



Expediente: 101/2020

ACUERDO 108/2020, de 12 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por UNSAIN, S.L.U. frente a la adjudicación del contrato de suministro de un furgón eléctrico por el Ayuntamiento de Guesálaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 24 de septiembre de 2020, el Ayuntamiento de Guesálaz publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de suministro de un furgón eléctrico por procedimiento abierto inferior al umbral europeo.

Con fecha 14 de octubre de 2020 se dictó Resolución de Alcaldía de inicio de un nuevo procedimiento para la adjudicación del contrato, declarando desierto el anterior procedimiento abierto e iniciándose un nuevo procedimiento negociado sin convocatoria de licitación.

El mismo día 14 de octubre se cursaron invitaciones a cinco empresas mediante correo electrónico, señalando que el plazo de presentación de ofertas finalizaba el 15 de octubre a las 13:00 horas, así como que la presentación de ofertas debía realizarse por correo electrónico o mediante su entrega en el propio Ayuntamiento.

A dicho procedimiento concurren dos licitadores: UNSAIN, S.L.U. y AUTOMÓVILES MARCO, S.A.

Con 15 de octubre de 2020 se dictó Resolución de Alcaldía de adjudicación del contrato a AUTOMÓVILES MARCO, S.A., comunicándose dicha adjudicación a ambos licitadores el día 16 de octubre.

SEGUNDO.- Con fecha 22 de octubre de 2020, UNSAIN, S.L.U. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la citada adjudicación, alegando que la notificación cursada no contiene la puntuación obtenida por los participantes, ni los motivos y razones por las que se han rechazado las candidaturas, lo que provoca indefensión al no poder conocer los motivos de la adjudicación, impidiéndole presentar una reclamación fundada.

En consecuencia, solicita la anulación de la adjudicación del contrato y que se ordene la retroacción de actuaciones.

TERCERO.- Con fecha 26 de octubre de 2020, el Ayuntamiento de Guesálaz aportó el expediente del contrato y presentó un escrito de alegaciones frente a la reclamación interpuesta, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP, en el que manifiesta lo siguiente:

1º. Que en la notificación de la adjudicación a los licitadores, de fecha 16 de octubre, no se adjuntó por error ni la resolución de adjudicación ni las actas de la Mesa de Contratación, habiéndose procedido a realizar dicha notificación el mismo día 26 de octubre.

Alega que el Ayuntamiento en ningún caso ha incurrido en infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato, ya que la ausencia de esta información se debió a un error en la documentación adjunta a la notificación, y que si el reclamante la hubiera solicitado se le habría enviado de inmediato.

Por ello, sostiene que, en atención al artículo 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, relativo a la revocación de actos y rectificación de errores, debe considerarse subsanado el error formal del procedimiento.

2º. En virtud del artículo 124.4 LFCP, solicita el levantamiento de la suspensión automática de la adjudicación, puesto que su mantenimiento causaría un perjuicio grave al interés público, ya que se perdería la subvención concedida al Ayuntamiento por la

Dirección General de Industria, Energía y Proyectos Estratégicos S3, para la adquisición del vehículo objeto del contrato.

CUARTO.- Con fecha 30 de octubre, el Ayuntamiento de Guesálaz presentó una Resolución de Alcaldía por la que se desiste del contrato por la infracción del plazo mínimo de licitación establecido en el artículo 94 de la LFCP.

QUINTO.- Por el Acuerdo 100/2020, de 2 de noviembre, de este Tribunal, se puso en conocimiento de los interesados la existencia de posibles causas de nulidad de pleno derecho advertidas tras la interposición de la reclamación, y no alegadas por el reclamante, denegándose asimismo la solicitud de levantamiento de la suspensión automática del acto impugnado formulada por el Ayuntamiento de Guesálaz.

Las eventuales causas de nulidad apreciadas fueron las siguientes:

1º. La concesión de un plazo de presentación de ofertas inferior al mínimo legalmente previsto en el artículo 94.1.b) de la LFCP, que podría constituir una causa de nulidad de pleno derecho, conforme a los artículos 116.2.a) de la misma Ley Foral y 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

2º. La realización de un procedimiento negociado sin que se haya llevado a cabo una negociación real entre el órgano de contratación y los licitadores, que podría constituir una causa de nulidad de pleno derecho conforme a los artículos 116.2.a) de la LFCP y 47.1.e) de la LPAC.

3º. La licitación del contrato no se ha llevado a cabo a través de la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra, incumpléndose así lo dispuesto en el artículo 95.2 de la LFCP, lo que podría constituir una nueva causa de nulidad prevista en los citados artículos 116.2.a) de la LFCP y 47.1.e) de la LPAC.

Por lo tanto, atendiendo a lo dispuesto en el art. 127.2 de la LFCP, se puso en conocimiento de los interesados las circunstancias señaladas a fin de que pudieran alegar lo que estimasen pertinente en el plazo de tres días hábiles.

Por último, respecto al desistimiento del procedimiento de adjudicación por la infracción del plazo mínimo de licitación previsto en el artículo 94 de la LFCP, se hace constar que el artículo 103.3 de la LFCP señala que *“la renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación”*, habiéndose producido el desistimiento en el presente caso tras la adjudicación del contrato, de modo que el mismo no puede suponer la pérdida sobrevenida del objeto de la reclamación especial, con su correspondiente archivo, debiéndose continuar con su tramitación en orden a su resolución.

SEXTO.- Con fecha 4 de noviembre de 2020, UNSAIN, S.L.U. presentó un escrito de alegaciones en el que manifiesta su conformidad con la concurrencia de las causas de nulidad de pleno derecho antes señaladas, y solicita que se declare la nulidad del procedimiento de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra y, de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los actos dictados por una entidad sometida a dicha Ley Foral.

