



Informe 4/17, de 6 de noviembre de 2017. Efectos de la falta de publicación en BOE de un anuncio de licitación que se ha publicado en DOUE, Plataforma de Contratación del Sector Público y tras la apertura de los sobres A, B y C.(Mancomunidad del Sur)

Clasificación del Informe: 12. Expediente de contratación. Trámites. 13. Publicidad.

ANTECEDENTES

El Presidente de la Mancomunidad del Sur dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando que se emita informe en los siguientes términos:

“La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ostenta entre sus funciones la de informar sobre las distintas cuestiones que en materia de contratación administrativa se sometan a su consideración, conforme a lo dispuesto en el artículo 38.2 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (en adelante RGCPM), aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, y su ejercicio corresponde a la Comisión Permanente, según dispone el artículo 44 RGCPM.

Según el acuerdo adoptado por la Mesa de Contratación y la Asamblea de la Mancomunidad del Sur me dirijo a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando informe en sobre la naturaleza que ostenta la ausencia de publicación en el BOE de un contrato de concesión de servicios públicos sujeto a regulación armonizada que fue publicado en DOUE (03.08.2016), en plataforma de contratación del sector público (29.07.2016), que se detecta tras la apertura de los sobres A, B Y C, y la presentación de la documentación por el licitador que mayor puntuación obtuvo, en el que además tiene se han producido los siguientes hitos vinculados con el principio de publicidad :

- *El Reglamento del Servicio fue publicado en el BOCM (09.08.2016).*
- *El anuncio se envió 29 de julio de 2016 al DOUE y el plazo de presentación de ofertas finalizaba el 20 de septiembre de 2016, con lo que se supera ampliamente, llegando casi a duplicar el plazo mínimo exigido para garantizar una mayor concurrencia.*
- *En la licitación ha habido una mayor concurrencia que en la última licitación en gestión de residuos efectuada por la Mancomunidad del Sur, presentándose licitadores de todo el territorio nacional.*

En esta situación, así como otras circunstancias que afectan al respeto de la publicidad y la libre concurrencia por la Mancomunidad del Sur, han sido analizadas por la Secretaría General quien emitió informe empleando como base el Dictamen nº: 284/13 del CONSEJO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD DE MADRID por la similitud con el caso expuesto. Documento que se adjunta a la presente solicitud.

Ante las dudas suscitadas en la Mesa de Contratación y en la Asamblea de la Mancomunidad sobre la naturaleza del vicio cometido por la ausencia de publicación en el BOE y siendo esta cuestión de especial relevancia para la contratación pública en el territorio nacional, la Asamblea de la Mancomunidad acuerda por unanimidad de sus miembros, la petición a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado la emisión de Dictamen al respecto.

Por ello, se solicita el pronunciamiento de este órgano a la mayor brevedad posible, a los efectos de poder adjudicar el contrato con la menor demora.”



CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. La Mancomunidad del Sur, entidad local de la Comunidad de Madrid, se dirige a esta Junta Consultiva para consultar la naturaleza de la falta de publicación en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) de un contrato de concesión de servicios públicos sujeto a regulación armonizada que, en cambio, sí fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE), y en la Plataforma de Contratación del Sector Público; falta de publicación que se detecta tras la apertura de los sobres A, B y C, y la presentación de la documentación por el licitador que mayor puntuación obtuvo.

2. Como cuestión preliminar, es necesario señalar que la Mancomunidad del Sur parece confundir la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado con la Junta Consultiva de la Comunidad Autónoma de Madrid, dado que menciona en varias ocasiones la normativa autonómica que regula el régimen jurídico de ésta última. Al margen de esta inexactitud, en el antepenúltimo párrafo de su consulta deja claro que se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

3. En realidad lo que el consultante solicita a esta Junta Consultiva es determinar la naturaleza de la falta de publicación en el BOE de un contrato de concesión de servicios públicos sujeto a regulación armonizada aunque, por lógica, cabría pensar que lo que persigue realmente es conocer los efectos jurídicos que produce esa falta de publicación. Esto es así en la medida en que la naturaleza jurídica de la omisión consultada queda clara si acudimos al artículo 142, apartado 1, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, que establece lo siguiente:

“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».”

