



Expediente: 67/2022

ACUERDO 89/2022, de 2 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don I. O. S. M., en nombre y representación de la Asociación Navarra de Empresarios de Transporte por Carretera y Logística (ANET), frente al procedimiento de contratación de “*servicios de transporte escolar en vehículos de más de 9 plazas para el alumnado durante el curso 2022/2023*”, convocado por la Dirección General de Recursos Educativos del Gobierno de Navarra con fecha 5 de agosto.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Dirección General de Recursos Educativos del Departamento de Educación del Gobierno de Navarra publicó el 10 de mayo de 2021 en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de “*Transporte escolar con vehículos de más de nueve plazas 2021-2022*”. La publicación del citado anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea se produjo el 11 de mayo.

Frente a los pliegos de dicho contrato se interpusieron diversas reclamaciones especiales en materia de contratación pública por empresas dedicadas a la prestación del servicio de transporte de pasajeros por carretera y por organizaciones sindicales, a resulta de las cuales se anuló su cláusula 28^a, que no preveía la subrogación del personal trabajador, acordando la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de adjudicación del contrato.

Asimismo, se interpuso una reclamación por la Asociación Navarra de Empresarios de Transporte por Carretera y Logística (en adelante ANET), que fue

parcialmente estimada por el Acuerdo 74/2021, de 5 de agosto, anulando la cláusula 29.4 del pliego, relativa al abono de los servicios prestados.

SEGUNDO.- Con fecha 17 de agosto de 2021, la Dirección General de Recursos Educativos publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Portal de Contratación de Navarra un nuevo anuncio de licitación de dicho contrato; interponiéndose, con fecha 27 de agosto, por ANET una reclamación especial frente a los pliegos del citado contrato.

El órgano de contratación solicitó en sus alegaciones el levantamiento de la suspensión automática del acto recurrido, solicitud que fue estimada por el Acuerdo 89/2021, de 1 de septiembre, de este Tribunal.

Por el Acuerdo 94/2021, de 20 de septiembre, se inadmitió dicha reclamación en lo relativo a la reiteración de los motivos de impugnación que ya habían sido desestimados por el Acuerdo 74/2021, de 5 de agosto, desestimándola en el resto.

TERCERO.- ANET interpuso un recurso contencioso-administrativo frente al Acuerdo 74/2021, de 5 de agosto, ampliándolo con posterioridad al Acuerdo 94/2021, de 20 de septiembre (PO 384/2021).

Asimismo, solicitó la suspensión cautelar de dichos acuerdos, solicitud a la que se accedió mediante Auto nº 189/2021, de 14 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que acuerda la suspensión cautelar del Acuerdo 74/2021, de 5 de agosto, de este Tribunal.

CUARTO.- Con fecha 5 de agosto de 2022, la Dirección General de Recursos Educativos del Gobierno de Navarra remitió a diversas empresas que prestan el servicio de transporte escolar un correo electrónico con el siguiente contenido:

“A lo largo de las últimas semanas nos hemos puesto en contacto con vosotros para la prestación del servicio de transporte escolar en Navarra para el curso 2022/2023.

Llegados a este punto, os hacemos llegar la relación de rutas de transporte escolar disponibles, para que las empresas del sector podáis presentar oferta económica **precio diario total (IVA incluido)**, de manera que pueda prestar el servicio la empresa que realice la mejor propuesta económica en cada ruta.

En el pdf adjunto hay dos columnas en blanco para que indiquen si están interesados en las rutas (sea una o sean más). En caso afirmativo deberán indicar el precio de oferta para la ruta correspondiente, que **no podrá ser superior al precio máximo diario reflejado en la tabla.**

En caso de que estuviéseris interesados, remitid a esta misma cuenta de correo electrónico el anexo adjunto a este escrito, sellado por la empresa, fechado y firmado con **fecha límite el 16 de agosto de 2022, a las 11:00h.**”

A dicho correo se adjuntó, además del pdf con información sobre las rutas, un oficio donde se señala lo siguiente:

“En el curso 2020/2021 finalizó el plazo de ejecución, prórrogas incluidas, de los contratos de transporte escolar con vehículos de más de 9 plazas y el Departamento de Educación inició la correspondiente licitación administrativa para el curso 2021/2022 y siguientes, mediante el expediente de contratación aprobado por Resolución 302/2021, de 12 de agosto, de la Directora General de Recursos Educativos y la publicación del anuncio de licitación en el Diario Europeo y en el Portal de Contratación de Navarra, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

Dado que, por parte de la Asociación Navarra de Empresas del Transporte (ANET), se presentó reclamación a la licitación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, y una vez que este desestimó su reclamación mediante acuerdo del TACPN 94/2021, de 20 de septiembre, ANET recurrió al Tribunal Superior de Justicia Contencioso- Administrativo de Navarra y como consecuencia de lo dispuesto en el Auto 189/2021, se estimó la solicitud de medida cautelar de suspensión del procedimiento frente al pliego de cláusulas administrativas particulares del procedimiento de contratación del servicio de transporte escolar con vehículos de más de nueve plazas durante el curso 2021/2022 y siguientes.

