



Roj: **STSJ NA 513/2016 - ECLI: ES:TSJNA:2016:513**

Id Cendoj: **31201330012016100181**

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

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **02/06/2016**

Nº de Recurso: **148/2015**

Nº de Resolución: **266/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **RAQUEL HERMELA REYES MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 000266/2016

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE,

D. ANTONIO RUBIO PEREZ

MAGISTRADOS,

D^a. RAQUEL HERMELA REYES MARTINEZ

D^a. M^a DE LAS MERCEDES MARTÍN OLIVERA

En Pamplona a dos de junio de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, constituida por los Ilustrísimos Señores Magistrados expresados, **ha visto los autos del recurso contencioso-administrativo nº 148/2015** interpuesto contra el Acuerdo Nº 14/2015, de 23 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por el que se estima la reclamación presentada por la mercantil Limpiezas Artaza S.L. contra la resolución 2/2015, de 12 enero, del Alcalde del Ayuntamiento de Orkoien por la que se declara valido el procedimiento tramitado y se adjudica al contrato de limpieza de los centros escolares municipales de Orkoien (Colegio Público San Miguel y Colegio Público Auzalar) a la empresa Ausolan Jangarria S.L.U. Siendo parte **demandante el Ayuntamiento de Orkoien**, representado por el Procurador de los Tribunales D. Ricardo Beltrán García y defendido por la Letrada D^a. María Lourdes Etxeberria Zudaire.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso contencioso-administrativo y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando que se dictase sentencia por la que se declare que el Acuerdo recurrido es contrario a Derecho, con imposición de costas a la contraparte si se opusiere a la presente demanda.

SEGUNDO .- No compareció la parte demandada.

TERCERO .- Por auto que consta en el procedimiento se acordó el recibimiento a prueba del recurso, con el resultado obrante en autos.

CUARTO .- Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera así se verificó, como obra en autos, teniendo lugar el día 02-06-2016.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada **D^a. RAQUEL HERMELA REYES MARTINEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Resolución recurrida, alegaciones y pretensiones de las partes.

A través de este recurso contencioso-administrativo se impugna el Acuerdo N° 14/2015, de 23 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por el que se estima la reclamación presentada por la mercantil Limpiezas Artaza S.L. contra la resolución 2/2015, de 12 enero, del Alcalde del Ayuntamiento de Orkoien por la que se declara valido el procedimiento tramitado y se adjudica al contrato de limpieza de los centros escolares municipales de Orkoien (Colegio Público San Miguel y Colegio Público Auzalar) a la empresa Ausolan Jangarria S.L.U.

La parte actora alega, en síntesis, los siguientes motivos de impugnación:

1º.- No concurre causa de nulidad radical del Acuerdo del Ayuntamiento y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra no está facultado para resolver esta cuestión de oficio. Se publicó el anuncio en el portal de contratación de Navarra. Por tanto, se trataría de incumpliendo parcial del requisito de publicidad, no hay una ausencia absoluta de publicidad que fuera posible causa de nulidad radical, máxime cuando no consta ningún perjudicado por dicho proceder. No comparece ni recurre ninguna empresa que haya visto frustradas sus expectativas de concurrir al procedimiento de licitación por no haberlo conocido, así como sus condiciones. No habiendo sido alegada por la recurrente la ineficacia del contrato, el Tribunal Administrativo no estaba legitimado para declarar de oficio la existencia de motivos de nulidad radical, en todo caso existiría causa de anulabilidad, sólo apreciable a instancia de parte.

2º.- En cuanto al fondo del asunto, la Mesa de Contratación se ha limitado a distribuir los puntos atribuidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas, Pliego que no fue recurrido por ninguna de las empresas que participaron en la contratación. Ha aplicado el principio de discrecionalidad técnica de la Administración en su actuación valorativa. En el acta de calificación de 30 de diciembre de 2014, en relación al apartado 1.a), la recurrente obtiene más puntos que la finalmente adjudicataria y en el supuesto de que la primera hubiera obtenido todos los puntos asignados en este apartado (5), tampoco hubiera superado a la segunda en la puntuación total.

SEGUNDO.- Sobre la determinación de los hechos relevantes para enjuiciar el recurso contencioso-administrativo.

En primer término, procede fijar los hechos relevantes para enjuiciar el presente recurso contencioso-administrativo:

1º.- El día 26 de noviembre de 2014 el Pleno del Ayuntamiento de Orkoien aprobó el expediente para la adjudicación del contrato de asistencia para la limpieza de los centros escolares municipales de Orkoien (Colegio Público San Miguel y Colegio Público Auzalar) por procedimiento abierto inferior al umbral comunitario, según indica su Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el 27 de noviembre de 2014 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación.

