

Assumpte: Informe en relació amb el procediment de contractació per l'adjudicació del contracte administratiu de serveis de gestió de la campanya de publicitat en TV per la promoció de la Marca Costa Daurada, exp 1 PTDT/CD/16.-CONT

INFORME DE SECRETARIA

De conformitat amb l'article 92 bis LBRL i els articles 8 a 13 del RD 1174/1987, de 18 de setembre, emeto el següent informe no preceptiu, en relació amb el contracte administratiu de serveis de gestió de la campanya de publicitat en TV per la promoció de la Marca Costa Daurada, exp 1 PTDT/CD/16.-CONT

Antecedents



Per Decret de Presidència, amb data 31/03/2016 i registrat amb el núm. 2-2016-68, es va aprovar l'expedient de contractació del contracte administratiu de serveis de la gestió de la campanya de publicitat en TV i en TV online a la carta per la promoció de la Costa Daurada, mitjançant procediment obert harmonitzat, per un import màxim de 330.000 € (IVA inclòs); aprovar el plec de clàusules administratives particulars i el Plec de prescripcions tècniques i iniciar els tràmits de licitació d'aquest contracte sotmès a regulació harmonitzada, per procediment obert, d'acord amb l'article 142 del TRLCP, amb publicitat al Perfil de Contractant de la Diputació, al Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE), al Butlletí Oficial de l'Estat (BOE) i al Butlletí Oficial de la Província (BOP).

En data 01/04/2016 es va trametre al DOUE l'anunci de licitació, que va ser publicat al DOUE núm. 117305-2016 de data 06/04/2016. En data 25 d'abril de 2016 es va publicar en el BOP número 78 l'anunci de la licitació del contracte, així com al perfil del contractant de la Diputació de Tarragona.

En data 15/04/16 es trametre l'anunci al BOE, mitjançant la plataforma electrònica BOE i es va procedir al pagament de la liquidació de la taxa per la publicació del BOE per import de 711,00 euros. Al no insertar-se el NRC obtingut a l'efectuar el pagament, el BOE ha donat per caducada la tramitació de la inserció i no ha publicat l'anunci, malgrat estar abonada la taxa. Aquesta caducitat es realitza sense cap comunicació al PTDT.

Consta a l'expedient de contractació que un total de 7 possibles licitadors s'han posat en contacte per correu electrònic a través de l'adreça que figurava al Plec per tal de sol·licitar informació del procediment d'adjudicació (Bumweb, Idealmedia, Proximiahavas, Parlemtv, Ikimedia, Tres60grupo i Pierrecomunica).

No consta que a la data d'emetre el present informe s'hagi presentat cap reclamació contra la tramitació de l'expedient administratiu de contractació promogut pel PTDT.

D'acord amb el decret de presidència, amb data 4 de maig de 2016 i amb registre núm. 2-2016-132, es va convocar pel 13 de maig de 2016 la Mesa de Contractació per tal de valorar les proposicions presentades.

L'objecte del present informe és la determinació dels efectes de la manca de publicació de l'anunci al BOE.

Fonaments de dret.

L'article 16 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (TRLCSP), disposa que el procediment de licitació d'un contracte de serveis està subjecte a regulació harmonitzada per raó de la seva quantia, en la mesura que l'import del pressupost de licitació és superior a l'import 209.000 euros, en concret el valor del contracte era de 300.000 euros (iva inclòs).

L'article 142 del TRLCSP regula la publicitat de la convocatòria de les licitacions. En aquest precepte es conté un règim especial pels contractes subjectes a regulació harmonitzada segons el qual la licitació d'aquests haurà de publicar-se addicionalment al DOUE, sense que en aquest cas la publicitat als diaris autonòmics o provincials pugui substituir a la publicitat al BOE. Diu el precepte esmentat que:

Artículo 142. Convocatoria de licitaciones.

1. Los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, ...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».

3. El envío del anuncio al «Diario Oficial de la Unión Europea» deberá preceder a cualquier otra publicidad. Los anuncios que se publiquen en otros diarios o boletines deberán indicar la fecha de aquel envío, de la que el órgano de contratación dejará prueba suficiente en el expediente, y no podrán contener indicaciones distintas a las incluidas en dicho anuncio.

4. Los anuncios de licitación se publicarán, asimismo, en el perfil de contratante del órgano de contratación. En los procedimientos negociados seguidos en los casos previstos en el artículo 177.2, esta publicidad podrá sustituir a la que debe efectuarse en el «Boletín Oficial del Estado» o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales.

