



Recurso nº 141/2012

Resolución nº 160/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 30 de julio de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.A.H.O. en representación de Sociedad de Prevención de FREMAP, S.L.U. contra la omisión de publicación en el Boletín Oficial del Estado de la convocatoria de licitación y contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “servicio para la realización de reconocimientos médicos a los trabajadores del Instituto de Salud Carlos III”, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Instituto de Salud Carlos III convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) el día 17 de mayo y en la Plataforma de Contratación del Estado los días 17 y 18 de mayo, ambos de 2012, licitación para la realización de reconocimientos médicos al personal del organismo, con un valor estimado de 249.532,38 euros.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Real Decreto 817/2009 de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público, de 8 de mayo y del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero. Con fecha 6 de julio de 2012, tras haber presentado anuncio previo, tuvo entrada en el registro del Instituto de Salud Carlos III el escrito de recurso interpuesto por M.A.H.O. en representación de Sociedad de Prevención de FREMAP, S.L.U a que antes

se ha hecho referencia, que fue remitido al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el 12 de julio siguiente.

La recurrente plantea que se ha omitido la publicación en el BOE del anuncio de licitación publicado en la Plataforma de Contratación el día 18 de mayo de 2012, que modificaba, respecto a los publicados el día 17 de mayo, entre otras cuestiones, la fecha de presentación de proposiciones. Y recurre asimismo su “exclusión “del procedimiento ya que, según expone, la Administración “se negó a recibir” la documentación con su proposición por considerar que se encontraba fuera de plazo.

Cuarto. El órgano de contratación remitió asimismo al Tribunal el expediente de contratación y el correspondiente informe.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso, con fecha 16 de julio de 2012, a las empresas que habían presentado oferta a la licitación ahora impugnada, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que hayan hecho uso de tal derecho.

Sexto. Con fecha 19 de julio de 2012 EL Tribunal acordó conceder la medida cautelar de suspensión del procedimiento solicitada por la recurrente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso, calificado por la recurrente como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP.

Segundo. Los actos señalados formalmente en su escrito por la recurrente, falta de anuncio de licitación y exclusión, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP.

Tercero. Con respecto de los requisitos de forma y de tiempo, hay constancia de que la recurrente presentó ante el órgano de contratación tanto el anuncio previo como el propio

escrito de recurso, y de que lo hizo con fechas 5 y 6 de julio respectivamente. Uno de los actos formalmente impugnados es la “omisión de publicación” en el BOE de un segundo anuncio de licitación, que recogiese el contenido del publicado en la Plataforma de Contratación con fecha 18 de mayo de 2011. Y el segundo acto impugnado es, formalmente, la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación.

El artículo 44 del TRLCSP determina que

“2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

....

b) 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.

c) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de publicación.

3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso”.

La recurrente ha cumplido los requisitos legales en cuanto a la forma de presentación del recurso.

Respecto al plazo, el escrito plantea que el acto recurrido es, por una parte, la “ausencia de publicación” de anuncio de licitación en el BOE en cuyo caso, no tendríamos una fecha para iniciar el cómputo de los 15 días a que se refiere el TRLCSP; y por otra parte,

su “exclusión del procedimiento” de licitación, y en este caso tampoco tendríamos fecha de comienzo de cómputo del plazo para recurrir al no haberle sido notificada nunca por el órgano de contratación, ya que éste niega que haya existido tal exclusión.

Pero si, a pesar de lo que formalmente plantea el recurso, analizamos más a fondo el contenido del escrito, entendemos que éste se interpone contra la discrepancia existente entre el anuncio publicado en el BOE y los publicados en la Plataforma de Contratación, ya que es constatable que sí que existió publicación de la licitación en el BOE, y toda la problemática que formula la recurrente gira en torno a la discrepancia que existe entre los anuncios publicados en días consecutivos en ambos medios, BOE y Plataforma. En tal caso, el plazo para recurrir tal discrepancia habría finalizado el día 5 de junio, esto es, transcurridos 15 días hábiles desde la publicación del último anuncio en la Plataforma de Contratación, y el recurso se habría presentado absolutamente fuera de plazo y habría que inadmitirlo por extemporáneo.

