



Expte.: 77/2016

ACUERDO 10/2017, de 27 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don Á.G.U., en representación de “GUILLÉN OBRAS Y PROYECTOS, S.L.”, frente al Acuerdo del Ayuntamiento de Urraúl Alto, de 13 de diciembre de 2016, por el que se adjudica el contrato de obras de “CONDUCCIÓN EN ALTA ELCOAZ-IMPULSION ONGOZ, URRÁÚL ALTO”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 15 de noviembre de 2016, el Ayuntamiento de Urraúl Alto publicó, en el Portal de Contratación de Navarra, anuncio de la licitación por procedimiento negociado sin publicidad comunitaria de las obras del “Proyecto de Conducción en Alta Elcoaz-Impulsión Ongoz, Urraúl Alto”.

SEGUNDO.- El mismo día 15 de noviembre de 2016, se procedió a cursar invitaciones a varias empresas para que participaran en el procedimiento iniciado por el Ayuntamiento de Urraúl Alto.

TERCERO.- El día 2 de diciembre de 2016, la Mesa de Contratación reunida al efecto acuerda admitir a la licitación a las cinco empresas participes en el procedimiento, dos de las cuales no habían sido invitadas, pero enteradas de la licitación presentaron propuesta de participación en el referido procedimiento.

En dicha sesión se procedió, una vez comprobada la conformidad de la documentación requerida acreditativa de la capacidad y solvencia de dichas empresas, lo cual determino su admisión al procedimiento de licitación, a la valoración de las ofertas técnicas presentadas por las mismas, aprobándose la misma por la unanimidad de los presentes.

Asimismo, se acordó el señalamiento de la apertura pública de las ofertas económicas para el día 7 de diciembre de 2016.

CUARTO.-El día 7 de diciembre de 2016, en sesión pública a la que asiste el representante de la empresa ahora reclamante, la Mesa de Contratación informa a los presentes en dicho acto sobre las empresas presentadas y admitidas a la licitación así como sobre la valoración de las ofertas técnicas de las mismas. Luego se procede a la apertura de las ofertas económicas de todos los participantes, procediéndose a su valoración conforme a la Cláusula Décima del Pliego, acordándose posteriormente por parte de los miembros de la Mesa la apertura de una fase de negociación.

QUINTO.- Ese mismo día, el Ayuntamiento de Urraúl Alto informa a los licitadores, mediante correo electrónico, que *“de las ofertas recibidas la Baja Máxima alcanza el 17,97%, siendo la Baja Media el 13,19%.*

En el marco de la presente negociación, dicha oferta puede ser mejorada mediante la formulación de una nueva propuesta, única y exclusivamente en lo que se refiere a los términos económicos.

En este sentido, se entenderá que la nueva oferta que presente cada empresa en el marco de esta negociación, se entenderá como su oferta definitiva, y a aquellas empresas que no presenten nueva oferta se les mantendrá como definitiva la oferta ya presentada. Una vez recibidas las ofertas se procederá a su valoración conforme a los criterios establecidos en la cláusula 10ª.”, concediéndoles plazo para la presentación de una nueva oferta hasta el día 13 de diciembre de 2016.

SEXTO- El día 13 de diciembre de 2016, en acto público, se procede a la apertura de las ofertas económicas presentadas en la fase de negociación, en la cual participó también el ahora reclamante.

En esta fase de negociación presentaron nuevas ofertas tres empresas, entre las cuales estaba el reclamante.

Una vez abiertas las ofertas económicas presentadas en la negociación y procediéndose a su valoración, la Mesa acuerda proponer al Ayuntamiento de Urraúl Alto la adjudicación de las obras “Conducción en Alta Elcoaz-Impulsión Ongoz, Urraúl Alto” a la empresa “SASAOI ERAINKUTZAK, S.L.”, al ser la que mejor valoración había obtenido en la totalidad del procedimiento.

SEPTIMO.- El día 13 de diciembre de 2016, se notificó a la empresa “GUILLÉN OBRAS Y PROYECTOS, S.L.” el Acuerdo de adjudicación adoptado por el Ayuntamiento de Urraúl Alto ese mismo día en favor de la empresa “SASAOI ERAINKUTZAK, S.L.”.

