



Expte.: 42/2017

ACUERDO 52/2017, de 7 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por doña J.C.G. frente a la Resolución 56/2017, de 23 de mayo, del Ayuntamiento de Basaburua, por la que se adjudica el contrato de asistencia para la redacción de proyecto y dirección de obra de ejecución de centro de 0-3 años en Escuela Oihanzabal de Jaunsarats.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 25 de abril de 2017, el Ayuntamiento de Basaburua invitó mediante correo electrónico a seis estudios de arquitectura a participar en la licitación, mediante procedimiento negociado sin publicidad comunitaria, del contrato de asistencia para la redacción del proyecto y dirección de obra de centro de 0-3 años en Escuela Oihanzabal de Jaunsarats, remitiendo el Pliego de Condiciones del mismo. Dicho Pliego había sido previamente aprobado mediante Resolución de Alcaldía 44/2017, de 25 de abril.

Entre los invitados se encontraba el estudio de arquitectura “VOILÀ”, conformado por los arquitectos doña L.H.S., doña J.C.G. y don I.C.F..

SEGUNDO.- Doña J.C.G., en participación conjunta con doña L.H.S. y don I.C.F., formando el equipo “VOILÀ” y dentro del plazo establecido, presentó oferta en la mencionada licitación. Otros dos estudios más presentaron también oferta.

TERCERO.- Con fecha 11 de mayo de 2017 el Ayuntamiento remite a los licitadores presentados un correo electrónico con el siguiente contenido:

“Tras realizarse la apertura de propuestas para la adjudicación de la redacción de proyecto de escuela 0-3 en Jaunsarats, os comunico que la mejor propuesta presentada es la siguiente:

- Aula principal de al menos 70 m².*
- Propuesta de espacio diferenciado destinado a taller u otros educativos.*
- Plazo de presentación de proyecto: 25 días.*
- Propuesta económica: 6.545 euros.*

Vista la propuesta y en base al artículo 76 de la Ley Foral de Contratos Públicos, se establece un proceso de negociación, de mejora de la propuesta que finalizará el día 16 de Mayo a las 13:00 horas.”

Según señala la reclamante, *“ante lo imprevisto y sorprendente de la apertura de esta segunda fase, además del poco tiempo concedido al equipo VOILÀ para reaccionar ante el “nuevo proceso de negociación” nunca contemplado en el Pliego”, el equipo del que forma parte la reclamante decidió no presentar propuesta de mejora. Esta decisión, afirma, “obedece, de un lado, a que nuestra propuesta técnica, distinta de las demás presentadas, había obtenido la mejor puntuación y, en segundo lugar, que en cuanto a la propuesta económica la que ya habíamos formulado estaba en el límite para no incurrir en baja temeraria o desproporcionada”.*

CUARTO.- El día 14 de junio de 2017, la interesada recibe notificación de la resolución 56/2017, de 23 de mayo, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Basaburua, por la que se adjudica el contrato a doña M.P.R..

QUINTO.- El día 24 de junio de 2017, la interesada interpone reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra al entender que dicha actuación es contraria a las bases del procedimiento negociado y, por lo tanto, contraria a Derecho. Fundamenta su reclamación en los siguientes argumentos:

En primer lugar, en la falta de información y ausencia de transparencia sobre las fases del procedimiento. Según afirma, en este procedimiento la actuación

administrativa no puede ser calificada de transparente sino, por el contrario, como opaca, ya que los licitadores están inmersos en un procedimiento del que desconocen sus fases y, por tanto, su manera de proceder, al igual que las materias que van a ser objeto de una futura negociación y en la que puedan basar sus propuestas y estrategia competidora.

