



Expediente: R-38/2015

ACUERDO 33/2015, de 9 junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don A.R.S. y don M.R.G. frente a la Resolución 29/2015, de 20 de abril, de la Directora General de Comunicación - Oficina del Portavoz del Gobierno, por la que se adjudica el contrato de asistencia para la “Prestación de servicios auxiliares de gestión y edición de contenidos para el Portal del Gobierno de Navarra en Internet durante 2015”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de marzo de 2015 el Servicio de Comunicación del Gobierno de Navarra remitió invitación a cuatro empresas para participar en un procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación por parte de la Dirección General de Comunicación - Oficina del Portavoz del Gobierno del contrato para la “Prestación de servicios auxiliares de gestión y edición de contenidos para el Portal del Gobierno de Navarra en Internet durante 2015”.

A dicha invitación respondieron las empresas “Mensaje y Acción, S.L.” y Solucioname (formada por los licitadores en participación don A.R.S. y don M.R.G.).

Mediante Resolución 29/2015, de 20 de abril, de la Directora General de Comunicación - Oficina del Portavoz del Gobierno, se adjudicó el contrato para la “Prestación de servicios auxiliares de gestión y edición de contenidos para el Portal del Gobierno de Navarra en Internet durante 2015” a la empresa “Mensaje y Acción, S.L.”

SEGUNDO.- Don A.R.S., con fecha 30 de abril de 2015, interpuso reclamación en materia de contratación pública frente la adjudicación del contrato para la “Prestación de servicios auxiliares de gestión y edición de contenidos para el Portal del Gobierno de Navarra en Internet durante 2015”, ratificada con fecha 5 de mayo de 2015 por don M.R.G., que se fundamenta en síntesis en las siguientes alegaciones:

a) Acreditación técnica insuficiente de doña M.M.P., con base en los documentos presentados por la empresa adjudicataria por lo siguiente:

- Que la puntuación otorgada a doña M.M.P. en los estudios de diseño gráfico y maquetación 2.0 o similar (2,5 puntos) y en la experiencia con Adobe PhotoShop o equivalente para diseño gráfico (otros

2.5 puntos) no se encuentra justificada por cuanto que la Licenciatura en Periodismo era un requisito obligatorio para todos los aspirantes y no debería servir para justificar los conocimientos y experiencia en la herramienta de diseño gráfico Adobe PhotoShop.

- Que la experiencia en Adobe PhotoShop viene justificada por ella misma en vez de por la empresa de educación vial Elvelocimiento.com que ya le había certificado su experiencia con el gestor de contenidos, lo que no termina de entenderse.

- Que el Grupo Noticias no aporta certificación alguna sobre el uso de esa herramienta, sino en redacción y traducción de textos para ese medio.

Por ello solicita que se revise si la puntuación otorgada a la adjudicataria ha resultado correcta.

b) Fallo en el proceso de comunicación de “Mejor oferta económica”, argumentando que existe un defecto de forma en la manera que se ha se ha hecho la negociación.

Así, la reclamante señala que, según establece el pliego en su cláusula 13 A, una vez recibidas las ofertas económicas, la unidad gestora procedería a comunicar cual había sido el mejor precio oferta, sin expresar quien lo ha propuesto y simultáneamente invitar a la mejora de la oferta inicial.

Sin embargo, advierte que la comunicación se hizo vía correo electrónico sin recurrir a la opción “CCO” (con copia oculta) por lo que al ser dos destinatarios quedaba en evidencia de quien era la mejor oferta, lo que permitió a la adjudicataria conocer a su competidora, saber que cifras manejaba y que no había otra competidora.

TERCERO.- Con fecha 5 de mayo de 2015, la Secretaría General Técnica del Departamento de Cultura, Turismo y Relaciones Institucionales aporta el expediente de la licitación y presenta las siguientes alegaciones, que se transcriben en síntesis:

a) Respecto a la insuficiencia de la documentación aportada por la empresa adjudicataria señala que se solicitó subsanación de la documentación y se presentó una declaración personal de doña M.M.P. ateniéndose a la literalidad de la cláusula 10ª b) sobre la composición del equipo de trabajo que señala que la acreditación se efectuará mediante la presentación de los currículos que el equipo profesional se compromete a adscribir a la ejecución del contrato, lo que permite la presentación de una declaración personal para acreditar competencias para las que no se tiene titulación.

b) En cuanto al trámite de la “mejora de la oferta” señala que la LFCP no tiene una regulación completa de las fases ni de los requisitos para la selección de los contratistas ni la forma de articularse la

negociación, por lo que se ha afirmado que la falta de formalismos y la flexibilidad de los procedimientos negociados en los que el elemento esencial es la negociación de los aspectos técnicos y económicos de las ofertas siempre que se respete la igualdad de trato y no se facilite información de forma discriminatoria (art. 73 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos –LFCP–). Así tal información puede referirse a los precios ofrecidos por otras empresas por no ser contraria a los principios de la contratación pública. Asimismo ha de tenerse en cuenta que la empresa declinó expresamente presentar una mejora de su oferta económica.

En consecuencia solicita la desestimación de la reclamación.

CUARTO.- Con fecha 13 de mayo de 2015 se comunica a la adjudicataria la existencia de esta reclamación ofreciéndole la posibilidad de presentar alegaciones sin que haya hecho uso de dicha posibilidad.

A todo lo anterior le son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 2.1.b) de la LFCP, las decisiones que adopte la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, de la que forma parte la Dirección General de Cultura- Oficina del Portavoz del Gobierno, en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, están sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de licitadores participantes en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesados en la licitación y adjudicación del contrato.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal de diez días naturales previsto en el artículo 210.2.b de la LFCP.

CUARTO.- Se impugna la Resolución 29/2015, de 20 de abril, de la Directora General de Comunicación - Oficina del Portavoz del Gobierno, por la que se adjudica el contrato de asistencia para la “Prestación de servicios auxiliares de gestión y edición de contenidos para el Portal del Gobierno de Navarra en Internet durante 2015”, que, a juicio de los reclamantes, ha sido dictada con infracción de los principios rectores de la contratación pública y de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, lo cual está incluido entre los motivos tasados que el artículo 210.3 de la LFCP recoge para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- La reclamación interpuesta se apoya en un doble fundamento, atacando por un lado la valoración técnica otorgada a la empresa adjudicataria y, por otro, el desarrollo del procedimiento negociado tramitado, lo que exige que la primera cuestión que aborde este Tribunal sea si el procedimiento negociado tramitado ha resultado ajustado a derecho.

A este respecto, la reclamante denuncia el modo de negociar la mejor oferta económica por el órgano de contratación. Ello porque después de haber recibido las ofertas de los licitadores, sólo dos, la unidad gestora del contrato, mediante correo electrónico, procedió a comunicarles cuál había sido el menor precio sin ocultar quienes eran los destinatarios, invitándoles en el mismo acto a presentar una mejora de su oferta inicial. De este modo, considera que siendo sólo dos licitadores los destinatarios, la empresa adjudicataria tomó conocimiento de quién era la empresa que había ofrecido el menor precio, qué cifras manejaba y que no había ninguna otra empresa en esa fase de la licitación, todo ello en contra de lo establecido en la cláusula 13 apartado A del Condicionado, según la cual la unidad gestora del contrato debía proceder, mediante correo electrónico, a comunicar a los licitadores cuál había sido el menor precio ofertado sin expresar quién lo había propuesto.