Por lo que se refiere al segundo acto que el escrito de recurso dice impugnar, es decir, su exclusión del procedimiento de contratación, el órgano de contratación expone en su informe que nunca se ha producido tal exclusión porque la recurrente no participó en la licitación. Pero la recurrente expone en su escrito que el día 26 de junio, dentro del plazo establecido al efecto en el anuncio publicado el día 18 de mayo en la Plataforma de Contratación, intentó presentar su oferta en la sede del órgano de contratación, y que “la Administración se negó a recibirla” alegando, según la recurrente, que el plazo había finalizado el día 6 de junio tal como establecían los anuncios publicados en el BOE y en la Plataforma el día 17 de mayo de 2012.

Cabría cuestionarse si la cuestión planteada por la recurrente, es decir, la supuesta no aceptación por la Administración de la documentación con su proposición, es un acto recurrible en esta vía de recurso especial en materia de contratación o si, por el contrario, debería acudir a la vía de los recursos generales contra actos de la Administración regulados en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Pero, habida cuenta de que el artículo 40.2 del TRLCSP establece que serán recurribles mediante el recurso especial “*b) Los actos de*

trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos....., determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”.... , puede entenderse que cabría la interposición de dicho recurso especial, y en tal caso, el plazo para interponerlo empezaría a contar el citado día 26 de junio, y el recurso habría sido interpuesto dentro del plazo legalmente previsto.

Cuarto. El fondo de la cuestión planteada por la recurrente se refiere a lo que ella denomina “su exclusión” injusta del procedimiento de adjudicación abierto, al no habersele permitido, según afirma, presentar el día 26 de junio la documentación correspondiente a su proposición.

Expone que ella entendió que el anuncio válido era el publicado el día 18 de mayo en la Plataforma de Contratación, por ser éste el último publicado, y que la Administración debía haber procedido a publicar otro anuncio en el BOE recogiendo los nuevos términos publicados en la Plataforma; y que le debieron admitir la documentación que, según ella, pretendió presentar el día 26 de junio en la sede del órgano de contratación.

Por ello solicita en su escrito que se anule la convocatoria y se convoque un nuevo procedimiento en el que se cumpla, señala, con lo dispuesto en los artículos 1 y 142 del TRLCSP. O bien que se declare la anulabilidad del expediente de contratación y se publique en el BOE un nuevo anuncio de licitación como el publicado en la plataforma el día 18 de mayo, retro trayéndose las actuaciones hasta ese momento.

Subsidiariamente, solicita que se declare la anulabilidad del procedimiento, se retrotraigan actuaciones y se le permita por parte del órgano de contratación, la presentación de la documentación con su proposición.

Quinto. El órgano de contratación manifiesta en su informe que, conforme al artículo 142 del TRLCSP, el procedimiento de licitación impugnado fue publicado en el BOE el día 17 de mayo de 2012 y que en dicho anuncio se señalaba que el plazo de recepción de ofertas terminaba el día 6 de junio de 2012. Y señala que, aunque la Ley de Contratos no obliga a la publicación de los anuncios en la Plataforma de Contratación, el Instituto de

Salud Carlos III envía el anuncio para su publicación en la Plataforma a fin de dar mayor concurrencia a la licitación. Y añade que en el punto 38 de la hoja resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares se establece que la apertura de la documentación general se realizará el 12 de junio de 2012, con un plazo de tres días para subsanaciones, por lo que, según indica, es obvio que no se podía cerrar el plazo de presentación de documentación el día 26 de junio de 2012.