SEGUNDO.- La reclamación formulada se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo y legítimo, conforme a los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

QUINTO.- Como ha quedado expuesto en el apartado correspondiente a los antecedentes de hecho del presente Acuerdo, tres son los motivos de nulidad de pleno derecho cuya posible concurrencia, este Tribunal, de oficio y conforme a lo dispuesto en el artículo 127.2 in fine de la LFCP, puso de manifiesto a las partes en el Acuerdo 100/2020, de 2 de noviembre, relacionados con el plazo habilitado para la presentación de ofertas por parte de los licitadores invitados a participar en el procedimiento, con la tramitación de un procedimiento negociado sin que se haya llevado a cabo una negociación real entre el órgano de contratación y los licitadores, y, finalmente, con la licitación del contrato al margen de la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra. Cuestiones que este Tribunal debe analizar, en primer término, toda vez que una eventual estimación siquiera de alguna de ellas determinará la declaración de nulidad del acto de adjudicación del contrato y, por ende, la innecesaridad de entrar a analizar las cuestiones planteadas por la reclamante en el escrito de interposición formulado.

Durante el plazo de alegaciones habilitado al efecto en el seno del incidente de nulidad tramitado, nada ha opuesto, al respecto, la entidad contratante. La reclamante, sin embargo, presenta alegaciones en las que se aviene a la concurrencia de las causas de nulidad de pleno derecho advertidas de oficio por este Tribunal.

Comenzando por la cuestión relativa al plazo habilitado para la presentación de ofertas, su análisis debe partir de la regulación aplicable al concreto procedimiento de adjudicación tramitado en el caso concreto que nos ocupa.

Así, consta en el expediente remitido a este Tribunal que mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Guesalaz de fecha 14 de octubre de 2020, tras quedar desierto el procedimiento abierto de adjudicación tramitado por dicha entidad local para el suministro de un furgón eléctrico, se dispone la iniciación de nuevo procedimiento para la adjudicación de dicho contrato, mediante procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, conforme a lo dispuesto en el artículo 75 LFCP.

Sobre los tipos de procedimientos de adjudicación establece el artículo 71 LFCP que *“1. Los contratos regulados en esta ley foral se adjudicarán de acuerdo con alguno de los siguientes procedimientos:*

- a) Procedimiento abierto.*
- b) Procedimiento restringido.*
- c) Procedimiento negociado.*
- d) Procedimiento negociado sin convocatoria de licitación.*
- e) Diálogo competitivo.*
- f) Asociación para la innovación.*
- g) Concurso de proyectos.*
- h) Procedimiento simplificado.*
- i) Régimen especial para contratos de menor cuantía.*

2. El órgano de contratación podrá recurrir indistintamente al procedimiento abierto o restringido.

El resto de procedimientos tendrán carácter excepcional y solo se podrán utilizar, de forma motivada, en los supuestos que se habilitan por esta ley foral”.

Por tanto, el procedimiento negociado sin convocatoria de licitación es un procedimiento excepcional, cuya utilización únicamente procede cuando concurren las causas taxativamente previstas en LFCP, que, por tal motivo, son de interpretación estricta, debiendo justificarse debidamente en el expediente, y que se concretan en el artículo 75.1 LFCP, entre ellos, *“a) Cuando, en un procedimiento abierto, restringido, no se haya presentado ninguna solicitud de participación o ninguna oferta adecuada, siempre y cuando no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato”.*

Dicho lo anterior, en relación con el concreto aspecto objeto de análisis, determina el artículo 75.3 LFCP, para este concreto procedimiento de adjudicación, que *“El plazo de presentación de la oferta inicial se determinará en cada caso, estableciéndose el plazo suficiente para garantizar la concurrencia y la igualdad de trato de quien vaya a licitar, teniendo en cuenta la índole y cuantía de la prestación solicitada”.*

Por consiguiente, en un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación – a diferencia de lo que sucede con el procedimiento negociado, respecto al que el artículo 94.1.b) LFCP establece un plazo mínimo para la presentación de ofertas de diez días a partir de la fecha de envío de la invitación -, no existe un plazo mínimo fijado en dicha norma para la presentación de ofertas por parte de las personas invitadas, dependiendo el plazo del supuesto concreto, sin que exista un criterio general, más allá del que sea adecuado para la preparación de la oferta, atendida la complejidad del contrato.

Como indicamos en nuestro Acuerdo 14/2016, de 10 de marzo “(...) *en los contratos de menor entidad, dado su escaso valor estimado, la norma no fija plazos mínimos para la presentación de ofertas, acudiendo a un concepto jurídico indeterminado para regular su duración. Esto ocurre en los procedimientos negociados sin publicidad comunitaria a tramitar para adjudicar contratos de asistencia cuyo valor estimado no exceda de 75.000 euros, como ocurre en el caso que nos ocupa, en los que la LFCP dispone (artículo 90, apartado 5) que el plazo de consulta “se determinará en cada caso, estableciéndose el plazo suficiente para garantizar la concurrencia y la igualdad de trato de los licitadores, teniendo en cuenta la índole y cuantía de la prestación solicitada”.*

Como ya hemos significado en varios de nuestros Acuerdos (por todos el Acuerdo 69/2015, de 21 de diciembre), siguiendo la doctrina más autorizada (García de Enterría y Fernández), nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado “cuando la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que se intenta delimitar un supuesto concreto. La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación; pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución”.

El propio Tribunal Supremo hace suya esta doctrina cuando en infinidad de sentencias determina que un concepto jurídico indeterminado “no definido agotadoramente en el texto de la norma (...) al ser aplicado, sólo puede reconducirse a

una única solución jurídicamente admisible” (por todas, Sentencia de 22 enero de 2015 el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª).

En consecuencia, es una sola la solución justa a la que debemos llegar en el caso que nos ocupa”.

