



Expte. 16/2014

ACUERDO 25/2014, de 5 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública presentada por don C.F.L. frente a licitación iniciada por “Gestión Ambiental de Navarra, S.A.”, con fecha 27 de marzo de 2014, para la adjudicación del contrato denominado “*Asistencia técnica relativa al Hacking del Águila de Bonelli, monitorización de ejemplares introducidos y control de la población y seguimiento de la reproducción del Águila de Bonelli en Navarra*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 24 de marzo de 2014, don A.S.O., en su condición de apoderado de “Gestión Ambiental de Navarra, S.A.” (en lo sucesivo GANASA), comunica a don C.F.L. por vía telemática (e-mail) que ha resultado adjudicatario del contrato denominado “*Asistencia técnica relativa al Hacking del Águila de Bonelli, monitorización de ejemplares introducidos y control de la población y seguimiento de la reproducción del Águila de Bonelli en Navarra*”.

SEGUNDO.- El día 27 de marzo de 2014 se le comunica al adjudicatario, también por e-mail, que GANASA renuncia a formalizar el contrato mencionado al existir en las condiciones reguladoras una determinación que puede contravenir la normativa en materia de contratación pública.

TERCERO.- El mismo día 27 de marzo de 2014 GANASA invita de nuevo al adjudicatario a presentar una nueva propuesta técnica y económica para el mismo contrato, adjuntando nuevas cláusulas técnico-administrativas con la única variación con respecto al primer procedimiento, según manifiesta el reclamante, del cambio en uno de los epígrafes de la fórmula que había servido para valorar la propuesta

económica, dándole GANASA para esta nueva convocatoria un plazo de 4 días para presentar oferta.

CUARTO.- Con fecha 31 de marzo de 2014, don C.F.L. presenta ante GANASA una instancia solicitando se le facilite la resolución motivada que ha dado lugar a la mencionada anulación de la adjudicación y la indicación de los procedimientos y plazos para presentar reclamaciones.

QUINTO.- El mismo día 31 de marzo de 2014, fecha de finalización del plazo de concurrencia al segundo procedimiento, el interesado presenta una segunda proposición.

SEXTO.- Con fecha 3 de abril de 2014, GANASA hace llegar al adjudicatario la decisión que había motivado la renuncia a la formalización del contrato, pero sin indicar los posibles procedimientos, órganos competentes y plazos para presentar las reclamaciones.

SÉPTIMO.- El mismo día 3 de abril de 2014, don C.F.L. vuelve a instar a GANASA, esta vez por correo electrónico, para que se le indiquen los posibles procedimientos, órganos y plazos para poder presentar reclamaciones frente a la resolución que supuso la anulación de la adjudicación, remitiéndole GANASA el mismo día 3 de abril de 2014, de nuevo por vía telemática, al artículo 210 y siguientes del Libro III de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante LFCP).

OCTAVO.- El día 7 de abril de 2014 don C.F.L. interpone reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra en la que solicita, en primer lugar, la suspensión automática de la resolución de anulación de la adjudicación del “*concurso público de 27 de marzo de 2014*”; en segundo lugar, la suspensión de manera cautelar de la “*Convocatoria y Adjudicación del segundo concurso*”; en tercer lugar, que se declare nula de pleno derecho la resolución de anulación de la adjudicación de 27 de marzo de 2014 y, en cuarto lugar, que “*se*

anule la convocatoria del segundo concurso propiciado por GANASA por incumplimiento de los principios rectores de la contratación pública”.

NOVENO.- El día 11 de abril de 2014 se dicta el Acuerdo 20/2014 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por el que se inadmite la reclamación frente a la anulación de la adjudicación del contrato denominado “*Asistencia técnica relativa al Hacking del Águila de Bonelli, monitorización de ejemplares introducidos y control de la población y seguimiento de la reproducción del Águila de Bonelli en Navarra*”, notificada el 27 de marzo de 2014, y se admite la reclamación frente a la convocatoria de una nueva licitación, con fecha 27 de marzo de 2014, para la adjudicación de dicho contrato, desestimándose la solicitud de medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, y se solicita al órgano de contratación la aportación del expediente.

