

**Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de Septiembre de 2012 (rec.21/2012).**

Encabezamiento

SENTENCIA

Madrid, a diecisiete de septiembre de dos mil doce.

La Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha visto en grado de apelación, el recurso interpuesto contra la sentencia, desestimatoria, de fecha 14 de febrero de 2012, dictado por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 7, en el procedimiento abreviado número 507/2011, interpuesto por el Servicio de Salud de las Islas Baleares IBSALUT, representado por el letrado don Javier Vázquez Garbanzo, y como parte demandada la Agencia estatal Boletín oficial del Estado representada y asistida por el Abogado del Estado, en virtud de la cual se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el SERVICIO DE SALUD DE LAS ISLAS BALEARES, IBSALUT, contra la resolución del Director General de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado de 11 de abril de 2011, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la anulación del anuncio de licitación correspondiente a diversos expedientes de contratación; siendo Ponente en esta Sentencia don JOSE LUIS LOPEZ-MUÑIZ GOÑI, Presidente de la Sección.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO .- El Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 7, en el proceso indicado, dictó sentencia en fecha 14 de febrero de 2012, cuyo fallo dice: "Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el SERVICIO DE SALUD DE LAS ISLAS BALEARES, IBSALUT, contra la resolución del Director General de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado de 11 de abril de 2011, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la anulación del anuncio de licitación correspondiente a diversos expedientes de contratación, debo declarar y declaro que la mencionada resolución no es ajustada a derecho, por lo que la anulo, así como el derecho de la Administración recurrente a la publicación del anuncio, con la consiguiente obligación de la demandada de publicarlo, a la que condeno a estar y pasar por esta declaración; sin especial declaración en cuanto a las costas procesales causadas."

SEGUNDO .- Contra dicha resolución por la representación del Director General de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido en un solo efecto, siendo impugnado por la parte recurrida, y remitidos los autos a esta Sección, se señaló para votación y fallo el día 13 de septiembre de 2012 lo que se efectuó.

TERCERO .- En la tramitación del recurso en ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- como antecedentes de hecho se deben establecer los siguientes:

La resolución originaria es la dictada por el Director General de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado de 11 de abril de 2011, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la anulación del anuncio de licitación correspondiente a diversos expedientes de contratación de la Dirección General del Servei de Salut de les Illes Balears, por considerar que no puede publicarse un único anuncio referente a varios contratos.

Los antecedentes fácticos que deben reseñarse, y sobre los que existe acuerdo entre las partes, es que la Gerencia del Área de Salud de Menorca, dependiente del Servei de Salut, aprobó ocho expedientes de contratación que envió a la Agencia para su publicación en un único anuncio de licitación; en diciembre de 2010, los servicios de la Agencia comunicaron al anunciante que cada expediente de licitación debía ser objeto de un anuncio independiente o, alternativamente, que se podría publicar un único anuncio si fuera un solo expediente de licitación con ocho lotes.

En la demanda se alega, en síntesis, que en efecto, la recurrente pretende la publicación en un único anuncio de 8 contratos independientes, pero íntimamente ligados entre sí, ya que se trata de anuncios para licitar el suministro de material para la realización de análisis clínicos de laboratorio, es decir, de un solo tipo y referidos a una concreta necesidad.

Invoca que la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público regula la convocatoria de licitaciones en su artículo 126, en el cual no se exige publicar un anuncio por cada contrato, destacando igualmente el contenido del artículo 36 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo; se refiere a continuación a la finalidad de la preceptiva publicación de los contratos, señalando que publicando en un único anuncio los distintos contratos relativos al suministro de material para análisis clínicos de laboratorio, y no en distintos anuncios que pudieran publicarse en distintas fechas, se está precisamente garantizando la transparencia y promoviendo la concurrencia; por último, sostiene la inaplicabilidad al supuesto de lo dispuesto en el artículo 74 LCSP.

