



**Recurso nº 338/2011**

**Resolución nº 017/2012**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL  
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 18 de enero de 2012.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J.R.N en representación de FARRATGES NABAU S.L. contra el pliego de prescripciones técnicas, lotes 3 y 4, del contrato de “Suministro de productos fisiosanitarios, abonos y semillas para los Centros Militares de Cría Caballar de Écija y Jerez de la Frontera, para el año 2012”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El Organismo Autónomo Cría Caballar de las Fuerzas Armadas anunció la licitación pública, por procedimiento abierto, para la contratación del suministro antes citado, los días 2 y 15 de noviembre de 2011, a través del Diario Oficial de la Unión Europea y del Boletín Oficial del Estado, respectivamente, por un valor estimado de 362.393,63 euros (IVA excluido).

**Segundo.** Contra el mencionado pliego FARRATGES NABAU S.L. interpuso recurso ante el Ministerio de Defensa mediante escrito, con fecha de entrada en su registro de 14 de diciembre de 2011, por lo que previas las consideraciones que entiende convienen a su dercho solicita la nulidad de la convocatoria de licitación, así como la modificación del pliego de prescripciones técnicas, respecto de los lotes 3 y 4, en el sentido de que se prohíba cualquier mención a marca o producto determinado o, en su caso, se introduzca la palabra “equivalente”.

**Tercero.** La Secretaría del Tribunal, el 3 de enero de 2012, dio traslado del recurso a las otras empresas que habían participado en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su

derecho conviniesen. La empresa LIMAGRAIN IBÉRICA S.A. presentó alegaciones con fecha 9 de enero de 2012 en el registro de este Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** El recurso se ha interpuesto ante el Ministerio de Defensa dirigido a él y solicitando de él la resolución. Procede por tanto examinar si el mismo ha sido interpuesto ante el órgano competente para resolverlo.

Al respecto hay que indicar que el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC en adelante), establece que *“el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*. Este precepto recoge una norma para evitar la *“edictio actionis”*, puesto que los medios de impugnación de actos o recursos tienen la naturaleza propia de su contenido independientemente de su calificación.

Resulta claro que la intención de la entidad recurrente ha sido interponer recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que han de regir la contratación, por lo que debe declararse la competencia de este Tribunal para resolverlo de conformidad con el artículo 311.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), hoy artículo 41.1 del vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que ha derogado y sustituido a la Ley 30/2007.

**Segundo.** El acto recurrido es el pliego de prescripciones técnicas de un contrato de suministros cuyo valor estimado es de 362.393,63 euros euros, por lo que el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 310.1.a) y 2.a) de la LCSP (art. 40.1 y 2 TRLCSF).

**Tercero.** Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada, pues el recurrente concurrió a la licitación. Concorre así en el recurrente la legitimación requerida por el artículo 312 de la LCSP (art. 42 TRLCSF).

**Cuarto.** Antes de entrar a examinar el fondo del asunto, procede establecer si el escrito de recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo preceptuado al respecto en el artículo 314 de la LCSP (art. 44 TRLCSP), pues el órgano de contratación en su informe entiende que el recurso es extemporáneo en cuanto que el plazo transcurrido entre la publicación de la convocatoria en el BOE (15 de noviembre de 2011) y la fecha de interposición del recurso en su registro (13 de diciembre de 2011) supera los quince días previstos en el artículo antes citado.

A estos efectos interesa señalar que según la información que consta en el expediente remitido a este Tribunal y la comprobación de oficio realizada por el mismo, en lo que se refiere a la información del expediente aquí impugnado que consta en el perfil de contratante del órgano de contratación, se observa que los pliegos del procedimiento se han puesto a disposición de los licitadores únicamente en las dependencias del órgano de contratación sin que los mismos se hayan facilitado por medios electrónicos a través del perfil de contratante del citado órgano.

La cuestión que se suscita aquí es la de determinar el momento a partir del cual debe computarse el plazo establecido en el artículo 314.2 de la LCSP (art. 44.2 TRLCSP) para la interposición del recurso especial en materia de contratación, según el cual éste será de *“quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado”*, añadiendo en su apartado a) que *“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 142 de esta Ley”*. Así, de acuerdo con el citado artículo 142 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 -como es el caso del expediente aquí examinado- no se facilita el acceso por dichos medios.

Concretamente el citado precepto dice 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 aplicación de

este precepto en relación con el 314.2 de la LCSP (art. 44.2 TRLCSP) nos lleva a entender -para el supuesto aquí examinado- 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 el expediente aquí impugnado, según consta en el anuncio de licitación, las fechas límite para la obtención tanto de la documentación como de presentación de las ofertas son coincidentes, el 19 de diciembre de 2011. Precisamente por ello, dado que en el expediente remitido a este Tribunal no consta la fecha de recepción de los pliegos por el ahora recurrente (ni tampoco que haya existido solicitud por parte del mismo), y en consecuencia no es posible acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual el licitador ha obtenido los pliegos, la única solución, entiende este Tribunal, es considerar como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos.

