



Expediente: 45/2023

ACUERDO 54/2023, de 5 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por la ASOCIACIÓN NAVARRA DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE POR CARRETERA Y LOGÍSTICA (ANET) frente al procedimiento negociado sin convocatoria de licitación para la “*Contratación de 69 lotes de servicios de transporte escolar en vehículos de más de nueve plazas*”, tramitado por la Dirección General de Recursos Educativos del Gobierno de Navarra.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Dirección General de Recursos Educativos del Departamento de Educación del Gobierno de Navarra publicó el 4 de abril de 2023 en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato “*98 lotes servicios de transporte escolar en vehículos de más de 9 plazas 2023-2024*”. La publicación de dicho anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea se produjo el 5 de abril. El contrato se tramitó mediante un procedimiento abierto superior al umbral europeo.

Por la Resolución 202/2023, de 17 de mayo, de la Directora General de Recursos Educativos, se declararon desiertos 69 lotes para los que no se presentó ninguna oferta.

SEGUNDO.- Con fecha 24 de mayo, la citada Dirección General inició un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación a fin de adjudicar los 69 lotes que quedaron desiertos, mediante la remisión de invitaciones con tal finalidad.

TERCERO.- Con fecha 5 de junio, don J. A. J. D. interpuso, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN EMPRESA TRANSPORTES VIAJEROS POR CARRETERA EN NAVARRA, una reclamación especial en materia de contratación

pública frente al citado procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, solicitando su anulación.

CUARTO.- También con fecha 5 de junio, la ASOCIACIÓN NAVARRA DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE POR CARRETERA Y LOGÍSTICA (ANET) formuló una reclamación especial frente al mismo procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, alegando la concurrencia de una infracción constitutiva de nulidad de pleno derecho por vulneración de los artículos 71.2 y 75.1.a) de la LFCP.

Señala, a este respecto, que artículo 71.2 de la LFCP dispone que *"El órgano de contratación podrá recurrir indistintamente al procedimiento abierto o restringido"*, añadiendo que el resto de procedimientos, entre ellos el negociado sin convocatoria de publicidad, *"tendrán carácter excepcional y solo se podrán utilizar, de forma motivada, en los supuestos que se habilitan por esta ley foral"*.

Por su parte, el artículo 75.1.a) de la LFCP establece que podrá acudir a un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, entre otros supuestos que no vienen al caso, 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"*.

Manifiesta que, tras haber quedado desiertos 69 de 98 lotes en el procedimiento abierto convocado el 4 de abril de 2023, el Departamento de Educación ha iniciado el procedimiento negociado que nos ocupa al amparo de este precepto. Señala que, si bien es cierto que ni las bases reguladoras ni las cartas de petición de ofertas justifican o hacen referencia concreta al mismo (ni a ningún otro), no lo es menos que el resto de supuestos previstos en el artículo 75.1 no encajan en absoluto con el caso que nos ocupa, tampoco el supuesto previsto en la letra d), puesto que ni es estrictamente necesario, ni de extremada urgencia, ni concurre ningún hecho imprevisible (no es imprevisible que no haya licitadores) que impida que puedan cumplirse los plazos estipulados en los procedimientos abiertos, restringidos o negociados, teniendo en cuenta que el curso escolar comienza en septiembre, máxime cuando ya el 5 de mayo

(fecha de finalización de presentación de ofertas) se supo que 69 lotes quedaban desiertos por la falta de licitadores.

Alega que el empleo en este caso del procedimiento negociado sin convocatoria de licitación conculca los más elementales principios y normas de publicidad y concurrencia, siendo constitutivo de nulidad radical de pleno derecho, toda vez que la Administración convocante ha modificado sustancialmente las condiciones iniciales del contrato, concretamente, el precio de todas las rutas, sin excepción.

Señala que basta el simple examen y comparativa de los respectivos Anexos nº 9, tanto del procedimiento abierto inicial como del posterior procedimiento negociado, para constatar que todos los precios máximos de licitación se han modificado al alza en un 4%, modificación que solo cabe reputar como sustancial.

