

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

En Madrid, a 9 de mayo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don V.V.N., en nombre y representación de SURGYCAL, S.A. contra el anuncio de licitación publicado en Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, para la contratación del suministro de material sanitario desechable, para el Hospital Universitario de La Princesa, número de expediente: P.A. 2/2018 HUP, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 8, 10, 16 y 17 de marzo de 2018 se publicó respectivamente en el BOCM, DOUE, Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y BOE, la convocatoria de licitación para el contrato de suministro de referencia, dividido en lotes, siendo publicados y puestos a disposición de los licitadores los pliegos en el Portal de contratación el día 16 de marzo de 2018.

El valor estimado del contrato es de 890.441,43 euros.

Interesa destacar en relación con el objeto del contrato que el código CPV asignado al mismo es CPV 33140000-3, correspondiente a *“Material médico fungible”* y que una vez concluido el plazo de presentación de ofertas, no consta que la recurrente SURGYCAL, S.A., se encuentre entre las 34 ofertas presentadas.

Respecto del contenido del Lote 6, que es el que resulta objeto del recurso, KIT DE SUPERFICIES (272996) se describe como: *“Desinfectante para superficies de zonas críticas y semi-críticas con toallitas y sistema dispensador. - Desinfectante de nivel intermedio alto, de acción rápida, exento de aldehídos. - Requisitos legales y normativa europea de aplicación especificados en ficha técnica del producto. - Exento de toxicidad que requiera medidas adicionales al uso de guantes para su manipulación. - Envases de toallitas pre-impregnadas o de fácil preparación que permitan la dispensación /higiénica. - Compatible con los materiales que componen las superficies a desinfectar (acero inoxidable, fenólicos, maderas tratadas, melaninas, etc.). - Que no dejen huella o velo visibles en las superficies a limpiar y que no precisen aclarado ni secado posterior. - Toallitas con densidad y tamaño adecuados para la superficie a limpiar (mesas, mesa quirúrgica, mesas auxiliares, etc.) sin necesidad de utilizar más de una toallita. La superficie de cada toallita será de al menos 650 cm²”*.

Segundo.- El 27 de abril de 2018 la representación de SURGYCAL, S.A. presentó recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, lo que se comunicó en el mismo día al órgano de contratación, requiriéndose la remisión del expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, (LCSP), que lo remitió el 4 de mayo.

Se solicita en este recurso que se anule la convocatoria considerando que el anuncio resulta radicalmente nulo por no haber identificado el CPV del lote 6 *“kit de superficies”* relativo a material desinfectante, referencia que según aduce no incluye los productos que comercializa lo que le ha impedido que identifique el objeto del contrato y pueda concurrir a la licitación, lo que a su juicio equivale a la ausencia de un anuncio de licitación en sentido estricto.

Señala respecto del plazo de interposición que la publicación ha sido incompleta por lo anterior, por lo que el *dies a quo* es aquél en que un eventual destinatario tenga conocimiento del acto, en este caso según afirma *“hace cinco días y en una conversación oral con otra empresa del sector.”*

En su informe el órgano de contratación opone en primer lugar que el recurso es extemporáneo y respecto de la concreta cuestión de fondo invocada considera que el código CPV elegido es correcto en los términos que se expondrán al examinar el fondo del asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, LCSP 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 recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de persona jurídica potencial licitadora, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El acto es susceptible de recurso al dirigirse contra el anuncio de licitación de un contrato de suministros de importe superior a 100.000 euros, de acuerdo con el artículo 44.1. a) y 44.2 a) de la LCSP.

Cuarto.- Especial examen merece el plazo de interposición del recurso, al haber sido invocada su extemporaneidad por el órgano de contratación, y que resulta claro que la interposición del recurso el día 27 de abril de 2018, una vez que la

convocatoria se produjo el día 8 de marzo y el contenido de los pliegos se publicó el 16 del mismo mes, es *prima facie* extemporánea de acuerdo con lo establecido en el artículo 50.1.a) de la LCSP, circunstancia que, por otra, parte la recurrente no niega. Sin embargo, se aduce que es precisamente el defecto invocado,- la incorrecta determinación de la CPV que identificaría el objeto del suministro,- la que determina la presentación extemporánea del recurso al no haberse identificado adecuadamente por parte de la recurrente el anuncio de convocatoria.

Es cierto que este Tribunal y el resto de los tribunales de recursos contractuales han venido sosteniendo, siguiendo en este punto la doctrina del Tribunal Supremo, que los defectos en las notificaciones que no permiten tener adecuado conocimiento del contenido del acto a que se refieren, exigen considerar que el *dies a quo* del plazo para su impugnación se corresponde con el del día en que se tuvo adecuado conocimiento de la misma, trayendo al ámbito del recurso especial la doctrina de la “*actio nata*”, sin embargo en este caso no nos encontramos ante la notificación de un acto, sino ante el anuncio de licitación, circunstancia que si bien no impide la aplicación *mutatis mutandi* de la indicada doctrina sí que exige algún tipo de matiz dada la generalidad del contenido de un anuncio, frente a la necesidad de concreción y motivación de la notificación de un acto.