Descendiendo al caso concreto que nos ocupa, tal y como hemos indicado, la iniciación del procedimiento de adjudicación tiene lugar mediante Resolución de Alcaldía de fecha 14 de octubre de 2020, disponiéndose en la cláusula B.4 de las condiciones particulares reguladoras que *“El plazo de presentación de las ofertas será el 15 de octubre a las 13 horas. El ayuntamiento podrá negociar con las empresas los requisitos técnicos no obligatorios, según las necesidades y criterio del ayuntamiento”*; constando en el expediente que las cinco invitaciones son cursadas simultáneamente, mediante correo electrónico remitido el mismo día 14 de octubre a las 11:36 horas, indicando lo siguiente:

“Buenos días:

Tras declararse desierto el proceso de licitación para la compra de un furgón/furgoneta eléctrica, adjunto se les envía una invitación para presentar sus ofertas.

Dado el escaso tiempo existente para su adquisición por contar con una subvención que obliga a tenerlo facturado y pagado antes de final de este mes, el plazo para entregar sus ofertas finaliza mañana día 15 de octubre a las 13 horas, bien por correo electrónico o con la entrega en el ayuntamiento de Guesálaz sito en Muez, C/ Nueva nº 2.

En espera de contar con su participación, un cordial saludo,”

A la vista de lo expuesto, resulta incuestionable que el plazo habilitado por la entidad contratante para la presentación de las ofertas por las empresas invitadas a participar en el procedimiento es de un día; restando, pues, por analizar si tan exiguo plazo ha resultado, en este caso, suficiente para garantizar la concurrencia y la igualdad de trato en el procedimiento. Cuestión que, avanzamos ya, merece, a juicio de este Tribunal respuesta negativa; y así lo han entendido también las partes, toda vez que la propia entidad contratante, si bien ninguna alegación formula en el seno del incidente de nulidad sustanciado, lo cierto es que al desistir del procedimiento – acto que carece de repercusión en el procedimiento de resolución de la presente reclamación por las

razones expuestas en nuestro Acuerdo 100/2020, de 2 de noviembre – justifica tal decisión, precisamente, en la infracción del plazo de licitación.

Efectivamente, y sin necesidad de entrar a analizar la complejidad del contrato en cuestión, ninguna duda cabe de la insuficiencia del plazo de un día habilitado para la presentación de las ofertas, pues no es que nos encontremos ante un plazo que merezca la calificación de breve, sino que es prácticamente inexistente, y en modo alguno suficiente para que los licitadores pudieran valorar su participación y preparar la oferta con garantías. Circunstancia que, desde luego, cabe presumir que ha tenido una afección negativa en la concurrencia; de hecho, sólo dos de los cinco licitadores invitados presentaron, finalmente, oferta.

Por todo ello, este Tribunal considera que el plazo habilitado para la presentación de ofertas en el marco del procedimiento de adjudicación no es suficiente para garantizar la concurrencia y la igualdad de trato de los licitadores; circunstancia que determina la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno derecho por la vulneración de tales principios rectores en materia de contratación pública conforme a lo previsto en los artículos 116.2.a) LFCP y 47.1.a) Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

SEXTO.- La segunda de las posibles causas de nulidad de pleno derecho advertidas por este Tribunal es la relativa a la tramitación del procedimiento negociado sin convocatoria de licitación; concretamente en lo que a la fase de negociación se refiere.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 LFCP *“El procedimiento negociado es aquel en el que el órgano de contratación consulta y negocia las condiciones del contrato con una o varias empresas o profesionales y selecciona la oferta justificadamente. Se utilizará este procedimiento en los casos en que los poderes adjudicadores no están en condiciones de definir los medios ideales para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras o jurídicas que puede ofrecer el mercado.*

2. Solo podrán participar en las negociaciones las empresas o profesionales seleccionados por el órgano de contratación. Se podrá limitar el número de candidatos admitidos a la negociación, que nunca será inferior a 3. Dicho límite se deberá advertir en los pliegos junto con los criterios de selección de candidatos y su ponderación. Estos criterios deberán guardar relación con la aptitud, solvencia y experiencia de quien licite.

3. Los procedimientos negociados podrán desarrollarse en fases sucesivas a fin de reducir el número de soluciones que hayan de examinarse durante la fase de negociación, aplicando los criterios de adjudicación indicados en el pliego. El órgano de contratación indicará en el pliego si va a hacer uso de esta opción”.

Sobre este particular, especifica el artículo 75.2 LFCP, para los procedimientos negociados sin convocatoria de licitación, que “La invitación establecerá, en su caso, los aspectos y criterios de negociación, su ponderación, la forma en que va a llevarse a cabo, las reglas de confidencialidad y como concluirá”. Regulación que pone de manifiesto la necesidad, por imperativo legal, de que en este concreto tipo de procedimiento de adjudicación, la entidad contratante negocie con los licitadores invitados los términos de la oferta, al igual que contempla para el procedimiento negociado el artículo 74 del mismo cuerpo normativo.

Nos hallamos, pues, ante un procedimiento cuyo elemento característico, es la negociación entre la entidad contratante y los licitadores invitados a participar en el mismo; tal y como pone de relieve el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en Sentencia de 3 de febrero de 2020, cuando señala que “(...) de modo que era correcto utilizar el procedimiento negociado sin publicidad; no obstante, una cosa es que se excluyera la publicidad y otra distinta es que no se negociara nada, puesto que lo característico de tal procedimiento es, precisamente, la negociación (artículo 180.4), que en este caso está ausente, pues nada obra en tal sentido en el expediente administrativo (...).”

Como hemos señalado, entre otros, en nuestro Acuerdo 26/2015, de 5 de mayo, “El elemento diferenciador del procedimiento negociado en relación con el abierto y restringido, en los que las proposiciones presentadas por los licitadores son inalterables, es la fase de negociación de la oferta seleccionada. Esta negociación – tal

y como pone de relieve la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales de fecha 24 de febrero de 2011 – es exigible en este tipo de procedimiento, debiendo fijarse previamente en el pliego, o en su caso en el anuncio, cual será el objeto de la negociación, es decir, los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación.

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...”.

El carácter esencial de la negociación de las ofertas en los procedimientos negociados de adjudicación ha sido analizado por este Tribunal en su Acuerdo 10/2013, de 14 de junio, en el que, en atención al mismo, manifestamos que “... 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 de que, reiteramos, sirve precisamente, para diferenciar este procedimiento respecto de otros”.

