



Recurso nº 1319/2015 C.A. Galicia 183/2015

Resolución nº 119/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 12 de enero de 2016

VISTO el recurso interpuesto por D.^a E.T.M. en representación de la entidad “ASOCIACIÓN DE PEQUEÑAS EMPRESAS GALLEGAS” contra el anuncio de licitación y los pliegos rectores del contrato de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, con exclusión de papel, cartón, vidrio, enseres y voluminosos, llevada a cabo por parte del Excmo. Ayuntamiento de Silleda (Pontevedra), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha de 11 de diciembre de 2015, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra anuncio de la licitación por parte del Excmo. Ayuntamiento de Silleda de la licitación del contrato de gestión del servicio público de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, con exclusión de papel, cartón, vidrio, enseres y voluminosos.

Segundo. El plazo previsto de duración del contrato es de cuatro años, prorrogables por un período de dos años adicionales.

Tercero. El apartado V del Pliego de cláusulas administrativas, intitulado “Precio del contrato”, reza así (de acuerdo con la traducción literal gallego-castellano facilitada por el órgano de contratación):

<<Para este concurso se fija como tipo máximo de licitación en cómputo de 1 año lo de 210.000€ (doscientos diez mil euros), 17.500 € mensuales, IVA INCLUIDO. Los licitadores habían presentado un precio por 4 años por el servicio de recogida de residuos

sólidos urbanos y su transporte a la planta de transferencia, incluyendo en el incluso todos los impuestos vigentes en el momento de la licitación.>>

Cuarto. Por su parte, el apartado VIII del Pliego de cláusulas administrativas particulares, intitulado “Pago”, dispone (de acuerdo con la traducción literal gallego-castellano facilitada por el órgano de contratación):

<<El pago de los servicios prestados se realizará mediante lo abono de certificaciones mensuales vencidas correspondientes a duodécima parte del valor de adjudicación del servicio, siendo expedidas por el adjudicatario, y entregadas directamente en el Ayuntamiento que aboará, asimismo, directamente su importe a la empresa. Sobre dicho imponerte se aplicarán, sí procede, las correspondientes deduccions por las sanciones impuestas. La tal fin se consignará la cantidad necesaria en el Presupuesto Municipal.>>

Quinto. Los criterios de adjudicación del contrato se detallan en el apartado XIV del citado Pliego, en el que se asignan 61 puntos a la propuesta económica y 39 puntos a la técnica. Éstos últimos se distribuyen del modo siguiente (de acuerdo con la traducción literal gallego-castellano facilitada por el órgano de contratación):

CONCEPTOS VALORABLES EN LA PROPUESTA TÉCNICA	PUNTOS (hasta 39)
Calidad del proyecto: programa de trabajo propuesto por el licitador, medios personales a disposición del servicio, frecuencia recogidas, etc.	15 puntos
Experiencia en la prestación de servicios de recogida en otros ayuntamientos. Se efectuará un prorrateo tomando como referencia las ofertas con mayor y menor experiencia, mediante regla de tres.	5 puntos
Instalaciones fijas. Los licitadores deberán demostrar la disposición de dichas instalaciones para el contrato con el Ayuntamiento	5 puntos
Medios a disposición del Ayuntamiento de Silleda. El licitador tendrá que aportar la relación de talleres y vehículos que serán usados en caso de necesidad. Dichas instalaciones y vehículos deberán estar ubicados en un	14 puntos

radio máximo de 30 km. respecto a Silleda y deberá ser demostrado fehacientemente	
TOTAL PUNTUACIÓN TÉCNICA	39 PUNTOS

Sexto. El 28 de diciembre de 2015 tuvo entrada en el Registro del Excmo. Ayuntamiento de Silleda escrito formulado en nombre de la “ASOCIACIÓN DE PEQUEÑAS EMPRESAS GALLEGAS” por D^a. Elena Talín Mariño en el que se anunciaba la interposición de recurso especial en materia de contratación contra los pliegos rectores de la licitación del contrato al que se ha hecho referencia.