OCTAVO.- El día 21 de diciembre de 2016, don Á.G.U., en nombre y representación de “GUILLÉN OBRAS Y PROYECTOS, S.L.”, interpone reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, frente al Acuerdo del Ayuntamiento de Urraúl Alto de 13 de diciembre de 2016, por el cual se adjudica el contrato de obras “CONDUCCIÓN EN ALTA ELCOAZ-IMPULSION ONGOZ, URRÁÚL ALTO”.

El reclamante interpone su reclamación basado en los siguientes motivos:

En primer lugar, el reclamante alega que *“el acuerdo adoptado por la corporación de Urraúl Alto es contrario a derecho porque infringe lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas”*, y ello, según el reclamante, porque si bien se establece dentro del cuadro de características del contrato, en la letra E-Procedimiento: *“Negociado sin publicidad comunitaria. Arts 73 y 74. Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos”*, considera que *“En ninguna de las 33 Cláusulas del PCOP propiamente dicho, se vuelve a hacer mención alguna a dicho procedimiento”*.

Antes al contrario, dice el reclamante, de lo establecido en las cláusulas 9 a 14 inclusive lo que se deduce es que estamos en presencia de un procedimiento abierto que se resolverá tras la correspondiente valoración técnica y la apertura posterior de la proposición económica para, sumados los puntos de ambas, adjudicar ya el contrato,

basándose como ejemplo claro, según el mismo, en la regulación contenida en la Cláusula 12 "Procedimiento de Selección del Adjudicatario", en la cual destaca el reclamante *"la intervención de la Mesa procediendo a la apertura de la documentación administrativa y posteriormente la técnica, apertura pública de las oferta económicas, comunicación previa a ésta del resultado de la valoración técnica realizada por la Administración etc."*

Según el reclamante la referencia en el "Cuadro de Características" a Procedimiento Negociado solo puede entenderse como un error, ya que, conforme a la regulación legal de dicho procedimiento y basándose en el Informe 48/2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, señala que el Pliego deberá establecer *"los aspectos económicos y técnicos del contrato sobre los que versará la negociación."*, en el presente caso, indica el reclamante, *"ni se fija una fase de negociación, ni se establecen las condiciones esenciales con los requisitos que posibilitan la misma, ni, finalmente, se especifican los términos en que debe desarrollarse"*.

Por todo ello, concluye el reclamante que *"solo puede entenderse que el procedimiento previsto en el PCAP del que trae causa la reclamación, era un procedimiento abierto y, por ello, el acuerdo impugnado lo infringe en la medida en que no respetó la valoración resultante de la suma de las ofertas técnica y la económica de la que resultó que nuestra sociedad era la adjudicataria y que podrá contrastar el Tribunal una vez sea remitido el expediente por el Ayuntamiento."*

En segundo lugar, alega el reclamante que, aun suponiendo que el procedimiento fuera un procedimiento negociado sin publicidad comunitaria, el Acuerdo de adjudicación sería contrario al ordenamiento pues no ha habido negociación alguna.

Señala el reclamante que en el escrito que le dirigió el Ayuntamiento de Urraúl Alto el día 7 de diciembre de 2016, *"de conformidad con lo previsto en el artículo 74 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, en el marco de la presente negociación dicha oferta puede ser mejorada, única y exclusivamente en lo que se refiere a los términos económicos."*

Ante tal invitación, el reclamante significa: *“nuestra sociedad, que era la adjudicataria, advirtiendo que estábamos ante una manifiesta ilegalidad porque se vulneraba el PCAP y, además, no se definía con ese acto a posteriori tampoco proceso alguno de negociación, ante el temor de que si no presentaba mejora de oferta tuviera que litigar para que se le reconociera como adjudicataria o, en otro caso, si presentaba alguna con carácter cautelar pero advirtiendo de ilegalidad, se la excluyera del proceso y tuviera igualmente que defenderse del fraude de ley que se estaba perpetrando, decidió mejorarla y esperar. Obviamente, tras el acuerdo de la corporación, el único camino posible que nos ha quedado es el de la presente reclamación.”*

Haciendo referencia al Informe de la Junta de Contratación Pública de Navarra 1/2014, así como a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 50/2011, así como al Acuerdo 52/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, considera que el Acuerdo de adjudicación es nulo ya que si no existe negociación, se habría omitido un tramite esencial del procedimiento negociado, al prescindirse total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, *“siendo evidente que no ha habido negociación alguna sino que, en realidad, lo que se llama negociación no es sino una subasta respecto al precio de la oferta inicial que vincula al ofertante.....pudiera resultar aceptable desde un punto visto legal, cuando se prevé únicamente negociar precio, sería hacer constar expresamente en los PCAP que el precio ofertado es tanto criterio de adjudicación como elemento negociador pero en el presente caso ni se hizo constar en el PCAP ni ha habido negociación alguna.”*

En definitiva, el reclamante solicita que en razón a la alegación primera, se estime la reclamación, se declare contraria a derecho la adjudicación realizada, revocándola, y que se le adjudique el contrato.

