tis Epikrateias (Epitropi Anastolon) [Consejo de Estado (Comisión de Suspensión)], Grecia”*, precisa más la doctrina:

“41 (...) el licitador excluido tiene derecho a formular cualquier motivo contra la decisión de admisión de otro licitador, incluidos aquellos que no guarden relación con las irregularidades que motivaron la exclusión de su oferta.

*42 Dicho esto, el principio jurisprudencial recordado en el apartado 31 de la presente sentencia solo es válido en tanto la exclusión del licitador no haya sido confirmada por una resolución con fuerza de cosa juzgada (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de mayo de 2017, *Archus y Gama*, C-131/16, EU:C:2017:358, apartados 57 y 58, y de 5 de septiembre de 2019, *Lombardi*, C-333/18, EU:C:2019:675, apartados 31 y 32)”*.

Atendiendo a esta doctrina procede pronunciarse sobre la impugnación de la adjudicación.

Señala la recurrente que la empresa *Palex Medical*, S.A. oferta el producto *BILICARE*, el cual utiliza LEDs para transmitir la luz, cuando lo exigido en pliegos es lámpara de flash de xenón.

Indica el órgano de contratación que los LEDS son muy superiores a la lámpara de xenón, tal y como describe sus especificaciones la comisión de adquisiciones, por lo que haciendo referencia las prescripciones técnicas a características mínimas (intensidad de la luz, calibración, duración, consumo energético) la superación de las mismas las abarca y no es causa de exclusión.

A juicio de este Tribunal cumpliendo el LED con las exigencias funcionales de la lámpara de xenón, e incluso superándolas, no es causa de exclusión, procediendo la desestimación del recurso contra la adjudicación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Tacklen Medical Technology, S.L. contra su exclusión del procedimiento de “adquisición de bilirrubinómetros con destino a los Centros Sanitarios de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud”, expediente A/SUM-028954/2023 y contra la adjudicación a Palex Medical S.A. del mismo procedimiento.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.