L'article 32 del TRLCSP regula les causes de nul·litat de dret administratiu dels contractes. En concret l'apartat a) conte la causa de nul·litat a "Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre"

L'article 62 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, contempla els supòsits de nul·litat de ple dret dels actes administratius. Entre els supòsits contemplats hi figura la nul·litat de ple dret de: "e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento

legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.”

En conseqüència, per resoldre l'objecte del present informe caldrà determinar si la manca de publicació de l'anunci de licitació al BOE s'ajusta al supòsit de nul·litat absoluta per haver prescindit totalment i absoluta del procediment legalment establert.

La doctrina de les Juntes consultives i la pròpia jurisprudència del TS limiten l'aplicació de la nul·litat de ple dret a aquells casos en que s'ha omès totalment i absoluta el procediment legalment establert i en els que s'hagin omès els tràmits essencials.

En aquest sentit la Sentència del Tribunal Suprem de 7 de desembre de 2012 (recurs num 1966/2011) diu que:

“(...) Nuestra jurisprudencia ha señalado que para apreciar esta causa de nulidad de pleno derecho no basta con la infracción de alguno de los tramites del procedimiento, sino que es necesario la ausencia total de éste o de alguno de los tramites esenciales o fundamentales, de modo que el defecto sea de tal naturaleza que sea equiparable su ausencia a la del propio procedimiento, como ha entendido esta Sala en sentencias, entre otras, de 5 de mayo de 2008 (recurso de casación núm. 9900/2003) y de 9 de junio de 2011 (recurso de casación núm. 5481/2008)”.



En el mateix sentit s'ha manifestat el Consejo de Estado al Dictamen 704/2012, de 26 de setembre, quan diu que “...para que haya lugar a tal apreciación, se precisa que la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga indefensión o la concurrencia de anomalías en la tramitación que se caractericen por su especial gravedad”. En aquest mateix dictamen recorda la jurisprudència del Tribunal Suprem quan declara que per tal d'apreciar la concurrència d'aquesta causa de nul·litat “...es preciso que se haya prescindido total y absolutamente de los trámites del procedimiento, no bastando la omisión de algunos de estos trámites, y resulta necesario ponderar, en cada caso, las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de observarse el trámite omitido”.

La publicitat en la contractació administrativa constitueix un dels principis fonamentals de la contractació administrativa, doncs és una factor clar per tal d'assegurar la concurrència en els procediments de licitació. Aquesta rellevància es destaca al mateix article 1 del TRLCSP quan diu la contractació pública haurà d'ajustar-se a “los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”.

En supòsit analitzat el contracte estava subjecte a regulació harmonitzada i la publicitat exigible no va ser íntegrament respectada, doncs malgrat que l'anunci de licitació es va publicar al DOUE, en el BOP i al perfil de contractant, l'anunci no es va arribar a publicar al BOE, malgrat que va ser tramès i es va abonar la taxa corresponent.

Un supòsit idèntic a l'objecte del present informe va ser analitzat pel Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid al Dictamen 284/2013, de 17.07.13, en què va dir:

“...No obstante, apreciarse en este caso la omisión de un trámite del procedimiento, no podemos sin más concluir que la falta de publicación en el BOE lleve aparejada la

nulidad de la orden de adjudicación, pues conforme a la doctrina anteriormente expresada, debemos ponderar con cautela y prudencia el defecto invocado como causa de nulidad. Así resulta esencial, a nuestro juicio, examinar hasta que punto se ha cumplido en el presente expediente con la finalidad perseguida con la publicidad de la licitación.

Como hemos expresado anteriormente, en este caso la licitación ha recibido la publicidad de mayor ámbito exigible en nuestra legislación, cual es, la publicación en el DOUE, completada en este caso con la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y en el Portal de Contratación, porque lo que no puede decirse que, a pesar de haberse omitido la publicación en el BOE, el anuncio no haya tenido una amplia difusión en beneficio de cualquier licitador potencial. **La publicación en el diario comunitario constituye la publicidad superior y la mejor forma de hacer efectivos los principios comunitarios de libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, no discriminación e igualdad de trato, por lo que la falta de publicación en el BOE, si bien constituye una irregularidad, no tiene entidad suficiente para convertir el acto en nulo “por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.**

Refuerza el argumento que acabamos de exponer la regulación que el TRLCSP hace de la llamada “Cuestión de nulidad”, regulada en la Sección Segunda del capítulo V del título I del libro I, artículos 37, 38 y 39, y que responde a la necesidad de dar respuesta al expediente incoado a España tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 2008 y a la trasposición de la Directiva 2007/66/CEE.