Del mismo modo, en lo que hace referencia a los servicios de transporte que requieren vehículos adaptados, se ha producido también una modificación del precio al establecerse una cuantía fija de 400 euros (IVA incluido), lo que supone incrementos que oscilan desde un 4,88% (ruta 9102\*) hasta un 72,21% en la ruta 9308. En rutas como la 9311 la diferencia es de un 20,72%, en la 9014 de un 21,12%, y así en todos los casos, salvo en la ruta 9310, en la que hay un decremento de un 7,07%.

Señala que se adjunta como Anexo nº 6 una tabla Excel comparativa de las tarifas entre ambos procedimientos de contratación, y, como Anexo nº 7, los precios aplicados a los servicios de vehículos adaptados en las rutas, de manera independiente a las correspondientes tarifas calculadas.

Manifiesta que la modificación de precios, bien sea disminuyéndolos como al alza, constituye una evidente modificación sustancial que veda la posibilidad de hacer uso de un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, so pena de vulnerar las normas de publicidad, los principios de concurrencia y transparencia y los plazos de presentación de ofertas, muy inferiores en un procedimiento negociado sin publicidad, todo lo cual es constitutivo de nulidad de pleno derecho. Cita, a este respecto, sendas

resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

Alega que, a mayor abundamiento, la revisión o modificación del precio es considerada, en todo caso, como una modificación sustancial de los contratos en ejecución con arreglo a una consolidada, pacífica y unánime jurisprudencia y doctrina, como, por ejemplo, en la reciente Resolución 436/2022, de 7 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Alega que, teniendo en cuenta que el valor estimado del presente contrato es de 52.463.899,10 euros, y dado el carácter sustancial de la modificación del procedimiento inicial, es indudable la necesidad de publicidad comunitaria (artículo 89 de la LFCP), disponiendo el artículo 116 de la LFCP que son causas de nulidad de pleno derecho, entre otras, "*La adjudicación de un contrato sin anuncio de licitación previo cuando este sea preceptivo de acuerdo con las normas de esta ley foral*". Señala que, en el presente caso, lo que habría procedido de modo imperativo es la convocatoria de un procedimiento de contratación con publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Portal de Contratación de Navarra, asegurando la debida concurrencia y, en todo caso, los plazos legales de presentación de ofertas para que las empresas de transporte puedan evaluar las nuevas condiciones y tomar las decisiones oportunas.

Señala que, a su juicio, también se ha infringido el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, toda vez que la Administración debió haber convocado un procedimiento con publicidad comunitaria.

Manifiesta que todas las anteriores conclusiones e infracciones normativas y a los principios nucleares a la contratación serían exactamente las mismas en el que caso de que el Departamento de Educación quisiera encauzar el empleo del procedimiento negociado con arreglo al supuesto previsto en el artículo 75.1.d) de la LFCP, siendo así que no se motiva ni se justifica de este modo ni de ninguna manera en las cartas de

petición de ofertas o en las bases reguladoras, siendo evidente en cualquier caso que no concurre ni uno solo de los elementos acumulativos que exige el citado supuesto, toda vez que no es estrictamente necesario, cuando, además, el empleo de este tipo de procedimiento es excepcional y de interpretación restrictiva; no hay razones de extrema urgencia; no hay ningún hecho imprevisible, desde luego no puede serlo que los lotes queden desiertos, siendo consustancial y de previsión ordinaria en una licitación que no se presenten licitadores, y pueden cumplirse los plazos establecidos en la LFCP para la adjudicación de procedimientos de contratación, comenzando el curso escolar en septiembre, dentro de tres meses, y cuando ya se conocía que había lotes desiertos desde el pasado 5 de mayo. Concluye que la invocación al derecho fundamental a la educación no obsta a nada de lo antedicho, en tanto que debe respetarse la normativa de contratación pública.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la nulidad del citado procedimiento de contratación, así como la adopción de la medida cautelar de suspensión del mismo.