Subsidiariamente solicita que en base a la alegación segunda, se estime la reclamación, declarando nulo de pleno derecho el acuerdo de adjudicación.

NOVENO.- El día 28 de diciembre de 2016, el Ayuntamiento de Urraúl Alto remitió el expediente de la licitación objeto de la reclamación, junto con el correspondiente escrito de alegaciones oponiéndose a la reclamación presentada.

En primer lugar, el Ayuntamiento de Urraúl Alto considera que resulta absolutamente claro que el procedimiento convocado por el mismo para la licitación de las obras “CONDUCCIÓN EN ALTA ELCOAZ-IMPULSION ONGOZ, URRÁUL ALTO” fue tramitado conforme al procedimiento negociado sin publicidad comunitaria tal y como esta regulado en los artículos 73 y 74 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP).

Así, fue objeto de publicación en el Portal de Contratación Pública de Navarra, conforme al artículo 229 de la Ley Foral de Administración Local de Navarra, y los artículos 70 y siguientes y el artículo 89.3 de la LFCP.

Consta, dice, de *“forma indubitada tanto en las invitaciones cursadas como en el anuncio del Portal de Contratación y en el Pliego de Condiciones que el procedimiento de contratación es el negociado sin publicidad comunitaria”*.

Consta además que a las empresas a las cuales no se les cursó invitación, y que enteradas de la licitación participaron en la misma presentando ofertas, fueron admitidas conforme al Informe de la Junta de Contratación Pública 1/2014.

Como segundo argumento en defensa de la legalidad de su actuación, señala el Ayuntamiento que las cinco empresas participantes en la licitación aceptaron plenamente los pliegos con ocasión de su participación sin reserva alguna o recurso o impugnación al respecto.

Al respecto, señala que los Pliegos constituyen la Ley primordial del contrato, a la que se someten tanto la Administración contratante como el adjudicatario.

También afirma que la empresa reclamante, “Guillén Obras y Proyectos, S.L.”, *“en ningún momento presentó reclamación contra ningún acto de trámite ante el Tribunal, tanto en lo que respecta a las invitaciones cursadas o contra el propio Pliego. Dio por bueno el pliego y el procedimiento que estaba realizando el Ayuntamiento y que todo era correcto, no pudiendo ahora que el adjudicatario final es otra empresa, intentar pretender que todo es nulo. Va contra sus propios actos realizados en el expediente.”*

En su tercera alegación el Ayuntamiento insiste nuevamente en la aceptación de los pliegos y de lo actuado por el reclamante.

Expone que la presencia del representante de la empresa reclamante en el acto público de apertura de las ofertas económicas, en el cual se comunicó a los presentes la valoración técnica realizada, se procedió a abrir los sobres de la oferta económica así como a valorarse las mismas, además de comunicar que posteriormente se procedería a realizar la fase de negociación circunscrita a la presentación de una nueva oferta económica, al ser únicamente este criterio objeto de negociación, supone todo ello, el consentimiento y aceptación por parte del reclamante ya que en ese momento podía haber manifestado o interpuesto reclamación, pero por el contrario aceptó todo lo actuado, ya que en un principio era su empresa la que tenía mejor puntuación.

Por ello, pide que se realice una prueba testifical de ello, aunque el propio reclamante ya lo ha reconocido en su escrito de interposición, aunque justifica su actuación en el *“miedo”* a que si se oponía fuera excluido de la licitación.

Entiende asimismo el Ayuntamiento que el hecho de circunscribir la negociación al precio en nada perjudicaba al reclamante ya que el mismo en la valoración técnica ya había obtenido la mejor puntuación, así como la totalidad de los puntos que por dichos criterios hubiera podido obtener. Por tanto, tampoco en ello hay perjuicio alguno al reclamante.

Por otra parte la entidad reclamada considera de importancia vital para poder dilucidar la reclamación, conocer la naturaleza de las obras objeto de la licitación, las cuales se encuentran incluidas en el Plan de Inversiones Locales 2009-2012, por reconocida urgencia.

