

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

En Madrid, a 6 de noviembre de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don J.R.G., en nombre y representación de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), contra Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas, relativos al expediente de contratación del “Suministro de reactivos necesarios para la detección de ácidos nucleicos del virus de la hepatitis C (VHC), del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y del virus de la hepatitis B (VHB)”, expediente 07-SU-00016.4/2013, convocado por el Centro de Transfusión de la Comunidad de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por Resolución de la Directora Gerente del Centro de Trasfusión de la Comunidad de Madrid, de 17 de julio de 2103, se aprobaron los Pliegos de Cláusulas Administrativa Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas Particulares (PPT) y por Resolución de 22 de julio, se aprobó el expediente de contratación y se acordó la apertura del procedimiento de adjudicación del citado suministro.

El día 6 de septiembre se publicó el anuncio de licitación en el DOUE, el día 18 de septiembre en el BOCM y perfil de contratante, y el día 23 de dicho mes en el BOE, para la adjudicación mediante procedimiento abierto y criterio único el precio, con un valor estimado de 3.551.481,82 euros.

El plazo de presentación de ofertas finaliza el día 16 de octubre.

Segundo.- Con fecha 4 de octubre se presentó ante el órgano de contratación el escrito formulando recurso especial por la representación de la empresa Novartis Vaccines and Diagnostics S.L., contra el PPT del contrato citado, por considerar que contiene una prescripción técnica que excede del objeto del contrato y vulnera el artículo 117 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP). Dicho recurso fue resuelto mediante la Resolución de este Tribunal 172/2013, de 23 de octubre.

Tercero.- El 31 de octubre de 2013 tuvo entrada en este Tribunal recurso especial en materia de contratación de FENIN en el que solicita que se acuerde la anulación de la cláusula 7 y del apartado 7 de la cláusula 1 del PCAP, en las que se establece que el criterio de adjudicación del contrato será únicamente el precio más bajo, así como de la previsión establecida en el último párrafo del apartado 13 de la cláusula 1 del PCAP y en el párrafo segundo de la cláusula 11 del PPT, en cuanto prevé que la vigencia del contrato queda condicionada a la firma de un contrato centralizado o de un acuerdo marco del Servicio Madrileño de Salud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la asociación FENIN para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto*

del recurso”. FENIN es “una organización profesional de carácter federativo e intersectorial de ámbito nacional que asume la coordinación, representación, gestión, fomento y defensa de los intereses comunes de las empresas u organizaciones profesionales de empresas o empresarios que voluntariamente se integren en ella....”. Son precisamente los intereses profesionales, comerciales y económicos de sus asociados los que atribuyen legitimación para recurrir en este caso.

Asimismo se ha aportado certificado de la Secretaria General acreditativo de la adopción, por la Junta Directiva de la Asociación, del acuerdo de interponer y mantener el recurso especial en materia de contratación objeto de la presente resolución.

Se acredita igualmente la representación con que actúa el firmante del recurso.

Segundo.- También queda acreditado, que el recurso se interpone contra los pliegos que han de regir un procedimiento de adjudicación en el marco de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1 a) y 2 a) del TRLCSP.

El Centro de Transfusión de la Comunidad de Madrid fue creado por Decreto 44/1988, de 28 de abril, y está adscrito al Servicio Madrileño de Salud.

Tercero.- Especial análisis merece el plazo de interposición del recurso.

El recurso especial en materia de contratación se configura como un recurso rápido y eficaz. La Directiva 2007/66, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos, dispone en

relación con tal carácter, en cuanto al recurso y su plazo de interposición lo siguiente:

“Artículo 1.

Ámbito de aplicación y procedimientos de recurso.

(...)

En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratación públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

(...)

Artículo 2 quater.

Plazos para la interposición de un recurso.

Si la legislación de un Estado miembro dispone que cualquier recurso contra una decisión de un poder adjudicador tomada en el marco o en relación con un procedimiento de adjudicación de contrato regulado por la Directiva 2004/18/CE debe interponerse antes de que expire un plazo determinado, este plazo deberá ser de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquel en que la decisión del poder adjudicador haya sido comunicada por fax o por medio electrónico al licitador o candidato, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, de al menos quince días civiles a partir del día siguiente a aquel en que la decisión del poder adjudicador se haya remitido al licitador o candidato, o de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de recepción de la decisión del poder adjudicador. La comunicación de la decisión del poder adjudicador a cada licitador o candidato irá acompañada de la exposición resumida de las razones pertinentes. En el caso de los recursos interpuestos contra las decisiones a que se refiere el artículo 2, apartado 1, letra b), de la presente Directiva, que no estén sujetos a una notificación específica, el plazo será de al menos diez días civiles a partir de la fecha

de publicación de la decisión en cuestión”.