QUINTO.- Con fecha 7 de junio el órgano de contratación aportó el correspondiente expediente, así un escrito de alegaciones frente a la reclamación interpuesta, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Dicho escrito comienza mediante una exposición de los hechos, respecto de los que cabe destacar que el Departamento de Educación tramitó un procedimiento abierto superior al umbral europeo para la contratación del servicio de transporte escolar, dividido en 98 lotes, siendo así que en 69 de dichos lotes no se presentó ninguna oferta.

Señala, igualmente, que, teniendo en cuenta que todas las rutas del transporte escolar se están prestando actualmente por empresas del sector del transporte y que ninguna de ellas ha presentado reclamación alguna a la licitación ante este Tribunal, el hecho de que el 70,4% del total de los lotes licitados haya quedado desierto resulta absolutamente imprevisible para el órgano de contratación, puesto que el sector empresarial del transporte basa un alto porcentaje de su actividad en los servicios de transporte escolar.

Manifiesta que por la Resolución 202/2023, de 17 de mayo, de la Directora General de Recursos Educativos, se declararon desiertos los 69 lotes en los que no se había presentado oferta, así como que, en la medida que la educación es un derecho fundamental reconocido en el artículo 27 de la Constitución Española, es necesario garantizar el servicio de transporte escolar para evitar el riesgo que supondría al alumnado transportado la no prestación del servicio. Por ello, con el objetivo de poder garantizar el transporte escolar desde el inicio del curso 2023-2024, se consideró preciso iniciar un nuevo procedimiento de contratación mediante un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, en base al artículo 75.1.a) de la LFCP.

Por tal razón, el 24 de mayo se inició el citado procedimiento con la publicación en la Plataforma Electrónica de Licitación de sus bases reguladoras, cursándose invitaciones a participar y ofertar a 111 empresas del sector de transporte de viajeros por carretera, todas las que actualmente realizan transporte escolar en este curso 2022/2023, las nuevas que han participado en el procedimiento abierto, así como a otras empresas de comunidades autónomas limítrofes como La Rioja, Aragón y País Vasco.

Formula, a continuación, las siguientes alegaciones.

#### 1ª. Inadmisión de la reclamación

Alega que el Departamento cuestiona el interés que pueda tener la asociación reclamante en el procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, puesto que los hechos ocurridos inducen a pensar en todo lo contrario. En efecto, las empresas cuyos intereses representa la asociación reclamante tenían la posibilidad de presentar una oferta en el marco del procedimiento abierto o restringido anterior y, por tanto, de beneficiarse plenamente en el marco de dicho procedimiento de los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, no habiéndolo hecho, y, a pesar de ello, han sido nuevamente invitados a negociar, por lo cual no están legitimadas para demandar la convocatoria de un nuevo procedimiento de negociación.

## 2ª. Procedimiento negociado sin convocatoria de licitación

Señala que, conforme dispone el artículo 71.2 de la LFCP, este procedimiento tiene carácter excepcional y solo se puede utilizar de forma motivada en los supuestos habilitados por la citada ley foral. Así, el artículo 75 contempla los supuestos tasados en los que resulta de aplicación el procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, recogiendo el apartado 1.a) como uno de los supuestos *“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”*.

Reitera que por la Resolución 202/2023, de 17 de mayo, de la Directora General de Recursos Educativos, se declararon desiertos 69 lotes, iniciándose el procedimiento negociado sin convocatoria de licitación el 24 de mayo, por lo que el procedimiento abierto está completamente finalizado en lo que se refiere a dichos lotes.

Alega que, en este sentido, haber acudido al procedimiento negociado sin convocatoria de licitación es conforme a Derecho, en tanto en cuanto el órgano de contratación acude al mismo de forma voluntaria, pero con base legal, toda vez que concurren en este caso motivos justificados para la tramitación de dicho expediente con base en el artículo 75.1.a) de la LFCP.

Señala que, a mayor abundamiento, el órgano de contratación no está obligado a negociar con todos los licitadores que no presentaron oferta adecuada, pudiendo dirigirse a otros operadores. No obstante, en este caso, el Departamento de Educación se ha dirigido a todos los operadores existentes en el mercado de Navarra (y a otros de provincias limítrofes) para invitarles a negociar, incluyendo a todas las empresas de transporte de viajeros que conforman la asociación reclamante, con lo cual se ha garantizado al máximo los principios de publicidad, transparencia y no discriminación que deben regir la contratación pública, debiendo recordarse que en las invitaciones a negociar remitidas a los posibles licitadores no hay que justificar las causas que justifican la elección del procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, siendo

suficiente que quede justificado en el expediente de contratación, como así consta y se ha remitido a este Tribunal.