En el punto 5º del artículo 16 de la Ley Foral 3/2012, por la que se aprueba dicho Plan, se señala que *“Las mejoras que se incorporen a las inversiones como consecuencia de un procedimiento de adjudicación o en fase de ejecución, serán objeto de valoración técnica y económica, al efecto de reducir en su cuantía la aportación económica máxima”*.

Por ello, entiende el Ayuntamiento que la negociación *“debe circunscribirse exclusivamente al ámbito económico...La negociación debe exclusivamente centrarse, tal y como hizo el Ayuntamiento en el ámbito de las ofertas económicas.”*, y no hacerlo así, tal y como lo considera el reclamante, sería, según el Ayuntamiento, vulnerar las Leyes Forales de concesión de la subvención y la normativa para su adjudicación y ejecución.

Después de insistir en todo lo anterior, así como de especular con las posibles intenciones del reclamante, solicita finalmente la desestimación íntegra de la reclamación contra el Acuerdo de 13 de diciembre de 2016 del Ayuntamiento de Urraúl Alto por el que se adjudica el contrato de obras del *“Proyecto de Conducción en Alta Elcoaz-Impulsión Ongoz.”*

DECIMO.- El día 30 de diciembre de 2016 se concede trámite de alegaciones a los interesados para que aporten los argumentos que consideren convenir a su derecho. Transcurrido el plazo para ello se ha presentado alegaciones por parte de la adjudicataria del contrato, *“Sasoi Eraikutzak, S.L.”*, con fecha 2 de enero de 2017.

En dicho escrito denominado *“Informe Licitación”*, realiza una declaración sobre los hechos sucedidos en el procedimiento, sin que exista en el mismo, argumento

alguno, ni reiterativo ni adicional a lo señalado hasta el momento que pueda atenderse para la resolución de la reclamación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Urraúl Alto, entidad contratante, es una entidad local sita en Navarra y, en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 2.1.c) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), las decisiones que adopte el citado ente en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, están sometidas a las disposiciones de la LFCP 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 un licitador participante en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP, de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato.

TERCERO.- La LFCP (artículo 210 apartado 2, letra b) contempla un plazo de diez días naturales para la interposición de la reclamación en materia de contratación pública, contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto impugnado cuando se recurran los actos de exclusión de los licitadores, como ocurre en este caso, por lo que la reclamación debe entenderse interpuesta en plazo.

CUARTO. La reclamación formulada se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato, motivo incluido entre los que de forma tasada señala el artículo 210.3 de la LFCP para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- En el expediente se presenta como primera cuestión a resolver la solicitud del Ayuntamiento de apertura del procedimiento a prueba, consistente en la testifical de don Á.G.U., a fin de demostrar, según dice la entidad local, que “sus

afirmaciones vertidas en la reclamación son falsas, y al contrario que lo señalado por el Ayuntamiento de Urraul Alto en su informe es totalmente cierto, y que además queda acreditado en el Expediente Administrativo remitido”.

Este Tribunal considera improcedente dicha actividad probatoria por ser innecesaria, a la vista del expediente, para la resolución de la reclamación, todo ello conforme a lo previsto en el artículo 212, apartado 5, de la LFCP.

SEXTO.- La cuestión fundamental que se plantea en la reclamación, como significa el reclamante, es que nos encontramos ante un procedimiento de adjudicación negociado sin publicidad comunitaria cuyo Pliego de Cláusulas Administrativas (PCA) no regula procedimiento de negociación alguno aunque, según se desprende de las actuaciones acreditadas en el expediente (acta de la reunión de la Mesa de Contratación de fecha 13 de diciembre de 2016, páginas 90 a 92 del expediente y documentos posteriores), la entidad contratante solicitó a los licitadores presentados, tras la apertura pública de la oferta económica inicial, una segunda oferta económica que pudiera mejorar su primera oferta, segunda oferta ésta que no aparece prevista en el PCA.

Para que pudieran preparar la presentación de esta segunda oferta económica, la entidad contratante informó previamente a los licitadores que de las ofertas recibidas la baja máxima alcanzaba el 17,97% y la baja media el 13,19%, ambas sobre el importe máximo de licitación.

Fruto de esta segunda oportunidad de presentar una oferta económica “mejorada” en esta “ronda de negociación”, el licitador que inicialmente contaba con la mejor valoración de su oferta, acumulando la puntuación referida a la oferta técnica y a la oferta económica iniciales, ha cambiado, pasando de ser el ahora reclamante el mejor valorado a no serlo finalmente.