Séptimo. El mismo día 28 de diciembre de 2015 tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de interposición del recurso especial contra los citados pliegos por parte de la Asociación aludida.

Octavo. En lo que aquí interesa, en los estatutos de la citada Asociación se lee:

<<TÍTULO I

“DISPOSICIONES GENERALES”

CAPÍTULO I

“CONSTITUCIÓN, DENOMINACIÓN, ÁMBITO TERRITORIAL, RÉGIMEN JURÍDICO Y DURACIÓN”

ARTÍCULO 1.- Con el nombre de “Asociación de Pequeñas Empresas Gallegas” y al amparo de Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, se constituye la presente entidad empresarial y profesional de carácter asociativo para la coordinación, representación, gestión, fomento y defensa de los intereses generales y comunes de los empresarios que libremente se integren en la misma, según lo dispuesto en las normas reguladoras del derecho de asociación empresarial y profesional y que vendrá a regirse por los presentes Estatutos Sociales y por las disposiciones legales en vigor y las que en el futuro pudieran dictarse sobre la materia.

[...]

ARTÍCULO 3.- La Asociación desarrollará inicialmente sus actividades dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, sin perjuicio de que pueda aumentar territorialmente su actividad en el futuro, o vincularse por razones de acuerdos, a otras asociaciones empresariales o profesionales de ámbito superior.

[...]

ARTÍCULO 6.- En el ámbito funcional, la Asociación representa los intereses empresariales y profesionales de sus asociados.

CAPÍTULO II

“DE LOS FINES DE LA ASOCIACIÓN”

ARTÍCULO 7.- La Asociación se propone, como fines fundamentales de su atención y justificación de su existencia, los siguientes:

- a) Representar, defender y promocionar los intereses económicos, profesionales, sociales y culturales de sus asociados.*
- b) Servir de cauce de expresión de su voluntad común, legítimamente constituida frente a los diversos Organismos o Autoridades de la Administración Pública, planteando y promoviendo cuantas soluciones sean precisas a fin de resolver los problemas que afecten a los intereses generales y comunes de sus asociados.*
- c) Organizar y mantener servicios para apoyar y defender a las empresas y entidades asociadas.*
- d) Informar a los asociados de cuantos temas relacionados con las empresas sean de su interés.*

ARTÍCULO 8.- Para el debido cumplimiento de sus fines, la Asociación tendrá las siguientes funciones y facultades:

- a) Representar a sus asociados ante cualesquiera Organismo o Administración Pública, gestionando la adopción de medidas de política legislativa, industrial*

económica, financiera, fiscal, etc., que redunden en beneficio de los intereses comunes.

- b) Contribuir a la dinamización económica y social de su ámbito de actuación.*
- c) Elaborar material informativo, revistas, folletos o cualquier otro tipo de publicación para la difusión de las ideas de la asociación o de temas de interés para su colectivo de asociados.*
- d) Fomentar las relaciones de colaboración con instituciones públicas y privadas que permitan un mejor cumplimiento de sus fines sociales.*
- e) Cualesquiera otra actividad que la Junta Directiva o la Asamblea General considere adecuada para el cumplimiento de los fines de la Asociación.*

TÍTULO II

“DE LOS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN”

CAPÍTULO I

“DE LA CONDICIÓN DE MIEMBROS”

ARTÍCULO 9.- Podrán ser miembros de la Asociación todas las personas físicas o jurídicas que, gozando de la plenitud de sus derechos civiles, lo soliciten y sean admitidos por la Junta Directiva, la cual podrá otorgar el nombramiento de miembros honorarios a las personas físicas o representantes de entidades que estime oportuno, por haberse distinguido en su colaboración con la Asociación, sin que ello lleve consigo la condición jurídica de socio.

ARTÍCULO 10.- Para acceder a la condición de socio habrá de cursarse solicitud de adhesión dirigida a la Junta Directiva a la que se acompañará a documentación necesaria para probar la existencia y la concreta actividad de la empresa. El solicitante adquirirá la condición de socio si cumple los requisitos para adquirir tal condición y no media oposición justificada por parte de ningún miembro de la Junta Directiva en el plazo de 10 días.