Sin embargo debe tenerse en cuenta que como consecuencia de la supresión de la cuestión de nulidad en la LCSP se prevén unos plazos específicos en determinados supuestos en el que como el que nos ocupa se invoca la nulidad de pleno derecho del acto impugnado. En concreto el artículo 50.2 establece que “*Cuando el recurso se funde en alguna de las causas de nulidad previstas en el apartado 2, letras c), d), e) o f) del artículo 39, el plazo de interposición será el siguiente:*

a) Treinta días a contar desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista en esta Ley, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado en forma legal la convocatoria de la licitación o desde la notificación a los candidatos o licitadores afectados, de los motivos del rechazo de su

candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor.

b) En los restantes casos, antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato”.

En este caso resulta de aplicación el apartado b) del indicado precepto por lo que el recurso debe entenderse presentado en plazo.

Quinto.- El motivo de recurso es único y se contrae a la consideración de la nulidad de pleno derecho de la convocatoria al no haberse consignado un código CPV correcto respecto del lote 6 del contrato. En concreto tanto la descripción del contrato como el CPV empleado en el anuncio de licitación, con referencias a *“material sanitario desechable”* y *“material médico fungible”* no se corresponden con el vocabulario común de los contratos públicos para describir aquellos contratos que tienen por objeto productos desinfectantes, como son los CPV 33631600-8 (antisépticos y desinfectantes) o 24455000-8 (desinfectantes), tal y como se desprende de la descripción del contenido del lote 6 recogida en el PPT, que comprende: *“Desinfectante para superficies de zonas críticas y semi-críticas con toallitas y sistema dispensador; desinfectante de nivel intermedio-alto, de acción rápida, exento de aldehídos (...); envases de toallitas pre-impregnadas o de fácil preparación que permitan la dispensación higiénica; (...)”*.

Por su parte que el órgano de contratación afirma que los dos primeros dígitos del CPV elegido por el Hospital Universitario de la Princesa, es decir 33, se definen según el *“Vocabulario común de contratos públicos”*, como equipamiento y artículos médicos, farmacéuticos y de higiene y seguidamente los dígitos 14 del CPV establecido se corresponden con el material fungible, por considerarlo el más adecuado, debido a la variedad de productos descritos en el PPT. Concluye que *“El recurrente afirma que en el anuncio debería haberse reflejado el CPV 33631600-8 (antisépticos y desinfectantes). Como puede verse los dos primeros dígitos, 33, coinciden con los que aparecen en el anuncio, porque incluyen los productos de*

higiene, sin embargo el recurrente no lo ha identificado en su búsqueda. En cuanto a la utilización del CPV 24455000-8, desinfectantes, también indicado por el reclamante, no tiene relación con el objeto del contrato, al tratarse de productos agroquímicos”.

Tal y como ya señalara el Tribunal de Recursos Contractuales de Aragón en su Acuerdo 85/2015, de 10 de agosto, *“En el anuncio de licitación y en los pliegos de condiciones, siempre se debe señalar con la mayor exactitud posible el objeto y alcance de las prestaciones que se desean contratar, de forma que los operadores económicos puedan identificarlas correctamente y en su caso decidir presentar sus ofertas”.*

Es cierto que corresponde al órgano de contratación definir sus necesidades en la documentación que debe figurar en el expediente administrativo y la mejor forma desde el punto de vista de la prestación eficiente, de prestarla.

El Reglamento CE 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, -modificado por el Reglamento (CE) nº 213/2008-, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos establece un sistema de clasificación único aplicable a la contratación pública, con el fin de normalizar las referencias utilizadas por los órganos de contratación y las entidades adjudicadoras para describir el objeto de sus contratos. Esta asignación tiene tanto una finalidad descriptiva (Considerandos 3-5 del Reglamento 2195/2002/CE) como una finalidad clasificatoria (considerando 9 y artículo 1 del Reglamento 2195/2002/CE), debiendo tener en cuenta que el manual explicativo de la Nomenclatura CPV, -que pese a no poseer valor oficial, no deja de tener cierto carácter orientativo,- afirma en su apartado 6.2: *“Las entidades adjudicadoras deben buscar el código que responda a sus necesidades con la mayor precisión posible. Se puede, desde luego, utilizar más de un código en los formularios normalizados destinados a la publicación de los anuncios de contratos públicos (...)”.*

Esta necesidad de precisión en la determinación de los códigos CPV

aplicables para describir el objeto del contrato entronca directamente con el principio de transparencia que constituye uno de los objetivos primordiales de la nueva LCSP, de acuerdo con su exposición de motivos *“Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio”*. Puesto que cualquier defecto sustancial en la publicación de la convocatoria equivale a su falta total de publicación.