Así las cosas, al optarse por la adjudicación del contrato a través de un procedimiento negociado es obligatorio evacuar la fase de negociación, cuya sustanciación, y elementos sobre los que versa, deberán preverse en las condiciones esenciales; sin que resulte ajustada a derecho la omisión de dicha fase de negociación o la tramitación de un procedimiento negociado con las formalidades de un procedimiento abierto o restringido de adjudicación”.

Consideraciones que reiteramos en nuestro Acuerdo 4/2017, de 16 de enero, donde añadimos que “En consecuencia, las condiciones que los pliegos establezcan en orden a la sustanciación de la fase de negociación inherente a los procedimientos negociados de adjudicación deben garantizar la igualdad de trato de todos los licitadores, y para ello los sucesivos llamamientos para mejorar las ofertas de deben realizar, a todos ellos, de forma simultánea y en las mismas condiciones, puesto que tal y como pone de relieve la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de octubre de 2015, “63 Según reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que

situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, a menos que este trato esté objetivamente justificado (sentencia de 11 de junio de 2014, Communicaid Group/Comisión, T-4/13, EU:T:2014:437, apartado 50).

64 En el ámbito de los contratos públicos, el poder adjudicador está obligado, en particular, a velar, en cada fase de un procedimiento de licitación, por el respeto del principio de la igualdad de trato y, en consecuencia, por la igualdad de oportunidades entre todos los licitadores. Igualmente, el principio de igualdad de trato implica la obligación de que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación del poder adjudicador (sentencia Communicaid Group/Comisión, citada en el apartado 63 supra, EU:T:2014:437, apartado 51”.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 31 de enero de 2013, recuerda que el principio de igualdad de trato de los licitadores que tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, “exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores”; extremo éste que debe ser verificado en el caso concreto que nos ocupa, toda vez que es precisamente la vulneración de este principio rector en materia de contratación pública el motivo alegado por el reclamante en referencia a las condiciones de la negociación establecidas en el contrato a cuya adjudicación se contrae la reclamación, y que concreta en que uno de los licitadores oferta en último lugar conociendo el resto de las ofertas, sus características y a quién pertenecen (entendiendo que se le confiere una especie de derecho de tanteo), habida cuenta que no sólo se ha indicado en cada momento a quién pertenecía la oferta más ventajosa, sino que en la presentación de las ofertas definitivas (la última ronda de negociación) sólo ha podido participar uno de los licitadores”.

Por su parte, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 69/2016, de 29 de enero, partiendo de la premisa de que no existe una regulación del sistema de negociación una vez que las solicitudes de participación se presentan, recuerda que “(...) en el procedimiento negociado no existe una licitación en sentido estricto como existe en el procedimiento abierto, ya que las ofertas a que se refiere el artículo 178 del TRLCSP no son equiparables a las proposiciones del artículo

145 de la citada Ley, entre otras razones y como fundamental, porque el precio u oferta económica es uno de los elementos que debe de ser objeto de negociación sin que pueda quedar fijado con carácter inalterable en la oferta a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones. Consideraciones que en nuestra Resolución 269/2011, de 10 de noviembre, declaramos igualmente aplicables al procedimiento negociado configurado en los artículos 58.4, 80 y 81 de la LCSE (RCL 2007, 1965). Así el carácter diferenciado del procedimiento negociado respecto de los demás procedimientos de adjudicación, que permite tener en cuenta, tanto en la valoración técnica como en la económica, no sólo la oferta inicial, sino también los aspectos que hayan sido objeto de negociación a fin de seleccionar la propuesta más ventajosa, determina, como señala la Junta Consultiva en el ya referido Informe 21/97 (PROV 1997, 3), la presencia en la licitación del “principio de flexibilidad derivado de la negociación [lo] que caracteriza a este procedimiento de adjudicación”. De modo que cualquier interpretación formalista que impidiese la negociación sobre los términos de la oferta inicial, vaciaría de contenido el procedimiento negociado y lo convertiría en abierto o restringido. A ello añadiremos que, no obstante la flexibilidad característica del procedimiento negociado, han de guardarse en la negociación los principios de transparencia e igualdad de trato y no discriminación, como expresamente lo señala el apartado 3 del artículo 178 del TRLCSP (...).”

En la Resolución 50/2011, de 24 de febrero señaló el Tribunal como elemento esencial del procedimiento negociado la negociación, así: “(...) A este respecto, se debe señalar, en contra de lo manifestado por el órgano de contratación en su informe, que 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, y más en un supuesto como en el expediente de referencia, en el que el único aspecto a negociar, de acuerdo con lo previsto en el pliego será el precio (...).

Así pues, en esta tipología de procedimiento de adjudicación, la ausencia de negociación supone la omisión de un trámite esencial del procedimiento negociado.

Sentado lo anterior, y a los efectos de comprobar en nuestro caso la adecuación del procedimiento tramitado, debemos acudir a las condiciones particulares reguladoras del contrato que obran en el expediente, pues tal documento debe contener las

previsiones relativas a los aspectos, criterios y forma en que ha de llevarse a cabo la negociación entre la entidad contratante y los licitadores invitados que presenten oferta, garantizando la concurrencia en condiciones de igualdad de los interesados.

Así, el apartado A.7 de las referidas condiciones particulares, sobre la documentación a presentar por los licitadores, establece que “DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA. Contendrá:

- *Declaración responsable: Conforme al Anexo I y firmada por persona debidamente apoderada. Caso de ser empresas que concurran conjuntamente la declaración responsable deberá ser por cada una de las empresas.*

- *Cuando se prevea la constitución de una unión de empresas de carácter temporal, o cualquier otra forma de participación conjunta, se aportará un documento privado en el que se manifieste esta voluntad, se indique el porcentaje de participación de cada uno de ellos y se designe un representante o apoderado único con facultades para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones derivadas del contrato hasta la extinción del mismo.*

- *En el caso de que se prevea la constitución de una unión temporal de empresas se aportara el compromiso de constituirla en caso de resultar adjudicatarios, no siendo necesaria su constitución hasta que no se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.*

PROPOSICIÓN VALORABLE.