Del contenido de este artículo se deduce con meridiana claridad que en el caso de contratos sujetos a regulación armonizada la publicación en el DOUE es obligatoria y la publicación en el BOE también lo es, no pudiendo sustituirse por la que se realice en diarios oficiales autonómicos o provinciales. Por lo tanto, la falta de publicación en el BOE supone una vulneración de la norma contenida en el artículo 142 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. No cabe otra conclusión puesto que el legislador ha querido establecer una evidente cautela a la hora de exigir al órgano de contratación que dé publicidad a la licitación en el BOE en el caso de contratos sujetos a regulación armonizada, explicitando de forma patente la imposibilidad de sustituir tal publicidad por la de los boletines autonómicos o locales. Por tanto, queda claro que el legislador ha querido que en estos contratos se refuerce de manera especial la protección del principio de publicidad y de concurrencia, principios que deben considerarse vulnerados por la omisión del trámite cuestionado.

4. El propio consultante incluye una serie de argumentos que, a su juicio, minimizan los efectos de la falta de publicación en BOE, como son los siguientes:

- que el plazo entre la remisión del anuncio al DOUE y el plazo de presentación de ofertas superaba en casi el doble el mínimo exigido,
- que el Reglamento regulador del servicio se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas,
- que el número de participantes ha sido mayor que el de la anterior licitación de un contrato de gestión de residuos realizada por la Mancomunidad del Sur.



No obstante, ninguno de estos argumentos refutan realmente el hecho objetivo de que con la falta de publicación en BOE se ha vulnerado el artículo 142 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y dos de los principios básicos de la contratación pública. Por otro lado, es indiscutible que pueden existir potenciales licitadores que, por meras razones geográficas, por tamaño o capacidad de la empresa o por otras razones cualesquiera no recurran al DOUE o a la Plataforma de Contratación del Sector Público para conocer los anuncios de licitadores sino que únicamente acudan al BOE. En este caso, estos potenciales licitadores que decidan acudir a uno de los medios de publicación establecidos con carácter taxativo en la ley se encontrarían en una clara situación de desventaja y se verían privados de la posibilidad de acceder a las licitaciones, y ello con independencia de que otros licitadores sí lo hubieran hecho.

En consecuencia, queda patente la trascendencia de la falta de publicidad en el BOE siendo necesario, por tanto, adoptar las medidas necesarias para corregir esta situación.

5. A mayor abundamiento cabe indicar que en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público existe algún otro precepto que regula específicamente la falta de publicación en el DOUE de los contratos sujetos a regulación armonizada y le atribuye la consecuencia de la nulidad contractual. Así, el artículo 37.1 del texto legal señala:

“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.”

Aunque no encontramos en la normativa un artículo de contenido similar en relación con la falta de publicación en el BOE, los efectos de la omisión de la publicación en el BOE pueden considerarse equivalentes en los términos a que antes aludimos, constituyendo una infracción legal con efecto anulatorio de la licitación.

6. Por último, merece la pena resaltar la regulación de esta cuestión contenida en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, norma destinada a sustituir al vigente TRLCSP y que transpone las Directivas Comunitarias de contratación pública y, en particular las Directivas 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Así, en su versión publicada en el Boletín Oficial del Senado tras su aprobación en el Congreso de los Diputados, en relación con el anuncio de licitación, señala en su artículo 135, apartado 1:

“El anuncio de licitación para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los procedimientos negociados sin publicidad, se publicará en el perfil de contratante. En los contratos celebrados por la Administración General del Estado, o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones Públicas, el anuncio de licitación se publicará además en el «Boletín Oficial del Estado».

Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada la licitación deberá publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea», debiendo los poderes adjudicadores poder demostrar la fecha de envío del anuncio de licitación.

La Oficina de Publicaciones de la Unión Europea confirmará al poder adjudicador la recepción del anuncio y la publicación de la información enviada, indicando la fecha de dicha publicación. Esta confirmación constituirá prueba de la publicación.”

El contenido de este artículo impondrá cuando entre en vigor la obligación de publicar en el BOE únicamente en los contratos celebrados por la Administración General del Estado, o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de naturaleza de Administraciones Públicas, por lo que en el caso de las entidades locales (como en el supuesto objeto de consulta) no sería necesaria la publicación en el BOE. El legislador cambia de opinión y simplifica el sistema pero esto no altera el hecho de que la norma vigente es la contenida en el Texto Refundido de la Ley de



Contratos del Sector Público, por lo que la falta de publicación en BOE constituye una vulneración del artículo 142.1. El contenido de la Ley, mientras permanezca ésta en vigor, tiene una justificación y una razón de ser y no puede obviarse voluntaria o accidentalmente, prescindiendo de alguna de sus previsiones.

CONCLUSION:

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que:

De conformidad con la normativa actualmente vigente, la falta de publicación en el BOE supone la vulneración del contenido del artículo 142 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y de los principios de publicidad y concurrencia.