Alega que, en estas circunstancias, no son admisibles las alegaciones vertidas en la reclamación de la falta de soporte normativo del procedimiento utilizado, máximo partiendo de operadores económicos que no han actuado de manera diligente al no presentar una oferta adecuada en un procedimiento abierto o restringido, por lo que no pueden obligar al órgano de contratación a que presente un nuevo procedimiento de contratación abierto del que pretenden disociarse.

En relación con la alegación de que se han modificado sustancialmente las condiciones iniciales del contrato, señala que el Servicio de Financiación de Centros, Ayudas al Estudio y Servicios Complementarios, en su informe de 24 de mayo de 2023, justifica la no modificación sustancial de dichas condiciones. Así, habiendo quedado desierto 69 lotes, se ajustan al precio actual de los servicios en el curso 2022/2023, considerando una modificación no sustancial dado que atendiendo al principio de proporcionalidad y con las circunstancias sobrevenidas por la falta de oferta en los lotes desierto, supone un 4,70% de incremento total en las tarifas, lo que implica un incremento del 3,36% del importe total de la contratación inicial ofertada mediante procedimiento abierto.

Señala que, en este sentido, el artículo 75.1.a) de la LFCP no prohíbe expresamente modificar alguna condición inicial del contrato para acudir al procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, sino todo lo contrario, permite modificar las condiciones iniciales del contrato siempre y cuando la modificación no sea sustancial. Por ello, estamos ante un concepto jurídico indeterminado que hay que valorar para cada caso concreto.

Manifiesta que, a este respecto, el Tribunal Central de Contratos ha considerado que *“Es importante que los órganos de contratación ante un fracaso en la licitación y previamente a iniciar un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, analicen las causas que han dado lugar a ese fracaso, las posibles modificaciones en*



*las condiciones esenciales de la licitación que podrían hacer más atractiva la participación y sobre todo si la invitación a los mismos licitadores del procedimiento ordinario antecedente logrará la competitividad necesaria para la adjudicación del contrato interesado; ya que la utilización del procedimiento negociado sin convocatoria de licitación es una opción y no una obligación.”*

En el presente supuesto, con base en lo expuesto en el informe del Servicio de Financiación de Centros, Ayudas al Estudio y Servicios Complementarios y en vista de las circunstancias tan particulares y extraordinarias del transporte escolar, se considera que no se están modificando sustancialmente las condiciones iniciales del contrato, en tanto en cuanto la modificación del precio supone un ajuste de las condiciones iniciales del contrato a la realidad actual del servicio que prestan las empresas representadas por la asociación recurrente, a fin de conseguir que el servicio de transporte escolar, servicio esencial que garantiza el derecho fundamental a la educación, se adjudique siguiendo los procedimientos establecidos en la LFCP, para lograr que empresas que están prestando el servicio actualmente y no se han presentado al procedimiento abierto, puedan verse motivadas a presentar ofertas como consecuencia de la adecuación de las condiciones del contrato a las nuevas circunstancias. Y, en este sentido, cobra especial relevancia el ajuste realizado en las rutas de transporte escolar adaptado para alumnado con discapacidad, en las que los autobuses adaptados no pueden en la mayoría de los casos ser utilizados por las empresas para otros fines, lo que motiva el especial ajuste que se ha realizado en estas rutas.

Señala que, en refuerzo de lo ya argumentado, dado que el término “sustancial” es un concepto jurídico indeterminado que solo admite una única solución justa, sólo podemos acudir a dos ejemplos significativos para la explicación y justificación del mismo. El primero de ellos hace referencia a lo dispuesto en el artículo 114.3.c) de la LFCP que determina la no necesidad de la tramitación de un expediente de modificación cuando la misma es inferior al 10% del importe de adjudicación, al concluir que no supone una alteración tan sustancial como para tramitar un procedimiento.