2º.- Una vez valoradas las ofertas de las empresas que concurrieron a la licitación por parte de la Mesa de Contratación, mediante resolución 2/2015, de 12 de enero, del Alcalde del Ayuntamiento de Orkoien se declara válido el procedimiento tramitado y se adjudica el contrato de limpieza de los centros escolares municipales de Orkoien a la empresa "AUSOLAN JANGARRIA, S.L.U."

3º.- Con fecha 24 de enero de 2015, "LIMPIEZAS ARTAZA, S.L.", interpone reclamación en materia de contratación pública y mediante acuerdo de 23 de febrero de 2015, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra estimó la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por "LIMPIEZAS ARTAZA, S.L." frente a resolución 2/2015, de 12 de enero, anulando la Resolución 2/2015, de 12 de enero, del Alcalde del Ayuntamiento de Orkoien por la que se declara válido el procedimiento tramitado y se adjudica el contrato de limpieza de los centros escolares municipales de Orkoien, y todo el procedimiento de licitación y declarando la imposibilidad de continuarlo válidamente; resolución es objeto del presente recurso contencioso administrativo.

4º.- El Ayuntamiento de Orkoien, por acuerdo del 27 de febrero de 2015, anuló la resolución de la Alcaldía 2/2015, de 12 enero, y en consecuencia anuló la adjudicación y todo el procedimiento de licitación el contrato para la limpieza de los colegios públicos de apoyo, declarando igualmente, la imposibilidad de continuarlo válidamente procediendo a la devolución de la fianza provisional presentada por la empresa "AUSOLAN JANGARRIA, S.L.U."

TERCERO .- Sobre la nulidad de pleno derecho del procedimiento de licitación.

Expuestas las posiciones de la parte demandante, toda vez que no ha comparecido ninguna de las empresas y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos, conforme al art. 21.3 de la LJCA no tiene la consideración



de parte demandada, debe analizarse si concurre o no causa de nulidad radical de la contratación por falta de anuncio de la licitación en el DOUE.

Antes de analizar esta cuestión, cabe destacar que el propio Ayuntamiento de Orkoien, por Acuerdo del 27 de febrero de 2015, anuló la resolución de la Alcaldía 2/2015, de 12 enero, y en consecuencia anuló la adjudicación y todo el procedimiento de licitación del contrato para la limpieza de los colegios públicos de apoyo, declarando igualmente, la imposibilidad de continuarlo válidamente, procediendo a la devolución de la fianza provisional presentada por la empresa "AUSOLAN JANGARRIA ,S.L.U. La anulación de todo el procedimiento de licitación conlleva la carencia sobrevenida de objeto al desaparecer del mundo jurídico el procedimiento de contratación controvertido. No obstante, en aras el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte recurrente, se dará debida respuesta a la demanda de la parte actora.

En la resolución recurrida el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra señala que es un hecho indubitado que la licitación no ha sido sometida a publicidad comunitaria (art. 83.1 a) LFCP), en este caso preceptiva por tener el contrato un valor estimado superior al umbral comunitario, según indica la cláusula 3 de su PCAP, y corresponder su código CPV a uno de los contratos contemplados en el Anexo II A de la LFCP. También recoge que el procedimiento de adjudicación del contrato tramitado por el Ayuntamiento es el correspondiente a los contratos de valor estimado inferior al umbral comunitario y que el plazo de presentación de ofertas establecido en el anuncio de licitación (20 días naturales) se ajusta a lo previsto en la LFCP para este procedimiento inferior al umbral, según el artículo 90 de la norma, pero no al establecido para los contratos de valor estimado superior al umbral comunitario (artículos 85 y siguientes de la misma Ley Foral), como es el que nos ocupa. Estas dos circunstancias no son negadas por el Ayuntamiento demandante.

Siendo esto así, es aplicable el art. 126.2.e) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio , de contratos públicos LFCP, que determina que es causa de nulidad de derecho administrativo de los contratos celebrados por la Administración la *"adjudicación de un contrato sin anuncio de licitación previo cuando éste sea preceptivo de acuerdo con las normas de la presente Ley Foral"*, y el art. 83.1 de la misma LF, en la redacción vigente en el momento de la licitación, dispone que: *"Deberá procederse a la publicación de un anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea, conforme al procedimiento y modelos oficiales establecidos por la Unión Europea, para la adjudicación de un contrato o la celebración de un acuerdo marco, cuando su valor estimado, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes:*

a) 207.000 euros respecto de los contratos de suministro y para los contratos de asistencia contemplados en el Anexo II A de esta Ley Foral" (entre ellos los contratos de limpieza de edificios).