Parece que el argumento fundamental de la resolución recurrida para la anulación del indicado anuncio de licitación tal y como venía formulado por la recurrente, órgano de contratación, es la vulneración de lo dispuesto en el artículo 74.2 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Este precepto indica que no podrá fraccionarse el objeto de un contrato con el fin de eludir los requisitos de publicidad que le correspondan y que, en relación a los contratos divididos en lotes, será el valor acumulado del conjunto el que determinará el régimen de publicidad aplicable, por lo que, al menos en este punto, tiene razón la parte recurrente cuando sostiene que esta norma se dirige a salvaguardar y garantizar los principios de publicidad y transparencia

en la contratación pública, evitando que mediante mecanismos fraudulentos se altere el régimen de publicidad aplicable, pero en ningún caso establece como regla de carácter formal y absoluto la de "un contrato, un anuncio"; de hecho, los preceptos que regulan expresamente la publicidad son los artículos 125 y siguientes de la misma ley, de los que no se deduce que cada contrato haya de publicarse necesariamente e ineludiblemente de forma individual, en todos los casos y circunstancias.

En todo caso, y a la vista del objeto del proceso, la cuestión principal a resolver aquí no puede ser determinar si la intención de la recurrente de publicar la licitación de ocho contratos conjuntamente vulnera o no el artículo 74 LCSP, sino que debe centrarse en el análisis de la naturaleza y alcance de la facultad de control de la Agencia demandada de los anuncios y sus consiguientes posibilidades de decisión sobre la publicación de los mismos o su rechazo.

En este sentido, el artículo 37.4 del Estatuto de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, aprobado por el R.D. 1495/2007, dispone que "El «Boletín Oficial del Estado» sólo admitirá para su publicación los anuncios que cumplan los requisitos exigidos por las disposiciones legales y reglamentarias que sean de aplicación, pudiendo rechazar y devolver cuantos no los reúnan"; sin embargo, no puede considerarse que tal precepto atribuya a la Agencia una función de calificación o control de la legalidad material del contenido de los anuncios que deban publicarse, pues tal competencia o facultad invadiría de manera inadmisiblemente la competencia natural de la autoridad que ordena la publicación y la inserción en el BOE, sino tan solo un control de los requisitos formales exigidos clara y expresamente por alguna disposición legal o reglamentaria.

En su recurso, el Abogado del Estado alega que se ha producido una infracción de lo dispuesto en el artículo 37.4 del Estatuto de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, aprobado por Real Decreto 1495/2007, en relación con el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, Disposición Adicional Segunda Anexo II, puesto que la Administración se ha limitado a realizar una valoración formal del anuncio que se pretende publicar en el BOE, y que con sujeción a lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, (BOE de 15 de mayo de 2009) por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establece en su disposición adicional segunda que "Los anuncios de información previa, de licitación y de formalización de contratos se ajustarán a los modelos incluidos en el anexo II cuando hayan de publicarse en el "Boletín Oficial de Estado", y a los modelos incluidos en el anexo III cuando vayan a ser objeto de publicación en el "Diario Oficial de la Unión Europea".

Pues bien, si se atiende al Anexo II del expresado Real Decreto, resulta indubitado y patente que los modelos normalizados de anuncios están predeterminados para publicitar un solo contrato y nunca más de uno, sin que sea posible realizar otra interpretación.

SEGUNDO.- El tema objeto de discusión se centra en determinar, en este caso concreto, si el Director General de la Agencia Estatal del

Boletín Oficial del Estado al dictar la resolución objeto de este recurso obro conforme a derecho o no.

La cuestión de fondo está relacionada con la regulación armonizada en el procedimiento de adjudicación de contratos ofertados por los estados miembros de la Unión Europea y por sus organismos públicos, que exige se someta la publicación y adjudicación de dichos contratos públicos a una regulación armonizada en todo el territorio de la Unión Europea, procurando el cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia, para lograr la máxima difusión de la existencia de estos contratos y la aplicación de un régimen de igualdad en la difusión y participación de las empresas residentes en los Estados miembros, que estén interesadas.

No cabe duda que el contrato o contratos que nos ocupan están sometidos a este régimen de armonización conforme al artículo 15 de la Ley 30/2007, o, que en todo caso, la Administración ofertante del contrato de suministros quiso someterse a este régimen, lo que implica cumplir con una serie de requisitos, y entre ellos, los de una mayor difusión de publicidad de su existencia mediante la publicación en el DOUE.

