



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero
Sr. Velasco Rodríguez, Consejero
Sr. Nalda García, Consejero y
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 10 de octubre de 2013, ha examinado el *procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de xxxxx de 12 de julio de 2013*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 12 de septiembre de 2013 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de revisión de oficio iniciado por el Ayuntamiento de xxxxx del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 12 de julio de 2013 por el que se adjudicó el contrato de servicio público de gestión integral de las instalaciones de alumbrado público exterior y edificios municipales a la empresa qqqqq, S.L.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 13 de septiembre de 2013, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 701/2013, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- El Ayuntamiento de xxxxx, en sesión ordinaria celebrada el 25 de mayo de 2013, acuerda iniciar y aprobar el expediente de contratación mediante procedimiento abierto para la gestión del contrato de servicio público de gestión integral de las instalaciones de alumbrado público exterior y edificios municipales, autorizar el gasto y aprobar el pliego de cláusulas administrativas



particulares (en adelante PCAP) que registró el procedimiento de contratación. Se sigue el procedimiento de tramitación urgente.

En el expediente constan el PCAP, el pliego de condiciones técnicas (en adelante PCT) y la publicación del anuncio de licitación en el Boletín Oficial de la Provincia el 6 de junio de 2013.

Segundo.- El Ayuntamiento, en sesión extraordinaria celebrada el 12 de julio, acuerda la adjudicación del contrato de servicio público de gestión integral de las instalaciones de alumbrado público exterior y edificios municipales a la empresa qqqq, S.L., por importe de 379.339,20 euros.

Tercero.- El 26 de julio la secretaria del Ayuntamiento emite informe-propuesta de resolución para iniciar el procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 12 de julio de 2013, ya que podría estar incurso en causa de nulidad de pleno derecho, al no haberse cumplido los criterios de publicidad que exige el artículo 37.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), a la vista del objeto del contrato cuya adjudicación se acuerda en el citado acto.

Cuarto.- El 31 de julio el Alcalde-Presidente acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 12 de julio de 2013, por el que se adjudicó el contrato de servicio público de gestión integral de las instalaciones de alumbrado público exterior y edificios municipales a la empresa qqqq, S.L.

Quinto.- El 16 de agosto se acuerda la suspensión del plazo para resolver el procedimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y se concede al interesado un plazo de diez días para formular alegaciones, lo que se le notifica el 26 de agosto. El interesado no presenta alegaciones.

Sexto.- El 9 de septiembre de 2013 se emite informe-propuesta de resolución para declarar nulo de pleno derecho el acto administrativo por el que se adjudica el contrato de servicio público de gestión integral de las



instalaciones de alumbrado público exterior y edificios municipales en xxxxx, lo que se notifica al interesado.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 2º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en apartado tercero 2.e) del Acuerdo de de 31 de mayo de 2012, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

Además, la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo resulta justificada, con toda claridad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Del referido artículo se deduce que dicho dictamen es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, ya que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiera sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

2ª.- La competencia para resolver el procedimiento de revisión de oficio corresponde al Pleno del Ayuntamiento de xxxxx de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el artículo 22.2.j) de dicha Ley, al ser el órgano supremo de la Corporación, "pues en definitiva, significa la instancia revisora en el ejercicio de una acción administrativa, con matices próximos a la acción judicial", y el ejercicio de las acciones administrativas y judiciales está atribuida al Pleno del Ayuntamiento por el citado artículo 22 de la Ley 7/1985 (Dictamen del Consejo de Estado 1.420/1993, de 2 de diciembre).



Esto mismo es exigido por la jurisprudencia, que mantiene que “el acuerdo resolutorio deberá ser, al menos por su trascendencia, adoptado por el Pleno Corporativo” (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1985 y 2 de febrero de 1987, entre otras).

3ª.- Para dar curso al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- Que se encuentren en uno de los supuestos enumerados en el artículo 62.1, o que, al amparo de la última letra del citado precepto, estén expresamente previstos en una ley.

- Que pongan fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, si bien este último es un requisito que sólo jugará cuando se inicie la revisión a instancia del interesado y no cuando el procedimiento sea instado de oficio por la propia Administración autora del acto.

- Que la solicitud de revisión de oficio se inste por persona interesada o de oficio por la propia Administración.

4ª.- A la vista de lo expuesto, procede analizar si concurren los requisitos necesarios para proceder a la revisión de oficio del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 12 de julio de 2013, por el que se adjudicó el contrato de servicio público de gestión integral de las instalaciones de alumbrado público exterior y edificios municipales a la empresa qqqqq, S.L.

El motivo por el que se inicia la revisión de oficio del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 12 de julio de 2013, por el que se adjudicó el contrato de servicio público de gestión integral de las instalaciones de alumbrado público exterior y edificios municipales a la empresa qqqqq, S.L., es el de no haberse cumplido los requisitos de publicidad del contrato.

