



Roj: **STSJ PV 219/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:219**

Id Cendoj: **48020330012016100022**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **20/01/2016**

Nº de Recurso: **585/2014**

Nº de Resolución: **7/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JUAN ALBERTO FERNANDEZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 585/2014**

**ORDINARIO**

**SENTENCIA NUMERO 7/2016**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

DÑA. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a veinte de enero de dos mil dieciséis.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 585/2014 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución 78/2014 de 7 de agosto, dictada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en el recurso especial interpuesto por Racyoil Energy S.L. contra el acuerdo de adjudicación del servicio de recogida selectiva de aceite vegetal usado en la Ciudad de Vitoria, y en la cuestión de nulidad planteada por Ekogras Gasteiz S.L. en relación al procedimiento de contratación con dicho objeto.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : EKO GASTEIZ S.L., representada por el Procurador Don GERMÁN APALATEGUI CARASA y dirigida por la Letrada Doña ENMA RIOJA ITURRITZA.

- **DEMANDADA** : EL AYUNTAMIENTO DE VITORIA, representado por el Procurador Don GERMÁN ORS SIMÓN y dirigido por el Letrado Don PEDRO JOSÉ GOTI GONZÁLEZ.

-**OTRA DEMANDADA**: EKOGRAS GASTEIZ, S.L., KERABI GESTIÓN MEDIOAMBIENTAL, S.L. Y ECOGRAS RECUPERACIÓN Y RECICLADO S.L, representadas por el Procurador Don RAFAEL EGUIDAZU BUERBA y dirigidas por el Letrado Don IÑIGO LIZARI ILLARRAMENDI.

-**OTRA DEMANDADA**: RECYOIL ENERGY, S.L. representada por el Procurador Don JOSÉ ANTONIO HERNÁNDEZ URIBARRI y dirigida por el Letrado Don TEÓFILO GONZÁLEZ MARTÍN.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.



## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El día 25 de septiembre de 2014 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Don GERMÁN APALATEGUI CARASA actuando en nombre y representación de EKO GASTEIZ, S.L., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 78/2014 de 7 de agosto, dictada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en el recurso especial interpuesto por Racyoil Energy S.L. contra el acuerdo de adjudicación del servicio de recogida selectiva de aceite vegetal usado en la Ciudad de Vitoria, y en la cuestión de nulidad planteada por Ekogras Gasteiz S.L. en relación al procedimiento de contratación con dicho objeto; quedando registrado dicho recurso con el número 585/2014.

**SEGUNDO.-** En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados y que damos por reproducidos.

**TERCERO .-** En los escritos de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que

**CUARTO.-** Por Decreto de 15 de septiembre de 2015 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

**QUINTO .-** El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el resultado que obra en autos.

**SEXTO .-** En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

**SÉPTIMO.-** Por resolución de fecha 11 de enero de 2016 se señaló el pasado día 14 de enero de 2016 para la votación y fallo del presente recurso.

**OCTAVO.-** En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso contencioso-administrativo se ha presentado contra la Resolución 78/2014 de 7 de agosto, dictada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en el recurso especial interpuesto por Racyoil Energy S.L. contra el acuerdo de adjudicación del servicio de recogida selectiva de aceite vegetal usado en la Ciudad de Vitoria, y en la cuestión de nulidad planteada por Ekogras Gasteiz S.L. en relación al procedimiento de contratación con dicho objeto.

La resolución recurrida declaró la nulidad del mencionado contrato por concurrir la causa prevista por el artículo 37. 1 a) del TRLCSP.

La Resolución 61/2014 de 11 de Junio dictada por el mismo Órgano Administrativo en el recurso especial que había presentado Ekoa Gasteiz S.L. contra el acuerdo de adjudicación del antedicho contrato, consideró que su valor estimado superaba los 207.000 euros y que al tener por objeto un servicio incluido en la categoría 16 del Anexo II debía ser calificado como contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, en contra de la calificación establecida por el Pliego de cláusulas administrativas particulares.

**SEGUNDO.-** El recurso contencioso administrativo se funda en los siguientes motivos:

1.- La falta de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea que ha motivado la declaración de nulidad del procedimiento de contratación, es consecuencia de que el Pliego de cláusulas administrativas, consentido por los licitadores, había calificado el contrato de servicios "como no sujeto a regulación armonizada".

2.- La omisión de la mencionada publicación no ha causado perjuicio a los licitadores, que no impugnaron oportunamente la calificación del contrato ni denunciaron la falta de publicación del anuncio de licitación en el D.O. de la U.E., lo que determina su vinculación a esos actos y su falta de legitimación.

**TERCERO.-** El primer motivo del recurso contencioso debe ser desestimado por las razones expuestas por los demandados.