Añade el órgano de contratación que la recurrente no presentó oferta, ni en plazo ni en forma, en el Registro General del organismo hasta el día 6 de junio, fecha límite, según él, para la presentación de solicitudes. Y señala que la empresa aporta con el escrito de recurso un impreso sellado por el servicio de seguridad del organismo, de entrada al recinto, de la revisión por escáner de algún documento, pero que ello no implica su presentación en el Registro General, y remite un certificado del responsable de dicho Registro en el que indica que el 26 de junio no se presentó ninguna documentación en el mismo. E indica que, en tales circunstancias, la mesa de contratación no ha tenido ocasión de excluir o no a la recurrente.

Sexto. Dos son las cuestiones objeto de controversia en el presente recurso: por una parte, la publicación en la Plataforma de Contratación, pero no en el BOE, de un segundo anuncio de licitación el día 18 de mayo, con términos diferentes a los del publicado en ambos medios el día 17; y por otra, la alegación de la recurrente de que no le permitieron entregar la documentación requerida para participar en la licitación, dentro del plazo de presentación de solicitudes previsto en el anuncio del día 18 de mayo.

El artículo 142 del TRLCSP dispone en su apartado primero que *“Los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los negociados que se sigan en casos distintos de los contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 177, deberán anunciarse en el «Boletín Oficial del Estado»”*..... Siendo éste un contrato que debe adjudicarse por procedimiento abierto, ninguna duda cabe sobre la obligatoriedad de su publicación en el BOE. Pero el apartado cuarto del mismo artículo 142 del TRLCSP dispone también que *“Los anuncios de licitación se publicarán, asimismo, en el perfil de contratante del órgano de contratación”*.

No cabe afirmar pues, como hace en su informe el órgano de contratación, que la Ley no obliga a publicar los anuncios de licitación en la Plataforma de Contratación pues ésta, conforme dispone el artículo 334 del TRLCSP, no es más una plataforma que integra los perfiles de contratante de los órganos de contratación, y a través de la cual se gestionan dichos perfiles.

Sin entrar a analizar el valor jurídico que la Ley otorga a cada uno de los medios de publicación de los anuncios de licitación ya que las conclusiones de tal análisis serían irrelevantes para el caso que nos ocupa, resulta claro que el Instituto de Salud Carlos III tenía que publicar el anuncio de la licitación ahora impugnada tanto en el BOE como en el perfil de contratante (y por tanto, en la Plataforma de Contratación). Y así lo hizo, publicando el mismo anuncio en ambos medios el día 17 de mayo de 2012. Pero el Tribunal ha podido constatar, tanto en la documentación remitida por la recurrente como en la propia Plataforma de Contratación en la que continúa publicado el anuncio del día 18 (y sólo ese), que el día 18 de mayo de 2012 se publicó en dicha plataforma un segundo anuncio del mismo expediente de contratación en el que, entre otros datos, se modificaba la fecha límite de presentación de solicitudes, quedando ésta fijada el día 26 de junio a las 11,35 horas.

Es cierto, como señala el órgano de contratación, que esta nueva fecha de presentación de ofertas es contradictoria con las fechas que aparecen en el pliego de cláusulas administrativas particulares para el examen de la documentación acreditativa de la solvencia y capacidad de los licitadores, para su posible subsanación y para la apertura de los sobres con la documentación de los criterios dependientes de juicio de valor, fijada ésta para el mismo 26 de junio. Y también se contradice con la fecha que figura en el mismo anuncio publicado en la plataforma el día 18 de mayo para la apertura de ofertas económicas, ya que ésta se fija también el día 26 de junio, es decir, el mismo día previsto como fecha límite de presentación de ofertas, pudiéndose apreciar claramente la existencia de algún error. Pero dicho error, que no fue corregido en su momento de acuerdo con las previsiones legales al efecto, es imputable en todo caso al órgano de contratación y, sin perjuicio de la posible responsabilidad del funcionario responsable de la publicación de los anuncios, no puede ocasionar perjuicios a posibles licitadores de