Con fecha 28 de julio de 2022, se ha solicitado a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra el levantamiento de la suspensión de dicha licitación paralizada, debido al perjuicio del servicio público si no es posible garantizar el transporte escolar desde el inicio del curso 2022/2023. La Sala ha dado traslado, el pasado 29 de julio, a la parte recurrente (ANET) de dicha solicitud de levantamiento de la medida cautelar de suspensión, para que esta presente las alegaciones que estime oportunas.

En vista de que el Tribunal Superior de Justicia de Navarra no va a resolver esta cuestión antes del comienzo de curso 2022-2023 es necesario garantizar la prestación del servicio desde el inicio de curso 2022/2023.

Por todo lo cual, se le comunica la posibilidad de prestar el servicio de transporte escolar al inicio del próximo curso en septiembre 2022, de conformidad con las características técnicas (en lo que se refiere al número y tipología de los vehículos, recorrido y paradas programadas) que se fijan en el ANEXO que se acompaña a este escrito.

Las tarifas propuestas para cada una de las rutas son las del presente curso 2021-2022 incrementadas en un máximo de un 5% (excepto en las rutas de educación especial que se han visto incrementadas en un 15%), justificado económicamente atendiendo a la coyuntura económica actual y teniendo en cuenta también otras ayudas ya percibidas por el sector del Transporte por parte de otras Administraciones y Departamentos del Gobierno.

Para la prestación del servicio es necesaria la aceptación expresa de las condiciones fijadas para la ejecución de esta actividad, teniendo siempre presente que la duración de este servicio finalizará de forma automática en el momento en que la culminación del proceso de licitación, actualmente suspendido, dé como resultado la nueva adjudicación de dichos servicios, o en su caso, con la finalización del curso escolar 2022/2023.

*De este modo le rogamos, en caso de que estén interesados en la realización de alguna de las rutas, nos devuelvan el anexo adjunto a este escrito, cumplimentando las dos últimas columnas en aquellas rutas en las que estén interesados: se indicará expresamente que se está interesado en realizar la ruta, y se indicará el **precio diario***

total (IVA incl.) por el que se realizaría, que en ningún caso podrá ser superior al precio máximo indicado.

Deberán indicar también el número de vehículos de cada categoría (P, M, A o A+) que tienen disponibles para realizar los servicios.

*El documento deberá estar sellado por la empresa, fechado y firmado, y enviado con fecha límite el **16 de agosto de 2022, a las 11:00h.** Con objeto de agilizar la tramitación, les rogamos nos lo remitan escaneado en color a esta misma cuenta de correo electrónico: complementarioseducativos@navarra.es".*

QUINTO.- Con fecha 15 de agosto, don I. O. S. M. interpuso, en nombre y representación de ANET, una reclamación especial en materia de contratación pública frente al procedimiento de contratación de “*servicios de transporte escolar en vehículos de más de 9 plazas para el alumnado durante el curso 2022/2023*”, convocado por la Dirección General de Recursos Educativos del Gobierno de Navarra con fecha 5 de agosto.

Comienza el reclamante señalando que el acto recurrido, en cuanto invita a un procedimiento de contratación, es susceptible de impugnación al ser de hecho un pliego o procedimiento de contratación y actos de trámite o definitivos que excluyen de la licitación o perjudican expectativas.

Refiere, asimismo, que la reclamación se ha interpuesto dentro de plazo y que ostenta legitimación para ello en virtud del artículo 123.1 de la LFCP.

Señala que la Administración autonómica ha realizado distintas actuaciones en relación con la contratación de las rutas para el curso 2022-2023, actuaciones que resume a continuación, así como que, estimando las mismas no conformes a derecho, presentó un escrito de reclamación ante la Administración autonómica el 27 de julio, que se adjunta como documento 2.

Finalmente, manifiesta que ha tenido conocimiento de que dicha Administración ha iniciado un nuevo procedimiento de contratación el 5 de agosto, en relación con el cual formula las siguientes alegaciones:

Única. Infracción de los principios y requisitos de contratación y adjudicación

Señala que son principios de aplicación a la contratación pública, conforme al artículo 2 de la LFCP, que impregnan por ello los procedimientos y la adjudicación, los relativos a la igualdad de trato, no discriminación, transparencia y publicidad, así como el de eficiencia.