Si hubiera mediado oposición por parte de algún miembro de la Junta Directiva a la solicitud de un nuevo socio, ésta se dirimirá en la primera reunión de la Junta Directiva que se celebre.

[...]

ARTÍCULO 12.- *La baja de a Asociación se producirá:*

- a) Por renuncia de la empresa o entidad.*
- b) Por separación acordada por las dos terceras partes de los asociados presentes en la Asamblea General, con motivo de actuaciones contrarias a los Estatutos, Reglamento o incumplimiento de los acuerdos estatutarios.*
- c) Por cese en el ejercicio de la actividad profesional.*
- d) Por inhabilitación o suspensión en sentencia declarada firme.*

La separación forzosa requerirá la previa acreditación de la causa que la motiva a través de la instrucción del correspondiente expediente, que no podrá resolverse sin la audiencia del interesado.

La pérdida de la condición de miembro por cualquiera de los motivos expuestos, llevará consigo la de todos los derechos, sin excepción y sin que el excluido pueda exigir la devolución, total o parcial, de las cuotas o derramas satisfechas.

En caso de readmisión, que habrá de acordar la Asamblea General, el readmitido habrá de ponerse al corriente de pago de todas las cuotas y derramas satisfechas por los demás asociados durante el período en que fue baja, excepto en el supuesto del apartado c) de este artículo. [...].>>

Noveno. El 30 de diciembre de 2015 la Secretaría de este Tribunal requirió a D.^a E.T.M. a fin de que se aportara el apoderamiento en cuya virtud actuaba, siendo atendido el mismo día 30 de diciembre.

Décimo. Reclamado el expediente del órgano de contratación, fue recibido aquél en este Tribunal, el 14 de enero de 2016.

Undécimo. El mismo 14 de enero de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los licitadores que habían concurrido al procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que entendieran pertinentes, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Galicia el 7 de noviembre de 2013, publicado en el BOE el día 25 de noviembre de 2013.

Segundo.A. La recurrente es una asociación representativa de los intereses profesionales de pequeños empresarios de Galicia. Así resulta del examen de sus estatutos que obran en las actuaciones, de los que se infiere que podrán formar parte de ella las personas físicas y jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial en la Comunidad Autónoma citada (cfr.: artículos 1, 3, 6, 7, 8, 9, 10 y 12, transcritos en el ordinal octavo de los antecedentes de hecho). La legitimación de este tipo de entidades para interponer el recurso especial aparece contemplada en el artículo 24.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPERMC), a cuyo tenor:

“Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados.”

La peculiaridad en estos casos es que la actuación de la persona jurídica se hace en defensa de los intereses de sus asociados, de manera que deberá reconocérsele la

existencia de interés legítimo siempre que una eventual estimación del recurso genere una ventaja para sus integrantes o la eliminación de un gravamen o situación de desventaja que les afectaba (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 11 de junio de 2013 –Roj STS 3174/2013-, 26 de febrero de 2008 –Roj STS 1052/2008-, 14 de septiembre de 2004 –Roj STS 5670/2004-, 29 de enero de 2002 –Roj STS 514/2002-, 16 de noviembre de 2001 –Roj STS 8951/2001-, 16 de marzo de 1967 –Roj STS 189/1967-, entre otras muchas).

Desde esta perspectiva, parece claro que no puede discutirse la legitimación de una asociación de pequeños empresarios para impugnar los Pliegos rectores del contrato pues, de ser acogidas sus tesis, aquél debería licitarse como contrato de servicios, lo que facilitaría la participación de aquellos en el procedimiento de adjudicación, en la medida en que, en tales casos, el órgano de contratación puede permitir que la acreditación de la solvencia en la fase de admisión se haga mediante declaración responsable (artículo 146.4 TRLCSP). Consecuencia de ello sería igualmente el incremento de oportunidades de pequeños empresarios de participar en la ejecución del contrato a través de la subcontratación (artículo 227 TRLCSP), cuya aplicación en el de gestión de servicio público es mucho más limitada al circunscribirse sólo a prestaciones accesorias (artículo 289 TRLCSP). Abundando en estas consideraciones, todavía podríamos apuntar que, sin duda, para una pequeña empresa es preferible celebrar un contrato de servicios que uno de concesión de gestión de servicio público, porque en éste ha de asumir la responsabilidad de organizar ella misma el servicio (artículo 279.1 TRLCSP).

