

**JAVIER HERAS VILLEGRAS, CONCEJAL-SECRETARIO DE LA JUNTA DE GOBIERNO
LOCAL DEL AYUNTAMIENTO DE SAN SEBASTIÁN DE LOS REYES (MADRID)**

[Decreto del Alcalde nº 299, de 10 de febrero de 2017]

CERTIFICO:

Que la **Junta de Gobierno Local** de esta Corporación, en sesión ordinaria celebrada el día **21 de febrero de 2017**, adoptó, entre otros, el siguiente acuerdo:

Nº 7.- CON 51/14. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN PARA LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE ACTO PREPARATORIO DE CONTRATO DEL SERVICIO DE LIMPIEZA Y RECOGIDA DE RESIDUOS DEL MUNICIPIO.

Antecedentes de hecho

Con fecha 4 de febrero de 2015 la Junta de Gobierno Local aprobó el expediente administrativo para la licitación del contrato de referencia, aprobando los correspondientes pliegos administrativo y técnico.

Con fecha 15 de marzo de 2016 el órgano de contratación, la propia Junta de Gobierno, a propuesta de la Mesa de Contratación, adjudicó el contrato a la mercantil CESPA, S.A.

Contra dicho acto de adjudicación se interpuso recurso especial de contratación por parte de la mercantil URBASER, licitante en el procedimiento, dictándose resolución nº 78/2016 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid que anula el acto de adjudicación del contrato por no ajustarse estrictamente la oferta técnica al pliego de prescripciones técnicas, y dispone adjudicar el mismo a la oferta económicamente más ventajosa. Pese a que el pliego adolece de la obligación de publicidad europea de la licitación, el Tribunal no estima esta pretensión del recurrente por entender que el momento procesal adecuado para hacerla valer era con el pertinente recurso contra el acuerdo de aprobación del pliego y no contra el acuerdo de adjudicación del contrato donde efectivamente se materializa.

Contra dicha resolución se ha presentado recurso contencioso-administrativo por la mercantil CESPA, S.A. el 30 de junio de 2016, siendo requerido este Ayuntamiento para el envío de expediente administrativo y emplazamiento de los interesados por medio de auto de la Sección Tercera del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de septiembre de 2016.

El contrato de referencia venció el pasado 28 de octubre de 2016 sin posibilidad de prórroga.

En la tramitación del procedimiento se ha otorgado trámite de audiencia a los licitadores que concurrieron al proceso de contratación, las mercantiles URBASER, S.A.; FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.; CESPA, S.A.; VALORIZA, S.A. y RECOLTE, SERVICIOS DE MEDIO AMBIENTE, S.A.U., habiéndose formulado exclusivamente alegaciones por parte de URBASER, S.A., mediante escrito presentado al número 30905/2016 de 21 de noviembre del Registro General de Entrada de este Ayuntamiento.

En sus alegaciones, esta mercantil entiende:

- El carácter restrictivo y excepcional en la jurisprudencia de la nulidad de pleno derecho y su necesaria modulación con otros principios jurídicos de igual observancia, cuales son los de seguridad jurídica, proporcionalidad, equidad, buena fe y protección de la confianza en la apariencia de la actuación administrativa; y en especial el principio de seguridad jurídica que exige que se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones jurídicas surgidas de actos firmes de la Administración. Se invoca en esta doctrina jurisprudencial el art. 106 LRJPAC, actual 110 Ley 15/2015 LPACAP, que limita el ejercicio de las facultades revisorías de actos cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras

circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

- Que no hay concurrencia de ausencia total y absoluta de publicidad en la convocatoria de licitación, pues si ha habido publicidad en BOCM que ha permitido la concurrencia de licitadores; no hay igualmente omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido o trámites esenciales, requisito de la nulidad de pleno derecho, pues la sola omisión del trámite de publicidad en DOUE ha sido suplido con la hecha en el BOCM, que de hecho ha permitido concurrencia; considera que la falta de publicidad en DOUE prevista en art. 37 TRLCSP, a tratar por la vía de la cuestión de nulidad, no es propiamente un supuesto de nulidad absoluta sino una figura próxima a la anulabilidad –invoca dictamen de Consejo de Estado 499-2010- y que, por la vía de la cuestión de nulidad prevista en art. 39 TRLCSP, los licitadores que se vieron privados de la oportunidad de concurrir a la licitación por falta de publicidad podrían recurrir el procedimiento (entendemos que sin merma de los derechos de los que si concurrieron).
- Que no procedería la facultad de revisión de oficio como consecuencia del tiempo transcurrido, 1 año y 10 meses desde la apertura del expediente de contratación, o 6 meses desde que se tuviera conocimiento del error en la publicidad por la resolución del TACP, sin que conste actuación material del Ayuntamiento para subsanar el error, y sin que se haya ejecutado la resolución de este Tribunal Administrativo.
- Vulneración del principio de legalidad por inacción en la ejecución de la Resolución 78/2016 del TACP de Madrid, directamente ejecutiva, con vulneración de los principios de eficacia de la actividad administrativa y presunción de validez de los actos, más tratándose de la decisión de un órgano imparcial que defiende el interés general con la selección de la oferta más ventajosa mediante la garantía de los principios legales que rigen la contratación pública.