DÉCIMO.- El día 15 de abril de 2014 se recibe el expediente de contratación, junto con las alegaciones de la entidad reclamada en las que se opone a lo manifestado por el reclamante, significando que en la licitación el tratamiento ha sido igualitario al haber respetado el principio de confidencialidad y de igual trato.

UNDECIMO.- El día 23 de abril de 2014 el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra dicta el Acuerdo 23/2014, por el que se pone en conocimiento de los interesados que tratándose un procedimiento negociado sin publicidad cuyas condiciones esenciales no contienen término de negociación alguno, esta omisión de un trámite esencial del procedimiento pudiera implicar la nulidad de pleno derecho del mismo. Por ello, el Tribunal acuerda otorgar un plazo de tres días naturales a las partes interesadas para que aleguen lo que a su derecho convenga.

DUODÉCIMO.- El día 25 de abril de 2014 GANASA presenta escrito de alegaciones en el que señala que el término de negociación viene concretado en las condiciones reguladoras (estipulaciones 3 y 6), en la determinación de un precio máximo de licitación por parte de GANASA, no admitiéndose proposiciones económicas cuyo importe sea superior a la misma, ya que la determinación de un precio

máximo de licitación no es un requisito imprescindible que deban contener las condiciones reguladoras, constituyendo así objeto de negociación el precio de adjudicación.

Así mismo, alega GANASA que el artículo 206 de la LFCP, que recoge las causas de invalidez de los contratos, no es de aplicación ya que *“a día de hoy no se ha formalizado contrato alguno”* y, además, entre esas causas no se incluye la ausencia de negociación en el marco del procedimiento negociado sin publicidad comunitaria, por lo que entiende que no cabe la nulidad de pleno derecho del procedimiento. Ninguna otra alegación se ha recibido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las cuestiones formales referentes a la admisibilidad de la reclamación ya fueron examinadas en el Acuerdo 20/2014, de 11 de abril, de este Tribunal, por lo que no procede reproducirlas en este momento.

SEGUNDO.- En primer lugar alega el reclamante que se ha violado el principio de confidencialidad y sigilo recogido en el artículo 23 de la LFCP porque los licitadores que presentaron oferta en el primer procedimiento de adjudicación que son invitados al segundo *“saben contra quién concursan, saben quién ha presentado la oferta más ventajosa, saben quién ha sido el adjudicatario del primer concurso, saben cual ha sido la puntuación alcanzada por cada licitador en cada uno de los apartados (propuesta técnica y proposición económica) y, en el concurso que nos atañe, saben incluso cual ha sido la oferta económica del adjudicatario y del resto de los licitadores; puesto que al presentarse solo dos licitadores puede deducirse de la fórmula de cálculo de la puntuación la oferta económica”*. De este modo, señala el reclamante, *“el conocimiento de esta información confidencial desvirtúa totalmente la segunda convocatoria”*.

Al respecto también afirma el reclamante que *“el órgano de adjudicación comunicó a los licitantes que no habían sido adjudicatarios la información referida al número de licitadores, resultados del concurso y puntuaciones alcanzadas por cada*

licitador y, en particular, por el adjudicatario que había presentado la propuesta más ventajosa al concurso. Por el contrario y como es habitual en situaciones “normales”, el órgano de contratación no facilitó dicha información al adjudicatario del concurso”.

Por el contrario, sigue diciendo, *“el adjudicatario (ahora reclamante) solo conocía que se le había adjudicado el contrato y que, posteriormente mediante una resolución de dudosa legalidad, se había anulado dicha adjudicación, pero desconocía: cuántos y quiénes se habían presentado al primer concurso, cual había sido la puntuación propia y la obtenida por los otros licitantes, qué puntuación se había obtenido en cada apartado (propuesta técnica, mejoras técnicas y propuesta económica), así como cual había podido ser la propuesta económica de los otros licitantes”.*

Por ello concluye: *“Demasiadas desventajas, demasiada discriminación, demasiada información supuestamente confidencial desvelada, para que el adjudicatario del primer concurso pudiera concurrir al segundo concurso en igualdad de condiciones que el resto de los licitadores”.*

