

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

En Madrid, a 16 de noviembre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don J.M.C., en nombre y representación de Ricoh España, S.L.U., (en adelante Ricoh), contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Getafe, de 4 de octubre de 2017, por el que se adjudica el contrato denominado “Arrendamiento, sin opción a compra, de un sistema integral de impresión, copia y escaneo para el Ayuntamiento de Getafe”, número de expediente 106/16, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Los días 5 y 29 de abril de 2017, se publicó, respectivamente, en el DOUE, y en el BOE el anuncio de la convocatoria de licitación del contrato de suministro mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. Los pliegos se pusieron a disposición de los licitadores el día 31 de marzo de 2017 en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Getafe. El valor estimado del contrato es de 1.182.500 euros. El plazo de presentación de ofertas finalizaba inicialmente el 22 de mayo de 2017.

Por Acuerdo de Junta de Gobierno Local de 10 de mayo de 2017 se rectifica error material del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) en los apartados 5.2 y 5.2.2 que fue publicado en el perfil de contratante del Ayuntamiento el 12 de mayo. Posteriormente se publica en el BOE de fecha 30 de mayo de 2017 el anuncio rectificando la fecha de presentación de ofertas que se fija en el día 3 de julio de 2017.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que el apartado 5.2.2 del PPT al describir la tipología y características de los equipos de reprografía, indica en el apartado relativo a las características comunes, entre otras, *“Lenguajes de impresión: PCL5, PCL6 y Postscript3 genuino”*.

El 1 de junio se publicó en el perfil de contratante un documento donde se recogían las preguntas formuladas con anterioridad a esa fecha y las respuestas dadas a las mismas. En concreto, una de las mismas es del tenor siguiente:

“6. Postscript genuino.

Relativo a los equipos de reprografía y los equipos MF4 donde se requiere Postscript3 genuino. En nuestros equipos xx tenemos emulación de Postscript nivel 3. ¿Sería válido?

R/ En los dispositivos indicados para la impresión Postcript, no será necesario que el software esté certificado”.

El 9 de junio se intercambian correos electrónicos entre el Jefe de Servicio de Informática y Ricoh y en ellos se reconoce que ésta aún está preparando la oferta y conoce la existencia y publicidad de las aclaraciones a las preguntas formuladas.

El 4 de octubre la Junta de Gobierno Local acuerda la adjudicación del contrato a Kyocera Documents Solutions, lo que fue notificado a los interesados el 13 de octubre.

Segundo.- Con fecha 6 de noviembre de 2017, tuvo entrada en el Registro General del Ayuntamiento de Getafe, escrito de recurso especial en materia de contratación

de la representación de Ricoh en el que solicita la anulación de la adjudicación a favor de Kyocera Documents Solutions España, S.A. Considera la recurrente se ha cometido de una infracción insubsanable del procedimiento consistente en haber publicado en el perfil del Ayuntamiento el día 1 de junio de 2017, un documento de aclaraciones a los Pliegos sin acordar una nueva ampliación del plazo para presentación de proposiciones, a su juicio obligatoria, por suponer una modificación de los requisitos técnicos exigidos con el fin de favorecer a una licitadora y solicita que se acuerde la convocatoria de una nueva licitación.

Tercero.- El órgano de contratación remitió el recurso junto con el expediente y el informe preceptivo establecido por el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), con fecha 10 de noviembre de 2017, en el que expone en primer lugar que la aclaración no supone modificación del PPT, ni se formuló por la adjudicataria, ni tenía por finalidad favorecer a esta o a ninguna licitadora ya que las aclaraciones se publicaron el 1 de junio y por tanto fueron conocidas por todos los interesados con antelación suficiente para formular sus proposiciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y en 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 recurso.

Segundo.- Se acredita la legitimación activa de Ricoh al tratarse de un licitador *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP), al no resultar adjudicataria del procedimiento, quedando clasificada en segundo lugar.

Se acredita igualmente la representación con que actúa el firmante del

recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto formalmente contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP. Sin embargo toda la argumentación se dirige contra la definición de las prescripciones técnicas contenidas en la aclaración contenida en una de las preguntas dirigidas al órgano de contratación y publicadas para general conocimiento, al considerar que la invalidez del Pliego determina la de la adjudicación.

Cuarto.- En cuanto al plazo para impugnar la adjudicación, habiendo sido acordada el 4 de octubre de 2017, notificada a la recurrente el día 13, e interpuesto el recurso el día 6 de noviembre de 2017, el mismo ha sido puesto dentro del plazo establecido en el artículo 42 del TRLCSP.

Si bien el recurso contra la adjudicación se encuentra en plazo, especial examen debe hacerse respecto del plazo de interposición contra el PPT y las aclaraciones contenidas en la respuesta a las preguntas formuladas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2.a) del TRLCSP, *“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 desarrollo reglamentario contenido en el artículo 19.2 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece en cuanto al plazo de recurso contra los pliegos que *“el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la*

licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido”.

De manera que el *dies a quo* del plazo legal para interponer el recurso viene determinado en este caso:

- para recurrir contra el contenido de los pliegos por la publicación en el DOUE (5 de abril de 2017) y la puesta a disposición del PCAP en el Perfil de contratante (31 de marzo de 2017).
- para recurrir su modificación el 12 de mayo de 2017.
- para recurrir contra las respuestas a las preguntas de los licitadores desde la fecha de su publicación el 1 de junio, constando su conocimiento por la recurrente el día 9.

Como declaró este Tribunal en su Resolución 10/2015, de 14 de enero, 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 que se alegue debe invocarse dentro del mismo, so pena de caducidad, garantizando así el principio de efectividad del recurso.