Más clara si cabe es la apreciación de la legitimación si se tiene en cuenta la impugnación que se hace de dos de los criterios de selección empleados en el Pliego (la experiencia y el arraigo territorial) que, al menos en principio, tienden a perjudicar a los pequeños empresarios en general o, cuando menos, a los no afincados en el área de influencia del municipio.

B.- No obsta a tales razonamientos el hecho, apuntado por el órgano de contratación en su informe, de que la asociación recurrente no represente específicamente los intereses de empresas relacionadas con el objeto del contrato (esto es, limpieza viaria, transporte, etc.), pues, siendo cierto ello, no lo es menos que la entidad está abierta a pequeños empresarios cualquiera que sea el ramo de su actividad y, por lo tanto, también a los

dedicados a las actividades propias del servicio licitado por el Excmo. Ayuntamiento de Silleda. La consideración de este carácter transversal de la persona jurídica recurrente, unida al principio "*pro actione*", es la que hace que reconozcamos la presencia de interés legítimo en la asociación para servirse del cauce que proporcionan los artículos 40 y siguientes TRLCSP. Por esta razón, en fin, no consideramos necesaria la práctica de la prueba interesada por el órgano de contratación a fin de acreditar el nivel de representatividad de la asociación recurrente, toda vez que ni el artículo 42 TRLCSP ni el 24.1 RPERMC establecen umbrales cuantitativos a la hora de juzgar la concurrencia del interés legítimo para la interposición del recurso.

En este mismo orden de cosas, tampoco podemos acoger el argumento que formula el Excmo. Ayuntamiento cuando pone en duda la idoneidad de una pequeña empresa para poder optar a la adjudicación de un contrato como el que nos atañe: basta, a estos efectos, recordar que, aunque no exista una definición legal, es común entender por pequeña empresa la que ocupa a menos de 50 personas y su volumen de negocios anual es inferior a 10 millones de euros (cfr.: artículo 2.2 del Anexo de la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas), magnitudes que, desde luego, parecen suficientes para acometer la ejecución de un contrato cuyo valor estimado asciende a 1.145.454 €. De hecho, el volumen de negocios tomado como referencia para las pequeñas empresas es muy superior al que para acreditar la solvencia económica resulta del artículo 11.4 a) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD 1098/20101, de 12 de octubre), que sería inferior a 300.000 €.

Por último, el órgano de contratación señala la contradicción que, a su entender, entraña que una asociación de pequeñas empresas gallegas invoque la falta de publicidad en el Diario de la Unión Europea. Sin embargo, tal crítica olvida que la apreciación de la legitimación para interponer el recurso especial (y, en general, para actuar en cualquier tipo de procedimiento) debe hacerse a la vista de la pretensión que ejercita y no de los argumentos empleados (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala IV, de 30 de octubre de 1964 –Roj STS 3415/1964-). En nuestro caso, lo que persigue la recurrente es que se anule la licitación del contrato en los términos en que han sido planteados, y ello, se insiste, supondría un beneficio para los intereses afectados: los argumentos que se hayan aducido con tal fin no son relevantes.

Se impone, por lo expuesto, reconocer la legitimación de la Asociación para interponer el recurso especial.

Tercero. El anuncio de licitación y el Pliego de cláusulas consideran el contrato licitado por el Excmo. Ayuntamiento de Silleda como de concesión de gestión de servicio público, en tanto que para la recurrente se trata de un contrato de servicios.