Pues bien, aplicando al caso presente el criterio anterior, debe concluirse que el recurso fue presentado dentro de plazo toda vez que la fecha de presentación del recurso (14/12/2001) es anterior a la fecha límite de de presentación de las proposiciones y a su vez límite de obtención de la documentación (19/12/2011).

**Quinto.** El fondo del asunto se contrae a determinar si las especificaciones del pliego de prescripciones técnicas correspondientes a los lotes nº 3 y 4 son conformes a derecho por exigir el suministro de semillas de girasol de un fabricante concreto sin emplear el término “o equivalente”. En concreto en los lotes impugnados se hace constar lo siguiente:

**“Lote nº 3: Semilla de Girasol**

- 228 Unid. *Semilla Girasol variedad Bósfora*

*Precio base de licitación: 175 €/Ud. + 4% IVA*

**“Lote nº 4: Semilla de Girasol**

- 305 Unid. *Semilla Girasol variedad Pizarro*

*Precio base de licitación: 175 €/Ud. + 4% IVA”*

Afirma el recurrente que las expresiones variedad Bósfora y variedad Pizarro hacen referencia a marcas de empresas extranjeras que operan en España. Concretamente, la variedad Bósfora es una marca de la empresa SYNGENTA y la variedad Pizarro es una marca de la empresa ADVANTA del grupo Limagrain.

Añade que la referencia a las marcas citadas vulnera la legislación vigente en materia de contratación, en concreto lo dispuesto en el artículo 101.8 de la LCSP (art. 117.8 TRLCSP), pues considera que esa fijación de unas determinadas marcas o productos hace incompatible el expediente de contratación con los principios de igualdad y libre concurrencia que deben presidir la contratación pública.

**Sexto.** La empresa recurrente impugna el pliego de prescripciones técnicas en lo que afecta a los lotes 3 y 4, por lo que los restantes lotes (1, 2 y 5) no resultaran afectados por la presente resolución, en virtud de lo previsto en el artículo 66 de la LRJ-PAC sobre *“la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción”*.

El órgano de contratación, en su informe, expone que la elección de las variedades de semilla de girasol (Bósfora y Pizarro) se motiva en las razones técnicas expuestas en su informe de 30 de septiembre de 2011 por el Ingeniero Agrícola destinado en ese centro, en el cual se recomiendan las variedades citadas, en síntesis, por razones de un mejor rendimiento y mayor resistencia a las plagas, señalando que se han tomado como referencia datos de la Cooperativa San Dionisio de Jerez y de la Red Andaluza de Experimentación Agraria (RAEA), así como la experiencia del técnico que suscribe el informe. En el propio informe se hace constar expresamente los productores de las semillas cuyo suministro de solicita, SYGENTA para la variedad Bósfora y ADVANTA para la variedad Pizarro.

Añade el órgano de contratación que el criterio de elección aplicado no limita la concurrencia, puesto que se trata de variedades de semilla que pueden ser ofrecidas por distintos proveedores en libre competencia, al no existir exclusividad en su distribución,

según información de la Unidad de Gestión de Explotaciones Agrícolas del propio organismo.

**Séptimo.** El artículo 101.2 de la LCSP (art. 117.2 TRLCSP) establece con carácter de principio general que *“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*.

No existe en la Ley un elenco de elementos descriptivos que se consideren susceptibles de generar desigualdad en la fase de licitación, al restringir el acceso a los posibles licitadores a un contrato de suministro, si bien el artículo 101.8 de la LCSP (art. 117.8 TRLCSP) dispone que *“Salvo que el objeto del contrato lo justifique, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, una patente o a un tipo, a un origen, o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autoriza con carácter excepcional en el caso de que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada del término equivalente”*.

El análisis del precepto transcrito nos debe permitir adoptar criterio respecto de las alegaciones formuladas por las partes. Ante todo es necesario aclarar que su finalidad no es otra que evitar la posibilidad de que la decisión de adjudicación que deba adoptar el órgano de contratación quede prejuzgada por la propia definición de las especificaciones técnicas de la prestación. Y ello, con el objeto de evitar que mediante esta técnica queden injustificadamente excluidos de los procedimientos de licitación algunos licitadores.