La convocatoria del procedimiento se publicó en el DOUE el 5 de abril de 2017, estando los pliegos a disposición de los licitadores en el Perfil de contratante desde el 31 de marzo, la modificación el 12 de mayo y la aclaración el 1 de junio, figurando en los citados pliegos los requisitos controvertidos del producto a suministrar y la interpretación de la prescripción técnica objeto del recurso. En consecuencia, debe concluirse que el recurso presentado el 6 de noviembre de 2017, se interpone transcurridos los quince días hábiles que dispone el artículo 42.2.a) del TRLCSP para impugnar el contenido de los pliegos, debiendo inadmitirse por extemporáneo.

Quinto.- Por otro lado procede determinar si la invalidez del PPT determina la de la adjudicación, puesto que entonces cabría impugnación indirecta de aquellos. La causa alegada en este recurso es la nulidad de un acto preparatorio, el Pliego porque su modificación no fue debidamente publicada ni ampliado el plazo para presentación de ofertas.

Procede recalcar que los Pliegos rectores de la licitación no fueron impugnados habiendo formulado oferta la recurrente y siendo admitida a la licitación ha resultado clasificada en segundo lugar. Tal como sostiene la doctrina de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, la participación en la licitación sin haber impugnado los pliegos rectores de la misma supone su aceptación incondicional (artículo 145 del TRLCSP) y los pliegos se erigen en ley del contrato incluso cuando concorra un supuesto de nulidad de pleno derecho no hecho valer en plazo. Excepcionalmente se admite el recurso indirecto contra los pliegos al recurrir la adjudicación cuando la aplicación de lo dispuesto en ellos conduce a un acto de aplicación nulo porque permita un trato desigual o discriminatorio siempre que la nulidad del criterio no fuera apreciable por un licitador diligente. En este sentido se pronuncia la Sentencia del TJUE, de 12 de marzo de 2015, eVigilo Ltd, dictada en el asunto C-538/13.

En el caso planteado la cláusula y la interpretación señalada en la aclaración publicada resulta clara en su redacción y su aplicación se ha realizado tal y como

venía manifestado por el órgano de contratación, por lo que no se dan los presupuestos para aplicar la doctrina contenida en la mencionada sentencia.

Por otro lado, tal como sostiene el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sus Sentencias 232, de 14 de mayo de 2015 y 118, de 5 de mayo de 2016, *“el recurso contra los pliegos y el recurso contra la adjudicación no se solapan ni se interrelacionan, constituyendo recursos perfectamente diferenciados, con lo que, ni siquiera, puede considerarse que los pliegos o determinadas cláusulas de los mismos que no han sido impugnados en su momento y que, en consecuencia, han sido consentidos y firmes por no haber sido recurridos en tiempo, puedan ser indirecta o instrumentalmente valorados y afectados por el pronunciamiento de un recurso especial promovido contra la adjudicación”*.

En el artículo 158 del TRLCSP se establece que *“2. La información adicional que se solicite sobre los pliegos y sobre la documentación complementaria deberá facilitarse, al menos, seis días antes de la fecha límite fijada para la recepción de ofertas, siempre que la petición se haya presentado con la antelación que el órgano de contratación, atendidas las circunstancias del contrato y del procedimiento, haya señalado en los pliegos”*.

Sostiene la recurrente que el PPT exigía el requisito de *“Postscript 3 genuino”* y que en la respuesta a la consulta planteada por Kyocera se admitió que el Postscript no sea genuino sino una mera emulación, aclaración que reviste en realidad una auténtica modificación del criterio técnico inicial, sin que tras esta modificación (tal y como se hizo con la anterior) se ampliara el plazo para presentación de ofertas en perjuicio de los demás licitadores ya que tan solo la que lo formuló la consulta tuvo tiempo para para diseñar su oferta.

El órgano de contratación en su informe advierte con carácter previo que en ningún momento se publicitó el nombre de la empresa que había formulado la pregunta, que fue planteada el 22 de mayo de 2017 por SOIMSA y no por Kyocera como indica el recurrente. Opone que si bien es cierto que en los Pliegos se indica

Postscript v3 genuino (según la RAE: Genuino: auténtico, legítimo), Adobe PostScript 3 es una marca registrada por la empresa Adobe, sin embargo, al igual que ha sucedido con HP PCL, se ha convertido en un estándar en el mundo de los lenguajes de impresión. Por este motivo, cada fabricante ha ido incorporando su solución PostScript a sus equipos. A esto se le ha llamado emulación. Sin embargo, en un concurso público no se pueden prescribir marcas, al indicar en el PPT PostScript V3 genuino, sin incluir la marca Adobe, se da libertad a los licitadores a elegir el propio PostScript 3 genuino de su propia marca.

Independientemente de si la respuesta dada a las aclaraciones planteadas en relación con el requisito objeto de la impugnación tiene el carácter o no de modificación de los Pliegos, ésta era clara y precisa en su determinación y fue conocida por la recurrente al menos el 9 de junio cuando aún quedaba de plazo hasta el 3 de julio para presentar su oferta, es decir con tiempo suficiente, sin que opusiera ningún reparo o recurso.

Por tanto, tampoco procede admitir el recurso indirecto contra el contenido de los pliegos vía recurso contra la adjudicación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial, interpuesto por don J.M.C., en nombre y representación de Ricoh España, S.L.U., contra la adjudicación del contrato denominado “Arrendamiento, sin opción a compra, de un sistema integral de impresión, copia y escaneo para el Ayuntamiento de Getafe” número de expediente

106/16, por extemporáneo.

Segundo.- Declarar que no procede apreciar 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.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.