Dado que los requisitos de admisibilidad del recurso especial difieren en uno y otro caso, lo primero que debe determinarse es cuál sea la naturaleza del contrato, siempre teniendo en cuenta el principio, firmemente asentado en la jurisprudencia, de que los contratos son lo que son según su naturaleza, abstracción hecha de la denominación dada por las partes (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala I, de 16 de mayo de 2000 –Roj STS 3952/2000- y 3 de noviembre de 2010 –Roj STS 6115/2010- y de la Sala III de 10 de julio de 2008 –Roj STS 5266/2008-).

En este orden de cosas, y como bien aduce la recurrente, el criterio fundamental -aunque no el único- para distinguir entre la concesión de servicios públicos y el contrato de servicios es que en el primero el concesionario asume la totalidad o una parte significativa de los riesgos derivados de la explotación de dicho servicio (artículos 1.4 de la Directiva 2004/18/CE y 277 a) y 281.1 TRLCSP, así como Sentencias del TJCE de 27 de octubre de 2005 – asunto C-234/03-, 18 de julio de 2007 –asunto C-382/2005-, 10 de septiembre de 2009 – asunto C-206/08- y Resoluciones de este Tribunal 80/2013, 91/2013, 222/2013, 41/2014, 82/2014 y 215/2014, entre otras). Por riesgo de explotación económica debe entenderse *“el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado”,* esto es, *“el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio”,* no así los vinculados a la mala gestión o a los errores de apreciación del operador económico, al ser éstos inherentes a cualquier contrato (cfr.: Sentencia TJUE, sala Tercera, 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09).

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la lectura del Pliego de cláusulas y, en particular, de sus apartados V y VIII (transcritos en los ordinales tercero y cuarto de los

antecedentes de hecho) revela que el adjudicatario no asumirá riesgo alguno derivado de la explotación del servicio de recogida y transporte de residuos urbanos; antes bien, su retribución será fija y se percibirá mensualmente en una cuantía que se determinará con arreglo a la propuesta económica que haya formulado en la que se comprenden todos los servicios a prestar.

Ello evidencia que estamos en presencia de un contrato de servicios de los contemplados en la categoría 16 del Anexo II del TRLCSP (*“servicios de alcantarillado y eliminación de desperdicios: servicios de saneamiento y servicios similares”*), con lo que, siendo su valor estimado conforme al artículo 88 TRLCSP 1.145.454'54 € (cfr.: antecedente de hecho tercero), se concluye que se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada (artículo 16 TRLCSP). De esta suerte, el anuncio y los pliegos rectores de la licitación son susceptibles de recurso especial a tenor de lo dispuesto en el artículo 40, apartados 1.a) y 2.a) TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido formulado dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 44.2 TRLCSP, constando igualmente la presentación del anuncio previsto en el artículo 44.1 TRLCSP.

Quinto. El recurso tiene por objeto el anuncio de licitación y el Pliego de cláusulas administrativas del contrato de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos licitado por el Excmo. Ayuntamiento de Silleda. Desde un punto de vista formal, se esgrime como motivo de impugnación la falta de publicación de la convocatoria en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Sector Público. De igual modo, se cuestionan dos de los criterios de selección empleados, a saber: los relativos a la experiencia y a las instalaciones ofrecidas.

El órgano de contratación, por su parte, guarda silencio sobre tales extremos en su informe, limitándose a discutir, en los términos ya señalados, la legitimación activa de la asociación recurrente.

Sexto. Según se ha avanzado, el primero de los argumentos que se esgrimen en la impugnación de la licitación se refiere a la falta de publicación de la convocatoria en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El motivo debe prosperar, y para ello basta con recordar que, tratándose de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, es preceptiva la publicación en dicho periódico oficial con arreglo al artículo 142.1 TRLCSP. La ausencia de ella constituye un vicio de nulidad de pleno derecho con arreglo al artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), pues a la omisión total y absoluta del procedimiento se le equipara igualmente el supuesto de falta de un trámite esencial (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 1 de febrero de 2010 –Roj STS 263/2010-). Difícilmente puede negarse este calificativo cuando la infracción de estas reglas de publicidad previstas en la normativa comunitaria puede generar la responsabilidad del Estado miembro por incumplimiento del Derecho de la Unión (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 22 de abril de 2010 –asunto C-423/07- y Sentencia TJUE, Sala Sexta, 27 de octubre de 2011 –asunto C-601/10-).