El recurso especial en materia de contratación debe ser rápido y ha de interponerse en el plazo que como mínimo se ha señalado en las Directivas de recursos e incorporado a la legislación nacional, en el derecho español, 15 días hábiles. Por tanto una interpretación que permita que la presentación del recurso fuera más allá de dicho plazo, ampliándolo de forma indefinida, sería contraria al objetivo de rapidez del recurso y a la citada Directiva. Se produciría el riesgo de una permanente inseguridad jurídica y una considerable pérdida de tiempo en la adjudicación de los contratos públicos. Una interpretación de la legislación nacional que admita la tramitación de un recurso que no goce del carácter de rápido no es compatible con las Directivas de recursos.

En la legislación nacional el artículo 44.2.a) del TRLCSP, que transpone la citada Directiva, dispone que:

“a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”.

El citado artículo 158 establece que *“cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas”.* La interpretación de la regulación nacional ha de hacerse a la luz de la Directiva de la Unión Europea. Así, ante la indeterminación del momento en que los pliegos *“han sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento”.* Los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación han seguido dos criterios, el primero, mayoritario

y seguido por este Tribunal, que entiende que el *dies a quo* se produce cuando se acredita que se tuvo conocimiento de los pliegos o desde el día final del plazo de presentación de proposiciones cuando no se puede conocer tal día, y el seguido por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía que considera la fecha de publicación en el perfil de contratante como fecha de puesta a disposición de los pliegos.

Según la primera de las posiciones expuestas, de acuerdo con el citado artículo 158 del TRLCSP habrá que distinguir si el acceso a los pliegos e información complementaria se realiza por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o si por el contrario se facilita el acceso por otros medios. La aplicación de este precepto en relación con el 44.2 del TRLCSP nos llevaría a entender que el plazo para interponer el recurso cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos, comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, fecha que muy bien puede ser anterior, puede coincidir, o incluso ser posterior a la de finalización del plazo de presentación de las proposiciones.

En los supuestos en que, como el que estamos analizando, los pliegos se han puesto a disposición de los licitadores a través del perfil de contratante debe aplicarse el mismo criterio y cuando no sea posible acreditar el momento a partir del cual han obtenido los pliegos, razones de seguridad jurídica, aconsejan computar los quince días de plazo que establece la Ley, a partir del último día estipulado para la presentación de ofertas, al objeto de garantizar que los candidatos o licitadores han tenido acceso a los mismos. Es criterio de este Tribunal, mantenido en resoluciones anteriores, que cuando se haya facilitado el acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos y no conste la fecha de recepción por los licitadores, computar los quince días de plazo que establece la Ley, a partir del último día estipulado para la presentación de ofertas, estableciendo una presunción *favor acti* para el cómputo del plazo. Este fue el criterio utilizado para la admisión del recurso formulado el día 4 de octubre por la empresa Novartis Vaccines and Diagnostics

S.L., contra los mismos pliegos objeto del presente recurso, que fue resuelto el 23 de octubre mediante la Resolución 172/2013.

No obstante, la redacción del artículo 44.2.a) del TRLCSP, como hemos avanzado también admite otra interpretación, que es la seguida por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la Resolución 109/2012, de 8 de marzo de 2012. Esta Resolución argumenta que en los supuestos en que se ha facilitado el acceso a los pliegos y demás documentos contractuales a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, el cómputo del plazo de quince días para interponer el recurso se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que se ha completado la publicidad de la convocatoria en los términos establecidos en el artículo 142 del TRLCSP, es decir, a aquél en que se ha producido la publicidad en los diarios oficiales correspondientes y en el perfil de contratante. En este sentido, si los pliegos se hubieran publicado en el perfil de contratante antes del anuncio de la licitación en el Boletín Oficial correspondiente, el plazo del recurso contra aquéllos no se computa hasta el día siguiente al anuncio de la licitación en el Boletín Oficial, puesto que hasta entonces aquéllos carecen de eficacia jurídica. Por el contrario, en caso que se anuncie la licitación en el Boletín Oficial antes de que se publique en el perfil de contratante, el plazo de interposición del recurso no se computa hasta el día siguiente a aquél en que se publiquen los pliegos en el perfil, puesto que hasta entonces, éstos no se ponen a disposición de los licitadores.

No consta en el expediente remitido la fecha en que los Pliegos fueron entregados ni que se haya remitido por la unidad de contratación copia de los pliegos a la asociación recurrente, ni que se haya examinado su contenido en las dependencias administrativas, por lo que, en principio, sería aplicable la presunción *favor acti* seguida por este Tribunal a la hora de la determinación del *dies a quo* del plazo para la interposición del recurso. Como decimos se trata de una presunción que admite prueba en contrario. Así, mediante certificado de la Secretaria General consta que la Junta Directiva de FENIN, en reunión celebrada el 15 de octubre, adoptó -en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 23.j de los

Estatutos- el acuerdo de interponer y mantener recurso especial en materia de contratación contra el expediente 07-SU-00016.4/2013 Suministro de reactivos necesarios para la detección de ácidos nucleicos del virus de la hepatitis C (VHC), del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y del virus de la hepatitis B (VHB) en donantes de sangre a adjudicar por procedimiento abierto mediante el criterio precio.