Manifiesta que la LFCP regula en su Capítulo V las reglas de publicidad y procedimientos de adjudicación, conteniendo los siguientes apartados o secciones y, por consiguiente, requisitos o trámites: reglas generales (sección 1ª); pliegos reguladores de la contratación (sección 2ª) con, entre otras, exigencia de información sobre condiciones de subrogación de personal y criterios de adjudicación; procedimientos de adjudicación (sección 3ª); y publicidad de las licitaciones (sección 4ª).

Alega que la actuación del 5 de agosto, e incluso las anteriores, interesando conformidad u ofertas a distintos operadores, no se ajustan a la normativa de aplicación dado que carecen:

- de fundamento o cobertura legal clara, explícita y específica (procedimiento de adjudicación o en su caso tipo de expediente o, en otro caso, institución de expediente de enriquecimiento injusto);
- de reglas de tramitación claras, de criterios de adjudicación;
- de información igualmente clara en relación a la subrogación de contratos de trabajo.

Alega que dicha actuación, por lo tanto, vulnera principios esenciales en materia de contratación administrativa y las exigencias de los procedimientos de adjudicación reseñadas, pudiéndose estar actuando mediante una vía de hecho por falta de cobertura o fundamentación, la cual se refiere tanto a una actuación sin cobertura o fundamento legal como a aquellas llevadas a cabo de forma desorbitada o desproporcionada.

Concluye que, por ello, deberían cesar y adaptarse a dichos principios y fundamentación clara y explícita o a instituciones legales previstas (enriquecimiento injusto en su caso).

Solicita que se anule el acto recurrido, así como la suspensión del procedimiento impugnado. Señala, finalmente, que una vez revisado el expediente remitido por el Departamento de Educación se solicitará, en su caso, prueba y se formularán alegaciones.

SEXTO.- Con fecha 17 de agosto el órgano de contratación aportó el correspondiente expediente, así como un escrito de alegaciones, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Comienza señalando que para una mejor comprensión de las alegaciones que formula procede citar los hechos previos que justifican el procedimiento seguido durante este verano de 2022 en relación con la prestación del servicio del transporte escolar para el curso 2022-2023.

Entre los mismos se señala que, en vista de la suspensión acordada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, durante el curso escolar 2021-2022 se ha prestado el servicio de transporte escolar por las empresas que habían resultado adjudicatarias de la licitación anterior, pero sin un contrato adjudicado conforme a lo exigido por la LFCP, habiéndose abonado las diferentes facturas conforme a la doctrina del enriquecimiento injusto.

Asimismo, se señala que con el objetivo de garantizar el transporte escolar desde el inicio del curso 2022-2023, en tanto no recaiga una sentencia sobre las bases recurridas y suspendidas, el Departamento de Educación ha realizado las actuaciones que se describen a continuación.

Actuaciones que son, básicamente, las descritas por el reclamante, y que consisten en la sucesiva petición de ofertas a empresas navarras y de provincias limítrofes, en algunos casos con precios tasados por el Departamento de Educación y en uno de los casos con un precio libre que debía ser justificado por la empresa oferente. La última de dichas actuaciones, consistente en la petición de ofertas realizada el 5 de agosto, es precisamente la que es objeto de la reclamación especial.

Se señala, asimismo, que el 28 de julio el Gobierno de Navarra ha solicitado al Tribunal Superior de Justicia de Navarra el levantamiento de la suspensión acordada por el Auto 189/2021, de 14 de diciembre, a fin de poder continuar con el procedimiento legalmente establecido y suspendido judicialmente.

Formula, a continuación, las siguientes alegaciones:

1ª. Inadmisión de la reclamación

Señala que el artículo 122 de la LFCP establece que *“Son susceptibles de impugnación, los pliegos de contratación, los actos de trámite o definitivos que les excluyan de la licitación o perjudiquen sus expectativas, los actos de adjudicación dictados por una entidad sometida a esta ley foral en un procedimiento de adjudicación, los acuerdos de rescate de concesiones y, en tanto que puedan ser actos de adjudicación ilegales, un encargo a un ente instrumental o la modificación de un contrato”*.

Alega que el acto que dice impugnar ANET no es ninguno de los señalados, por lo que en las actuaciones seguidas por el Departamento de Educación no hay un acto

susceptible de impugnación autónoma, por lo que procede la inadmisión a trámite de la reclamación por falta de objeto.

2ª. Derecho fundamental

Señala que el derecho a la educación es un derecho fundamental que el Departamento de Educación está obligado a garantizar y que engloba el servicio de transporte escolar, de manera que se garantice a todo el alumnado acudir presencialmente a los centros escolares.

Manifiesta que el Departamento de Educación siempre ha sido diligente y ha cumplido de manera escrupulosa las exigencias y principios de la LFCP, si bien la licitación está suspendida a solicitud de ANET y, por ello, debe garantizar por todos los medios posibles que el servicio de transporte escolar se preste desde el inicio del curso 2022-2023.