Por su parte, el órgano de contratación defiende que en la LFCP el procedimiento negociado es antiformalista y flexible, que no contiene una regulación completa de las fases del procedimiento, ni de los requisitos para la selección de los contratistas, ni la forma de articularse la negociación, siendo el elemento esencial la negociación de los aspectos técnicos y económicos de las ofertas, siempre respetando la igualdad de trato y no facilitando información de forma discriminatoria.

Por otra parte, señala que ha de tenerse en cuenta que la empresa declinó expresamente presentar una mejora de su oferta económica.

Por tanto, centradas las posiciones de las partes, procede examinar si la forma en que el órgano de contratación realizó la fase de negociación, configurada únicamente en una ronda sobre las ofertas económicas de los licitadores, constituyó un incumplimiento del condicionado, tal como sostienen los reclamantes, y, en su caso, qué sanción conllevaría dicha vulneración.

SEXTO.- Con carácter previo conviene examinar las normas reguladoras del procedimiento negociado sin publicidad, con especial referencia a las referidas a la negociación del contrato.

Así, la adjudicación de los contratos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la LFCP, se realizará mediante procedimiento abierto, restringido, negociado o diálogo competitivo, facultándose al órgano de contratación para recurrir, indistintamente, a los procedimientos abiertos y restringidos, mientras que la utilización de los restantes procedimientos, entre ellos el negociado, únicamente es admisible en los casos y supuestos específicamente previstos en dicha Ley Foral.

El artículo 70 del mismo texto legal 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*”, añadiendo en su apartado segundo que “*salvo en los supuestos de procedimiento negociado con publicidad comunitaria, y en los casos así previstos en la presente Ley Foral, se deberá consultar y negociar los términos del contrato con al menos tres empresas, siempre que sea posible, documentando debidamente dicha actuación*”.

Por tanto, el procedimiento negociado resulta un procedimiento excepcional, cuya utilización únicamente puede ser justificada en los casos específicamente establecidos en la norma, que en los supuestos de no necesaria publicidad comunitaria se concretan en el artículo 73 LFCP.

En el supuesto concreto que nos ocupa, nos encontramos ante la licitación de un contrato de asistencia cuya adjudicación se realiza mediante procedimiento negociado sin publicidad comunitaria por razón de la cuantía, tramitación que encuentra su amparo en el artículo 73.3.d) LFCP, en cuya virtud “*En los contratos de asistencia podrá recurrirse igualmente al procedimiento negociado sin publicidad comunitaria en los siguientes casos: c) En los contratos cuyo valor estimado no exceda de 75.000 euros, IVA excluido. Si el valor estimado no excede de 6.000 euros, IVA excluido, los únicos trámites exigibles serán la previa reserva de crédito, conforme a la legislación presupuestaria aplicable, y la presentación de la correspondiente factura, salvo en los contratos inferiores a 3.000 euros, IVA excluido, en los que únicamente se exigirá la presentación de la factura*”; debiéndose observar, en consecuencia, en su tramitación las disposiciones contenidas en el artículo 74 de la misma Ley Foral, que establece que:

“1. En la documentación del procedimiento deberán figurar el informe sobre las necesidades que debe satisfacer el contrato elaborado por la unidad gestora, las condiciones esenciales del contrato, así como un informe jurídico y el documento que acredite la reserva de crédito conforme a la legislación presupuestaria aplicable. Además, en los contratos de obras de importe estimado superior a 300.000 euros, IVA excluido, se precisará autorización del órgano de contratación.

Las condiciones esenciales incluirán todos los requisitos de carácter jurídico, económico y técnico imprescindibles para plantear una negociación con los licitadores y deberán especificar los términos de la negociación.

Dichas condiciones esenciales deberán reseñar la obligación del licitador de señalar una dirección electrónica para la realización de notificaciones a través de medios telemáticos, a efectos de la reclamación en materia de contratos públicos.

2. *Las invitaciones a negociar deberán enviarse simultáneamente y por escrito, señalando la fecha límite de presentación de propuestas, las necesidades que busca cubrir la Administración así como los términos de la negociación.*

3. *Durante la negociación se velará por que todos los licitadores reciban igual trato. En particular, no se facilitará de forma discriminatoria información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto. Deberán quedar adecuadamente documentadas las invitaciones cursadas, las negociaciones desarrolladas, así como las propuestas u ofertas recibidas.*

4. *Finalizada la negociación, la unidad gestora elevará una propuesta de adjudicación justificada.*

5. *El órgano de contratación dictará la resolución de adjudicación del contrato y aprobará el gasto correspondiente, previa fiscalización por la Intervención”.*

Por tanto, si bien la regulación transcrita pone de manifiesto que en el procedimiento negociado sin publicidad se deberá consultar y negociar los términos del contrato, siempre que sea posible con, al menos, tres empresas, documentando debidamente dicha actuación, así como que durante la negociación se velará por que todos los licitadores reciban igual trato y que, en particular, no se facilitará de forma discriminatoria información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto, resulta cierto que en la misma no se establecen de modo predeterminado todos y cada uno de los trámites a realizar por el órgano de contratación, señalando la Junta de Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña en Informe 1/2011 que *”... el procedimiento negociado sin publicidad es un procedimiento excepcional y flexible que tiene como rasgo característico, entre otros, el hecho, que, ni la fase de consulta y de presentación de proposiciones, ni la fase de selección del contratista y los criterios para efectuarla están reglados”*

Dicho carácter flexible y sin formulismos del procedimiento negociado ha sido también reconocido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, concluyendo que el mismo no conlleva, en sentido estricto y técnico, una verdadera licitación ni exige un trámite preceptivo de presentación de ofertas en sentido análogo al de presentación de proposiciones (Informe 21/1997, de 14 de julio).

En el mismo sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en Resolución 50/2011, de 24 de febrero de 2011, señala que:

“(....) en el procedimiento negociado no existe una licitación en sentido estricto como existe en el procedimiento abierto, y que las ofertas a que se refiere el artículo 162 de la Ley de Contratos del Sector Público, no son equiparables a las proposiciones del artículo 129 de la citada Ley, entre otras razones y como fundamental, porque el precio u oferta económica es uno de los elementos, en el

expediente de referencia el único, que debe ser objeto de negociación sin que pueda quedar fijado con carácter inalterable en la oferta a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones”

En definitiva, la doctrina expuesta permite afirmar que no constituyendo el procedimiento negociado licitación, las ofertas no son proposiciones y no rige respecto a ellas la obligación de secreto de aquellas, por lo que no resulta aplicable al procedimiento negociado lo prescrito en el artículo 52. LFCP, que establece que:

“1. Las proposiciones de los interesados serán secretas hasta el momento de su apertura, se presentarán por escrito, conforme al modelo que se establezca en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y se acompañarán, en sobre aparte, de la documentación acreditativa de la capacidad y de las solvencia del licitador.

2. En los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa las proposiciones se presentarán separando el precio ofertado de las demás condiciones de la oferta. El precio se mantendrá en secreto hasta el momento de su apertura pública y las restantes condiciones de la oferta hasta el momento de su apertura por la Administración”.