Decimos que el PCA no regula procedimiento de negociación alguno porque las únicas menciones que en él aparecen relativas a una “negociación” son las siguientes:

- En el apartado E, titulado “*Procedimiento*”, del “*Cuadro de Características del Contrato*”, incorporado en la parte inicial del PCA que rige la licitación, se señala expresamente: “*Negociado sin Publicidad Comunitaria. Arts. 73 y 74. Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.*”
- Más adelante, la cláusula 6 del PCA dispone: “*El presente contrato se adjudicará mediante Negociado sin Publicidad Comunitaria conforme a los criterios fijados en este pliego para determinar la oferta más ventajosa.*”
- La cláusula 9 del PCA dispone que “*La Administración contratante, con el fin de promover la negociación de los términos del contrato, cursará invitación al menos a tres empresas capacitadas para la ejecución del contrato a fin de que presenten sus proposiciones*”.

A mayor abundamiento, los criterios de adjudicación del contrato se establecen en la cláusula 10 del PCA de esta forma:

“El criterio de adjudicación del contrato será el de la oferta más ventajosa. A tal fin, se valorará por la Mesa de Contratación de la siguiente manera:

- | | |
|----------------------------------|-------------------------|
| <i>1. Propuesta técnica.....</i> | <i>hasta 50 puntos.</i> |
| <i>2. Precio ofertado.....</i> | <i>hasta 50 puntos.</i> |

A continuación, los 50 puntos relativos a la propuesta técnica se desglosan en diversos apartados, asignando a cada uno de ellos la correspondiente ponderación.

En cuanto al procedimiento de selección del adjudicatario, la cláusula 12 del PCA dispone, entre otras cuestiones y en lo que aquí interesa, lo siguiente:

- La Mesa de Contratación procederá en primer lugar a la apertura de los sobres de DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA.
- Tras la subsanación de errores, la Mesa procederá a la apertura de las propuestas técnicas de los licitadores admitidos, para su valoración conforme a los criterios de adjudicación.

- Efectuada la valoración, se publicará en el Portal de Contratación de Navarra con al menos 72 horas de antelación el lugar, fecha y hora de la apertura pública de las ofertas económicas.
- En el acto público de apertura de la proposición económica y con carácter previo a esta, se comunicará a los asistentes el resultado de la valoración técnica realizada por la Administración.

Nada más se dice en el PCA sobre una “*negociación*” o sobre la solicitud de segundas o ulteriores mejoras de la oferta económica inicial, lo que permite afirmar que inicialmente se diseñó en el PCA un procedimiento similar a un procedimiento abierto, en el que se invitaba a determinadas empresas a participar (aunque también se publicó anuncio de licitación), se abrieran simultáneamente las ofertas y se aplicaran los criterios de adjudicación, quedando fijados con carácter inalterable los términos del contrato sin negociación.

Posteriormente, incluyendo en el procedimiento un trámite similar a una “*negociación*” que, reiteramos, no estaba previsto en el PCA, se solicitó a los licitadores una segunda oferta económica.

SÉPTIMO.- 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.

Como hemos significado en diversos Acuerdos, por todos nuestro Acuerdo 10/2013, de 14 de junio, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2010 (C- 337/1998), Comisión de las Comunidades Europeas contra

República Francesa, establece que *“las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato...”*. Igual consecuencia se infiere de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2011(C-401/09 P) *Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai contra Banco Central Europeo*.

A estos efectos, 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 abiertos y restringidos. Por ello deberá existir cuanto 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, reiteramos, sirve, precisamente, para diferenciar este procedimiento respecto de otros.

En este sentido se pronuncia la Resolución nº 050/2011 de 24 de febrero de 2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la cual considera además *“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.”*

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 21/97, de 14 de julio de 1997, señala que *“el procedimiento negociado, término procedente de las nuevas Directivas comunitarias, es un procedimiento de adjudicación de contratos, caracterizado frente a la subasta y al concurso, ..., porque la adjudicación del contrato se adjudica... “previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios” y siendo la consulta y negociación los elementos esenciales definidores de este procedimiento de adjudicación, como antes lo eran de la*

contratación directa aunque la legislación anterior no era tan expresiva en este extremo, todas las cuestiones planteadas tienen que ser resueltas conciliando el principio de flexibilidad derivado de la negociación que caracteriza a este procedimiento de adjudicación con la preceptiva intervención de la Mesa de contratación.”