Señala que la Administración ha formulado una amplísima consulta a, probablemente, todas las empresas del sector, de Navarra y de comunidades limítrofes, de forma personalizada, ante la necesidad de contar, de cualquiera de las formas admitidas en derecho, de un servicio de transporte escolar y no se aprecia - al menos no se alega ni se prueba por el reclamante - vulneración de norma alguna. Manifiesta que conviene recordar en este punto que la primera de las actuaciones realizadas por el Departamento fue ofertar las mismas rutas a las empresas o UTES que ya estaban prestando estos servicios de transporte escolar en el curso 2021-2022, repitiendo las actuaciones seguidas hace un año, pero con una subida del 3,75%, resultando que únicamente 6 de las 29 empresas o UTES aceptaron continuar prestando los servicios, lo que supone únicamente la aceptación de 11 rutas de las 283 ofertadas.

Alega que, igualmente, el Departamento ha actuado con transparencia, comunicando a las empresas que se aceptaría la oferta presentada al mejor precio, habiendo comunicado a la empresa que prestará el servicio esta circunstancia y a las demás empresas que han realizado ofertas el resultado de las mismas.

Señala que, tras las actuaciones seguidas por el Departamento de Educación, está garantizado el servicio de transporte escolar para el curso 2022-2023 en 55 rutas y 13 rutas están pendientes de la resolución de la reclamación presentada por ANET, quedando por tanto aproximadamente 215 rutas sin cubrir, lo que en las fechas en que nos encontramos pone en riesgo el poder garantizar un servicio esencial derivado del derecho fundamental a la educación.

3ª. Levantamiento de la suspensión automática e imposición de una multa

Con cita del artículo 124.4 de la LFCP, solicita que se levante la suspensión automática del acto recurrido y el Departamento pueda continuar con las actuaciones que está llevando a cabo para evitar un grave perjuicio al interés público y garantizar el derecho fundamental a la educación. Alega que, de suspenderse la acción de la administración, el alumnado no podrá ir a clase al impedirse la prestación del servicio.

Señala que, de manera constante, ANET viene recurriendo la práctica totalidad de las licitaciones de transporte escolar que aprueba y tramita el Departamento de Educación en los últimos años, paralizando y bloqueando de manera sistemática dichas licitaciones, en perjuicio del servicio de transporte escolar en vehículos de más de nueve plazas como bien jurídico protegido de interés público y en perjuicio asimismo de la correcta aplicación de la LFCP, al impedir la adjudicación de los contratos conforme a la legislación vigente.

Manifiesta que, igualmente, en los casos en los que no es posible adjudicar contratos en base a una licitación, parece que ANET persigue obstaculizar continuamente las actuaciones de la Administración y, de este modo, exigir un incremento de los precios sin haber presentado en ningún momento justificación económica alguna, que manifestaron tener casi cerrada desde el mes de mayo, pero no han presentado a la Administración aun habiendo sido requeridos para ello en todo momento.

Por dichos motivos, reitera su solicitud de levantamiento de la suspensión de la licitación, así como que se aprecie mala fe del reclamante en la interposición de la reclamación, debiendo imponérsele una multa, sanción que ha de agravarse ante el evidente perjuicio ocasionado al interés público, en aplicación del artículo 127.4 de la LFCP.

Finalmente, se informa que en breve se pondrá en conocimiento de las actuaciones seguidas en el Departamento al Servicio de Consumo y Arbitraje por si estimara oportuno efectuar alguna actuación al respecto.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la inadmisión de la reclamación interpuesta, y, subsidiariamente, su desestimación, así como el levantamiento de la suspensión y la imposición de una multa por mala fe en la interposición de la reclamación.

SÉPTIMO.- El 17 de agosto se dio traslado de la reclamación a las demás personas interesadas para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, habiéndose presentado, también el 17 de agosto, un escrito de alegaciones por LANCHAS BUS, S.L. en el que solicita del desbloqueo de las solicitudes fechadas a 5 de agosto para poder optar a los contratos presentados por el Departamento de Educación.

OCTAVO.- Por el Acuerdo 85/2022, de 19 de agosto, de este Tribunal, se desestimó la solicitud de levantamiento de la suspensión automática del acto recurrido formulada por el Departamento de Educación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1.b) de la LFCP, a los contratos celebrados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra se les aplicará dicha ley foral, siendo susceptibles de impugnación ante este Tribunal los actos de trámite o definitivos referidos en el artículo 122.2 de la misma ley foral.

SEGUNDO.- La reclamación interpuesta se fundamenta en las infracciones 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.a) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada conforme al artículo 123.1 de la LFCP, que señala que esta *“podrá ser interpuesta por cualquier persona que acredite un interés directo o legítimo. También podrá ser interpuesta por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna siempre que sea para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”*.