De contrario, la entidad reclamada alega que en el segundo procedimiento negociado se invitó a la totalidad de las empresas de la primera negociación, de las que solamente dos han presentado oferta, y que *“no se ha facilitado información diferente a ninguna de las empresas, salvo la resolución de adjudicación en primera instancia a C.F. y a MN Consultores, en aplicación de lo previsto en la LFCP”.* Afirma GANASA que el cumplimiento de los artículos 21 y 23 de la LFCP ha sido absoluto, puesto que no se ha facilitado la puntuación obtenida en cada apartado, sino tan solo el resultado final de la misma y ambas empresas han tenido una segunda oportunidad de presentar sus ofertas.

Señala GANASA que el tratamiento ha sido igualitario al haber respetado el principio de confidencialidad y de igual trato, ya que el hecho de conocer el nombre del adjudicatario y la puntuación final no ha sido solo un hecho conocido por MN Consultores, sino también por C.F., insistiendo en que no se ha vulnerado del principio

rector de confidencialidad al no haber difundido ningún aspecto confidencial de las ofertas ni haber procedido a su apertura en acto público y en que el único motivo por el que se vuelve a convocar el concurso (sic) se basa en la imposibilidad de que dos ofertas económicas diferentes obtengan la misma puntuación en el apartado económico, error que ha sido subsanado en la redacción y envío de un nuevo pliego con una fórmula adecuada a la normativa en materia de contratación pública, y que las siete entidades invitadas al procedimiento negociado han sido preseleccionadas por su sobrada solvencia técnica; que, al ser un tema tan específico para especialistas en ornitología, se conocen entre sí, y que, en ocasiones, es presumible que no todos liciten como ha sido el caso, pero los dos licitadores podían deducir el motivo de la renuncia del procedimiento anterior, siendo de hecho el reclamante el único que ha variado -a la baja- su oferta económica.

Por tanto, finaliza GANASA, la presunta infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia no se ha producido en ningún caso, ya que ha actuado con total imparcialidad y neutralidad, dado que el mero hecho de conocer el nombre del otro licitador y la puntuación total obtenida, mas cuando estaba viciada por el error en la fórmula, no supone ventaja competitiva alguna.

El principio de confidencialidad y sigilo en la contratación pública viene regulado en artículo 23 de la LFCP, en cuyo apartado 1 se dispone que las entidades sometidas a la norma, como es el caso de GANASA, no divulgarán dato alguno de la información técnica o mercantil que hayan facilitado los licitadores y contratistas, que forme parte de su estrategia empresarial y que éstos hayan designado como confidencial y, en particular, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.

Vista la oferta presentada inicialmente por el reclamante, en la que en ningún momento se califica alguno de sus contenidos de “confidencial” y que forme parte de su “estrategia empresarial“, y la actuación de la entidad convocante de la licitación, es claro que en el caso que nos ocupa ninguna vulneración de este principio se ha producido.

Aunque el reclamante afirma lo contrario, pero no lo acredita y a él corresponde la carga de la prueba, no se aprecia que se haya divulgado dato confidencial alguno. Más aun, lo único que se aprecia en el expediente es que la entidad contratante cumplió con las obligaciones que le impone el apartado 3 del artículo 200 de la LFCP de enviar a los licitadores una comunicación expresando los resultados de la primera licitación así como el nombre del adjudicatario. En definitiva, ningún secreto técnico o comercial o aspecto confidencial de las ofertas iniciales ha sido revelado ni se aprecia, en este punto, vulneración alguna del principio de igualdad de trato.

TERCERO.- Como segundo motivo de impugnación, señala el reclamante que la licitación se ha realizado sin respetar los plazos mínimos de concurrencia exigidos por el apartado 3 del artículo 90 de la LFCP, que establece un plazo mínimo para la presentación de ofertas de cinco días a partir de la fecha de envío de la invitación, ya que GANASA comunicó las invitaciones el día 27 de marzo de 2014, dando de plazo hasta el día 31 de marzo de 2014 a las 13.00 horas, es decir, con un plazo inferior a cuatro días hábiles.