El mismo órgano consultivo, en su Informe 48/09, de 1 de febrero de 2010, afirma que *"el elemento diferenciador del procedimiento negociado respecto de los procedimientos abierto y restringido es que mientras que en estos no existe posibilidad de entrar en negociación sobre la propuesta presentada por cada licitador, en el procedimiento negociado se exige que previamente se ha señalado cuál será el objeto de la negociación y que, una vez verificada ésta, se han de fijar los términos del contrato, o dicho de otra manera se cerrará el contenido de los pliegos como soporte en el que se fijan los derechos y obligaciones de las partes y se definen los pactos y condiciones propios del contrato, como consecuencia de tal negociación..."*

En el mismo sentido que los anteriores informes se pronuncia el Informe 16/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón: *"la razón de ser de su utilización, es la selección del contratista mediante una negociación entre el órgano de contratación y las empresas invitadas o candidatas, proceso que va delimitando las condiciones del contrato a partir de una primera oferta presentada por cada licitador. Lo que diferencia a este procedimiento del abierto y el restringido es que en este procedimiento, la selección de la oferta económicamente más ventajosa se realiza mediante la negociación con los licitadores(...) La singularidad de la aceptación de la negociación en la contratación pública adquiere relevancia si se considera que, efectivamente, en los procedimientos abierto y restringido está prohibida cualquier negociación con los licitadores que entregan sus proposiciones en contenedores cerrados (sobre cerrado, sobre electrónico) y ya no tendrán más contacto ni relación con el órgano de contratación hasta el acto público de apertura de proposiciones y tampoco luego, en absoluto, durante todo el proceso valorativo de sus ofertas”.*

El informe 1/2011, de 14 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña pone el acento en que se trata de un procedimiento excepcional y flexible donde es imprescindible la negociación *“quedando en otro caso desvirtuada la propia esencia y naturaleza de este procedimiento”*. *“Finalmente, conviene señalar también que esta Junta no desconoce que los órganos de contratación recurren a la utilización del procedimiento negociado sólo por el hecho de concurrir alguna de las causas habilitantes previstas en los artículos 154 a 159 de la LCSP, pero sin recoger en los pliegos de cláusulas administrativas correspondientes verdaderos mecanismos de negociación con las empresas participantes, que es el elemento definido de este tipo de procedimiento y del cual deriva la flexibilidad que lo caracteriza. Así, hay que tener en cuenta que, en estos casos, además de desvirtuarse la propia esencia y naturaleza de los procedimientos negociados, la flexibilidad que caracteriza a este tipo de procedimientos -y de la cual deriva la falta de obligatoriedad de presentar la documentación relativa a las ofertas de las empresas de una forma prefijada- pierde su fundamento por la ausencia de mecanismos de negociación, ya que éste es el elemento que, hay que insistir, motiva la necesidad de flexibilidad en estos procedimientos.”*

La misma Junta, en el Informe de 26 de junio de 1995, afirmaba también que *“la determinación previa de los aspectos negociables y de los criterios de adjudicación son los que aseguran el respeto a los principios de igualdad y no discriminación... y alejarán el procedimiento negociado de un sistema subjetivo y arbitrario de selección del adjudicatario”*.

El Informe 3/2007, de 1 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía se pronuncia en el mismo sentido, distinguiendo las fases de negociación y adjudicación.

El Tribunal de Cuentas ha criticado de forma reiterada la *“ausencia de auténtica negociación en los contratos adjudicados por procedimiento negociado”* entre otros en su informe nº 947, donde critica que el órgano de contratación fiscalizado *“se limitó a invitar a diversas empresas a presentar ofertas para sin ulterior negociación adjudicar*

el contrato a la oferta más ventajosa desde el punto de vista de los criterios objetivos de adjudicación predeterminados en el correspondiente pliego, sin establecer con esas empresas la negociación exigida tanto por el artículo 92.3 TRLCAP como por el artículo 162.4 LCSP. Como ya ha puesto de manifiesto este Tribunal con esta práctica se desnaturaliza el procedimiento negociado, que se vacía del contenido que le es propio para asimilarse formalmente al procedimiento abierto.”

En resumen, como ya hemos señalado en diversas ocasiones, la ausencia de negociación supone la omisión de un trámite esencial del procedimiento negociado.