Tal y consta en el artículo 3 de sus Estatutos, ANET es una institución que *“tiene como misión la representación mayoritaria del sector en todos los ámbitos y frentes, defendiendo los intereses legítimos y comunes de sus miembros asociados”*. Asimismo, su artículo 4.a) señala entre sus fines *“la tutela y defensa de los intereses económicos y profesionales comunes de sus miembros ante cualquier organismo y jurisdicción”*.

La legitimación de esta asociación para interponer reclamaciones frente a licitaciones de contratos de servicios de transporte ya ha sido examinada y admitida por este Tribunal con anterioridad, tal y como se alega en la reclamación, en los Acuerdos 25/2017, de 25 de mayo, 56/2017, de 25 de septiembre, y 89/2020, de 9 de octubre, además de en los Acuerdos 74/2021, de 5 de agosto, y 94/2021, de 20 de septiembre, referidos específicamente al servicio de transporte escolar.

QUINTO.- Con carácter previo al análisis de los motivos de impugnación alegados frente al acto objeto de recurso, este Tribunal debe resolver sobre la petición del reclamante relativa a la suspensión del acto recurrido y del procedimiento de

licitación como medida cautelar. Pronunciamiento donde no cabe sino reiterar lo que venimos manifestando de forme reiterada – por todos, Acuerdo 80/2022, de 22 de julio - en el sentido de que por imperativo de lo dispuesto en los artículos 124.4 y en los apartados primero y tercero del artículo 125 LFCP, con la interposición de la reclamación se produce la suspensión automática del acto impugnado y, con ella, la del propio procedimiento de contratación, sin que resulte necesario realizar un pronunciamiento expreso respecto a esta concreta petición.

SEXTO.- También de forma previa al análisis de las cuestiones de fondo planteadas, procede abordar ahora el óbice de admisibilidad suscitado por el órgano de contratación en el informe de alegaciones remitido a este Tribunal, relativo a que la reclamación se dirige frente a un acto no susceptible de impugnación a través de esta concreta vía de recurso; cuestión que es de obligado y preferente análisis por razones de orden procedimental, toda vez que de prosperar impediría cualquier pronunciamiento sobre el fondo del asunto a que remite la reclamación interpuesta.

La Directiva 1989/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a los procedimientos de recurso en materia de contratación pública, establece en su artículo 1.1 que *“En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE o de la Directiva 2014/23/UE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa”*. Norma comunitaria cuya transposición al ordenamiento jurídico foral se efectúa a través de la LFCP, que en sus artículos 121 a 130 regula el régimen jurídico de las reclamaciones especiales en materia de contratación pública, previendo un procedimiento de recurso breve y ágil, al objeto de garantizar la legalidad de las actuaciones realizadas en materia de contratación pública de la forma más eficaz posible, razón por la que los actos recurribles por esta vía y los motivos en que fundamentarse la reclamación se prevén con carácter tasado.

Así, el artículo 122.2 LFCP delimita el ámbito objetivo de la reclamación especial en materia de contratación pública cuando establece que *“Son susceptibles de impugnación, los pliegos de contratación, los actos de trámite o definitivos que les excluyan de la licitación o perjudiquen sus expectativas, los actos de adjudicación dictados por una entidad sometida a esta ley foral en un procedimiento de adjudicación, los acuerdos de rescate de concesiones y, en tanto que puedan ser actos de adjudicación ilegales, un encargo a un ente instrumental o la modificación de un contrato”*. Contemplando, en coherencia con ello, el artículo 127.3.d) del mismo cuerpo legal, entre las causas de inadmisión de la reclamación, la falta de competencia del tribunal; consideración que no obsta a que, en su caso, las personas interesadas puedan hacer valer aquellos de sus intereses que se fundamenten en otros motivos por los cauces administrativos o judiciales correspondientes, distintos de la vía de la reclamación especial en materia de contratación pública.

Dicho lo anterior, y a los efectos de analizar si en nuestro caso concurre la causa de inadmisión alegada, debemos advertir que la apreciación de las circunstancias de admisibilidad de los recursos afecta al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE y, en consecuencia, la interpretación de las causas que en relación con los mismos establezcan las normas que en cada caso los regulen son de interpretación estricta, resultando, además, que el principio “pro actione” exige restringir al máximo las causas de inadmisibilidad de los recursos, si bien debe ser entendido no como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican, tal y como viene declarando de forma reiterada el Tribunal Constitucional, por todas, en su Sentencia de 11 de abril de 2013, que pone de relieve que *“Tal como ha reiterado este Tribunal, el derecho de acceso a la jurisdicción, como garantía esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), si bien no exige necesariamente seleccionar la interpretación más favorable a la admisión de un procedimiento entre todas las que resulten posibles, sí impone que*

los óbices procesales se interpreten de manera proporcionada ponderando adecuadamente los fines que preserva ese óbice y los intereses que se sacrifican”.