Conforme a los Anexos II, III y IV y firmada por persona debidamente apoderada”.

A continuación, la cláusula A.8 “Criterios de adjudicación”, determina que “Para la selección del adjudicatario se tendrán en cuenta los siguientes criterios y sus correspondientes ponderaciones, redondeando las valoraciones a dos decimales.

CRITERIOS VALORABLES AUTOMÁTICAMENTE. Hasta 100 puntos

A. OFERTA ECONÓMICA. Hasta 70 puntos

La puntuación de la oferta económica se obtendrá en base a la siguiente fórmula:

$$\text{Puntuación obtenida} = 70 \times \frac{\text{Oferta más económica}}{\text{Oferta realizada}}$$

B. CRITERIOS SOCIALES. 10 puntos.

Se valorará con 10 puntos el compromiso de realizar en el año 2020 o 2021 una campaña de apoyo a la igualdad de género en la empresa.

C. CRITERIOS TÉCNICOS: 20 puntos.

Puntuación que se otorgará según la negociación del anexo IV”.

Por su parte, la cláusula B.5 sobre la calificación de la documentación señala que *“Concluido el plazo de presentación de proposiciones se procederá, en acto interno, a la calificación de la documentación presentada por los licitadores.*

La Mesa de Contratación podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes considere precisos y se relacionen con el objeto del contrato”.

Añade la cláusula B.6, sobre la apertura de las proposiciones y propuesta de adjudicación, que *“La Mesa de Contratación analizará las ofertas presentadas y podrá negociar con las empresas invitadas si lo considera necesario otros aspectos que el ayuntamiento considere importantes para el furgón/furgoneta”.*

Finalmente, el Anexo IV, indica lo siguiente **“VEHÍCULO FURGÓN/FURGONETA ELÉCTRICO**

OFERTA:

Requisitos necesarios:

Fabricante del vehículo Indicar fabricante:

Modelo del vehículo Indicar modelo:

Rotulado de acuerdo a las indicaciones del Anexo V Indicar Si / NO

Motor Eléctrico: Indicar Si / NO.

Potencia del motor al menos de 60 cv. Indicar Si / NO

Carga útil al menos de 600 Kg ... Indicar Si/ NO

Autonomía al menos de 170 km. indicar Si / NO

Cable de carga con conector tipo 2 según norma IEC 62196-2 en el lado de punto de recarga

Indicar Si / NO

Emisiones CO2: O Indicar Si / NO

Alfombrillas delanteras de goma Indicar Si / NO

Revestimiento de goma en la zona de carga Indicar Si / NO

2 Chalecos reflectantes homologados Indicar SI/ NO

2 Triángulos de señalización homologados Indicar Si/ NO

Kit de reparación de pinchazos Indicar SI / NO

*Servicio técnico a una distancia máxima de 50 kilómetros de Guesálaz Indicar Si/NO
Si/NO*

Características negociables:

Mampara de separación entre la zona de carga y el habitáculo del conductor con visibilidad para espejo retrovisor central, o rejilla similar, puerta Lateral Derecha deslizante, potencia del motor superior a 60 cv, mayor a 600 Kg de carga útil, enganche de bola para carro, Climatización, airbag en acompañante u otros que el Ayuntamiento ante las ofertas presentadas considere de importancia para su previsible uso.

Declaro que cumplo los requisitos técnicos exigidos en el Anexo IV del pliego regulador y los evaluables señalados”.

Como puede observarse, la única referencia a la negociación de las ofertas es la contenida en la cláusula B.6 que prevé la posibilidad de negociar prestaciones del vehículo distintas a las que enumera como, de manera ciertamente confusa, aspectos negociables en el Anexo IV; no indicándose la forma en que dicha negociación se va a llevar a efecto ni cómo concluirá – aspectos fundamentales a la vista de lo dispuesto en el artículo 75.2 LFCP - y previéndose, en contra de lo indicado anteriormente, como una mera posibilidad, cuando lo cierto es que tal fase resulta, a todas luces, preceptiva.

Llegados a este punto, cabe traer a colación el informe 1/2011, de 14 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, que 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”*.

De igual modo, señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 40/2020, de 16 de enero, que *“Con relación a ello, este Tribunal en su Resolución 313/2013, de 24 de julio, ha señalado que: “En cuanto al desarrollo de la negociación, hay que tener en cuenta que el procedimiento negociado es esencialmente un procedimiento flexible, si bien esta flexibilidad debe conciliarse con un cierto formalismo que deriva de la necesidad de aplicar las garantías esenciales en la contratación pública. Dada la ausencia de regulación a la que hemos aludido anteriormente, el PCAP constituye el marco legal para el desarrollo de cada procedimiento negociado. Las actuaciones que se lleven a cabo durante la fase de negociación tienen que estar previstas en el mismo, de tal manera que todos los participantes conozcan las reglas del proceso de adjudicación y, en especial, los aspectos objetivos que resultan esenciales para que formulen la oferta y fundamenten la decisión”*.