Por ello, dado que el artículo 126.2.a) de la LFCP considera como causa de invalidez de los contratos celebrados por la Administración que se incurra en una causa de nulidad de las establecidas en la legislación general del procedimiento administrativo, la tramitación de un procedimiento negociado sin incluir en el mismo una fase de negociación supondría la concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“*e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.*”).

En este mismo sentido se manifiesta el Consejo Consultivo de Castilla la Mancha en su Dictamen 208/2010, de 6 de octubre de 2010, relativo a la revisión de oficio de la contratación de un servicio consistente mediante procedimiento negociado sin publicidad, señalando que la omisión de los trámites esenciales del procedimiento conlleva la concurrencia de la causa de nulidad citada, sin que sea necesaria la ausencia total de procedimiento y siendo suficiente que el vicio conlleve que “*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*”. El Consejo dice en su Dictamen:

“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.

La sentencia del mismo Tribunal de 21 de mayo de 1997 exige que “para que un acto administrativo sea nulo de pleno derecho es necesario que la Administración haya omitido los requisitos sustanciales para la formación del acto de que se trate”.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de julio de 2006 indicó lo siguiente: “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.”

Como hemos señalado en el antecedente anterior, el PCA que rige la licitación que nos ocupa no regula procedimiento de negociación alguno por lo que incurre en una manifiesta nulidad de pleno derecho que implica la nulidad de todas las actuaciones posteriores que de él traigan causa, sin posibilidad de convalidación alguna.

OCTAVO.- Finalmente debemos señalar que parece claro que el Ayuntamiento ha intentado salvar el error cometido en la elaboración del Pliego, tramitando un procedimiento de “negociación” no previsto en él, pero este intento no puede ser aceptado.

Como también hemos señalado en reiteradas ocasiones (por todas, nuestro Acuerdo 43/2013, de 22 de noviembre) es bien conocido que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato, por lo que a lo previsto en él ha de estarse para la adjudicación, la ejecución y los efectos del mismo. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999, *“Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala (Sentencias de 10 de marzo de 1982, 23 de enero de 1985, 18 de noviembre de 1987, 6 de febrero de 1988 y 20 de julio de 1988, entre otras) que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato, por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él respecto del cumplimiento del mismo.”*

De la consideración de los pliegos como ley del contrato deriva su carácter vinculante, tanto para la entidad contratante como para los licitadores, y la imposibilidad de apartarse del mismo y de, una vez aprobados por el órgano de contratación, proceder a su modificación si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello y que serían, en principio, (entre otras, Resolución 160/2014, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales): a) el cauce de la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos previsto, con carácter general, en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, b) el cauce de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho previsto en el

artículo 106 del mismo texto legal; c) y el cauce de la declaración de lesividad y posterior anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de los actos anulables previsto en el artículo 107 de la citada norma. Fuera de los casos de errores materiales, de hecho o aritméticos, no está el Órgano de contratación habilitado para modificar unilateralmente las cláusulas de los pliegos aprobados por el mismo, con la sola excepción de que la cláusula en cuestión fuera nula de pleno derecho o anulable, en cuyo caso habría de seguirse el procedimiento establecido al efecto.

Así pues, los pliegos vinculan a todos, Administración y licitadores, y por esa razón todas las actuaciones en la adjudicación del contrato, su ejecución y los derechos del contratista y las facultades de la Administración se deben ajustar estrictamente a lo previsto en tales Pliegos.

En consecuencia, esta “negociación” realizada por el Ayuntamiento, sin amparo alguno en el PCA, no es ajustada a Derecho.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.3.a) 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 en materia de contratación pública interpuesta por don Á.G.U., en representación de “GUILLÉN OBRAS Y PROYECTOS, S.L.”, frente al Acuerdo del Ayuntamiento de Urraúl Alto, de 13 de diciembre de 2016, por el que se adjudica el contrato de obras de “CONDUCCIÓN EN ALTA ELCOAZ-IMPULSION ONGOZ, URRÁUL ALTO”, anulando dicho Acuerdo y declarando la imposibilidad de continuar válidamente el citado procedimiento de adjudicación.

2º. 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.

3º. Notificar este Acuerdo a don Á.G.U., en nombre y representación de “GUILLÉN OBRAS Y PROYECTOS, S.L.”, al Ayuntamiento de Urraúl Alto y a todos los demás interesados que figuren en el expediente, y ordenar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

Pamplona, a 27 de febrero de 2017. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava.
EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.