En el supuesto analizado la reclamación se dirige contra la invitación que el Departamento de Educación remite, con fecha 5 de agosto de 2022, a diversas empresas en el marco de la contratación de servicios de transporte escolar en vehículos de más de 9 plazas para el alumnado durante el curso escolar 2022-2023 que parece sustanciarse a través de un procedimiento negociado. Invitación que merece la calificación de acto de trámite de especial relevancia en el seno de tal procedimiento de adjudicación y que, por ende, es susceptible de impugnación a través de esta concreta vía, pues no olvidemos que mediante ésta son susceptibles de impugnación los actos de trámite o definitivos que perjudiquen las expectativas de los interesados, como es el caso. De hecho, la admisibilidad de la impugnación de este acto se colige del propio artículo 124.2 LFCP que admite la impugnación autónoma del anuncio de licitación en los procedimientos de adjudicación donde tal publicidad sea preceptiva; acto que para los procedimientos negociados cabe identificar con la invitación cursada a las empresas que en cada caso se realice.

Procede, en consecuencia, rechazar la causa de inadmisión alegada por el órgano de contratación y, con ello, el análisis de los motivos de impugnación en que la reclamante fundamenta la pretensión deducida.

SÉPTIMO.- La cuestión de fondo de carácter sustantivo planteada consiste en determinar si la actuación del Departamento de Educación para la adjudicación de distintas rutas incluidas en el servicio de transporte escolar mediante la solicitud, a través de correo electrónico, de ofertas a empresas prestadoras del servicio resulta ajustada a la legalidad.

Delimitado en tales términos el objeto del debate, obligado es recordar que la Administración de la Comunidad Foral de Navarra es una de las entidades comprendidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la LFCP. Resultando que, conforme a lo dispuesto en su artículo 4.1.b), a todos los contratos públicos que celebren

los órganos administrativos creados en cada uno de los Departamentos que conforman su estructura, resulta de aplicación dicha norma jurídica; señalando, al respecto, en su artículo 34.1 que *“El régimen jurídico de los contratos que celebren las Administraciones Públicas tendrá carácter administrativo salvo que la ley disponga otra cosa.*

Estos contratos se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta ley foral y sus disposiciones reglamentarias. Supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado”.

De igual modo, procede también recordar que el artículo 3 LFCP, al regular su ámbito de aplicación objetivo, determina que *“Son contratos públicos, a efectos de esta ley foral, los contratos onerosos celebrados por escrito entre una o varias empresas o profesionales y una o varias entidades sometidas a esta ley foral, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos, la prestación de servicios o las concesiones de obras y servicios, así como los contemplados en el artículo 5 de esta ley foral.*

Se entenderá que concurre el carácter oneroso cuando el contratista obtenga algún beneficio de tipo económico, ya sea forma directa o indirecta”.

En nuestro caso, el servicio objeto de contratación es el de transporte escolar en que el artículo 82.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, impone para la educación primaria de prestación gratuita por parte de las Administraciones Educativas; resultando que su prestación a través de tercero merece la calificación de contrato público de servicios - que el artículo 30.1 LFCP define como aquel cuyo objeto sea distinto del contrato de obras o de suministros, mediante el que se encarga por un precio a una empresa o profesional la prestación de un servicio, incluyendo aquellos en los que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario -, no quedando excluido de la aplicación de dicha norma en virtud de su artículo 7, y siendo su CPV el “60130000 - Servicios especiales de transporte de pasajeros por carretera”, previsto en el Reglamento (CE) N° 213/2008, de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007.

Partiendo de la premisa de que el contrato que nos ocupa está sujeto a la LFCP, veamos, pues si en el supuesto analizado se han seguido las prescripciones que para la licitación y adjudicación de los contratos públicos impone dicha norma jurídica.

En este sentido, el artículo 71 LFCP “Tipos de procedimientos de adjudicación”, establece 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”.*

Como puede observarse, para la adjudicación de los contratos que nos ocupa resulta ineludible la tramitación del oportuno procedimiento de adjudicación, y ello no sólo por imperativo de lo dispuesto en el artículo 71.1 LFCP, sino por elementales exigencias de los principios de legalidad y seguridad jurídica a los que cualquier Administración Pública está sujeta en su actuación.

La elección del procedimiento de adjudicación a seguir en cada caso corresponde, según determina el apartado segundo del citado precepto, al órgano de contratación, quien podrá recurrir indistintamente a los procedimientos abiertos y restringidos; mientras que la utilización de los restantes procedimientos tiene carácter excepcional y solo se puede utilizar, de forma motivada, en los supuestos que se habilitan por dicha ley foral.