En efecto, la Resolución 61/2014 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales sentó como premisa de la admisión del recurso que había interpuesto Eko Gasteiz S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato a favor de Ekogras Gasteiz S.L., Ekogras Recuperación y Reciclado S.L y , Kerabi Gestión Medio Ambiental S.L. la calificación del contrato como sujeto a regulación armonizada, si bien por razones de congruencia o vinculación a los motivos en que se había fundado aquel recurso no declaró la nulidad del procedimiento de contratación (artículo 47-2 del TRLCSP).

La calificación del contrato como sujeto a regulación armonizada, no puede tomarse en consideración a los efectos favorables a Eko Gasteiz S.L. y despreciarse a los efectos perjudiciales para ese licitador, sino



que por razones de congruencia con sus propios actos y de igualdad y seguridad jurídica para todos los interesados, han de aceptarse todas las consecuencias, así las favorables como las adversas, derivadas de aquella calificación.

Así, el hecho de que los licitadores (codemandados) no hubiesen interpuesto recurso contra el Pliego de cláusulas particulares en punto a la calificación del contrato carece de relevancia, ya que esa determinación del Pliego fue corregida por el órgano de revisión competente a instancia de un interesado. Y producido ese pronunciamiento, *condictio sine qua non* de la admisión del recurso especial que había interpuesto Eko Gasteiz S.L. (artículos 13, 16 y 40 del TRLCSP) no pueden eludirse sus efectos en cuanto a los requisitos de publicidad de la contratación, como si el Pliego -ley del procedimiento de contratación- pudiera decir una cosa para un licitador y otra distinta para los demás.

**CUARTO.-** El segundo motivo del recurso contencioso suscita la cuestión de la legitimación de los licitadores que promovieron la acción de nulidad del artículo 39 del TLCSP, dado que la omisión del requisito de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea (artículo 142 del mismo texto refundido) no ha sido obstáculo a la participación de aquellos licitadores en el procedimiento de contratación con todas las garantías inherentes a los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y seguridad jurídica.

Pues bien, los licitadores no están legitimados para recurrir o ejercer la acción de nulidad en razón exclusivamente a esa condición y, por lo tanto, al margen de los efectos que el acto o infracción de que se trate haya producido en la esfera de sus derechos o intereses.

El artículo 39 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público dispone:

"2. Podrá plantear la cuestión de nulidad, en tales casos, toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por los supuestos de nulidad del artículo 37. El órgano competente, sin embargo, podrá inadmitirla cuando el interesado hubiera interpuesto recurso especial regulado en los artículos 40 y siguientes sobre el mismo acto habiendo respetado el órgano de contratación la suspensión del acto impugnado y la resolución dictada".

El supuesto que ha determinado la declaración de nulidad del procedimiento de contratación es el del artículo 37.1 a) del mismo texto refundido:

"Los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13 a 17 de dicha norma, así como los contratos comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 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".

Está claro que el incumplimiento de esa norma no ha causado perjuicio a los licitadores que interpusieron o manifestaron su conformidad con la acción de nulidad estimada por el acuerdo recurrido en este procedimiento, con lo cual no puede ser reconocida su legitimación a esos efectos.

Nótese una diferencia entre la regulación del requisito de legitimación, restringida a los afectados por el vicio o infracción en que se funde la cuestión de nulidad o a los afectados por el acto o actuación que puede ser objeto del recurso especial, de conformidad con los artículos 39 y 42 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, y la regulación de ese mismo requisito en el artículo 37-3 de la Ley 30/2007: "El recurso podrá interponerse por las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso y, en todo caso, por los licitadores".

**QUINTO.-** Los demandados deberán pagar por partes iguales las costas del procedimiento causadas al recurrente ( artículo 139-1 de la Ley Jurisdiccional ) .

## FALLAMOS

Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por EKO GASTEIZ, S.L. contra la Resolución 78/2014 de 7 de agosto, dictada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en el recurso especial interpuesto por Racyoil Energy S.L. contra el acuerdo de adjudicación del servicio de recogida selectiva de aceite vegetal usado en la Ciudad de Vitoria, y en la cuestión de nulidad planteada por Ekogras Gasteiz S.L. en relación al procedimiento de contratación con dicho objeto debemos anular y anulamos el acto recurrido y, por consiguiente, declaramos la validez del procedimiento de contratación anulado por ese acto.



Los demandados pagarán por partes iguales las costas causadas al recurrente.

Esta sentencia es **FIRME** y NO cabe contra ella RECURSO ordinario alguno, sin perjuicio de lo cual, las partes podrán interponer los que estimen pertinentes. Conforme dispone artículo 104 de la LJCA , en el plazo de DIEZ DÍAS, remítase oficio a la Administración demandada, al que se acompañará el expediente administrativo y testimonio de esta sentencia, a fin de que la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo. Hágase saber a la Administración que en el plazo de DIEZ DÍAS deberá acusar recibo de dicha documentación e indicar el órgano responsable del cumplimiento del fallo.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 20 de enero de 2016.

FONDO DOCUMENTAL CENDUJ