Así las cosas, como se hemos apuntado, la ausencia de negociación en los procedimientos negociados y en los negociados sin convocatoria de licitación supone una omisión de un trámite esencial del procedimiento de adjudicación; y dado que el artículo 116.2.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 con carácter general en la legislación reguladora 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 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.”*

Así las cosas, las condiciones reguladoras de la licitación que nos ocupa no regulan el procedimiento de negociación, incurriendo así, como señalamos en nuestro Acuerdo 10/2017, de 27 de febrero, 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. Acuerdo confirmado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 444/2018, de 21 de diciembre, que, en lo que aquí interesa señala que *“Este procedimiento no es negociado, sino que es un procedimiento abierto, en el que se invitaba a determinadas empresas a participar (aunque también se publicó anuncio de licitación), se abrían simultáneamente las ofertas y se aplicaban los criterios de adjudicación, quedando fijados con carácter inalterable los términos del contrato sin negociación. El hecho de que se solicitara a los licitadores una segunda oferta económica no convierte al procedimiento en negociado, toda vez que el art. 74 exige que las condiciones esenciales incluyan 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. En este caso no se recogen en el PCA ni los requisitos para plantear la negociación ni los términos de la misma. Aunque la negociación se limitara a los aspectos económicos, tampoco consta así en las*

condiciones esenciales, por lo que existe una discordancia clara entre el procedimiento establecido en el PCA que, bajo el nomen de procedimiento negociado sin publicidad comunitaria, en realidad establecía un procedimiento abierto”.

Dicho lo anterior, debemos reiterar que en el procedimiento negociado se ha de producir una negociación efectiva. Por ello, debe existir cuanto menos una ronda de negociación tras recibirse la primera oferta; pues en otro caso, no puede entenderse que exista negociación, vulnerándose así las reglas fundamentales para la adjudicación del contrato mediante procedimiento negociado, adoleciendo el procedimiento de vicio de nulidad de pleno derecho, al omitirse un trámite esencial de este procedimiento de adjudicación.

Pues bien, en nuestro caso, la ausencia de negociación real o efectiva se pone de relieve, por lo demás, en las actas de la mesa de contratación incorporadas al expediente, ambas de fecha 15 de octubre de 2020, toda vez que, en la primera de ellas, se valoran los aspectos que las condiciones particulares enumeran en el apartado del Anexo IV como aspectos negociables y, respecto a aquellos distintos a éstos que hayan ofertado los licitadores, se limitan a decidir qué prestaciones resultan óptimas para el vehículo a suministrar (autonomía, lunas tintadas y porta objetos en techo cabina), acordándose, únicamente respecto al licitador que no había ofertado dos de ellas *“solicitarle las características técnicas y puntuarlas en el caso de que lo posea”*; valorándose la respuesta ofrecida el respecto en la segunda sesión celebrada por la mesa de contratación.

Así pues, debemos reparar en que abiertas las ofertas presentadas, no se llevó a cabo de forma simultánea con todos los licitadores la referida negociación, sino que partiendo de la oferta presentada por uno de ellos solamente se dio la oportunidad al otro participante de ofertar las prestaciones adicionales contempladas en la oferta inicial y única del mismo; proceder que no reúne los requisitos que en relación con la fase de negociación invoca la doctrina expuesta y que, en modo alguno cabe justificar en la urgencia que pudiera derivar del cumplimiento de las condiciones de la subvención concedida para financiar el coste del suministro, pues como apunta la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de octubre de 2019, al confirmar la declaración de nulidad de pleno derecho de un procedimiento negociado por no llevarse a cabo fase de

negociación *“no existe previsión normativa alguna que justifique que en razones de urgencia o de interés general puedan omitir la ronda de negociaciones legalmente prevista, por mínima que sea”*.

Así las cosas, si bien es cierto que no cualquier vicio procedimental puede erigirse en motivo de nulidad de pleno Derecho, sino la ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, en este caso, tratándose de una licitación mediante procedimiento negociado sin convocatoria de licitación no puede entenderse realizada la esencial negociación que, como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1025/2019, de 16 de septiembre, se entiende cumplida cuando los licitadores han presentado unas ofertas iniciales y posteriormente, fruto de la negociación, sus ofertas finales, lo que no ha sucedido; no resultando admisible, por lo demás, abrir la negociación sólo con uno de los licitadores, pues tal posibilidad resulta contraria al principio de igualdad de trato entre los licitadores.

SÉPTIMO.- El tercer y último motivo de un eventual vicio de nulidad de pleno derecho advertido por este Tribunal viene referido a la licitación al margen de la Plataforma de Contratación Electrónica de Navarra. Extremo acreditado por la cláusula B.4 de las Condiciones Particulares del contrato, que en relación con el lugar de presentación de proposiciones, establece que *“Los documentos que conforman la oferta pueden presentarse o bien por correo electrónico: secretaria@guesalaz.es o por presentación en las oficinas del ayuntamiento de Guesálaz sitas en Muez, e/nueva nº 2”*; previsión reiterada, en iguales términos, en las invitaciones cursadas al efecto.

Sobre la licitación electrónica, el considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 26 de febrero, señala que *“debe hacerse obligatoria (...) tras un período transitorio de 30 meses- una comunicación totalmente electrónica, lo cual significa la comunicación por medios electrónicos en todas las fases del procedimiento, incluida la transmisión de solicitudes de participación y, en particular, la presentación (electrónica) de las ofertas”*.

Por su parte, el artículo 95 LFCP, bajo el epígrafe “Plataforma de licitación electrónica de Navarra”, establece que *“1. La plataforma de licitación electrónica de*

Navarra, herramienta web bajo la dependencia de la Junta de Contratación Pública de Navarra, es el medio oficial para la presentación de ofertas y solicitudes de participación en las licitaciones de las entidades sometidas a esta ley foral. Su utilización será obligatoria para quien licite, con independencia de su personalidad física o jurídica.

2. La licitación de los contratos públicos cuya adjudicación requiera un procedimiento distinto del régimen especial para contratos de menor cuantía y de los supuestos del artículo 75.1.c) de esta ley foral, se llevará a cabo a través de la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra.

3. En la plataforma de licitación electrónica de Navarra se presentará toda la documentación correspondiente a las licitaciones en curso con garantía de confidencialidad hasta el momento de su apertura, se establecerá contacto con el órgano de contratación para llevar a cabo las subsanaciones o aclaraciones a la oferta que se soliciten por parte del mismo y se llevará a cabo la apertura de las ofertas cuando el procedimiento lo requiera, configurándose a todos los efectos de contratación pública, como sede electrónica y registro auxiliar de todas las entidades sometidas a la aplicación de esta ley foral”.