Ahora bien, la inaplicación a las ofertas de un procedimiento negociado la exigencia de secreto impuesta a las proposiciones debe serlo a los solos efectos de entender que no resulta preceptivo que las ofertas se presenten en sobre cerrado y separadas de la documentación administrativa, ni que todas las ofertas recibidas sean abiertas en acto único y simultáneo, ya que nada impide que se vayan examinando a medida que se van recibiendo para, con base en dicho examen, el órgano de contratación proceda a iniciar la negociación prescrita.

Es más, las ofertas en el procedimiento negociado también deben considerarse afectadas por el carácter reservado o secreto que se impone a los datos que los interesados presentan ante las Administraciones Públicas, con lo que si bien las ofertas pueden ser utilizadas por el órgano de contratación, no pueden ser públicas frente al resto de los licitadores, carácter reservado que debe ser mantenido durante toda la fase de negociación como garantía de que todos los licitadores que participen en la negociación reciban igual trato y ninguno de ellos se encuentre en posición ventajosa respecto del resto.

Consecuencia de lo señalado, el órgano de contratación debe acordar todas las prescripciones necesarias para asegurar que no trascienda a los licitadores ninguna información que pueda suponer el otorgamiento de alguna ventaja que haga quebrar el principio de igualdad y no discriminación impuesto.

Al hilo de lo anterior, la Circular 1/2014, de la Junta de Contratación Pública de Navarra, establece las pautas de actuación en relación con la tramitación de los procedimientos negociados sin publicidad, poniendo de manifiesto que:

“De acuerdo con la necesidad recientemente suscitada en las unidades gestoras de contratos dentro del ámbito de aplicación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos en relación con la forma más adecuada de proceder a la tramitación de los procedimientos negociados contemplados en los artículos 70 a 74 de la citada Ley Foral, la Junta de Contratación Pública, en su sesión de fecha 15 de mayo de 2014 ha acordado difundir las siguientes pautas de actuación, que considera ajustadas a Derecho.

El procedimiento negociado es 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. Salvo en los supuestos de procedimiento negociado con publicidad comunitaria, y en los supuestos así previstos en la LFCP, se deberá consultar y negociar los términos del contrato con al menos tres empresas, siempre que sea posible. De acuerdo con lo anterior, es conveniente que el desarrollo del procedimiento se lleve a cabo teniendo en cuenta los siguientes puntos:

1. El procedimiento negociado debe ir acompañado de medidas adecuadas que garanticen la observancia de los principios de igualdad de trato y de transparencia y por lo tanto, las invitaciones a presentar una oferta (tanto sea la oferta inicial como en la fase de negociación) se realizarán simultáneamente y por escrito, bastando por ello correo electrónico. Igualmente, todas las ofertas presentadas por los candidatos a lo largo del procedimiento deben ser también por escrito. Para garantizar la transparencia y la trazabilidad del proceso se documentarán debidamente todas las fases del mismo.

(...)

6. Durante la negociación, se velará por que todos los licitadores reciban igual trato. Con ese fin, no se facilitará, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. En particular se informará por escrito a todos los candidatos cuyas ofertas no hayan sido eliminadas, de la mejor oferta recibida en cada uno de los aspectos que estén negociando, sin que dicha información pueda mencionar a qué candidato corresponde, ni la posición de los participantes en el conjunto de la negociación. Se otorgará a los candidatos tiempo suficiente para que puedan volver a presentar ofertas modificadas (...)”

Pues bien, a continuación procede examinar si el condicionado del contrato regula la forma de llevar a cabo la negociación y, en su caso, los términos prescritos.

SÉPTIMO.- El Condicionado que rige el procedimiento negociado examinado establece en su cláusula 13 A) (Primera oferta del procedimiento y adjudicación) que:

“En primer lugar, la unidad gestora procederá, en acto interno, a la apertura y análisis del sobre nº 1 (Documentación administrativa), resolviendo la admisión de los licitadores que hayan presentado en tiempo y forma la documentación exigida.

Si la documentación aportada fuera incompleta u ofreciese alguna duda se requerirá al licitador que complete o subsane los certificados y documentos presentados para acreditar la capacidad y la solvencia económica y financiera, técnica o profesional, otorgándole un plazo, según las circunstancias, de entre cinco y diez días.

En segundo lugar, la unidad gestora procederá a analizar las ofertas técnicas y a continuación las ofertas económicas de las empresas admitidas.

A continuación la unidad gestora del contrato, mediante correo electrónico, procederá a comunicar a los licitadores cual ha sido el menor precio ofertado sin expresar quien lo ha propuesto, y a invitarles en el mismo acto a presentar una mejora de su oferta inicial”.

Por tanto, resulta claro que en este caso no ha existido laguna alguna sobre la forma concreta en la que la unidad gestora del contrato debía realizar la negociación con los licitadores toda vez que ha sido regulada por el propio condicionado.

Así, debiendo iniciarse la negociación con posterioridad al momento en el que la unidad gestora del contrato abrió las ofertas de los licitadores, establece el condicionado que debía enviárseles un correo electrónico para comunicarles cual había sido el menor precio ofertado e invitarles a mejorar la oferta inicial, pero en todo caso ocultando quien había sido la empresa que había ofertado dicho mejor precio. De esta forma asume lo indicado por la Junta de Contratación Pública de Navarra en su Circular, en el sentido de que la información proporcionada no debía mencionar a qué candidato correspondía la mejor oferta recibida ni la posición de los participantes en el conjunto de la negociación.

Por otra parte, en el Acta nº 2, de 27 de marzo de 2015, apertura y análisis de la documentación presentada en primera oferta, firmada por los miembros de la Unidad Gestora del contrato, se hace constar que *“... Y por último y según lo recogido en la cláusula 13 de las condiciones esenciales para la contratación, la Unidad Gestora acuerda la remisión por correo electrónico a los licitadores de notificación del menor precio ofertado (45.979 €) sin expresión del proponente invitándoles a presentar una mejor oferta a la inicial antes del día 1 de abril de 2015...”*

Por tanto, resulta claro que la unidad gestora del contrato acordó iniciar la ronda de negociación con los licitadores de conformidad con lo estipulado en el condicionado del contrato, y a tal efecto remitió correo electrónico a los dos licitadores que habían presentado oferta para que pudieran mejorar su mejor oferta económica inicial.

Así, figura en el expediente el citado correo electrónico remitido, a las 14:22 horas del día 27 de marzo del corriente, de manera conjunta a los dos únicos licitadores, la adjudicataria y los reclamantes, con copia para los dos miembros de la unidad gestora, que incluye el siguiente texto:

“Estimados licitadores:

Con fecha 27 de marzo, en acto interno, se ha procedido a la apertura de los sobres nº 1 y nº 2 del procedimiento negociado para la contratación de una asistencia técnica para el portal navarra.es durante 2015, a la que tu empresa presentó oferta. Vuestra propuesta ha sido admitida.

De acuerdo a los pliegos que rigen este procedimiento negociado, cláusula 13-b, procede ahora concederle un plazo de hasta el 1 de abril (inclusive) para que, si lo estima oportuno pueda presentar una mejora de su oferta económica inicial. Al respecto, le comunicamos que la primera oferta (cláusula 13-a9 de menor precio ha sido de 45.979 euros.