Precisamente por tratarse de un requisito esencial el artículo 37.1 a) TRLCSP considera nulos los contratos sujetos a regulación armonizada que se hayan 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.”*

Se impone, en suma, declarar la nulidad del procedimiento de licitación y, con él, la del anuncio de licitación y de los Pliegos impugnados, tal y como ha hecho este Tribunal en casos similares (cfr.: Resoluciones 431/2015, 548/2015, 550/2015, entre otras).

Séptimo. Una vez declarada la nulidad del procedimiento de licitación, en puridad deviene ocioso analizar las otras alegaciones esgrimidas en el recurso; ello no obstante, el deber de resolver todas las cuestiones planteadas en el recurso (artículo 47.2 TRLCSP), unido al principio de eficacia del funcionamiento de la Administración (artículo 103 CE), a fin de evitar que en el futuro se puedan plantear contiendas similares, obliga a pronunciarnos sobre el resto de los motivos reseñados en el recurso (cfr., por todas, Resoluciones de este Tribunal 499/2014 y 542/2015).

En este sentido, y siguiendo el orden de los argumentos aducidos por la recurrente, hemos de detenernos en las consecuencias que debamos predicar de la falta de publicación del anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público, exigida en la DA 3ª de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en los términos siguientes:

“La Plataforma de Contratación del Estado regulada en el artículo 334 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, pasará a denominarse Plataforma de Contratación del Sector Público.

En la Plataforma se publicará, en todo caso, bien directamente por los órganos de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información de las diferentes administraciones y entidades públicas, la convocatoria de licitaciones y sus resultados de todas las entidades comprendidas en el apartado 1 del artículo 3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.”

Una primera aproximación al tema podría pasar, sin duda, por trazar una equiparación entre la publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, de manera que la omisión de ésta última generaría la misma consecuencia anulatoria que la que acaece cuando falta la inserción en el periódico comunitario. Sin embargo, un examen más sosegado de la cuestión revela que esta asimilación no es posible, toda vez que:

α.– La exigencia de publicidad en el órgano europeo viene impuesta por la normativa comunitaria (artículos 35 y 36 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo), de manera que su incumplimiento entraña una vulneración de la legislación comunitaria, lo que, obviamente, no acaece con la que se refiere a la Plataforma de Contratación del Sector Público.

β.– El artículo 37.1.a) TRLCSP se refiere sólo a los contratos sujetos a regulación armonizada que no han sido objeto de publicidad en el Diario de la Unión Europea,

precepto que ha mantenido su redacción después de la introducción de la obligatoriedad de publicación en la Plataforma por parte de la DA 3ª de la Ley 20/2013.

γ.- El examen de las modificaciones introducidas en el TRLCSP y, antes, en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público revela que, cuando el legislador ha querido introducir una nueva causa de nulidad absoluta, ha acometido la modificación del TRLCSP, como sucedió con el supuesto contemplado en el apartado d) del artículo 32 d) TRLCSP, que trae causa de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

δ.- Dificilmente puede entenderse que la inserción del anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público es un trámite esencial del procedimiento de licitación, cuando ni siquiera lo es la publicación en el Boletín Oficial del Estado para las Comunidades Autónomas y entidades integrantes de la Administración Local (artículo 142.1 TRLCSP).