Así las cosas, la claridad del precepto no deja lugar a dudas cuando impone a las entidades contratantes la obligación de tramitar las licitaciones por medios electrónicos, sin otra excepción que los procedimientos correspondientes a contratos sujetos al régimen especial de menor cuantía y el procedimiento negociado sin convocatoria de licitación derivado de la concurrencia de razones técnicas o artísticas o motivos relacionados con la protección de derechos exclusivos que determinen que el contrato solo pueda ser ejecutado por una empresa o profesional determinados. Obligación legal que el Preámbulo de la propia norma explica en los siguientes términos: “Una de las grandes novedades de la Directiva 24/2014 es que la licitación electrónica será obligatoria con carácter general en los plazos establecidos por la misma. Esto implica que los licitadores puedan presentar sus ofertas de forma íntegramente telemática y que las notificaciones sean electrónicas. Para dar respuesta a esta obligación, se crea la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra, cuya utilización será obligatoria para todas las entidades sometidas a la ley foral, de manera que se facilita la participación de las empresas en los procedimientos, al tener que conocer una única herramienta sea cual sea la entidad que licita el contrato”. De ahí que la Disposición

Transitoria Segunda del mismo texto normativo, al establecer las normas transitorias de licitación determine que *“1. De conformidad con lo establecido por el artículo 90.2 de la Directiva 24/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, las entidades sometidas a esta ley foral no estarán obligadas a licitar electrónicamente sus contratos públicos hasta el día 18 de octubre de 2018, a excepción de los sistemas dinámicos de compra, la puja electrónica o los contratos licitados por centrales de compra.*

2. Las entidades sometidas a esta ley foral podrán utilizar la Plataforma de Licitación Electrónica del Portal de Contratación de Navarra desde que ésta se encuentre en funcionamiento. En todo caso, su utilización será obligatoria, para todas ellas, desde el día 18 de octubre de 2018”.

Debe advertirse que en esta cuestión la LFCP, en su labor de transposición, va más allá que la Directiva 24/2014, toda vez que impone, a partir de la fecha citada, tal obligación con carácter general, sin contemplar excepción alguna distinta a los contratos adjudicados en régimen de menor cuantía y el supuesto de procedimiento negociado sin convocatoria de licitación recogido en el artículo 75.1.c) del mismo cuerpo legal, habilitando a tales efectos tal plataforma para su utilización por todas las entidades que entran dentro del ámbito de aplicación de dicha norma jurídica. Difiere también de la regulación contenida en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuya Disposición Adicional Decimoquinta, en la línea de la Directiva, recoge determinados supuestos en los que los órganos de contratación no están obligados a exigir el empleo de medios electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas; excepciones que, repetimos, no contempla nuestra Ley Foral.

Así pues, adjudicándose el contrato de suministro que nos ocupa mediante procedimiento negociado sin convocatoria de licitación distinto del supuesto contemplado en el artículo 75.1.c) LFCP, la entidad contratante venía obligada a su tramitación electrónica, a través de PLENA, cosa que no hizo, vulnerando con ello lo dispuesto en el artículo 95 LFCP; restando analizar las consecuencias jurídicas de tal infracción jurídica.

Pues bien, a juicio de este Tribunal el incumplimiento por la entidad contratante de la obligación legal de licitar electrónicamente, a través de la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra, constituye un vicio de nulidad de pleno derecho, toda vez que

nos encontramos ante el incumplimiento de una norma de carácter imperativo, respecto de las que el artículo 6.3 del Código Civil - referido a la eficacia de las normas y de aplicación a todo el ámbito del derecho por estar inserto en su Título Preliminar - 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”*. Infracción subsumible en la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e) LPACAP que califica como tales a aquellos actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Como indica el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su Resolución 18/2018 de 10 de enero, la contratación administrativa se rige por un principio formalista que debe ser respetado en todos sus trámites. Ello supone la exigencia del cumplimiento de los términos y plazos previstos en la ley, la presentación de la documentación con observancia de los requisitos formales exigibles y el cumplimiento de todos y cada uno de los trámites procedimentales previstos como garantía. Garantías entre las que como se ha apuntado ha cobrado especial relevancia la licitación electrónica; aspecto procedimental, reiteramos, de obligatoria observancia que responde, como señala el Considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE, a la intención de simplificar enormemente la publicación de los contratos y aumentar la eficiencia y la transparencia de los procedimientos de contratación.

La jurisprudencia constante del Tribunal Supremo viene señalando que no cualquier vicio del procedimiento es determinante de la máxima sanción de nuestro ordenamiento, cual es la nulidad de pleno derecho. En concreto, la Sentencia de 17 de octubre de 2000, indicó que para que pueda invocarse esta causa de nulidad es necesario que la infracción cometida por el acto administrativo que se impugne deba ser *“clara, manifiesta y ostensible”*, entendiéndose por tales aquellos casos de ausencia total del trámite o de seguir con un procedimiento distinto. Por su parte, el mismo Tribunal en Sentencia de 21 de mayo de 1997 señala 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”*. Ahora bien, la inexistencia de nulidad absoluta no impide que pueda incurrirse en nulidad relativa o anulabilidad, conforme al artículo 48.2 de la citada Ley, si el acto carece de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o da lugar a la indefensión del interesado, siempre

que en estos casos, por la relatividad del vicio de forma, no sea posible su subsanación a lo largo del procedimiento administrativo, o posteriormente en trámite de recurso en dicha vía o incluso después en la jurisdiccional, tal y como establece el mismo Tribunal en Sentencia de 4 de octubre de 1986.

De igual modo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de julio de 2006 analiza los límites de la declaración de nulidad por lo que se refiere a cada concreto procedimiento sectorialmente aplicable, como es el caso que nos ocupa, circunscribiendo los efectos de dicha nulidad a la esencialidad del trámite omitido. Indicando, en tal sentido, que *“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”*.