Aunque el Ayuntamiento de Orkoien insiste en la demanda, igual que lo hizo en vía administrativa en que esta cuestión no ha sido planteada por las partes y no puede ser analizada de oficio por el Tribunal, el art. 213.2 de la LFCP prevé que: *"Si el tribunal advirtiera la existencia de nulidad de pleno derecho se pronunciará sobre la misma aun sin alegación por las partes previa puesta en conocimiento de esta circunstancia y otorgamiento de un plazo de alegaciones de tres días naturales a los interesados"*. En este caso, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por acuerdo 9/2015, de 16 de febrero, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra advirtió a las partes de posible existencia de nulidad de pleno derecho derivada de la omisión en la licitación de la preceptiva publicidad en el DOUE y les da traslado para alegaciones, cumpliendo el trámite previsto legalmente para evitar cualquier tipo de indefensión a las partes. Lo que no es posible es dejar de analizar la causa de nulidad de pleno derecho porque no haya sido alegada por los interesados, dada la previsión legal.

Respecto a los efectos de la falta de publicación en el DOUE del anuncio de licitación, no puede considerarse como una mera causa de anulabilidad, sino de nulidad de pleno derecho ex lege, por aplicación del referido art. 126.2 LFCP porque, como ya se ha dicho, el anuncio en el DOUE es preceptivo en este caso y además también se ha producido infracción en el establecimiento del plazo de presentación de ofertas, que es inferior al plazo mínimo establecido en la LFCP y en el Ordenamiento Comunitario para los contratos de valor estimado superior al umbral comunitario. La falta de publicidad comunitaria de una licitación es una irregularidad que supone una de las infracciones más graves del Derecho comunitario (STJUE de 11 de enero de 2005 -asunto C-26/03 , Stadt Halle) y tampoco puede considerarse que con la publicidad de la licitación en el Portal de Contratación de Navarra se cumple el requisito de publicidad porque el art. 83.3 de la LFCP establece que: *"En los supuestos previstos en el apartado 1, el anuncio se publicará, además en el Portal de Contratación de Navarra. El envío del anuncio al Diario Oficial de la Unión Europea deberá preceder a cualquier otra publicidad. Y en todo caso, esta última publicidad deberá indicar la fecha de aquel envío y no contener indicaciones distintas a las incluidas en el anuncio comunitario"* . Esto es, en el caso de contratos de valor estimado superior al umbral comunitario el anuncio de licitación que se debe enviar al DOUE es indisponible y su omisión produce la nulidad de la licitación, quedando todos los demás anuncios supeditados a éste.



Como se destaca en la resolución recurrida, en la exposición de motivos de la Ley Foral 13/2013 de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos se explica que: *"La adjudicación directa ilegal es, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la infracción más importante del Derecho comunitario en materia de contratación pública. A estos efectos, la Directiva 2007/66/CE considera como adjudicación directa ilegal (considerandos 14 y 15) toda adjudicación sin la previa publicación de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)"*, incluyendo en el art. 126 como causa de nulidad radical la falta de la publicidad preceptiva.

Por tanto, la falta de publicación de la contratación en el DOUE determina la nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento de contratación, siendo así conforme al Ordenamiento Jurídico la resolución recurrida, sin necesidad de analizar ya los motivos de impugnación en cuanto a los criterios de valoración.

CUARTO .- Costas Procesales.

En cuanto a las costas, conforme al art. 139. 1. de la LJCA *"En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho"*.

Dada la desestimación íntegra de la demanda y sin que se aprecie que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho, procede imponer las costas causadas a la parte demandante.

En nombre de Su Majestad El Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del Pueblo Español nos confiere la Constitución, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha adoptado el siguiente

FALLO

Que debemos Desestimar como desestimamos el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Ricardo Beltrán García, en nombre y representación del Ayuntamiento de Orkoien, contra el Acuerdo N° 14/2015, de 23 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por el que se estima la reclamación presentada por la mercantil Limpiezas Artaza S.L. contra la resolución 2/2015, de 12 enero, del Alcalde del Ayuntamiento de Orkoien por la que se declara valido el procedimiento tramitado y se adjudica al contrato de limpieza de los centros escolares municipales de Orkoien (Colegio Público San Miguel y Colegio Público Auzalar) a la empresa Ausolan Jangarria S.L.U., declarando la resolución recurrida conforme al Ordenamiento Jurídico. Todo ello, con imposición de las costas causadas al recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, y contra la que no cabe recurso alguno, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.