Para su comodidad, le adjuntamos la cláusula 13: (...)” en la que se señala la forma de realizar dicha negociación con la prevención señalada de que “... procederá a comunicar a los licitadores cual ha sido el menor precio ofertado sin expresar quien lo ha propuesto, y a invitarles en el mismo acto a presentar una mejora de su oferta inicial”.

Es cierto que el texto del correo remitido a los licitadores cumple con la señalada prevención, pues en ningún caso les comunica la identidad del candidato que ha presentado la mejor oferta económica inicial. No obstante, la forma de remisión conjuntamente a las dos únicas empresas licitadoras que formularon oferta inicial en vez de utilizar copia oculta, conllevó que se conociera la identidad de cada una de ellas y, obviamente, la identidad del candidato que formuló la mejor oferta inicial.

Así pues, asiste razón a la parte reclamante cuando afirma que el hecho de que la empresa adjudicataria pudiera conocer quien era la otra y única competidora, le permitió conocer quién era la empresa que había realizado la mejor oferta inicial, en contra de lo estipulado en las condiciones esenciales del contrato.

Por el contrario, la alegación vertida por la Secretaría General Técnica del Departamento de Cultura, Turismo y Relaciones Institucionales, en la que manifiesta la posibilidad de conciliar la exigencia de igualdad de trato entre los licitadores y la información proporcionada sobre los precios ofertados por las otras empresas participantes en la negociación, no puede ser admitida en tanto en cuanto no contempla la transmisión de la identidad de los candidatos, especialmente en el supuesto de autos en el que la única existencia de dos empresas ha conllevado que la empresa adjudicataria conociera la identidad del candidato que realizó la mejor oferta inicial, máximo cuando, además, el económico fue el único criterio a negociar.

Los razonamientos anteriores llevan a la conclusión de que la unidad gestora del contrato incumplió las previsiones del condicionado, en particular los criterios de negociación del contrato establecidos en las condiciones esenciales del mismo. Esto supone la concurrencia de un vicio de anulabilidad del artículo 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece que “*Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluido la desviación de poder*”.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 126.1 LFCP, que dispone *que* “1. *Son causas específicas de invalidez de los contratos celebrados por la Administración las señaladas en los apartados siguientes*”. (...) “3. *Son causas de anulabilidad de Derecho administrativo las demás infracciones a lo dispuesto en esta Ley Foral y al resto del ordenamiento jurídico*”, procede anular la resolución de adjudicación del contrato, lo que obligaría a la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la comisión de la infracción, si bien dicha retroacción resulta de imposible ejecución teniendo en cuenta que el resultado de las valoraciones de las ofertas, incluidas las técnicas, fue comunicada por el órgano de contratación a las dos empresas participantes en la negociación.

En todo caso, la imposibilidad de continuar el procedimiento impide que este Tribunal entre a conocer sobre el segundo de los motivos formulados por la parte reclamante en relación a la adecuación a derecho de la valoración técnica otorgada por el órgano de contratación a la empresa adjudicataria del contrato.

OCTAVO.- Finalmente, de forma adicional, procede examinar una cuestión que si bien no ha sido alegada por la parte reclamante, podría llegar a configurar una nueva infracción de precepto legal aplicable.

La participación constatada de únicamente dos licitadores en la negociación del procedimiento examinado obliga a plantear la cuestión de si puede considerarse válida una negociación realizada con únicamente dos licitadores por resultar justificado en el expediente que el órgano de contratación procedió invitando a un mínimo de tres empresas o, por el contrario, no es suficiente con remitir dicha invitación a tres o más empresas si, finalmente, la negociación no se realiza con ese mínimo de tres porque, en definitiva, no dieron resultado las invitaciones remitidas.

El Informe 65/2009, de 23 de julio de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en relación al artículo 162.1 de la LCSP, que exige en el procedimiento negociado la necesidad de solicitar ofertas a un mínimo de tres empresas capacitadas, y a la consulta formulada sobre si basta con solicitar las tres ofertas a empresas capacitadas o si es necesario obtener la

prestación de oferta por todas ellas, señala que “...un procedimiento de adjudicación se adecuará más al espíritu de la norma cuanto más garantizado esté el principio de libre concurrencia. Ello tratándose de procedimiento negociado se cumple a través del resultado de la publicidad, cuando proceda, y en otro, mediante la solicitud de ofertas a empresas capacitadas. Sin embargo, es principio general del derecho que nadie está obligado a hacer lo imposible (“ad impossibilia nemo tenetur”), razón por la cual, si solicitadas las ofertas que la Ley exige solo se hubieran presentados dos o, incluso, una, el órgano de contratación no estará obligado seguir solicitando más hasta conseguir que se presenten tres”

Sin embargo concluye que “... resulta obligado dejar constancia de que la buena práctica desde el punto de vista de la gestión exige que se insista en la búsqueda de ofertas de un modo razonable, en caso de que alguna o algunas de las primeras solicitudes no hubiera dado resultado”.

En esa misma línea, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su informe 16/2012, de 19 de septiembre, razona la necesidad de que existan al menos 3 ofertas, como consecuencia de la excepcionalidad de la ausencia de publicidad:

“Se trata, por tanto, de una carga impuesta a los órganos de contratación con la finalidad de suplir el efecto producido por la publicación del anuncio en relación con la difusión del propósito de celebrar el contrato, toda vez que sí no se impusiera la obligación de invitar a los empresarios, podría resultar imposible la celebración del contrato. No es, por tanto, una prerrogativa concedida al órgano de contratación para que en determinados casos restrinja el número de licitadores a sólo tres sino, como decimos, una carga impuesta a ésta para que la licitación pueda ser conocida por los interesados. Este y no otro es el sentido que debe darse a la obligación impuesta de que, siendo posible, se invite al menos a tres empresarios, por considerar que tres es un número suficiente para celebrar una licitación con transparencia y más podría resultar excesivamente complejo desde el punto de vista práctico (...)”

Por tanto, conforme a dicha doctrina, la exclusión de la publicidad de la licitación debe venir sustituida en los procedimientos negociados por la invitación a un mínimo de empresarios para tomar parte en ella, lo que no se configura en la ley como una simple prerrogativa del órgano de contratación para que restrinja en determinados casos el número de licitadores a tres, sino que se impone como una verdadera carga para que la licitación se pueda realizar con transparencia, excluyendo únicamente el caso en que no resulte posible ni siquiera realizar las tres invitaciones.

Dicha exigencia normativa de mínimos, evacuar el trámite de consultas a tres empresas capacitadas para la ejecución del contrato, trae causa de los principios que rigen la contratación pública, que tienen carácter normativo, y como ha dicho el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de julio de 2001 “los principios jurídicos que deben informar las licitaciones son la publicidad, la competencia, la contradicción e igualdad de oportunidades para los licitadores, como lo ha dicho la jurisprudencia

(Sentencias de 17 de febrero de 1971, 29 de 1974 y 22 de septiembre de 1988) y tales principios tiene un contenido normativo inferido del análisis de los artículos 1.1 y 14 Constitución, 1º y 3º Código civil y 5º Ley Orgánica Poder Judicial”.

Asimismo, el artículo 103 de la Constitución española establece el principio de buena gestión o buena administración al ordenar a la Administración Pública que en el servicio de los intereses generales actúe de acuerdo con el principio de eficacia, principio que queda en entredicho cuando no se realizan todas las actuaciones precisas para garantizar razonablemente que se obtendrán varias ofertas porque la falta de concurrencia real provocará un perjuicio al erario público en la medida que los precios que se obtengan serán superiores a los que podrían derivarse de una efectiva competencia entre varias empresas.