La transparencia y la difusión, se garantizan con la obligación de estas publicaciones cuando el importe del contrato de suministros, en este caso, alcanza los montantes preestablecidos, evitando se pueda eludir esta obligación de publicación, como establece el artículo 74.2y 3 de la citada Ley 30/2007.

Es cierto, que el modelo oficial de anuncio de información previa se ajustarán a los modelos incluidos en el Anexo II, o en el Anexo III cuando hayan de publicarse en el BOE o en el DOUE, respectivamente como ordena la Disposición Adicional Segunda del R.D. 817/2009, y en dichos modelos, se recoge la referencia a un único contrato.

Pero también nos encontramos, que en el DOUE de 7 de julio de 2010, se publica el anuncio de la citada convocatoria, en la forma en que ha sido rechazada por la Dirección General del BOE.

La publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, tiene preferencia sobre la publicación que se haga en los periódicos oficiales nacionales, como se deduce de lo dispuesto en el artículo 126.3 de la Ley 30/2007 que establece que el envío del anuncio al citado Diario, deberá preceder a cualquier otra publicidad. Los anuncios que se publiquen en otros diarios o boletines deberán indicar la fecha de aquel envío, de la que el órgano de contratación dejará prueba suficiente en el expediente, y no podrán contener indicaciones distintas a las incluidas en dicho anuncio.

Este precepto es reproducción de lo establecido en el artículo 36.5 de la Directiva 2004/18 CEE del Consejo de fecha 31 de marzo de 2004, que establece:

5. Los anuncios y su contenido no podrán publicarse a nivel nacional antes de la fecha en que se envíen a la Comisión.

Los anuncios publicados a nivel nacional no incluirán información distinta de la que figure en los anuncios enviados a la Comisión o de la que se haya publicado sobre un perfil de comprador de conformidad con el párrafo primero del apartado 1 del artículo 35, y deberán mencionar la fecha de envío del anuncio a la Comisión o de la publicación sobre el perfil de comprador.

Los anuncios de información previa no podrán publicarse sobre un perfil de comprador antes de que se envíe a la Comisión el anuncio de su publicación en la citada forma, y deberán mencionar la fecha de dicho envío.

A la vista de este precepto, y teniendo en cuenta la preferencia que tiene la publicación en este Diario Oficial de Unión Europea, en relación con los Boletines de los Estados miembros, y que los anuncios publicados a nivel nacional no incluirán información distinta de la que figure en los anuncios enviados a la Comisión, y el anuncio del contrato de suministros que nos ocupa, se publicó como pretende la actora se lleve a cabo en el BOE, debe desestimarse el recurso interpuesto, puesto que la información contenida en el anuncio publicado en este Periódico oficial, debe tener la misma información que la contenida en el publicado en el Diario Oficial, entendiéndose que la frase "no incluirán información distinta", tanto se puede referir a la información material, como a la forma en que dicha información se publique, pues al variar ésta, puede inducir a error sobre su identidad, identificación e igualdad.

Por todo ello, procede desestimar el presente recurso, sin hacer expresa imposición de las costas causadas a ninguna de las partes, atendiendo a que son cuestiones jurídicas interpretativas, sin que haya existido temeridad ni mala fe procesal en el planteamiento del recurso de apelación, con forme a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/98.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación,

## **F A L L O**

Que DESESTIMAMOS

el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia estimatoria, de fecha 14 de febrero de 2012, dictado por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 7, en el procedimiento abreviado número 507/2011, interpuesto por el Servicio de Salud de las Islas Baleares IBSALUT, hoy apelada, representado por el letrado don Javier Vázquez Garbanzo, y como parte demandada la Agencia estatal Boletín oficial del Estado representada y asistida por el Abogado del Estado, hoy apelante, se confirma aquella en todas sus partes, sin expresa imposición de costas causadas en esta instancia a ninguna de las partes.

Devuélvase los autos al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución.

Lo mandó la Sala y firman los Ilmos. Sres. Magistrados al inicio indicados.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilmo. Sr. Magistrado- Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional. Certifico.