Se ha producido, entiende, una infracción en el pliego de condiciones aprobado por el Ayuntamiento, que no recoge ni qué cláusulas ni qué términos van a ser objeto de negociación, y mucho menos que esa negociación vaya a ser llevada a cabo en fases sucesivas, lo que no solo implica una clara falta de información y transparencia, sino que además apareja una clara indefensión de los licitadores, al desconocer éstos la sustanciación del procedimiento y su metodología, de modo que no pueden entrar a valorar los puntos clave que pueden hacer de su propuesta la más puntuada.

Y lo que es más grave aún, afirma, *“el ayuntamiento ha llevado a cabo un procedimiento en clara contradicción con lo establecido en el Pliego de Condiciones, ley del contrato como es sabido, en el que en momento alguno se establece la existencia de fases, ni cuantas van a ser éstas, ni mucho menos los elementos de las propuestas que quedan sujetas a la negociación y, naturalmente, no está previsto que las propuestas técnicas, esto es, el proyecto técnico definido por cada licitador, pueda ser objeto de “mejoras” por aquellos otros licitadores que no han sido sus autores, como increíblemente aquí ha sucedido”*.

Igualmente afirma que, en contra de lo previsto, en la singular e imprevista segunda fase el proyecto de “VOILÀ” es establecido como baremo o *“punto de partida”* por el Ayuntamiento convocante, de manera que los equipos competidores se centran en presentar mejoras, ya no de sus propuestas técnicas sino actuando sobre la propuesta técnica formulada por el equipo ahora reclamante, buscando exclusivamente superar la propuesta de la reclamante, la más valorada y ventajosa para el Ayuntamiento tras la valoración de todas las propuestas presentadas. Esa actuación, según dice, además de contraria a los principios de publicidad, transparencia e igualdad en el proceso de licitación, coloca en una manifiesta situación de indefensión al equipo *“ganador”* en la

primera fase, ya que le es imposible competir por igual con el resto de licitadores pues su proyecto ha tomado carácter público, mientras que desconoce los proyectos o propuestas técnicas del resto.

Finalmente también dice que se han producido una serie de irregularidades procedimentales tales como la presentación de la información relativa a la segunda fase de negociación a través de correo electrónico cuando el único medio previsto por el pliego era el registro general del Ayuntamiento o en su defecto las oficinas de correos y que el contrato se ha adjudicado a una oferta que debe ser considerada anormalmente baja, en aplicación de lo previsto en el pliego, sin que se haya llevado a cabo ningún procedimiento para justificar la viabilidad de la ejecución del contrato por ese precio.

SEXTO.- El día 6 de julio de 2017, se concede trámite de audiencia a los interesados sin que ninguno de ellos realice alegaciones dentro del plazo concedido para ello.

SÉPTIMO.- El día 17 de julio de 2017, previo requerimiento de subsanación al respecto, el Ayuntamiento finaliza la aportación del expediente del contrato sin realizar alegaciones en relación con el contenido de la reclamación.

OCTAVO.- El día 18 de julio de 2017 la interesada presenta información complementaria a la aportada inicialmente junto con la reclamación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Basaburua, 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, en este caso una de las personas en participación conjunta del equipo VOILÀ, 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 adjudicación por parte 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 esta reclamación nos encontramos ante un procedimiento de adjudicación negociado sin publicidad comunitaria cuyo Pliego de Cláusulas no regula procedimiento de negociación alguno aunque, según se desprende de las actuaciones acreditadas en el expediente, la entidad contratante solicitó a los licitadores presentados, tras la apertura y valoración de las ofertas iniciales, una segunda oferta que pudiera mejorar la mejor propuesta presentada, de la que se publicitaron los siguientes elementos:

- “- Aula principal de al menos 70 m².*
- Propuesta de espacio diferenciado destinado a taller u otros educativos.*
- Plazo de presentación de proyecto: 25 días.*
- Propuesta económica: 6.545 euros.”*

Según consta en el expediente (acta de 10 de mayo de 2017), la propuesta inicial del equipo del que forma parte la reclamante fue la mejor valorada, pero tras la

presentación de las segundas ofertas, la reclamante fue superada por otro competidor, como se recoge en el acta de valoración de ofertas de 17 de mayo de 2017. En esta segunda fase el equipo del que forma parte la reclamante decidió no presentar propuesta de mejora debido a que, según afirma, “... *nuestra propuesta técnica, distinta de las demás presentadas, había obtenido la mejor puntuación y, en segundo lugar, que en cuanto a la propuesta económica la que ya habíamos formulado estaba en el límite para no incurrir en baja temeraria o desproporcionada*”.