En esta tesitura, lo más razonable será entender que el solo incumplimiento de la DA 3ª de la Ley 20/2013 no determina la nulidad del procedimiento de licitación ni, menos aun, del contrato que en él se haya adjudicado; antes bien, habrá de llevarse a cabo un análisis singular en cada caso, a fin de determinar si existió o no indefensión o la falta de publicidad impidió que el anuncio cumpliera su misión (artículo 63.2 LRJPAC). En el caso que nos ocupa, empero, este examen es innecesario una vez apreciada y declarada la nulidad por falta de publicidad de la convocatoria en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Octavo. Resta por aludir brevemente a la impugnación deducida frente a dos de los criterios de adjudicación empleados en el Pliego, a saber: de un lado, el relativo a la *“experiencia en la prestación de servicios de recogida en otros municipios”* y, de otro, el que se refiere a la valoración de las *“instalaciones fijas”* y los *“medios a disposición del Ayuntamiento”* (talleres y vehículos) que habrán de radicar en un radio máximo de 30 Km (cfr.: antecedente de hecho quinto).

A.- Por lo que hace el primero de ellos, su desconformidad a Derecho es palmaria y apenas si necesita argumentarse. En nuestro Ordenamiento, en consonancia con el

Derecho de la Unión Europea, la experiencia es, por principio, una forma de acreditar la solvencia de los empresarios que concurren al procedimiento (artículos 76.1.a), 77.1.a), 78.1.a) TRLCSP; artículo 48.2.a) Directiva 2004/18/CE), pero no constituye un criterio de adjudicación, en la medida en que no se refiere a las características de la oferta, que es lo que debe valorarse una vez superada la fase previa de admisión (artículos 150.1 TRLCSP y 53.1 Directiva 2004/18/CE). Por tal razón, además de por afectar al principio de libre competencia (artículo 1 TRLCSP), la doctrina del Tribunal Supremo ha sido constante a la hora de rechazar que pueda emplearse para seleccionar al contratista (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 7 de junio de 2012 –Roj STS 4371/2012-, 16 de febrero de 2010 –Roj STS 1047/2010- y 21 de marzo de 2007 –Roj STS 2307/2007-, entre otras). Lo mismo mantiene la Jurisprudencia comunitaria (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Octava, 9 de octubre de 2014 –asunto c-641/13-), que, aunque ha admitido excepciones a tal principio, las ha circunscrito a aquellos supuestos en los que la calidad de la ejecución depende de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, que es lo que sucede en los contratos en los que la prestación es de tipo intelectual como en los de formación y consultoría (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Quinta, 26 de marzo de 2015 –asunto C-601/13-). No es éste, desde luego, el caso del contrato que se licita, de ahí que deba concluirse en que la inclusión en el Pliego del criterio de la experiencia entraña una vulneración de los artículos 1 y 150.1 TRLCSP, así como de los principios de libre concurrencia y no discriminación que proclaman los artículos 1 TRLCSP y 2 de la Directiva 2004/18/CE.

B.- Tampoco el criterio relativo a los “*medios a disposición*” del Excmo. Ayuntamiento (talleres y vehículos) puede superar el examen de legalidad que llevamos a cabo. En efecto, un examen del mismo revela que lo que se valora es que los talleres y vehículos que se pongan a disposición del Municipio en caso de necesidad radiquen en un radio no superior a 30 Km. de la localidad. Si se poseen aquéllos, se obtienen 14 puntos (sin especificar, por cierto, cuál será la forma de distribuirlos) y ninguno en el caso contrario. No se trata, pues, de un compromiso de adscripción de medios amparado en el artículo 64.2 TRLCSP (cuya validez hemos admitido, aun con condiciones, entre otras, en Resoluciones 420/2013, 438/2014, 553/2014, 1103/2015) que el órgano de contratación haya juzgado imprescindible para la ejecución de la prestación del contrato, sino de un criterio de selección basado en el puro arraigo territorial. Sobre él, la Jurisprudencia

nacional (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de enero de 2001 –Roj STS 82/2001- y 24 de noviembre de 2011 –Roj STS 7955/2011-) y comunitaria (Sentencias del TJCE, Sala Tercera, de 27 de octubre de 2005 –asuntos C-158/03 y 234/2003-), amén de la doctrina de este Tribunal (Resoluciones 21/2013, 380/2013, 42/2014, 69/2015, 73/2015, 291/2015, 523/2015, 822/2015, entre otras), ya se ha pronunciado en el sentido de considerarlo contrario a los principios rectores de la contratación pública (señeramente, los de igualdad y libre concurrencia: artículos 1 y 139 TRLCSP). A ello cabría añadir, en fin, la vulneración del principio de no discriminación, libertad de establecimiento y libertad de circulación consagrados en los artículos 1, 3, 18 y concordantes de la Ley 20/2013.