En el caso de los procedimientos de licitación de contratos públicos, la LFCP, como se ha dicho, impone de forma taxativa y general la licitación electrónica, a través PLENA, no admitiendo licitación alguna al margen de ésta, salvedad hecha de los contratos de menor cuantía y el negociado sin convocatoria de licitación por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos exclusivos. Obligación de licitación electrónica impuesta de manera específica en este

ámbito, que adquiere pues carácter esencial y cuya omisión, conforme a lo razonado, cabe identificarla con una omisión total del procedimiento.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1300/2019, de 18 de noviembre, partiendo del carácter obligatorio de la presentación electrónica de ofertas desde la entrada en vigor de la LCSP 2017 - salvo que concurra alguna de las circunstancias recogidas en la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma y que así se justifique debidamente por el órgano de contratación – declara la nulidad de la cláusula del pliego que disponía la obligatoriedad de la presentación en papel de todos los documentos relativos a la licitación, argumentando que *“Séptimo. En cuanto al segundo motivo de impugnación, se alega por el recurrente que no se encuentra el órgano de contratación en ninguno de los casos previstos en la D.A. 15^a de la LCSP que permiten la utilización de medios de comunicación no electrónicos.*

Por su parte, la cláusula decimosegunda del PCAP regula el modo de presentación de las proposiciones, indicando que:

"1.- Las proposiciones se presentarán por escrito de forma manual, de conformidad con la disposición adicional decimoquinta, punto 3, apartado c)."

Así, dispone la indicada disposición adicional 15^a, punto 3, en su apartado c), lo siguiente:

"3. La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, los órganos de contratación no estarán obligados a exigir el empleo de medios electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas en los siguientes casos: (...)

c) Cuando la utilización de medios electrónicos requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación.

(...)

Como señalamos en nuestra Resolución 393/2019, de 17 de abril:

"a partir de la entrada en vigor de la Ley 9/2017 la regla general para la presentación de ofertas es la utilización de medios electrónicos, que sólo cede antes los casos tasados previstos en la citada Disposición Adicional Decimoquinta, debiendo, en todo caso, justificarse la excepción de forma expresa, al exigirse que "los órganos de

contratación indicarán en un informe específico las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos a los electrónicos".

En relación con esta cuestión, en la Resolución de este Tribunal núm. 1077/2018, de 23 de noviembre de 2018, ya establecimos que el informe del órgano de contratación es un requisito esencial del procedimiento, cuya omisión determina la imposibilidad de exceptuarse del uso de medios electrónicos (y, por tanto, la nulidad de los pliegos), teniendo en cuenta que las excepciones de la DA 15ª deben interpretarse estrictamente.

Así se decía en dicha Resolución:

"Los supuestos contemplados en los referidos apartados 3 y 4, en cuanto constituyen una excepción a la obligación general de la utilización de medios electrónicos, deben interpretarse estrictamente, de modo que no vacíen de contenido la obligación general que exige favorecer la tramitación íntegra del procedimiento por medios electrónicos. Además las excepciones tienen carácter reglado, sin capacidad de apreciación alguna para el órgano de contratación, de modo que ha de quedar constancia inequívoca de que se dan los motivos que legalmente permiten exceptuar la obligación legal, y es por ello que las disposición adicional decimoquinta, apartados 3 y 4, de la LCSP imponen expresamente que en estos casos exista en el expediente un informe específico las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos de los electrónicos.

Este informe del órgano de contratación, es un requisito esencial del procedimiento sin el cual no puede exceptuarse la obligación de recibir las ofertas por medios electrónicos. El informe ha de ser motivado, de manera que pueda concluirse de él que se da el supuesto excepcional que impide utilizar los medios electrónicos en la presentación de ofertas, con especificación suficientemente detallada, de las concretas circunstancias y de las características técnicas que, de acuerdo con el supuesto invocado, justifican no acudir a la presentación electrónica.

En el presente caso, no podemos entender cumplida la exigencia del necesario informe: en el momento de publicación de la convocatoria no existía (y, en todo caso, no se habría incorporado a la documentación de la licitación, para conocimiento de todos los candidatos) el informe del órgano de contratación que avalase la exoneración del uso de medios electrónicos; el citado Informe, de existir, puesto que ni siquiera se ha llegado a incorporar al expediente, habría sido elaborado con ocasión del presente recurso, lo que resulta claramente inadmisibile.

(...)

Por todo lo anterior, se impone también la declaración de nulidad de la cláusula 12.1 del PCAP". Consecuencia jurídica - la relativa a la apreciación de vicio de nulidad de pleno derecho en la omisión de la licitación electrónica - que todavía se hace más patente en nuestro caso, dado que la LFCP, como hemos apuntado, ni siquiera contempla las excepciones a la tramitación electrónica que, en los términos indicados en la Resolución transcrita, se recogen en el ámbito de la LCSP.

Así pues, procede declarar la nulidad de pleno derecho del procedimiento de licitación sustanciado para la adjudicación del suministro de un furgón eléctrico por el Ayuntamiento de Guesálaz, por haberse tramitado al margen de la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra; infracción que, conforme a lo razonado, constituye un defecto esencial de tramitación del procedimiento determinante de tal grado de invalidez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116.2.a) LFCP, que dispone que son causas de nulidad de derecho administrativo las establecidas en la legislación general de procedimiento administrativo.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Declarar, con ocasión de la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por UNSAIN, S.L.U. frente a la adjudicación del contrato de suministro de un furgón eléctrico por el Ayuntamiento de Guesálaz, la nulidad de pleno derecho de las cláusulas de las condiciones particulares reguladoras del procedimiento negociado tramitado correspondientes al plazo, lugar de presentación y apertura de proposiciones, así como del acto de adjudicación y por ende, del procedimiento de adjudicación, así como la imposibilidad de continuarlo.

2º. Notificar este acuerdo a UNSAIN, S.L.U., a AUTOMÓVILES MARCO, S.A. y al Ayuntamiento de Guesálaz, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3°. 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, 12 de noviembre de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer.
LA VOCAL, M^a Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.