



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su reunión de 18 de julio de 2017, con la intervención de su Presidente, D. José María Gimeno Feliu, su Vocal suplente, D. Ignacio Salvo Tambo, y su Vocal D. Miguel Ángel Gil Condón, que actúa además como Secretario, adoptó el Acuerdo 80/2017, cuyo contenido literal es el siguiente:

«CN 001/2017

Acuerdo 80/2017, de 18 de julio de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve la cuestión de nulidad interpuesta por CLECE, S.A, frente al contrato denominado «Prestación de los servicios auxiliares necesarios para el desarrollo de las actividades culturales gestionadas por la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural, S.A.U.», promovido por la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural, S.A.U.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Resolución de 2 de febrero de 2017, del Vicepresidente de la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural, S.A.U, se inició el expediente de contratación relativo al procedimiento de adjudicación denominado «Prestación de los servicios auxiliares necesarios para el desarrollo de las actividades culturales gestionadas por la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural, S.A.U. (expediente 7/2016)», promovido por la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural, S.A.U (en adelante, ZARAGOZA CULTURAL). Se trata de un contrato de servicios licitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 935 897,60 euros, IVA excluido.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El 9 de febrero de 2017 se publicó, en el Perfil de contratante del Gobierno de Aragón y en la prensa local, anuncio de licitación del procedimiento de contratación, con fecha límite de presentación de proposiciones el 24 de febrero de 2017, a las 13:00 horas.

SEGUNDO.- A la licitación presentaron proposiciones dos empresas, SERMICRA MONTAJES EFÍMEROS SL (en adelante, SERMICRA) y PENNY WISE, S.L (en adelante, PENNY WISE).

Por Resolución de 8 de junio de 2017, del Vicepresidente de la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural, S.A.U, se adjudica el contrato a SERMICRA, publicándose dicha Resolución en el Perfil de contratante el 12 de junio de 2017.

TERCERO.- El 20 de junio de 2017 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, cuestión de nulidad ex artículo 37.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), interpuesta por D^a. Beatriz Suárez Pariente, en nombre y representación de CLECE S.A. (en adelante CLECE) contra el referido contrato.

El recurso alega, en síntesis, que se han incumplido las obligaciones de publicidad que establece la normativa comunitaria, pues se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada y, en consecuencia, resulta obligatoria la publicación del anuncio de licitación en el DOUE. Esta falta de publicidad ha impedido la personación de la recurrente en el proceso de licitación, por cuanto no ha tenido conocimiento de su convocatoria. Por ello, la adjudicación se ha producido contraviniendo la normativa de aplicación.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Por todo lo anterior, solicita que el Tribunal anule el contrato por entender que está incurso en causa de nulidad de pleno derecho contemplada en el artículo 37.1.a) TRLCSP, al no haberse publicado en el DOUE el anuncio de licitación.

CUARTO.- El 23 de junio de 2017 el Tribunal solicita a ZARAGOZA CULTURAL la remisión, en el plazo de siete días hábiles, del expediente y el informe al que hace referencia el artículo 39.5 TRLCSP, con remisión al 46.2 TRLCSP. La documentación requerida tiene entrada en el Tribunal el 4 de julio de 2017.

El informe a la cuestión de nulidad defiende, en síntesis, que el contrato de referencia no está sujeto a regulación armonizada, al no estar incluido conforme a la Ley estatal dentro de los contratos de servicios del Anexo II, categorías 1 a 16, y, por lo tanto, no resulta obligatoria la publicación del anuncio en el DOUE.

QUINTO.- Con fecha de 7 de julio de 2017, el Tribunal da traslado de la cuestión de nulidad al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 39.5 TRLCSP, con remisión al artículo 46.3 TRLCSP, concediéndoles un plazo de siete días hábiles para formular alegaciones.

SEXTO.- El 17 de julio de 2017, D. Miguel José Mata Campo, en representación de SERMICRA, presenta ante este Tribunal escrito en el que alega que SERMICRA no ha intervenido de ninguna manera en el proceso de preparación de la licitación, por lo que las causas de nulidad, si así se reconocieran, son únicamente imputables al órgano de contratación. Añade que, en caso de estimarse la cuestión de nulidad, resultarán indemnizables todos los gastos generados hasta la fecha, más



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

el lucro cesante que exista hasta el momento de la notificación de la resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de CLECE para interponer cuestión de nulidad y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39.2 TRLCSP al tratarse de un potencial licitador en el procedimiento de adjudicación del contrato cuya nulidad reclama por falta de la preceptiva publicidad.