En la tramitación se ha solicitado igualmente informe jurídico y de fiscalización, emitidos el primero de forma conjunta por el Sr. Secretario General Acctal. del Pleno e Intervención Municipal con fecha 9 de diciembre, y un segundo de la Intervención Municipal de fecha 12 de diciembre, propiamente de fiscalización.

Solicitado dictamen preceptivo y vinculante de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, cuya intervención esta prevista en el art. 106 de la Ley 39/2015, se ha emitido con fecha 10 de febrero, concluyendo “que procede la revisión de oficio del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 4 de febrero de 2015 por el que se aprueba el expediente de contratación del servicio de limpieza viaria, recogida de residuos, gestión de punto limpio y mantenimiento de contenedores de residuos en San Sebastián de los Reyes, que incorpora los pliegos de prescripciones técnicas y administrativas que han de regir la adjudicación de ese contrato”.

Fundamentos jurídicos

De entre las posibles vías de acción en las circunstancias planteadas, el Jefe de Servicio de Contratación propuso a la Junta de Gobierno Local, por las razones de legalidad y oportunidad que se señalaban en informe de 18 de octubre de 2016, la declaración de nulidad absoluta del procedimiento, que ha resultado avalada por el órgano consultivo de la Comunidad de Madrid.

En concreto, la alegación formulada por URBASER, S.A. de la inmediata ejecutividad de la decisión del Tribunal Administrativo, contestada en el informe jurídico emitido en el sentido de que no desvirtúa y no es incompatible con el hecho de que la decisión municipal haya sido la de declarar la nulidad de todo el procedimiento, en garantía de todos los licitadores, los que concurrieron y los que se vieron privados de ello por falta de publicidad, debe ser también complementada con una razón de oportunidad en defensa del interés público, cuya apreciación corresponde al órgano de contratación y a nadie más, derivada de que la adjudicación al segundo licitador mejor posicionado podría determinar una cadena de posteriores recursos, bien por terceros que aun no habiendo participado en la licitación entendieran que se les había privado de esta posibilidad por falta de publicidad adecuada, bien por alguno de los licitadores que si concurrieron y que alegara que la oferta del siguiente adjudicatario, URBASER, adoleciese de vicios técnicos que la harían igualmente inviable de aplicarse por el Tribunal Administrativo el mismo rigor que el empleado con la oferta de CESPA. S.A. Si bien en ningún caso podrían los

licitadores alegar ante la segunda adjudicación la falta de publicidad europea, pues admitieron este vicio en el momento de la aprobación del pliego sin que manifestaran oposición en contrario, siendo previsible por tanto la resolución del Tribunal Administrativo, por el que necesariamente habrían de pasar un eventual recurso, en el sentido ya fallado en el primer recurso dicho y por tanto desestimando la pretensión por falta de legitimación activa del licitante recurrente, si podría plantear esta cuestión algún tercero no licitante; además si podría reproducirse la segunda de las cuestiones planteadas en el recurso que estimó el TACP, la falta de adecuación la oferta técnica al pliego en alguna cuestión, sobre la que el Tribunal Administrativo se ha pronunciado con gran rigor según decimos y a la vista del pormenorizado informe técnico emitido para la adjudicación, situando a este Ayuntamiento ante una situación de cadena de recursos que impidan la más pronta resolución de un procedimiento, cual es la de limpieza viaria y recogida de basuras, esencial para cualquier comunidad, y por tanto altamente imbuida de la naturaleza de servicio público esencial que motiva esta licitación.

Ha de reconocerse que el pliego adolece de un error que, a la vista del art. 37.1 a) del TRLCSP, determinaría como supuesto especial la nulidad del mismo, nulidad de pleno derecho por tratarse de vicio de orden público, "cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, en aquellos casos en que sea preceptivo, de conformidad con el art. 142", en este caso por tratarse de un procedimiento de regulación armonizada. Por tanto, si bien no se prescinde total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la licitación, causa de nulidad absoluta del art., 47.1 e) de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, si concurre la cusa de la letra g) de dicho artículo, en relación con el citado art. 37 TRLCSP que determina la nulidad cuando concurra "cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de ley". Hay por tanto una dicción literal de la ley que no puede ser matizada a capricho del recurrente en el sentido de que no concurre causa de nulidad absoluta sino de mera anulabilidad, pues donde la letra de la ley es clara difícilmente se puede interpretar en sentido contrario. Así lo entiende también el dictamen del Consejo Consultivo que concluye, tras analizar la jurisprudencia aplicable, que "la falta de publicidad comunitaria determina la nulidad de pleno derecho del procedimiento de licitación por existir vicios sustanciales en el PCAP que rige el contrato", permitiendo por tanto el ejercicio de esa potestad excepcional de la Administración.