Como expuso el Consejo de Estado en su Dictamen 499/2010, de 29 de abril, a propósito del Anteproyecto de lo que sería la Ley 34/2010, de 5 de agosto: «La Directiva 2007/66/CE contempla diversos supuestos de “ineficacia” de los contratos ya celebrados (artículo 2 quinquies de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE). El objetivo que se persigue con esta regulación -según indica el considerando- es que ante determinadas infracciones, que se consideran especialmente graves, “los derechos y las obligaciones de las partes del contrato dejen de ser de obligado cumplimiento y ejecución”, correspondiendo a las legislaciones nacionales la determinación de las consecuencias derivadas de dicha ineficacia»

De esta manera el artículo 37 del TRLCSP contempla como uno de esos supuestos especialmente graves que permiten formular la cuestión de nulidad el que «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». Nótese que nada dice el mencionado precepto en relación con la falta de publicación en los otros boletines que menciona el artículo 142, pero además la nulidad con la que se sanciona esa falta, que como hemos dicho se considera especialmente grave, no es la nulidad radical sino una figura próxima a la anulabilidad y así lo hizo notar el Consejo de Estado en el citado Dictamen 499/2010 al señalar lo siguiente: “la Directiva 2007/66/CE habla de “ineficacia” de los contratos en un sentido y con un alcance que no es el que predominantemente se atribuye a este término en el ordenamiento español; (...) La nulidad de pleno derecho, entendida como la máxima sanción que el ordenamiento preceptúa, opera ipso iure, tiene eficacia retroactiva y es definitiva (sin que quepa la convalidación). Por ello, no resulta correcta la afirmación de que los contratos definidos en el apartado 1 del artículo 37.1 de la Ley 30/2007 serán nulos de pleno derecho. Pues dicha categoría no se compadece bien con algunos de los aspectos del régimen jurídico diseñado a continuación y, especialmente, con la posibilidad de mantener los efectos del contrato (artículo 38) y con la introducción de unos plazos para interponer la cuestión de nulidad (artículo 39). Sería menos confuso decir que los contratos serán declarados nulos o serán nulos, de forma análoga a la modificación operada en la Ley 31/2007.

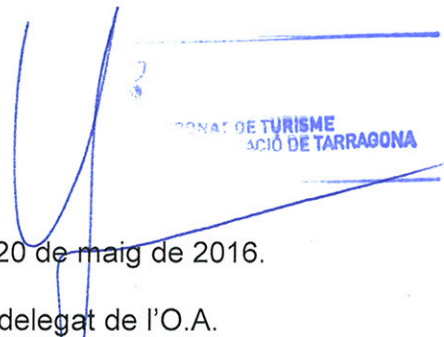
Por otro lado, en este expediente resulta evidente que el fin perseguido por la publicidad de la licitación ha quedado cumplido si se tiene en cuenta la amplia concurrencia, con 33 empresas participantes en el procedimiento de adjudicación, muchas de ellas de ámbito territorial distinto a la Comunidad de Madrid; la intervención en el procedimiento, mediante la presentación de un escrito de solicitud de rectificación de defectos apreciados en los Pliegos, por parte de la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines, asociación de ámbito nacional que aglutina a las empresas españolas dedicadas a la conservación e implantación de zonas verdes en España, y por último, no hay dato alguno, por ausencia de reclamaciones, que permita apreciar que el déficit de publicidad en el BOE haya afectado a algún licitador que pretendiera intervenir en el procedimiento, por lo que podemos concluir que la participación y concurrencia no han quedado resentidas en este caso."

A l'expedient de contractació consta que fins a 7 empreses diferents han contactat amb el PTDT per informar-se en relació amb el procediment de licitació, empreses totes elles nacionals, la qual cosa és una evidència que la manca de publicitat al BOE no ha afectat als licitadors, per la qual cosa la concurrència ha estat garantida en el present supòsit.

D'acord amb tot l'exposat formulo les següents

Conclusions.

1. La manca de publicitat al BOE de l'anunci de licitació del contracte objecte del present informe no ha constituït un defecte de suficient entitat com per considerar que s'ha perjudicat la concurrència i la participació en la licitació, atès que s'ha publicat l'anunci al DOUE, en el BOP i al perfil del contractant.
2. No concorre causa de nul·litat de l'article 62.1.e) de la Llei 30/1992, de 26 de novembre.


Tarragona, 20 de maig de 2016.

El secretari-delegat de l'O.A.
Patronat de Turisme de la Diputació de Tarragona
Manel Jardí Boquera