Tampoco en este punto podemos compartir la posición del reclamante.

En primer lugar, si bien el citado artículo 90 establece el plazo mínimo indicado, dicho plazo es de aplicación a los procedimientos de adjudicación restringidos, no a los procedimientos negociados como el que nos ocupa. En estos procedimientos negociados el plazo mínimo de consulta, señala el mismo artículo, pero en su apartado 5, *“se determinará en cada caso, estableciéndose el plazo suficiente para garantizar la concurrencia y la igualdad de trato de los licitadores, teniendo en cuenta la índole y cuantía de la prestación solicitada”*.

Por ello, en segundo lugar, deberemos determinar si el plazo concedido es un plazo suficiente para formular oferta en este caso, teniendo en cuenta que los invitados a la negociación son los mismos que lo fueron en el primer procedimiento y que las condiciones de la licitación no han variado, salvo en lo referido a la valoración de la

oferta económica. Atendidos estos extremos, este Tribunal entiende que el plazo es suficiente para garantizar la concurrencia y la igualdad de trato, a lo que hay que sumar que el reclamante ningún argumento aporta para acreditar lo contrario.

CUARTO.- Una vez conocido por este Tribunal el expediente de contratación y con carácter previo al pronunciamiento sobre el fondo del asunto, se puso de manifiesto a las partes interesadas una cuestión esencial respecto a la licitación del contrato, que sin perjuicio de no haber sido aducida por aquellas constituye un elemento fundamental para resolver la reclamación que nos ocupa.

Nos encontramos ante un procedimiento negociado sin publicidad cuyas condiciones esenciales no contienen término de negociación alguno. De las denominadas “*Condiciones reguladoras jurídicas, económicas y técnicas para la contratación*” que regulan la licitación se desprende que la adjudicación del contrato se realizará como si se tratase de un procedimiento abierto, sin que exista actuación alguna relacionada con la negociación de las ofertas que se presentarán a la licitación. Tan solo se establece la invitación a las empresas a participar, la apertura simultánea de las ofertas y la aplicación de los criterios de adjudicación, quedando fijados con carácter inalterable los términos del contrato sin negociación.

La cláusula 6 de las condiciones regula la presentación de proposiciones refiriéndose a una única presentación de ofertas. La cláusula 7, dedicada a los criterios de adjudicación, no contempla procedimiento de negociación alguno, remitiéndose al otorgamiento de puntuaciones en función de la documentación técnica y económica contenida en las proposiciones de los licitadores.

Nada habría que objetar si el valor estimado del contrato fuera inferior a 15.000 euros, IVA excluido. Pero por encima de dicha cantidad y hasta el umbral comunitario, en este caso, es posible emplear el procedimiento negociado sin publicidad comunitaria, conforme al artículo 193.1 de la LFCP, pero debe existir negociación al menos con tres empresas. El artículo 70.1 de la LFCP define el procedimiento negociado como “*un procedimiento de adjudicación no formalizado, en el que la Administración consulta y*

negocia las condiciones del contrato con uno o varios empresarios de su elección y selecciona la oferta justificadamente". El artículo 74 de la LFCP prescribe asimismo que en las invitaciones se contengan "*las necesidades que busca cubrir la Administración así como los términos de la negociación*", exigiendo que durante la negociación todos los licitadores reciban igual trato.

Conforme señalamos en nuestro Acuerdo 10/2013, de 14 de junio (expediente R-19/2013), la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2010 (C- 337/1998) establece que "*las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato...*". Igual consecuencia se infiere de la Sentencia del mismo Tribunal de 9 de junio de 2011 (C-401/09 P).

Resulta claro que el elemento diferenciador del procedimiento negociado, en relación con los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige la negociación, sin que pueda quedar fijada con carácter inalterable la oferta, a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones correspondientes a los procedimientos abiertos y restringidos. Por ello, deberá existir al menos una ronda de negociación tras recibirse la primera proposición. En otro caso no puede entenderse que exista negociación y se estarán vulnerando las reglas fundamentales para la adjudicación del contrato mediante procedimiento negociado, incurriendo en nulidad de pleno derecho, al omitirse un trámite esencial de este procedimiento. Trámite que sirve, precisamente, para diferenciar este procedimiento respecto de otros.