Pues bien, si bien de la normativa, doctrina y jurisprudencia examinada resulta que el órgano de contratación está obligado a invitar a un mínimo de tres empresarios y, además, insistir en la búsqueda de ofertas de un modo razonable para el caso de que las primeras solicitudes no hubieran dado resultado, en los procedimientos negociados sin publicidad tramitados al amparo de la LFCP, se impone además un plus, pues, como se verá a continuación, con carácter general, no basta que el órgano de contratación intente negociar con el mínimo exigido de tres empresas, ya que una negociación de mínimos se exige como requisito esencial de la misma.

A este respecto el art. 70.2 LFCP establece que:

“2. Salvo en los supuestos de procedimiento negociado con publicidad comunitaria, y en los casos así previstos en la presente Ley Foral, se deberá consultar y negociar los términos del contrato con al menos tres empresas, siempre que sea posible, documentando debidamente dicha actuación.”

Por tanto, del tenor literal del precepto, que recurre a la utilización de un verbo imperativo “*deberá*” y a la conjunción copulativa que une los dos términos que configuran el procedimiento negociado, “*consultar y negociar*”, se deduce que la obligación legal impuesta al órgano de contratación consiste no sólo en consultar sino, además, en negociar los términos del contrato con al menos tres empresas capacitadas, no bastando entonces con invitar a un mínimo de tres empresas y conformarse con que alguna de ellas acuda a negociar, esto es una o dos de las invitadas.

Ahora bien, previendo también el artículo 70.2 LFCP la salvedad de “*siempre que sea posible, documentando debidamente dicha actuación*”, se deja abierta la posibilidad de que el órgano de contratación pueda documentar en el expediente bien la imposibilidad de consultar con un mínimo de tres empresas o bien la imposibilidad de negociar con ese mínimo de empresas, aún habiendo sido posible invitarlas.

De esta manera, se configura una excepción a la regla general de consultar y negociar necesariamente con un mínimo de tres empresas, excepcionalidad que deberá estar justificada en el expediente y que, en todo caso, como excepción a una regla general deberá tener carácter excepcional y ser objeto de interpretación restrictiva porque, de otro modo, quedaría desvirtuada la regla general impuesta.

Por tanto, en los supuestos en que habiendo sido invitadas el número mínimo de empresas requeridas, alguna de ellas declinara la invitación, el órgano de contratación deberá invitar a otras empresas capacitadas cuyas ofertas alcancen a completar dicho número mínimo señalado y, tratándose de un contrato de asistencia, solo en aquellos supuestos en que existieran derechos de exclusiva o circunstancias equiparables en los que un servicio sólo pudiera ser ofertado por una empresa o dos en el mercado, podría tener cabida la excepcionalidad señalada, siempre que resultara suficientemente documentada en el expediente.

En definitiva, de conformidad con lo señalado, siendo que en el caso de autos la negociación no fue realizada más que con dos licitadores y que en el expediente no se ha consignado causa alguna que refiera la limitación de empresas en el mercado que pudieran ofrecer el servicio contratado, ni se atisba limitación alguna en ese sentido, ha de estimarse que dicha negociación llevada a cabo en el seno del procedimiento de adjudicación no ha asegurado suficientemente la concurrencia mínima exigida, revelándose por ello una infracción del artículo 70.2 LFCP.

En todo caso, la estimación del motivo alegado por la parte reclamante como fundamento de su reclamación resulta de por sí suficiente para anular la resolución de adjudicación impugnada, constatándose la imposibilidad de reponer el procedimiento al momento de causarse el vicio procedimental denunciado.

En consecuencia, previa deliberación, por mayoría y con el voto particular que formula la Vocal doña Ana Román Puerta, incorporado al final del cuerpo de este Acuerdo; y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don A.R.S. y don M.R.G. frente a la Resolución 29/2015, de 20 de abril, de la Directora General de Comunicación - Oficina del Portavoz del Gobierno del contrato, por la que se adjudica el contrato de asistencia para la "Prestación de servicios auxiliares de gestión y edición de contenidos para el Portal del Gobierno de Navarra en

Internet durante 2015”, anulando el acto de adjudicación del contrato y declarando la imposibilidad de continuar el procedimiento de adjudicación.

2º. Notificar este acuerdo a la Dirección General de Cultura-Oficina Portavoz del Gobierno y a los demás interesados que figuren en la documentación del expediente y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que 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, 9 de junio de 2015. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Ana Román Puerta.

VOTO PARTICULAR que formula la Vocal del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra doña Ana Román Puerta respecto del Acuerdo 33/2015, de 9 de junio, dictado en el Expte: R-38/2015, correspondiente a la reclamación presentada por don A.R.S. y don M.R.G. frente a la Resolución 29/2015, de 20 de abril, de la Directora General de Comunicación - Oficina del Portavoz del Gobierno, por la que se adjudica el contrato de asistencia para la “Prestación de servicios auxiliares de gestión y edición de contenidos para el Portal del Gobierno de Navarra en Internet durante 2015”.

PRIMERO.- Como tuve oportunidad de manifestar durante la sesión de deliberación del presente acuerdo, dentro del respeto hacia el parecer mayoritario de mis compañeros y por las razones que expondré, disiento del Acuerdo finalmente adoptado, por entender que, estando conforme con el sentido estimatorio de la pretensión ejercitada, debió declarar la nulidad de pleno derecho de la resolución de adjudicación impugnada y, en definitiva, de todo el procedimiento de adjudicación, sin posibilidad de convalidación alguna.

En segundo lugar, mi discrepancia alcanza a una segunda vertiente, no contemplada en el Acuerdo, referida a la indebida calificación del contrato objeto de adjudicación como contrato de asistencia, considerando en su lugar que nos encontramos en un supuesto de contratación de prestaciones personales excluidas del ámbito de la contratación pública.

SEGUNDO.- La discrepancia expresada en este voto particular conllevaría una modificación de los Fundamentos de Derecho Séptimo y Octavo y la introducción de un nuevo Fundamento de Derecho Noveno.

TERCERO.- Conforme ya he hecho constar y ahora reitero, mi disenso respecto al Fundamento de Derecho Séptimo viene referido a la apreciación de la existencia de un vicio de nulidad absoluta del artículo 62.1 a) y e) de la de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, en lugar del vicio estimado de anulabilidad del artículo 63.1 de la misma norma, basándome para ello en que si bien el negociado sin publicidad es un procedimiento flexible y no formalista, caracterizado por la falta de regulación completa de sus fases y forma de llevarse a cabo la negociación, la misma, elemento esencial de este procedimiento, debe desenvolverse conforme a los requisitos exigidos legalmente y a las prescripciones establecidas en el condicionado del contrato, garantizando, además, el respeto absoluto de los principios rectores de la contratación pública.