También queda acreditado, que dicha cuestión se ha interpuesto frente a un contrato susceptible de ser declarado nulo, en caso de concurrir los requisitos dispuestos en el artículo 37.1 a) del TRLCSP. La cuestión de nulidad se ha planteado en tiempo y forma de conformidad con el art. 39.3 a) del TRLCSP.

SEGUNDO.- La cuestión objeto del recurso exige analizar si el contrato está sujeto a regulación armonizada o no, y por tanto, si debió haberse publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea con el correspondiente plazo de presentación de proposiciones.

De acuerdo con el artículo 16 del TRLCSP, son contratos de servicios sujetos a una regulación armonizada los comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II. Por su parte el artículo 40.1.b) del TRLCSP, establece que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos recurribles de los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El 26 de febrero de 2014 se aprobó la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante Directiva de contratos). El plazo de transposición de la Directiva expiró el 18 de abril de 2016.

Dicha transposición no se ha llevado a cabo por el Reino de España con carácter global, si bien por diversas normas legales se ha introducido parte del contenido de dicha Directiva en el TRLCSP. Ahora bien, el hecho de que el Estado miembro no haya transpuesto el contenido de las Directivas, no impide su aplicación directa, si se dan los requisitos necesarios para ello fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En virtud de ello, los procedimientos de contratación sujetos a regulación armonizada, que se hubieran iniciado con posterioridad al 18 de abril de 2016 –entendiendo por tales conforme a la disposición transitoria primera, apartado 1, del TRLCSP, sensu contrario, aquellos procedimientos abiertos en que se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato, con posterioridad a dicha fecha y, en el caso de procedimientos negociados, se hubieran aprobado los pliegos igualmente con posterioridad a dicha fecha–, están sujetos al efecto directo de la Directiva de contratos.

A tal efecto ha de tenerse en cuenta los siguientes criterios interpretativos:

- La Recomendación de 15 de marzo de 2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (en adelante, JCCA), en



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública.

- Los criterios fijados sobre el efecto directo de las Directivas por los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, acordados en reunión de 1 de marzo de 2016.

Como consecuencia del efecto directo del artículo 2.9 de la Directiva de contratos, a partir del 18 de abril pasan a ser contratos sujetos a regulación armonizada, siempre que superen los umbrales establecidos por la propia Directiva y que a continuación se analizarán, los relativos a cualesquiera servicios y no solo los servicios de las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP, distintos de aquéllos susceptibles de ser objeto de un contrato de obras sujeto a regulación armonizada, siempre y cuando no estén expresamente excluidos por la Directiva de contratos de su ámbito objetivo de aplicación, en virtud de sus artículos 7 a 17; entendiéndose por todo ello desplazado el artículo 16.1 del TRLCSP por la Directiva de contratos. Así lo ha establecido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 926/2016, de 22 de noviembre, argumentación que es compartida por este Tribunal, sin perjuicio de los diferentes umbrales establecidos en Aragón.

En cuanto a los umbrales, tiene efecto directo la distinción que hace la Directiva de contratos en su artículo 4, letras b), c) y d), entre por una parte, los contratos públicos que tienen por objeto los denominados «servicios sociales y otros servicios específicos» que son los enumerados en su Anexo XIV de la Directiva, y por otra aquéllos contratos que tienen por objeto las demás prestaciones susceptibles de ser objeto de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Respecto de los contratos de servicios del Anexo XIV de la Directiva de contratos el umbral es de 750 000 euros, de acuerdo con la letra d) del citado artículo 4 de la Directiva.

Respecto de los demás contratos de servicios el umbral es de 135 000 euros o 209 000 euros, según el caso, de acuerdo con las letras b) y c) del artículo 4 de la Directiva de contratos respectivamente; coincidiendo así con los umbrales actualmente vigentes en el TRLCSP, por aplicación del Reglamento (UE) 2015/2342 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2015, por el que se modifica la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos.

Pues bien, aquí estamos en un servicio clasificado según las bases del procedimiento para la contratación, como «otros servicios» siendo el código CPV del contrato: 983900003, lo que se corresponde con la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP, no siendo ninguno de los servicios excluido de la Directiva 2014/24/UE. Tampoco es un servicio de los previstos en el Anexo XIV de la citada Directiva de contratos para los que se requiere, en relación con el artículo 4.d) de la misma, de un importe de 750 000 euros para ser considerados sujetos a regulación armonizada.