En el supuesto analizado, resulta evidente que el Departamento de Educación no ha seguido ni el procedimiento abierto ni el restringido, pues no consta aprobación de expediente alguno de contratación ni publicación del preceptivo anuncio de licitación en el medio oficial que corresponda. De la escasa documentación obrante en el expediente no podemos sino concluir que dicha entidad ha pretendido la adjudicación a través de un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, pues éste se caracteriza por la invitación a empresas capacitadas para presentar ofertas, que es precisamente lo que se lleva a cabo mediante los correos electrónicos remitidos con fecha 5 de agosto de 2022.

Sin embargo, como señala la recurrente, lo cierto es que en modo alguno se han observado los trámites y exigencias procedimentales que para este tipo de procedimientos de adjudicación regulan el artículo 75 y concordantes de la LFCP, habida cuenta que no consta justificación alguna ni acreditación de la concurrencia de alguno de los supuestos legales y tasados en los que el citado precepto posibilita la tramitación de este procedimiento excepcional de adjudicación, sin que a ello obste la suspensión acordada por auto 189/2021 de la Sala de lo contencioso – administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, pues una cosa son los efectos que de ella derivan en relación con el procedimiento de licitación al que la misma se contrae, y otra que tal circunstancia no haya podido ser prevista por el órgano de contratación con margen suficiente para garantizar la prestación del servicio para el inicio del próximo curso escolar cuando tal prestación es como se ha dicho obligada; y lo que es más importante, tal circunstancia no puede en modo alguno amparar la legalidad de una licitación realizada al margen de la LFCP.

Y correspondiendo al órgano de contratación la carga de la prueba de la concurrencia del presupuesto habilitante para la adjudicación mediante procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, por constituir la utilización de este procedimiento una excepción a los principios de publicidad y concurrencia, lo cierto es que, como hemos apuntado, nada refiere el expediente ni el informe de alegaciones remitido más allá de la suspensión indicada; insuficiencia probatoria que determina que no se aprecie la concurrencia de ninguno de los supuestos excepcionales que pudieran justificar la adjudicación a través de la tramitación de este tipo de procedimiento.

Pero es que además, a la vista de lo indicado en la invitación cursada, se omite un trámite esencial en estos procedimientos de adjudicación, a saber, la fase de negociación. Efectivamente, 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 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.

Así pues, en esta tipología de procedimiento de adjudicación, la negociación se entiende cumplida cuando los licitadores han presentado unas ofertas iniciales y posteriormente, fruto de la negociación, sus ofertas finales; y su ausencia supone la omisión de un trámite esencial del procedimiento negociado.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, la invitación remitida a las distintas empresas se limita a señalar que *“en caso de que estén interesados en la realización de alguna de las rutas, nos devuelvan el anexo adjunto a este escrito, cumplimentando las dos últimas columnas en aquellas rutas en las que estén interesados: se indicará expresamente que se está interesado en realizar la ruta, y se indicará el precio diario total (IVA incl.) por el que se realizaría, que en ningún caso podrá ser superior al precio máximo indicado.*

Deberán indicar también el número de vehículos de cada categoría (P, M, A o A+) que tienen disponibles para realizar los servicios.

El documento deberá estar sellado por la empresa, fechado y firmado, y enviado con fecha límite el 16 de agosto de 2022, a las 11:00h. Con objeto de agilizar la tramitación, les rogamos nos lo remitan escaneado en color a esta misma cuenta de correo electrónico: complementarioseducativos@navarra.es". Resultando así que ninguna referencia contiene a la negociación de las ofertas; desvirtuándose de este modo la propia esencia y naturaleza de este procedimiento.

Así las cosas, partiendo de que la ausencia de negociación en los procedimientos 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 de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de os órganos colegiados*", que cabe apreciar sin que sea necesaria la ausencia total de procedimiento siendo suficiente con que el vicio conlleve que el procedimiento utilizado sea 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). Circunstancia que determina la estimación de la reclamación interpuesta y, por ende, la anulación del acto impugnado; y ello sin perjuicio, además, de que como bien apunta la reclamante la invitación tampoco incorpora pliego de condiciones alguno que regule entre otras cuestiones la relativa a la eventual subrogación de los trabajadores y obligaciones asumidas por las partes, ni establece fórmula alguna de valoración del único criterio que parece van a tener en

cuenta, que es el precio; extremos que también infringen lo preceptuado en el citado artículo 75 LFCP.

Relacionado con lo anterior, debemos advertir que la falta de justificación que se aprecia en el expediente determina la concurrencia de otra infracción legal de importante calado, a saber, que la licitación se ha realizado al margen de la Plataforma de licitación electrónica de Navarra.