Abundando en el informe jurídico emitido sobre la imposibilidad de ejercitar la revisión de oficio por razón del tiempo transcurrido, ha de añadirse que en ese mismo plazo de 6 meses transcurrido tampoco se ha producido ninguna intervención o manifestado interés por parte de URBASER en el cumplimiento de la resolución del TACP, de la que conocía igual que el resto de licitadores, habiendo manifestado una pasividad que ahora pretende hacer recaer solo sobre la Administración. En el tiempo transcurrido desde el que se produce la resolución del Tribunal, se ha interpuesto un recurso contencioso contra la decisión del TACP por parte de la inicialmente adjudicataria, del que esta Administración estaba pendiente e interesada en conocer para poder adoptar la mejor solución posible, y del que aún a fecha de hoy no se conoce el contenido, razón que ha motivado una espera que dista mucho de ser determinante de la inaplicabilidad de la revisión de oficio, ejercitable sin límite temporal por cualquier interesado. Entre un tiempo infinito de ejercicio de la acción y 6 meses hay mucho margen como para pretender que el tiempo transcurrido es ahora determinante de la imposibilidad de que esta Administración revise de oficio su propio acto declarando su nulidad. Sobre esta cuestión, el dictamen del Consejo Consultivo observa "que el transcurso del plazo de cinco meses, desde el día 5 de mayo de 2016, fecha de notificación al Ayuntamiento de la resolución del Tribunal Administrativo, hasta el 18 de octubre de 2016, fecha de emisión del informe del técnico municipal en el que se propone la revisión de oficio, no puede ser óbice para la revisión del acto... pues la complejidad del asunto y las consecuencias sobre los posibles adjudicatarios determinaron la necesidad de analizar y valorar la resolución del TEAC que pone de manifiesto la gravedad del vicio de nulidad e indica el procedimiento de revisión de oficio para la declaración de nulidad, procedimiento que no está sujeto a límite temporal".

Se han cumplido los requisitos legales para ejercitar la posibilidad de que la Administración inste la revisión de oficio de sus propios actos, por nulidad absoluta de los mismos, los previstos en el art. 106 de la Ley 39/2015 citada, a saber, que se trate de un acto administrativo que haya puesto fin a la vía administrativa o no haya sido recurrido en plazo, y que concurra alguno de los

U.I.F. 172012400-E
Visado,
El Titular Accesal del órgano de apoyo a la J.G.L.
(Acuerdo de Junta de Gobierno Local de 21/09/2016)

Fdo.: Julio Morales Villegas

supuestos de nulidad del art. 47.1 de la Ley 39/2015. Concurriendo estos requisitos se podrá declarar la nulidad previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

Ya ha quedado justificada la concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho por aplicación del art. 47.1.g) Ley 39/2015 en relación con 37.1 del TRLCSP. La exigencia de que se trate de un acto que ponga fin a la vía administrativa entendemos igualmente que concurre de acuerdo con lo previsto en el art. 114.1 c) de la Ley 39/2015 en relación con el art. 210 a) del Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales, que determina que ponen fin a la vía administrativa las resoluciones del Pleno, Junta de Gobierno y Alcalde, en este caso la Junta de Gobierno Local que es órgano de contratación.

Competente para declarar la nulidad de actos preparatorios o actos de adjudicación del contrato es el órgano de contratación (art. 34.2 TRLCSP).

El acto sobre el que debe recaer la nulidad es el acuerdo de 4 de febrero de 2015 de la Junta de Gobierno Local que aprueba el expediente de contratación que incorpora el Pliego de cláusulas administrativas, documento básico de la licitación que adolece de vicio de nulidad al no prever la publicidad en el DOUE del anuncio de licitación.

Visto cuanto antecede, la **Junta de Gobierno Local**, por unanimidad, **acuerda**:

Primero.- Declarar la nulidad, si así procediera, del acuerdo de la Junta de Gobierno de 4 de febrero de 2015 que aprueba el pliego de cláusulas administrativas que rige el contrato de referencia, determinando la nulidad de pleno derecho del citado pliego por adolecer de publicidad comunitaria del procedimiento armonizado licitado. De ello deriva la nulidad de las actuaciones posteriores, en concreto el acuerdo nº 13 de la Junta de Gobierno Local reunida en sesión de 15 de marzo de 2016, de adjudicación del procedimiento de licitación. Quedaría sin causa igualmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la mercantil CESPA contra la resolución nº 78/2016 del TACP de Madrid.

Segundo.- Conforme el art. 35.3 TRLCSP, y tratándose de un servicio esencial que afecta a la salubridad pública, disponer la continuación de los efectos del contrato actualmente suscrito y bajo sus mismas cláusulas, acordando la continuidad del contrato por parte de la mercantil CESPA, S.A., actual adjudicataria, hasta la nueva adjudicación del mismo previa licitación pública.

Tercero.- Ordenar el inicio de las actuaciones preparatorias del nuevo contrato, con elaboración de los pliegos técnicos que incorporen análisis de necesidades y dimensionamiento del servicio, estudio económico de costes del servicio y fórmulas de revisión de precio si procedieran.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a las partes interesadas, con plazo para recurso contencioso-administrativo y potestativo de reposición.

Y para que así conste y surta efectos donde proceda, con la reserva del artículo 206 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, expido la presente en San Sebastián de los Reyes, a veintidós de febrero de dos mil diecisiete.