Por último, su valor estimado excede del umbral de 209 000 euros, y el anuncio de su convocatoria se produjo el 9 de febrero de 2017, por lo que se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada por efecto directo de la Directiva de contratos siendo de obligada aplicación las disposiciones de publicidad de la licitación en el «Diario Oficial de la Unión Europea».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

TERCERO.- Como ya hemos dicho el régimen jurídico del contrato objeto de recurso está determinado por las normas de efecto directo de la Directiva de contratos, en cuanto desplazan a las nacionales, y en todo lo demás por el TRLCSP, al haberse iniciado el procedimiento de licitación con posterioridad al 18 de abril de 2016.

En efecto, el hecho de que el Estado miembro no haya transpuesto el contenido de las Directivas, no impide su aplicación directa, si se dan los requisitos necesarios para ello fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Dichos requisitos son los siguientes:

- Que la disposición sea lo suficientemente clara y precisa.
- Que la disposición establezca una obligación que no esté sujeta a ninguna excepción ni condición. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado en diversas ocasiones que una disposición es incondicional cuando no otorga a los Estados miembros ningún margen de apreciación. El efecto directo no se predica de las Directivas en su conjunto, sino tan solo de aquellas disposiciones incluidas en ellas que cumplan los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia que se han citado.

Además ha de tenerse en cuenta la prohibición del efecto directo vertical descendente. El efecto directo de las Directivas de contratación pública es el denominado vertical ascendente, lo que significa que lo pueden invocar válidamente los particulares para hacer valer sus intereses frente a los Estados. Ahora bien, se excluye la posibilidad de que el efecto directo pueda ser horizontal, invocado entre particulares, o descendente, invocada por los poderes públicos en perjuicio de los particulares.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En este sentido, la jurisprudencia del TJUE entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinatario de la misma, por lo que es una norma que no puede crear por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse contra él; se trata de «evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión» (STJUE de 12 de diciembre 2013, Portgás, asunto C-425/12), debiendo considerarse a estos efectos los poderes adjudicadores como Estado.

A los efectos de determinar las normas con efecto directo de la Directiva de contratos, han de tenerse en cuenta, como dijimos en el fundamento anterior, tanto la Resolución de la JCCA de 15 de marzo, como los criterios fijados sobre el efecto directo de las Directivas por los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación en su reunión de 1 de marzo de 2016.

En este marco normativo de referencia no cabe sino aceptar la impugnación de la recurrente, pues como se explica en el fundamento jurídico anterior el contrato impugnado es un contrato armonizado cuya convocatoria de la licitación no ha ido precedida de la publicación en debida forma de los anuncios previstos en el artículo 142.1, 3 y 4 y 190 del TRLCSP, en consonancia con los artículos 49, 51 y 52.1 de la Directiva de contratos, como tampoco se ha respetado el plazo para presentación de proposiciones que prevé el artículo 159.1 del TRLCSP.

Por tanto, debemos anular la licitación por vulnerar la regulación prevista para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada, tanto en las normas de efecto directo de la Directiva de contratos como en el TRLCSP, constituyendo una causa de nulidad



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

específicamente prevista en el art. 37 1 a) del TRLCSP, a cuyo tenor son supuestos especiales de nulidad contractual:

«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 209.000 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. »

No consta en el expediente que se haya producido la formalización del contrato, en cuyo caso habría que declarar la nulidad del mismo y su liquidación con efecto inmediato, tal y como fijó este Tribunal en su Acuerdo 37/2014.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en los artículos 39.1 y 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar la cuestión de nulidad presentada por D^a. Beatriz Suárez Pariente, en nombre y representación de CLECE S.A, frente a la adjudicación del contrato denominado «Prestación de los servicios auxiliares necesarios para el desarrollo de las actividades culturales gestionadas por la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural, S.A.U»),



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

promovido por la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural, S.A.U. y anular la licitación y, en consecuencia, la adjudicación realizada.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- La Sociedad Municipal Zaragoza Cultural, S.A.U deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP».

Lo que a los efectos oportunos le notifico en su condición de interesado.

Zaragoza, a fecha de firma electrónica

María Saldaña Torres

*Secretario del Tribunal Administrativo
de Contratos Públicos de Aragón*