buena fe. De ahí que este Tribunal considere que, cualquier oferta que hubiera sido presentada el día 26 de junio a la licitación ahora impugnada, debería haber sido admitida por el Instituto de Salud Carlos III para participar en la licitación. Este mismo criterio ha sido el aplicado por la jurisprudencia en casos análogos, cabiendo citar a modo de ejemplo la sentencia de 22 de abril de 2005 de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en un supuesto en que había divergencia entre las previsiones del pliego y las del anuncio publicado en el boletín oficial. Con base en los principios de publicidad y seguridad jurídica, así como los de transparencia y concurrencia pública, consideró aquel Tribunal que debía aplicarse el plazo más amplio que era el que figuraba en el anuncio, a pesar de aceptar el principio, alegado por la recurrente, de que las cláusulas del pliego son ley del contrato.

Pero dicho esto, este Tribunal no considera que la no publicación de un nuevo anuncio en el Boletín Oficial del Estado sea motivo para declarar nula la licitación impugnada por Sociedad de Prevención de FREMAP, ni siquiera para anular el expediente y exigir al órgano de contratación una nueva convocatoria en el BOE. Y ello porque, de las diferentes causas de nulidad absoluta que prevé el artículo 62 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, al que se remite expresamente el 32 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la única que cabría aplicar al caso sería la recogida en la letra e) que declara la nulidad de pleno derecho de los actos *“dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”*. Sin embargo, no cabe entender tal cosa respecto del procedimiento tramitado por el Instituto de Salud Carlos III en el caso presente, pues ha sido objeto de publicidad suficiente, sin que quepa considerar que la falta de publicación de un nuevo anuncio en el BOE pueda considerarse que invalide el procedimiento, ni que haya ocasionado perjuicios irreparables. Los potenciales licitadores han contado con información suficiente para poder concurrir al procedimiento de contratación convocado y, como se ha señalado antes, si alguno hubiera presentado su documentación antes del día 26 de junio a las 11,35h, este Tribunal ordenaría al órgano de contratación, si así no lo hubiera hecho, a admitir su candidatura a la citada licitación. Pero entiende que no procede anular el procedimiento ni exigir una nueva publicación en el BOE.

Séptimo. Analicemos el segundo motivo de impugnación alegado en el presente recurso, a saber, lo que la recurrente denomina exclusión de la participación en el procedimiento de contratación convocado y que, como se ha expuesto más arriba, se refiere a que “la Administración se negó a recibir la documentación, en base a que los anuncios de convocatoria de licitación en vigor eran los que se habían publicado el día 17 de mayo, no el del día posterior, por lo que el plazo de presentación finalizó a las 17:30 horas del día 6 de junio de 2012”. Afirma la recurrente que presentó la documentación en plazo, concretamente 20 minutos antes de que finalizara el plazo establecido en el anuncio de licitación publicado el día 18 de mayo de 2012, pero que la Administración se negó a recibir dicha documentación.

Como se ha expuesto en el fundamento anterior, este Tribunal considera que si algún licitador hubiera presentado la documentación antes del plazo más amplio de los publicitados, es decir, antes de las 11,35h del día 26 de junio de 2012, el órgano de contratación tendría que haberlo admitido a la licitación. Pero el hecho es que la recurrente no presentó la citada documentación, y así se desprende del certificado del responsable del Registro General del Instituto de Salud Carlos III en el que afirma que el día 26 de junio de 2012 no fue presentada ninguna documentación por parte de la empresa Sociedad de Prevención de FREMAP, no figurando ningún asiento registral con esos datos en el Libro de Entrada del mismo.

En apoyo de sus explicaciones, la recurrente remite una hoja con datos de la licitación impugnada, en la que aparece estampado un sello del Instituto de Salud Carlos III con la fecha y la expresión “revisado por escáner”, apareciendo debajo, escrito a mano a continuación de recibí: “11,15”. Y explica textualmente que *“la Administración acordó sellar la hoja que acreditaba la presentación de dicha documentación. No obstante, se negó a recibir la documentación, en base a que los anuncios de convocatoria de la licitación en vigor eran los que se habían publicados el día 17 de mayo de 2.012, no el día posterior, por lo que el plazo de presentación finalizó a las 17:30 horas del día 6 de junio de 2.012”*.