Efectivamente, el artículo 95.2 LFCP, determina que *“La licitación de los contratos públicos cuya adjudicación requiera un procedimiento distinto del régimen especial, para contratos de menor cuantía o de los supuestos del artículo 75.1 de esta ley foral en los que por su naturaleza sólo pueda haber un licitador, se llevará a cabo a través de la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra”*. Añadiendo el artículo 75.4 del mismo texto legal que *“En los supuestos en los que, por su propia naturaleza o, excepcionalmente, debido a circunstancias del propio expediente, no sea posible la concurrencia, se motivará dicha imposibilidad en el informe justificativo, que deberá exponer la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse, la adecuación del objeto para satisfacerlas y la justificación detallada de la elección de procedimiento de contratación de la persona adjudicataria.*

En estos casos no será precisa la participación de la Mesa de Contratación ni la utilización de la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra para la recepción de la oferta. En el expediente deberán constar las condiciones de ejecución del contrato, junto con la aceptación por escrito de la persona adjudicataria, pudiendo procederse en un único acto a la aprobación del expediente, la aprobación del gasto y la adjudicación del contrato”.

Pues bien, como decimos, ninguna justificación contiene el expediente administrativo que pudiera justificar, en este caso, la imposibilidad de concurrencia y, por tanto, eximir de la utilización de la Plataforma de Licitación Electrónica; debiéndose recordar nuevamente que correspondiendo, conforme a lo señalado en el artículo 217.7 LEC, la carga probatoria de tal extremo al órgano de contratación la insuficiencia de ésta lleva a este Tribunal a apreciar que se ha incumplido la obligación

de tramitar las licitaciones por medios electrónicos. Incumplimiento que, como señalamos en nuestro Acuerdo 108/2020, de 12 de noviembre, 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”*.

Alcanzada la anterior conclusión, interesa precisar que las infracciones apreciadas determinan la concurrencia en el acto impugnado del grado de invalidez correspondiente a la nulidad de pleno derecho, si bien no merece, a juicio de este Tribunal, ser calificada como vía de hecho, pues como indica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 13 de octubre de 2006, ésta se refiere a actuaciones materiales de la Administración carentes de cobertura jurídica, es decir aquellas actuaciones materiales en que no concurra la decisión administrativa previa que le sirve de fundamento o, en otras palabras, no se ha ejercitado potestad administrativa en virtud de decisión o soporte que le preste la necesaria cobertura jurídica, desarrollándose al margen absoluto de ejercicio de potestad, procedimiento y decisión del órgano competente; señalando, asimismo, que ha de descartarse del concepto de vía de hecho la decisión administrativa que aunque en sí misma pudiera constituir o constituyera un atentado al orden jurídico público, no se traduzca en una actuación material inmediata, debiendo reservarse para los supuestos más graves de actuación material total y absolutamente al margen de competencia y procedimiento y sin previa habilitación por norma o acto que le sirva de fundamento. Haciendo así, como concluye la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 124/2022, de 27 de abril, referencia el concepto de vía de hecho a actuaciones materiales de la Administración gravemente viciadas, es decir, actuaciones burdas cercanas a la idea de "atropello" o abuso de la fuerza. De este modo, en el supuesto analizado nos encontramos ante

irregularidades de carácter sustantivo cometidas en el procedimiento negociado incoado mediante la invitación objeto de impugnación; acto cuya existencia determina que no cabe hablar de vía de hecho y cuya validez, también en los supuestos de vicios determinantes de su nulidad de pleno derecho, debe ser discutida mediante la interposición de los recursos que en nuestro ordenamiento jurídico se reservan a la impugnación de los actos administrativos, como así ha sucedido.

Para finalizar, debemos rechazar la petición formulada por el órgano de contratación sobre imposición de multa a la reclamante por temeridad y mala fe, por cuanto el artículo 127.4 LFCP señala que *La imposición de multas sólo procederá en el caso de que se hubieran desestimado totalmente las pretensiones formuladas en la reclamación*; presupuesto que, por razones obvias, no concurre en este caso.

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. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don I. O. S. M., en nombre y representación de la Asociación Navarra de Empresarios de Transporte por Carretera y Logística (ANET), frente al procedimiento de contratación de *“servicios de transporte escolar en vehículos de más de 9 plazas para el alumnado durante el curso 2022/2023”*, tramitado por la Dirección General de Recursos Educativos del Gobierno de Navarra mediante invitaciones cursadas con fecha 5 de agosto; acto que se anula por no resultar ajustado a derecho, con imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento.

2º. Notificar este acuerdo a don I. O. S. M., en calidad de representante de la Asociación Navarra de Empresarios de Transporte por Carretera y Logística (ANET), a la Dirección General de Recursos Educativos del Gobierno de Navarra y al resto de

interesados que figuren en el expediente, a los efectos oportunos, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

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

Pamplona, a 2 de septiembre 2022. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.