A ello no cabe oponer, como hace la entidad contratante, que la determinación en las condiciones reguladores de un precio máximo de licitación tiene la consideración de término de negociación con las personas a las que se ha invitado a presentar oferta puesto que se les da la oportunidad de mostrar su conformidad con dicha cantidad o de realizar una propuesta distinta.

Como significa el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 050/2011, de 24 de febrero de 2011, *“la presentación de las ofertas por las empresas invitadas, no puede ser considerada como una fase de negociación, pues resulta obvio que la negociación de existir lo será con posterioridad a la presentación de las ofertas, no las ofertas en sí mismas.”* Igualmente se pronuncian los Informes 21/97, de 14 de julio de 1997 y 48/09, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el Informe 16/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, el informe 1/2011, de 14 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, el Informe 3/2007, de 1 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía y el Tribunal de Cuentas, en su Informe nº 947.

En definitiva, la ausencia de negociación configura la omisión de un trámite esencial de este procedimiento, lo que implica la nulidad de pleno derecho del mismo, como pone de relieve el Dictamen 208/2010, de 6 de octubre de 2010 del Consejo Consultivo de Castilla la Mancha, que se apoya en diversas sentencias del Tribunal Supremo (21 de octubre de 1980, 30 de abril de 1991, de 31 de mayo de 1991, de 9 de diciembre de 1993 o de 15 de junio de 1994) y en la doctrina del Consejo de Estado.

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005 determina la nulidad de pleno derecho de las irregularidades procedimentales donde se omiten los principales trámites del procedimiento en cuestión. Igualmente lo hacen la Sentencia del mismo Tribunal de 21 de mayo de 1997 y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de julio de 2006, que significa: *“La configuración jurisprudencial de lo que por precisión total del procedimiento legalmente establecido ha sido finalista y, en consecuencia, progresiva. Por prescindir totalmente del procedimiento legalmente establecido no se entiende que se haya prescindido de cualquier procedimiento -lo que reduciría la nulidad radical a los actos adoptados «de plano»-, sino del procedimiento legalmente establecido para ese género de actuación administrativa. Como quiera que la construcción de los llamados procedimientos especiales se hace en nuestro ordenamiento jurídico sobre la base de un procedimiento*

común -o unas reglas comunes de procedimiento añadiendo al mismo algún trámite específico, la omisión de ese trámite específico va a parificarse con la omisión total del procedimiento, siempre que pueda considerarse esencial -esto es, con un valor singularizado en orden a la instrucción del expediente o a la defensa de los interesados- y no un mero ritualismo configurado en ese procedimiento especial por la razón concreta de que se trate (cláusula de estilo en la materia específica o residuo histórico de un uso administrativo en ese sector); en otros términos, va a entenderse que se ha prescindido totalmente del procedimiento establecido para ese acto concreto, siempre que se pueda afirmar que la ausencia de algún o algunos trámites determina la identificación del procedimiento específico establecido para ese acto concreto.”

Por ello, al haberse incumplido un trámite esencial del procedimiento negociado como es la negociación de las ofertas presentadas por los licitadores, debe anularse la licitación.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar parcialmente la reclamación presentada por don C.F.L. frente a la licitación convocada por “Gestión Ambiental de Navarra, S.A.”, con fecha 27 de marzo de 2014, para la adjudicación del contrato “*Asistencia técnica relativa al Hacking del Águila de Bonelli, monitorización de ejemplares introducidos y control de la población y seguimiento de la reproducción del Águila de Bonelli en Navarra*”, anulándola y declarando la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de adjudicación.

2º. Notificar este Acuerdo al reclamante, a “Gestión Ambiental de Navarra, S.A.” y a los demás interesados que así figuren en la documentación del expediente y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3°. Frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 5 de mayo de 2014. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Sagrario Melón Vital.