Sólo cabría admitirlo en el supuesto de que se evidenciara que la presencia en un ámbito geográfico determinado estuviera directamente vinculada con el objeto del contrato y su concurrencia implicara un beneficio significativo en la ejecución de la prestación, que, por lo demás, es lo que debe buscar el órgano de contratación a la hora de establecer los criterios por los que se valorarán las ofertas a fin de identificar la más ventajosa económicamente (cfr.: artículo 150.1 TRLCSP; Resoluciones 291/2015, 423/2015 y 644/2015). No es, desde luego, lo que sucede en el caso que nos concierne, toda vez que el hecho de que los talleres y vehículos radiquen en las proximidades de la localidad en nada va a repercutir en una mayor calidad del servicio de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos. De esta suerte, se impone la anulación del criterio al que nos venimos refiriendo por contrarios a los artículos 1, 139 y 150.1 TRLCSP.

C.- Resta por aludir al último de los criterios impugnados, el concerniente a las *“instalaciones fijas”*. A juicio de la asociación recurrente, el Pliego impone que aquéllas radiquen en el radio de 30 Km. del término municipal, al igual que sucede con el de los *“medios a disposición”* del que acabamos de ocuparnos. De ser así, es obvio que podríamos dar por reiteradas las consideraciones anteriores y anular este apartado del Pliego.

Con todo, es dudoso que esa exigencia sea aquí aplicable, dada la separación entre ambos incisos que se contiene en el Pliego. De cualquier forma, aun sin previsión, lo cierto es que la cláusula en cuestión no es ajustada a Derecho, desde el momento en

que, contraviniendo el artículo 150.2 TRLCSP, carece del detalle necesario como para que los licitadores puedan formular la oferta con conocimiento de los extremos que serán objeto de valoración, evitando el riesgo de arbitrariedad en la Administración convocante (cfr.: Resolución 658/2015). No es ocioso recordar aquí que la jurisprudencia comunitaria considera contrarios a los principio de igualdad, no discriminación y transparencia aquellos criterios de selección que concedan una libertad incondicional al órgano de contratación (cfr., por todas, Sentencia TJUE, Sala Tercera, 10 de mayo de 2012 –asunto C-368/10-), y desde luego es esto lo que propicia una redacción como la aquí analizada en la que el único concepto descriptivo es el de “*instalaciones fijas*”.

D.- Los criterios impugnados, en suma, no son ajustados a Derecho y su inclusión en el Pliego sería suficiente para anular todo el procedimiento de licitación, que, como es sabido, no puede subsistir a la anulación de uno de los criterios de adjudicación según viene reiterando este Tribunal (Resoluciones 542/2015, 906/2014, 421/2014, 629/2013, 207/2013, 180/2013, 173/2013, 97/2013), con base en la jurisprudencia comunitaria (cfr.: Sentencia TJCE, Sala Sexta, de 4 de diciembre de 2003 –asunto C448/01-).

Una vez apreciada la nulidad por las razones expuestas en el Fundamento de Derecho sexto, tal declaración es ya innecesaria en el caso que nos atañe, pero el Excmo. Ayuntamiento de Silleda deberá abstenerse de incluir los criterios reseñados en los Pliegos del nuevo procedimiento de licitación que, en su caso, se incoe.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D.^a E.T.M. en representación de la entidad “ASOCIACIÓN DE PEQUEÑAS EMPRESAS GALLEGAS” y declarar la nulidad del procedimiento de licitación tramitado por el Excmo. Ayuntamiento de Silleda relativo al contrato de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, con exclusión de papel, cartón, vidrio, enseres y voluminosos.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.