Por tanto debe determinarse si el código CPV elegido es adecuado a los efectos de dotar de la necesaria publicidad a la convocatoria.

El código numérico que constituye la CPV incluye 8 dígitos y se subdivide en: Divisiones, identificadas por los dos primeros dígitos del código; grupos, identificados por los tres primeros dígitos del código; clases, identificadas por los cuatro primeros dígitos del código; categorías, identificadas por los cinco primeros dígitos del código. Un noveno dígito sirve para verificar los dígitos precedentes.

De acuerdo con el sistema de información para la contratación pública de la Unión Europea SIMAP *“Los poderes adjudicadores deben tratar de encontrar el código que mejor se ajuste a la adquisición prevista. Si bien en algunas ocasiones los poderes adjudicadores pueden tener que elegir entre diversos códigos, es importante que seleccionen un único código para el título del anuncio de licitación. Si el CPV fuera inexacto, los poderes adjudicadores deberán referirse a la división, grupo, clase o categoría que mejor describa su adquisición prevista (un código más general que puede reconocerse fácilmente porque tiene más ceros)”*. (<http://simap.ted.europa.eu/web/simap/cpv>). Ello no significa que no puedan utilizarse más códigos, ya que se refiere solo al título del anuncio, como se desprende con claridad del Manual del vocabulario común de contratos públicos que aunque carece de valor jurídico puede considerarse a efectos interpretativos, cuando afirma que *“Se puede, desde luego, utilizar más de un código en los formularios normalizados destinados a la publicación de los anuncios de contratos públicos (véase el sitio web eNotices). Esto será necesario, por ejemplo, si no hay ningún*

código específico que resulte adecuado. En tales casos, sin embargo, el primero de los códigos utilizados deberá considerarse el título y será, por tanto, algo más general (con más ceros al final) que los otros códigos”.

Ciertamente el código CPV seleccionado por el órgano de contratación responde al objeto general del contrato, -diverso material sanitario desechable o fungible, como bata desechable (lote 1), casaca desechable (lote 2), sistema de goteo (lote 3), tubuladura para respirador portátil (lote 4), conector de bioseguridad bifurcado (lote 5) y kit de superficies (lote 6)-, con lo que el código seleccionado es adecuado a nivel de título para identificar el objeto total del contrato. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que cada uno de los lotes constituye un objeto o unidad funcional independiente y que como tal es preciso determinar en la medida de lo posible dicho objeto a través de los códigos CPV para lograr el cumplimiento no solo formal sino útil del principio de publicidad. En tal sentido el Anexo III de la LCSP, regulador de la información que debe figurar en los anuncios de licitación señala en su sección cuatro punto 5 que deberá figurar *“Códigos CPV cuando la concesión esté dividida en lotes, esta información se facilitará para cada lote.”*

De esta forma considera el Tribunal que en el supuesto de que existan varios lotes con distintos objetos, en un contrato en los que el código CPV general o a nivel de título no defina con precisión todos y cada uno de ellos, de existir un código CPV específico debería incluirse el mismo con el objeto de lograr la máxima concurrencia posible. En este caso el CPV 33140000-3, general podría haberse concretado para cada lote de existir un código específico que se corresponde con los productos objeto de cada lote. Eso no obstante al haberse recurrido el lote 6 solo cabe tener en cuenta el CPV aplicable al kit de superficies, que comprende diversos elementos de desinfección. En el listado de códigos solo aparecen dos códigos atinentes a productos desinfectantes, el 33631600-8 -Antisépticos y desinfectantes- y el 24455000-8 -Desinfectantes-, el segundo de los cuales se inserta en la división correspondiente a productos agrarios, por lo que no resulta de aplicación.

Respecto del primero a juicio de este Tribunal, su descripción tampoco es por

sí sola determinante del producto a suministrar, puesto que el concepto de antiséptico o desinfectante puede referirse tanto a un producto para uso terapéutico como para uso limpiador, por lo tanto no habiendo un CPV específico que permita identificar con precisión el objeto del lote 6 lo adecuado hubiera sido utilizar los dos códigos el genérico de productos fungibles y el específico de desinfectantes.

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

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso formulado por interpuesto don V.V.N., en nombre y representación de SURGYCAL, S.A. contra el anuncio de licitación publicado en Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, para la contratación del suministro de material sanitario desechable, para el Hospital Universitario de La Princesa, número de expediente: P.A. 2/2018 HUP, anulando la convocatoria del contrato por lo que se refiere al lote 6 del contrato.

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 58 de la LCSP.

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 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 del LCSP.