De esta manera, toda negociación que no se acomode a los requisitos exigidos, debe ser equiparada a la falta de negociación, constituyendo un defecto esencial de procedimiento que debe conllevar la máxima sanción establecida legalmente, esto es un vicio de nulidad de pleno derecho, tal y como fue declarado en los Acuerdos de este Tribunal 10/2013, de 14 de junio, *“La propia dicción de este precepto legal hace suponer que no queda acogido dentro del supuesto de nulidad cualquier incumplimiento de las formas procedimentales necesarias para la creación del acto, sino exclusivamente aquéllos en los que se haya obviado total y absolutamente el procedimiento previsto para su aprobación. De este modo lo vino entendiendo tradicionalmente el Tribunal Supremo, quien en su Sentencia de 21 de octubre de 1980 afirmaba que, para una recta aplicación de la nulidad establecida en dicho artículo, “el empleo de los adverbios allí reflejados -total y absolutamente- recalcan la necesidad de que se haya prescindido por entero de un modo manifiesto y terminante del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo, es decir, para que se dé esta nulidad de pleno derecho es imprescindible, no la infracción de alguno o algunos de los trámites, sino la falta total de procedimiento para dictar el acto”.* No obstante, si bien, según lo expuesto, una primera reflexión parece conducir a referir el vicio de nulidad citado a aquellos supuestos en que se dicta el acto de plano y sin procedimiento alguno, la jurisprudencia ha abandonado esta posición restrictiva huyendo de la estricta literalidad del precepto y adoptando una postura más matizada, al entender que entran dentro del ámbito de aplicación de la causa de nulidad aludida los supuestos en que se han omitido trámites esenciales del mismo -entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991, de 31 de mayo de 1991, de 9 de diciembre de 1993 o de 15 de junio de 1994. Similar trayectoria se observa en la doctrina del Consejo de Estado, quien, tras afirmar en una primera etapa que para poder ampararnos en el motivo indicado sería precisa la total y absoluta falta del procedimiento señalado, lo que supondría adoptar un acto administrativo careciendo mínimamente de la base procedimental sobre la que discurre la senda de la legalidad en la adopción del mismo, en dictámenes emitidos con posterioridad ha llegado a aceptar que la falta comprobada de un requisito formal esencial para la producción de un acto resulta suficiente para determinar la nulidad del mismo por el motivo analizado -entre otros, Dictamen 591/1995-. En suma, y siguiendo la línea expuesta por este Consejo Consultivo en reiteradas ocasiones -entre otros, en dictámenes 7/1998, de 27 de enero; 62/1999, de 14 de septiembre; 12/2000, de 22 de febrero; 151/2004,

de 24 de noviembre; 97/2009, de 21 de mayo; o 210/2009, de 14 de octubre- hay que afirmar que procede admitir la concurrencia del motivo de nulidad previsto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido, cuando el procedimiento utilizado es otro distinto al exigido legalmente o bien cuando, aun existiendo varios actos del procedimiento, se omite aquél que, por su carácter esencial o trascendental, es imprescindible para asegurar la identidad del procedimiento o garantizar los derechos de los afectados.”

(...) 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.

Por todo lo anterior, al haberse incumplido un trámite esencial del procedimiento negociado como es la negociación de las ofertas presentadas por los licitadores, debe anularse el acto recurrido”.

Así pues, una vez examinada la forma en que la negociación fue llevada a cabo en el procedimiento examinado, configurada en el condicionado del contrato por una sola ronda sobre las ofertas económicas de los participantes, resulta constatado que el órgano contratación permitió conocer quién era la empresa que había realizado la mejor oferta inicial, en contra de lo expresamente prescrito en el condicionado del contrato, que había incluido las pautas prescritas en este sentido por la Circular 1/2014 de la Junta de Contratación Pública de Navarra, facilitar a los candidatos no eliminados la información sobre todos los aspectos que se están negociando pero sin mencionar a qué candidato corresponde la mejor oferta presentada ni la posición de los participantes en el conjunto de la negociación con el fin de no otorgar ventajas a unos licitadores frente a otros y garantizar la igualdad de trato entre ellos.

Dicha conclusión permite llegar al razonamiento de que el incumplimiento por el órgano de contratación de los criterios de negociación supuso, en primer lugar, la vulneración de las condiciones esenciales del mismo, que como ha señalado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución 299/2011, constituyen, según reiterada jurisprudencia, ley del contrato, cuyas cláusulas, en aplicación del artículo 1282 del Código Civil, deben ser objeto de una interpretación lógica según su sentido literal o teleológico, de modo que una interpretación contraria a su sentido natural conllevaría una vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad.

Pero, además, tratándose la vulnerada de una condición que garantizaba el principio de igualdad y no discriminación de los participantes en la licitación, una trasgresión de los principios rectores de la contratación pública derivados del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que constituyen criterios inspiradores de la interpretación de las disposiciones contenidas en la LFCP, tal y como establece el artículo 21 de dicha norma cuando dice que “*Las entidades sometidas a la presente Ley Foral otorgarán a los contratistas un tratamiento igualitario y no discriminatorio y actuarán con transparencia, interpretando las normas atendiendo a tales objetivos y respetando la doctrina dictada a*

tal fin por la jurisprudencia comunitaria”, principios que deben ser respetados en la adjudicación de todos los contratos públicos, con independencia del procedimiento de adjudicación que en cada caso se tramite, y que de ninguna manera pueden ser soslayados en el caso del procedimiento negociado sin publicidad bajo el argumento de que se trata de un procedimiento flexible y no formalizado.

En consecuencia, la no sustanciación por el órgano de contratación de la fase de negociación de las ofertas conforme a las condiciones esenciales del contrato y los principios rectores de la contratación pública no constituye un mera irregularidad procedimental sino un defecto esencial de tramitación del procedimiento negociado determinante de un vicio de nulidad que obliga a declarar la nulidad de pleno derecho de la resolución de adjudicación del contrato y de todo el procedimiento de contratación, sin posibilidad de convalidación alguna, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 126.2.a) LFCP, que dispone que son causas de nulidad de derecho administrativo las establecidas en la legislación general de procedimiento administrativo.

En particular, las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos previstas en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, *“Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”* y en el artículo 62.1. e) de la misma norma, *“Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecidos o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*, causa que comprende los supuestos en los que si bien no se ha prescindido de la tramitación del procedimiento establecido sí se han omitido trámites esenciales del mismo o el procedimiento tramitado es otro distinto al exigido legalmente.

CUARTO.- La discrepancia que refiero respecto al Fundamento Octavo también cuestiona la calificación de la sanción que debe conllevar el incumplimiento de una norma imperativa como es el artículo 70.3 LFCP, que impone que *“se deberá consultar y negociar los términos del contrato con al menos tres empresas, siempre que sea posible, documentando debidamente dicha actuación”*

A este respecto, el artículo 6.3 del Código Civil, referido a la eficacia de las normas, que por estar inserto en su Título Preliminar es de aplicación a todo el ámbito del derecho, señala que *“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*.

Y si bien es cierto que la jurisprudencia ha ido flexibilizado su aplicación, matizándose la nulidad absoluta por contravención de conformidad con la finalidad de la norma contravenida, el artículo 70.3 LFCP, superando la mera exigencia de invitar que se impone como una carga al órgano de contratación en la normativa estatal, conlleva un plus al convertir dicha carga en obligación de negociar

con al menos tres empresas, para asegurar así una concurrencia mínima que compense la falta de publicidad de un procedimiento excepcional en su utilización por los órganos de contratación, por lo que, en definitiva, también quedan afectados los principios rectores de la contratación pública.