Como consecuencia de ello, la referencia a alguno de los supuestos indicados en el artículo en cuestión sólo es posible cuando no quepa hacer una descripción adecuada de la prestación utilizando los medios a que se refieren sus apartados 3 y 4, es decir aplicando sistemas de referencias técnicas elaborados por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales. Además, en el caso de que así sea, deberá hacerse constar la expresión “o equivalente”, con el objeto

de permitir presentar ofertas de productos que puedan satisfacer de igual forma las necesidades que mediante el contrato pretende satisfacer el órgano de contratación.

A la vista de los informes del órgano de contratación, las alegaciones de la empresa recurrente y el contenido del pliego de prescripciones técnicas, es necesario analizar si las semillas de girasol variedades Bósfora y Pizarro, cuyo suministro se solicita en los lotes 3 y 4, vienen a predeterminar la adjudicación por el órgano de contratación a favor de determinada empresa y de esta forma vulneran el principio de igualdad y limitan la libre competencia quedando excluidos de forma injustificada algunos licitadores, conculcando así lo dispuesto en el artículo 101.2 de la LCSP (art. 117.2 TRLCSP).

En este caso se observa que el pliego, de acuerdo con lo manifestado por el recurrente y recogido en el propio informe elaborado por el Ingeniero Técnico Agrícola del órgano de contratación, exige el suministro de unas semillas de girasol de unos fabricantes determinados, SYNGENTA para el lote 3 y ADVANTA par el lote 4. Es obvio por tanto que el pliego de prescripciones técnicas, para los lotes 3 y 4, no respeta los términos del artículo 101.8 de la LCSP (art. 117.8 TRLCSP) antes transcrito, puesto que se exige un producto de un fabricante determinado sin incluir, como reclama la recurrente, la mención “o equivalente”.

No pueden admitirse las alegaciones del órgano de contratación, en cuanto a que las variedades de semilla aquí impugnadas pueden ser ofrecidas por distintos proveedores en libre competencia, al no existir exclusividad en su distribución, por cuanto si bien es cierto que de ser así pueden existir varios licitadores como es el caso del expediente impugnado, en concreto aquellos que comercialicen ese producto, no es menos cierto que existe una restricción clara a la competencia, en cuanto que el productor o fabricante es único impidiendo el acceso a la licitación, ya sea directamente o a través de sus distribuidores, a otros fabricantes cuyas semillas puedan tener funcionalidades equivalentes.

Cabría plantearse la posibilidad de admitir el suministro de semillas de un fabricante determinado, ofrecidas por distintos proveedores o distribuidores, si resultara acreditado que no existen en el mercado otras semillas que puedan considerarse equivalentes. No obstante, el propio informe elaborado por el Ingeniero Agrícola del organismo, que

justifica la elección de las semillas en base a su rendimiento y a una mejor resistencia a las plagas, reconoce que no todas las semillas están incluidas en los ensayos -en este caso de la RAEA según su propia cita-, lo cual, entiende este Tribunal, pone de manifiesto la posibilidad de que puedan existir semillas equivalentes de otros fabricantes. Desde este punto de vista, que es el jurídicamente relevante, no puede considerarse acreditado que no existan semillas equivalentes.

A mayor abundamiento, debe recordarse que el Reino de España fue objeto de un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1993) que declaró no conforme con la normativa comunitaria la redacción originaria del artículo 244 del Reglamento General de Contratación del Estado, en cuanto que el citado precepto sólo exigía la mención “o equivalente” en los casos de indicaciones de marcas, licencias o tipos, mientras que el apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 77/62 (hoy art. 23.8 Directiva 2004/18/CE) exige dicha mención también en los casos en que las especificaciones técnicas se refieran a productos de una fabricación o de una procedencia determinada, exigencia ésta contemplada expresamente en el artículo 101.8 de la LCSP (art. 117.8 TRLCSP) antes citado.

Por tanto existe infracción del principio de igualdad y no discriminación así como de las reglas de libre competencia, considerando este Tribunal que la exigencia, en los lotes 3 y 4, de semillas de girasol de unos fabricantes determinados sin incluir el término “o equivalente” es contraria a Derecho.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar el recurso interpuesto por D. J.R.N en representación de FARRATGES NABAU S.L. contra el pliego de prescripciones técnicas, lotes 3 y 4, del contrato de “Suministro de productos fisiosanitarios, abonos y semillas para los Centros Militares de Cría Caballar de Écija y Jerez de la Frontera, para el año 2012, declarando la nulidad del pliego de prescripciones técnicas, lotes 3 y 4, en cuanto a la exigencia de semillas de



girasol de una fabricación o marca determinada. Se anula en consecuencia el procedimiento de contratación y, de haberse producido, la adjudicación del contrato, para los lotes 3 y 4, siendo necesario convocar una nueva licitación en la que deba servir de base un nuevo pliego adaptado a los pronunciamientos de esta resolución.

**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 317.5 de la LCSP (art. 47.5 TRLCSP).

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.