Por tanto cabe deducir que, al menos en dicha fecha, la recurrente ya disponía de los Pliegos y de la información suficiente para interponer, en su caso, recurso fundado contra los mismos, rompiendo así la presunción *favor acti* antes mencionada que queda sustituida por la declaración expresa del conocimiento previo del contenido de los pliegos. Este ha sido el criterio seguido por este Tribunal en las Resoluciones 83/2012 y 50/2013.

El recurso que nos ocupa fue presentado ante este Tribunal el 31 de octubre, es decir 14 días hábiles después de la adopción del acuerdo de la Junta Directiva. Resulta que de acuerdo con los Estatutos de la asociación aportados la Junta Directiva se reunirá en sesión ordinaria u extraordinaria, previa convocatoria del Secretario, en nombre del Presidente, que incluirá el orden del día cursado con diez días de antelación. Esto supone que al menos con esa antelación estaba en posesión de los pliegos que le permitieron conocer cualquier posible infracción y ejercer su derecho a recurrirlos y se decidió convocar a la Junta Directiva para la adopción del acuerdo de recurrir, es decir, entre la fecha de convocatoria y la interposición del recurso habrían transcurrido al menos 24 días.

El Tribunal debe salvaguardar la posibilidad de recurso invocando los motivos de violación de la legalidad en apoyo del mismo, pero al mismo tiempo debe garantizar el respeto al principio de efectividad que se deriva de la Directiva 2007/66/CE de 11 de diciembre de 2007 y la aplicación de la legislación española de contratos del sector público que configura el plazo para la interposición del recurso como un plazo de caducidad. La caducidad es una consecuencia de la exigencia de celeridad. Significa que si la presentación no se hace dentro de un lapso de tiempo perentorio se pierde el derecho a entablar la acción correspondiente. La única forma

de evitar la caducidad de la acción es ejerciéndola formalmente ante la instancia competente.

El principio de seguridad jurídica justifica que no se pueda impugnar cuando ha transcurrido el plazo legal pues en caso contrario se defraudaría la confianza legítima de los competidores convencidos de la regularidad del procedimiento de licitación. Los plazos de admisibilidad constituyen normas de orden público que tienen por objeto aplicar el principio de seguridad jurídica regulando y limitando en el tiempo la facultad de impugnar las condiciones de un procedimiento de licitación. El plazo de interposición es también consecuencia del principio de eficacia y celeridad que rigen el recurso ya que una resolución tardía produce inseguridad jurídica en los licitadores; además alarga la tramitación del procedimiento, pues el órgano de contratación continúa el mismo encontrándose la sorpresa que en un momento muy avanzado de la tramitación, como puede ser después de la apertura de las ofertas e incluso de la adjudicación, aparece un recurso contra los pliegos reguladores de la adjudicación; y finalmente reduce el riesgo de recursos abusivos. El recurso debe formularse dentro del plazo fijado al efecto y cualquier irregularidad del procedimiento del procedimiento que se alegue debe invocarse dentro del mismo so pena de caducidad, garantizando así el principio de efectividad del recurso.

Como se ha expuesto en los antecedentes de hecho la publicidad de la licitación tuvo lugar el día 6 de septiembre en el DOUE, el día 18 de septiembre en el BOCM y en el perfil de contratante, y el día 23 de dicho mes en el BOE. El 4 de octubre se interpuso recurso por la empresa Novartis Vaccines and Diagnostics S.L. El 15 de octubre se adoptó el acuerdo de recurrir por la Junta Directiva de FENIN que debió ser convocada 10 días antes. El 23 de octubre se resolvió el recurso de Novartis Vaccines and Diagnostics S.L. El plazo de presentación de ofertas finalizó el día 16 de octubre, habiendo sido abierta la documentación administrativa y las ofertas de los licitadores, siendo el último trámite que figura en el expediente la adjudicación y notificación de la misma. De lo cual solo cabe constatar la

extemporaneidad del recurso y concurriendo causa de inadmisión no procede entrar a analizar el fondo de la cuestión que se plantea.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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.- Inadmitir el recurso especial interpuesto Don J.R.G., en nombre y representación de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contra Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas, relativos al expediente de contratación del “Suministro de reactivos necesarios para la detección de ácidos nucleicos del virus de la hepatitis C (VHC), del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y del virus de la hepatitis B (VHB)”, expediente 07-SU-00016.4/2013.

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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- 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 49 del TRLCSP.