Por tanto, la negociación realizada por el órgano de contratación con únicamente dos participantes sin dejar acreditadas en el expediente las razones que han imposibilitado las posibilidades de búsqueda de empresas candidatas a la negociación, no asegurando así la concurrencia mínima de tres que impone imperativamente la norma aplicable, tampoco puede constituir una mera infracción legal porque constituye un incumplimiento esencial que vicia toda la negociación, debiendo determinar la apreciación de una causa de nulidad de pleno derecho artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, *“Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecidos o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*

QUINTO.- Mi voto particular lleva a examinar una segunda cuestión, tampoco suscitada por la reclamante, que, asimismo, podría configurar una nueva causa de nulidad de pleno derecho del procedimiento de contratación, lo que hubiera determinado la inclusión de un nuevo Fundamento de Derecho al Acuerdo final, con el siguiente tenor:

FUNDAMENTO NOVENO.- El Anexo I del condicionado establece las prescripciones técnicas reguladoras que rigen la contratación por parte del Gobierno de Navarra de la prestación de servicios auxiliares de gestión y edición de contenidos del portal web (www.navarra.es), bajo la dirección y supervisión del Servicio de Comunicación de la Dirección General de Comunicación, cuyas tareas se describen en el mismo:

Descripción del servicio

El servicio comprende las siguientes tareas:

- *Edición de contenido del portal navarra.es: revisión y publicación de las páginas que realizan los autores del portal, para asegurar que responden al manual de estilo del portal web.*
- *Soporte a la función de autoría: Aclaraciones y recomendaciones para la incorporación de contenido al portal web.*
- *Diseño y creación de banners y elementos gráficos. Gestión de la publicación de banners en el portal web.*
- *Creación y mantenimiento de páginas, utilizando las plantillas del portal web.*
- *Creación de monográficos y webs promocionales para la presentación de nuevos contenidos (vídeos, archivos en PDF o Word y otros) con tecnología CSS y XHTML (o el estándar que se utilice en el momento de prestación del servicio).*

- Auditoría de apartados del portal web: seguimiento de la calidad y caducidad de los contenidos y, en su caso, elaboración de informe para su reforma o eliminación.
- Asesoría a los departamentos sobre la incorporación de nuevo contenido a la arquitectura de información del portal web.
- Analítica del portal web utilizando la herramienta de análisis corporativa (Google Analytics).
- Edición de contenidos del catálogo de trámites: revisión y publicación de las fichas de trámites que realizan los autores del catálogo de trámites para velar por la homogeneidad y calidad de la información.
- Impulso e incorporación de trámites que se puedan tramitar telefónicamente y telemáticamente.
- Gestión de la home de trámites: inclusión de avisos, revisión de destacados, etc.
- Otras tareas relacionadas con la herramienta de administración del catálogo de trámites: elaboración de informes, gestión de permisos

Asimismo, en dichas PPT se hace constar que:

“Equipo de trabajo y perfiles necesarios

El equipo estará compuesto por dos licenciados en Ciencias de la Información o titulación asimilada a jornada completa.

Las herramientas específicas de trabajo son: gestor de contenido, CMS de Microsoft, aplicación a medida para la gestión del catálogo de trámites, PhotoShop y Google Analytics.

Prestación del servicio

Las personas adscritas a este contrato trabajarán a jornada completa y con carácter presencial, en horario similar al del personal de la Administración, en las oficinas del Servicio de Comunicación del Gobierno de Navarra. Para ello, dispondrá de un ordenador con clave propia de usuario, una cuenta de correo electrónico y una línea de teléfono, de las redes de telecomunicaciones del Gobierno de Navarra”

En un primer análisis del PPT, se observa que el conjunto de las tareas que se describen como contenido del contrato de asistencia del servicio adjudicado no se corresponden con los servicios emparentados parte del grupo 724, puesto que la CPV 7240000-4 Servicios de Internet comprende los siguientes:

72400000-4 Servicios de Internet

72410000-7 Servicios de proveedor

72411000-4 Proveedor de servicios de Internet (PSI)

72412000-1 Proveedor de servicios de correo electrónico

72413000-8 Servicios de diseño de sitios web www
72414000-5 Proveedores de motores de búsqueda en la web
72415000-2 Servicios de hospedaje de operación de sitios web www
72416000-9 Proveedores de servicio de aplicaciones
72417000-6 Nombres de dominio de Internet
72420000-0 Servicios de desarrollo de Internet
72421000-7 Servicios de desarrollo de aplicaciones cliente en Internet o intranet
72422000-4 Servicios de desarrollo de aplicaciones servidor en Internet o intranet

Por otra parte, las prestaciones contratadas ni están suficientemente delimitadas ni constituyen una prestación con sustantividad propia, ni obedecen a necesidades de tipo coyuntural, cualidad que ha de ser inherente a un contrato de asistencia, si no que, por el contrario, se corresponden con las tareas propias de los puestos de trabajo pertenecientes a la plantilla orgánica de la unidad administrativa afectada, correspondientes a la gestión ordinaria del servicio y necesarias para el desarrollo de sus competencias propias.

Por ello, en estos supuestos debe velarse para que la contratación de servicios sea lícita y no implique durante su ejecución una actuación ilícita por poder resultar una relación laboral encubierta o incluso una cesión ilegal de trabajadores, constituyendo en dichos casos, además de una lesión de los derechos de los trabajadores, una vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen en el acceso al empleo público.

A este respecto, la determinación de si una relación jurídica contractual tiene naturaleza laboral no depende de cómo la denominen las partes y, en este sentido, la jurisprudencia viene reiterando que los contratos son lo que son, independientemente de la denominación dada por las partes. En todo caso, los contratos administrativos tienen por objeto un resultado que se ha de lograr mediante una actividad realizada por el contratista, pero no se toma como objeto la actividad en si misma independiente del resultado final, y a diferencia de los contratos laborales, han de tener por objeto actividades excepcionales y no habituales de la Administración.

Además de ello, hay que tener en cuenta si en la prestación que constituye su objeto concurren los requisitos de dependencia y ajeneidad propias de la relación laboral, que pueden venir determinados por distintos criterios, a saber: el prestador del servicio utiliza los medios de la Administración Pública contratante para realizar el trabajo, se somete a sus instrucciones de forma subordinada, realiza el servicio en la sede administrativa con sometimiento al horario del empleado público, es decir, que el contrato administrativa se celebre con personas físicas que desarrollen un trabajo dependiente e inserto en la estructura organizativa del ente público contratante.

En todo caso, debe señalarse que el Tribunal Supremo continúa aplicando la figura del trabajador indefinido no fijo a los supuestos de relacionales laborales encubiertas bajo contratos administrativos. Así, la STS (Sala de lo Social) de 21 de julio de 2011 reitera que los denominados "falsos autónomos", tienen derecho a que su relación con la Administración Pública se transforme en una relación laboral por tiempo indefinido cuando, en definitiva, el autónomo sea tratado bajo los parámetros de laboralidad.

Asimismo, el Tribunal Supremo reitera que cuando se dan las notas de dependencia, ajeneidad y retribución en el desarrollo de un contrato suscrito entre una Administración Pública y un trabajador, al que se trata como si fuera un autónomo, mediante la firma de contratos administrativos, hay que estar a la realidad de la relación, y no al nombre y formalización del contrato. Es decir, que si, pese a la suscripción de un contrato administrativo como autónomo, el trabajador desarrolla su trabajo en las dependencias de la Administración Pública de que se trate, recibe órdenes de sus superiores como cualquier otro trabajador y, en definitiva, se inserta en la organización propia de dicha Administración, el contrato se declara fraudulento y, en conclusión, dicho trabajador adquiere la consideración de personal laboral por tiempo indefinido de la Administración contratante.