Tal y como dispone el artículo 37.1 a) del TRLCSP, “1. Los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13 a 17, ambos inclusive, de esta Ley así como los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros serán nulos en los siguientes casos:



»a) 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 artículo 142”.

El artículo 142 del TRLCSP establece:

“1. 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’. No obstante, cuando se trate de contratos de las Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas, se podrá sustituir la publicidad en el ‘Boletín Oficial del Estado’ por la que se realice en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales.

»Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el ‘Diario Oficial de la Unión Europea’, sin que en este caso la publicidad efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales pueda sustituir a la que debe hacerse en el ‘Boletín Oficial del Estado”.

La cláusula segunda del PCAP se refiere a la naturaleza del contrato, el cual tiene naturaleza administrativa y para el que rige la regulación aplicable al contrato mixto de suministros y servicios. El artículo 12 del TRLCSP señala que “Cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico”.

El artículo 115.2 del TRLCSP dispone: “En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos”.



En este caso la prestación de mayor importancia, desde el punto de vista económico, es la referente al suministro eléctrico. El contrato se adjudica por importe de 379.339,20 euros. Tal y como dispone el artículo 15.1 b) del TRLCSP "1. Están sujetos a regulación armonizada los contratos de suministro cuyo valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades:

»b) 200.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro distintos, por razón del sujeto contratante o por razón de su objeto, de los contemplados en la letra anterior".

Por lo tanto se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada, cuya licitación tenía que haberse publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE) y en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE).

La falta de publicidad en el DOUE, al tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada, constituye un supuesto especial de nulidad contractual, tal y como recoge el artículo 37.1 a) del TRLCSP. Para que proceda declarar la nulidad de pleno derecho es preciso que la falta de publicidad se configure como un supuesto absolutamente necesario en el procedimiento de licitación del contrato, lo que lleva a la remisión al artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el cual señala, en su apartado 1.e), que son nulos de pleno derecho los actos "dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido".

Esta causa de nulidad adquiere una especial importancia en una materia como es la contratación pública, en la que la adjudicación del contrato está sometida a un procedimiento complejo que se compone de diversas fases. Así, puede diferenciarse una primera fase de preparación del contrato, con la elaboración y aprobación de los diferentes documentos que integran el expediente de contratación, la posterior selección del contratista y adjudicación del contrato y por último su formalización.

El procedimiento contractual debe respetar los principios que sirven de fundamento de la normativa sobre contratos públicos, como son los de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.



Debe tenerse en cuenta, en el mismo sentido, la indisponibilidad de las normas rectoras de la contratación pública, que aparecen vinculadas a la satisfacción del interés general y que operan como garantía de los principios básicos de no discriminación, publicidad, libre concurrencia y transparencia.

En el supuesto objeto de dictamen, a la vista de la documentación obrante en el expediente, se ha producido una falta de publicidad en el DOUE de un contrato sujeto a regulación armonizada.

Esta es la causa que figura en el expediente como determinante de la nulidad de pleno derecho del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 12 de julio de 2013, por el que se adjudicó el contrato de servicio público de gestión integral de las instalaciones de alumbrado público exterior y edificios municipales a la empresa qqqq, S.L., al no haberse publicado el procedimiento de licitación en el DOUE.

Llegados a este punto procede analizarse si la falta de publicidad o una publicidad inadecuada es causa de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad.

La nulidad absoluta o de pleno derecho determina, con carácter general, que el acto o el contrato que afecta tiene un defecto que no lo hace apto para producir ningún tipo de consecuencias jurídicas. Además, este tipo de invalidez se puede apreciar sin necesidad de que sea ejercida ninguna acción por parte de los interesados, de manera que la Administración, consciente de la ilegalidad de un acto dictado por ella misma, puede revocarlo, y es imprescriptible. En cambio, la anulabilidad supone la existencia de un acto o de un contrato eficaz aunque sometido al posible ejercicio de la acción de anulabilidad que invalidará el contrato a partir de su declaración.

Con carácter general, puede considerarse que para que concurra esta causa de nulidad de pleno derecho es suficiente que se hayan omitido la mayor parte de los actos del procedimiento o aquéllos que se puedan considerar esenciales, aunque no siempre la omisión de trámites esenciales da lugar a la nulidad. El resto de infracciones, según se establece en el artículo 63 de la Ley 30/1992, da lugar a la anulabilidad cuando el acto no tenga los requisitos formales indispensables para conseguir su fin o produzca indefensión a los interesados.



El Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de febrero de 2010, ha declarado que “no todos los vicios o infracciones cometidos en la tramitación de un procedimiento administrativo tienen entidad jurídica suficiente para amparar una pretensión anulatoria por causa formal, dado que sólo los defectos muy graves que impiden al acto final alcanzar su finalidad o que produzcan indefensión de los interesados podrán determinar la anulabilidad constituyendo esta una doctrina jurisprudencial que ha ido reduciendo progresivamente los vicios de forma determinantes de invalidez para limitarlos a aquéllos que suponen una disminución, real y trascendental de garantías (...)”.

Si se aplican estos criterios al trámite de publicidad, puede concluirse que, si bien la omisión de este trámite no implica que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, sí que puede considerarse que se trata de un trámite esencial. En el ámbito comunitario, la importancia de la publicidad se pone de manifiesto especialmente en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, cuya exposición de motivos (apartado 36), señala que “el desarrollo de una competencia efectiva en el ámbito de los contratos públicos necesita una publicidad comunitaria de los anuncios de licitación establecidos por los poderes adjudicadores de los estados miembros. La información que contienen los anuncios tiene que permitir a los operadores económicos de la Comunidad evaluar si les interesan los contratos propuestos. Con esta finalidad, se tiene que dar una información suficiente del objeto del contrato y sus condiciones (...)”.

Sobre la relevancia de la publicidad en el procedimiento de contratación también se ha pronunciado el TJUE en diversas sentencias en las cuales se ha destacado que los criterios y los requisitos de los contratos tienen que ser objeto de una publicidad adecuada, para garantizar la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, con la finalidad de abrir estos contratos a una competencia efectiva entre empresarios de los estados miembros. Por si eso no fuera suficiente, debe recordarse que la publicidad no es sólo relevante para determinados contratos, como son los regulados en las directivas, sino que es uno de los principios que, con carácter general, informan la contratación pública.



Como ya se ha señalado a lo largo de este dictamen, el artículo 37.1 a) del TRLCSP recoge como supuesto especial de nulidad contractual la falta de publicación previa del anuncio de licitación en el DOUE en aquellos supuestos en que sea preceptiva, como es el presente caso, al tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada, y cuando no concorra ninguna de las circunstancias mencionadas en el artículo 37.2 del TRLCSP, según el cual: "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no procederá la declaración de nulidad a que se refiere este artículo en el supuesto de la letra a) del apartado anterior si concurren conjuntamente las tres circunstancias siguientes:

»a) Que de conformidad con el criterio del órgano de contratación el contrato esté incluido en alguno de los supuestos de exención de publicación del anuncio de licitación en el «Diario Oficial de la Unión Europea» previstos en esta Ley.

»b) Que el órgano de contratación publique en el «Diario Oficial de la Unión Europea» un anuncio de transparencia previa voluntaria en el que se manifieste su intención de celebrar el contrato y que contenga los siguientes extremos:

»– Identificación del órgano de contratación.

»– Descripción de la finalidad del contrato.

»– Justificación de la decisión de adjudicar el contrato sin el requisito de publicación del artículo 142.

»– Identificación del adjudicatario del contrato.

»– Cualquier otra información que el órgano de contratación considere relevante.

»c) Que el contrato no se haya perfeccionado hasta transcurridos diez días hábiles a contar desde el siguiente al de publicación del anuncio".

Por lo tanto, fuera de este caso, la publicidad de las licitaciones es un requisito esencial y su incumplimiento comporta, con carácter general, la nulidad del contrato.



Por ello, procede que se declare la nulidad del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de xxxxx de 12 de julio de 2013, por el que se adjudicó el contrato de servicio público de gestión integral de las instalaciones de alumbrado público exterior y edificios municipales a la empresa Electricidad, Calefacción y Gas Pía 2000, S.L., al darse el supuesto especial de nulidad contractual del artículo 37.1 a) del TRLCSP, con fundamento también el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (precepto al que se remite el artículo 32 a) del TRLCSP), al resultar ser un acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

5ª.- Respecto a los efectos de la declaración de nulidad, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 35 del TRLCSP, según el cual:

“1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

»2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias.

»3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio”.

En este caso no se había formalizado la adjudicación del contrato, por lo que no cabe hablar de liquidación, ni de parte culpable que, en su caso, sería la Administración, pues ella -no la empresa- es la responsable de haber procedido inadecuadamente en la contratación, al no haber publicado el anuncio del contrato en el DOUE, por lo que fácilmente se deduce que el contratista no es responsable de las irregularidades administrativas cometidas por el Ayuntamiento.



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede que se declare la nulidad de pleno derecho del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 12 de julio de 2013, por el que se adjudicó el contrato de servicio público de gestión integral de las instalaciones de alumbrado público exterior y edificios municipales a la empresa qqqqq, S.L.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.