Como explica el órgano de contratación, el sello estampado en el documento que presenta la recurrente corresponde al servicio de seguridad del organismo, y como puede

observarse, lo único que dice es que algún documento fue revisado por escáner en la fecha indicada, pero no acredita en ningún modo que fuera presentada en tal fecha la documentación requerida para participar en la licitación, pese a que la recurrente afirma que tal documento con el sello del servicio de seguridad “acredita la presentación de la documentación”. Tampoco concreta la recurrente dónde intentó entregar la documentación ni quién se negó a recibirla alegando que el plazo de presentación de ofertas estaba vencido por ser válido el del anuncio del día 17. La recurrente señala únicamente que “la Administración” selló la hoja, y que “no obstante, se negó a recibir la documentación”.

El pliego de cláusulas administrativas particulares establece con claridad en el punto 38 de la hoja resumen que el lugar de presentación de las proposiciones es el Registro General del Instituto de Salud Carlos III, en la Avda Monforte de Lemos, 5, Madrid, indicando asimismo que el plazo de presentación será el señalado en el anuncio de licitación.

Pues bien, así como en cuanto al plazo de presentación el Tribunal está de acuerdo en que debe regir el más amplio de los publicados si alguna empresa hubiera presentado su documentación dentro de dicho plazo, no puede aceptar la justificación de la recurrente de que presentó la documentación en plazo pero que la Administración se negó a recibirla. El documento entregado por la recurrente con su escrito de recurso no prueba su afirmación de no haber podido entregar la documentación porque la Administración se negó a recibirla. Si alguien hace tal aseveración debe ofrecer pruebas de la misma y facilitar los datos necesarios para realizar las comprobaciones pertinentes. No parece fácil admitir que una empresa como la recurrente, que ha participado en otras licitaciones anteriormente, no encuentre forma de entregar debidamente, conforme a las previsiones legales al efecto, la documentación para participar en una licitación, o bien de acreditar, también debidamente, su afirmación de que la Administración se negó a recibirla. Todo ello un martes a las 11,15 horas de la mañana, con el Registro General del organismo abierto, y sin mayor dificultad para acreditar debidamente, por cualquier medio admitido en derecho, la negativa de la Administración a recibir la documentación que ella pretendía entregar.

A mayor abundamiento, la empresa conocía los pliegos conforme a los cuales la documentación se debía presentar en el Registro General del Organismo. Y no hay constancia alguna de que la recurrente entregase documentación alguna en dicho Registro, ni de que intentase hacerlo y algún funcionario del Registro se negase a recibir dicha documentación; más bien al contrario, existe un certificado del responsable del Registro indicando que el día 26 de junio la recurrente no presentó allí documentación alguna. Ni se acredita que esto sucediese con algún funcionario de otra unidad del Instituto de Salud Carlos III. En tales condiciones, la recurrente debió actuar con la diligencia exigible a todo aquel que actúa persiguiendo un interés propio, por lo que no es posible aceptar, sin mejor acreditación, la explicación de la recurrente ya que no hay constancia alguna de que así sucediera, debiendo concluir que se trata de una empresa que no presentó la documentación requerida para participar en la licitación de referencia dentro del plazo más amplio de los publicados por el órgano de contratación, por lo que procede desestimar el recurso por ella planteado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M.A.H.O. en representación de FREMAP, S.L.U. contra la omisión de publicación en el Boletín Oficial del Estado de la convocatoria de licitación y contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “servicio para la realización de reconocimientos médicos a los trabajadores del Instituto de Salud Carlos III”.

Segundo. Levantar la suspensión acordada por el Tribunal conforme al artículo 46 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 del citado texto legal.

Tercero. 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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.