Por otra parte, el Tribunal Supremo, en las Sentencias de 26 de octubre de 1992, 2 y 10 de febrero de 1998 y 21 de enero de 1999, en doctrina unificada, concluye que la indebida utilización del contrato administrativo es fraudulenta a tenor de los artículos 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y 6.4 del Código civil, en conexión con la irrenunciabilidad de derechos establecida en el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Lo que sí ha dejado claro el Tribunal Constitucional en la Sentencia 5/1982, de 8 de febrero, es que *“el carácter excepcional de la contratación administrativa (...), consagrado en el artículo 6 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, impide utilizar este procedimiento como vía normal de provisión de puestos en la función pública, lo diga así o no la norma particular”*, añadiendo que *“la opción entre una u otra vía de acceso a la función pública está condicionada por los principios básicos de la legislación estatal, que no son principios reguladores de los distintos procedimientos, sino definidores de la secuencia necesaria que entre ellos ha de darse, secuencia que define cuál haya de ser la estructura de la función pública y que obliga a acudir no a la contratación, sino a la interinidad, para la designación de quienes provisionalmente hayan de ocupar vacantes que definitivamente sólo pueden ser cubiertas por funcionarios de carrera. (...) la opción entre la contratación administrativa u otras vías de provisión no es una opción libre, sino realizada de acuerdo con la legislación básica del Estado”*.

Por ello, el Tribunal de Cuentas, elevó a las Cortes Generales una Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración Contratante en virtud de sentencias judiciales, motivando la aprobación de la Resolución

de 27 de octubre de 2010 (BOE de 18 de enero de 2011), por la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las relaciones con el Tribunal de cuentas, sobre la atención a diversos principios de actuación, entre otros los siguientes:

1.- Debe evitarse recurrir a la contratación de servicios externos para suplir la carencia de medios personales cuando se trate de hacer frente a las necesidades permanentes de personal relacionadas con el ejercicio de competencias del órgano administrativo.

2.- En los condicionados del contrato se determinarán con precisión las prestaciones a realizar, que deberán quedar deslindadas de la actividad desarrollada por la entidad contratante a través de su propio personal, sin que en ningún caso puedan confundirse las tareas a desempeñar por el personal de la empresa contratista y las desempeñadas por el personal de la entidad contratante.

3.- Deberá respetarse durante la ejecución del contrato el poder de dirección que corresponde al empresario, absteniéndose de asumir funciones directivas mediante la impartición directa de órdenes e instrucciones sobre el personal de la empresa concertada, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos.

De forma complementaria, en la misma resolución se señalan las Buenas prácticas en la fase de formalización de los contratos, siendo relevantes a los efectos aquí tratados las siguientes:

- El objeto del contrato deberá ser la prestación integral de un servicio, incluyendo la aportación de funciones de organización e iniciativa para garantizar el cumplimiento del mismo.

- Habrá que consignarse la obligación de la empresa adjudicataria de designar al menos un coordinador técnico o responsable, perteneciente a la plantilla del contratista que será el interlocutor con quien se relacionará únicamente la entidad contratante y a quien corresponderá la dirección del proyecto y las funciones de dirección de la empresa contratista.

- Deberá quedar garantizada la existencia real de la empresa adjudicataria, que habrá de contar con una organización propia y estable, viabilidad económica y clientela al margen de la entidad administrativa, así como medios personales y materiales propios.

- Con carácter general, la prestación de servicios derivados del contrato adjudicada se efectuará en dependencias o instalaciones propias del empresario contratista y sólo con carácter excepcional podrán prestarse en alguno de los centros administrativos dependientes de la entidad contratante, en cuyo caso

habrá de dotarse a ese personal de espacios de trabajo diferenciados del que ocupan los empleados públicos.

- Se evitará la confusión de funciones o tareas compartidas que pudieran generarla entre los trabajadores de las empresas contratistas y los empleados públicos destinados en el centro de trabajo.

A mayor abundamiento, el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, medidas de carácter básico al amparo de los artículos 149.1.13 y 156.1 CE, asumidas por Navarra mediante las correspondientes leyes forales, incluyó en su Disposición adicional primera una serie de medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración. En concreto estableció que los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, de acuerdo con el artículo 3.1 de la LCSP, dictarían en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quedara clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral. A tal fin lo citados entes, organismos y entidades dictarían antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral.

En definitiva, cuando se trata de sustituir la realización de actividades propias de la competencia de un órgano de la administración por la prestación contratada con un proveedor externo, han de regir unas garantías que aseguren que el objeto de la contratación es la prestación integral de un servicio por parte de una empresa que aporta una organización propia y medios financieros, personales y materiales suficientes que, en definitiva, es lo que asegura que existe un contrato de asistencia.

Sin embargo, en el caso de autos, después de examinar el expediente, se verifica que la contratación adjudicada no exige la obtención de un resultado al que se deba orientar la actividad que debe prestar la empresa contratista, sino que se señala como objeto la propia actividad ordinaria que desarrolla la entidad contratante por medio de los empleados públicos en ejercicio de sus competencias, que se presta en las dependencias de dicha entidad, con disposición de los medios materiales y las infraestructuras tecnológicas de la misma (ordenador del servicio con clave de usuario, cuenta de correo electrónico y línea de teléfono de las redes de telecomunicaciones del Gobierno de Navarra), por personal de la adjudicataria al que se le exige presencia obligada en dichas dependencias, régimen de jornada funcional y dependencia directa del equipo directo que ejerce las funciones directivas del órgano administrativo.

Por tanto, las consideraciones expuestas permiten concluir que el contrato adjudicado no puede ser calificado como un contrato de asistencia del artículo 4.3 LFCP por constituir el objeto de la

contratación la prestación de los servicios personales de dos titulados en periodismo o titulación equivalente con experiencia en la elaboración de trabajos en una página web, en las propias oficinas del Servicio de Comunicación del Gobierno de Navarra, bajo la dirección y supervisión del mismo, mediante la utilización de los medios propios, contratación que estaría excluida del ámbito de la contratación pública, en general, y de la LFCP, en particular, y sometida al ámbito de aplicación del Estatuto de Personal y de la competencia de la Dirección General de Función Pública del Gobierno de Navarra.

Siendo así, en el supuesto examinado cabe constatar una utilización indebida de un contrato de asistencia para sustituir la actividad normal y ordinaria de los empleados públicos de la entidad contratante elusiva de los principios que deben regir el acceso a la función pública, de igualdad, mérito y capacidad y, por tanto, constitutiva de fraude de ley del artículo 6.4 del Código Civil, que establece que *“los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”* y determinante de un nuevo vicio de nulidad de pleno derecho del procedimiento de contratación, amparado en el artículo 62.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común (*“Los actos expresos y presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”*)

Y este es mi parecer, que emito con pleno respeto a mis compañeros y a su Acuerdo.

Pamplona, 9 de junio de 2015. LA VOCAL, Ana Román Puerta.