Esta segunda fase de presentación de ofertas mejoradas no aparece prevista en el Pliego, como se ha dicho. La única mención relativa a una “*negociación*” que en el Pliego aparece es la recogida en la cláusula 6, cuando señala expresamente que “*Los trabajos objeto del presente condicionado serán adjudicados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, por procedimiento negociado sin publicidad...*”

Los criterios de adjudicación del contrato se establecen en la cláusula 11 del Pliego, que asigna hasta 50 puntos para la propuesta técnica, que a su vez se subdivide en tres apartados (plan de trabajo, plazo y propuesta técnica) debidamente ponderados, y hasta 50 puntos para la oferta económica, que se repartirán mediante la aplicación de una fórmula.

Sobre la presentación de proposiciones, la cláusula 10 del Pliego determina que “*cada persona licitadora solo podrá presentar una proposición*”, y reitera más adelante esta limitación en relación con la proposición económica significando que cada licitador “*no podrá presentar más de una proposición económica, será única, y en ella se entenderá incluido, en todo caso, y salvo el importe del IVA, cualquier otro impuesto, tasa o retención así como la totalidad del objeto del contrato ...*”. La misma cláusula determina también que no se admite “*la presentación de variantes o alternativas a la definida para el objeto del contrato*”.

En cuanto a la tramitación del procedimiento de selección del adjudicatario, la cláusula 10 del Pliego dispone, entre otras cuestiones y en lo que aquí interesa, que la

Mesa procederá, en acto interno, a la apertura y análisis del sobre de documentación, calificándola y resolviendo la admisión de los licitadores que hayan presentado en tiempo y forma la documentación exigida; que si la Mesa observase defectos materiales en la documentación presentada, podrá conceder un plazo para su subsanación y que del acta o actas que en la fase de admisión sean levantadas por la Mesa, se dará lectura en el momento de apertura de las proposiciones económicas.

Esta Mesa de Contratación, conforme a la cláusula 13 del Pliego, ejercerá las funciones de calificación y admisión de licitadores así como de formulación de la propuesta de adjudicación.

Nada más se dice en el Pliego con respecto a actuaciones de la Mesa de Contratación en una ulterior fase de “*negociación*” o sobre la solicitud a los licitadores de segundas o sucesivas mejoras de la oferta inicial, lo que permite afirmar que inicialmente se diseñó en el Pliego un procedimiento similar a un procedimiento abierto, en el que se invitaría a determinadas empresas a participar, se abrirían simultáneamente las ofertas y se aplicarían 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 Pliego, se solicitó a los licitadores una segunda oferta, informándoles de determinadas características de la oferta mejor valorada inicialmente, sin indicar qué licitador la había presentado.

SEXTO.-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 Systemata 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 omita 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 omita 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.

SÉPTIMO.- De las actuaciones practicadas se desprende 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.

Por ello, esta “*negociación*” realizada por el Ayuntamiento, sin amparo alguno en el Pliego, no se ajusta a Derecho.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad 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 doña J.C.G. frente a la Resolución 56/2017, de 23 de mayo, del Ayuntamiento de Basaburua, por la que se adjudica el contrato de asistencia para la redacción de proyecto

y dirección de obra de centro de 0-3 años en Escuela Oihanzabal de Jaunsarats, anulando dicha Resolución 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 la reclamante, al Ayuntamiento de Basaburúa 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 7 de septiembre de 2017. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, Ana Román Puerta. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.