Alega que del mismo modo se ha venido regulando en las normativas anteriores, a saber, el artículo 80.1.a) de la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra, y el artículo 141.a) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Manifiesta que, además, hay que señalar que la LFCP no habla de modificación de las condiciones esenciales del contrato, como alega la reclamante, sino que permite la modificación de cualquier condición del contrato inicial siempre que esta modificación no sea sustancial, por lo que equivoca aquella la modificación de una condición esencial con que la modificación no sea sustancial, que es lo que exige la ley foral.

Alega que, en todo caso, teniendo en cuenta que, como se ha señalado anteriormente, todas las empresas representadas por ANET han sido invitadas al procedimiento negociado sin convocatoria de licitación que ahora impugnan, todas ellas han podido presentar ofertas en el marco de las nuevas condiciones modificadas, que no son sustanciales, pero en todo caso son más beneficiosas que las establecidas en el procedimiento abierto anterior para lograr mayor competitividad y mayor número de ofertas conforme al espíritu de la LFCP, resulta cuando menos sorprendente que las propias empresas representadas reclamen estas mejoras no sustanciales de las condiciones del contrato inicial, cuando no se ha limitado en absoluto su participación en el procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, sino al contrario, lo que se pretende es lograr su participación.

Respecto a la alegación de que no se ha seguido el procedimiento establecido, motivo por el cual solicita la nulidad de pleno derecho de las actuaciones seguidas por el órgano de contratación, reitera que se han respetado todos y cada uno de los requisitos exigidos en el artículo 75.1.a) de la LFCP, por lo que no existe la causa de nulidad alegada.

Igualmente, señala que no existe la similitud alegada por ANET entre el Acuerdo 89/2022, de 2 de septiembre, y las circunstancias actuales, dando la sensación que su intención es seguir oponiéndose a la adjudicación de los contratos conforme a la LFCP, buscando de forma intencionada poner a la Administración en una situación en la que, a fin de garantizar el servicio, no le quede más opción que aceptar sus condiciones, debiendo tramitarse expedientes de emergencia o enriquecimientos injustos con condiciones más beneficiosas para las empresas. Manifiesta que, a diferencia de lo que indica ANET, el órgano de contratación sí ha tenido en cuenta las indicaciones del citado acuerdo, donde se marcaban las pautas necesarias para poder considerar un procedimiento negociado.

Señala que merece la pena recordar que ANET ha presentado recursos y reclamaciones contra las actuaciones seguidas por el Departamento de Educación a fin de lograr la adjudicación de los contratos de transporte escolar. Así, recurrió la licitación de 2019, presentó reclamación ante este Tribunal, recurso de alzada y recurso contencioso-administrativo frente a la licitación de 2021 y presentó reclamaciones frente a todas las actuaciones seguidas por el Departamento desde mayo hasta el 30 de agosto de 2022, dos días antes del inicio del curso, momento en el que finalmente se avino a prestar el servicio con un incremento de precio de 3 millones de euros.

Con cita del artículo 2 de la LFCP señala que, en el caso del transporte escolar, las actuaciones llevadas a cabo por las empresas del sector que han sido constatadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ponen de manifiesto que no hay competencia real en el sector del transporte, el cual está monopolizado por un número limitado de empresas que son las únicas que pueden prestar este servicio y, como se ha puesto de manifiesto, hasta ahora bloqueaban los procedimientos de licitación con reclamaciones y recursos y, ahora, ni siquiera se presentan a las licitaciones, impidiendo la prestación del servicio de forma acorde a la LFCP y con la diligencia debida.

Manifiesta que el derecho a la educación es un derecho fundamental que el Gobierno de Navarra está obligado a garantizar, y ello engloba el servicio de transporte

escolar, de manera que se garantice a todo el alumnado acudir presencialmente a los centros escolares, impidiendo que el transporte escolar pueda convertirse en un factor de discriminación, circunstancia que prohíbe el artículo 110 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Concluye señalando que el Departamento de Educación ha sido diligente y ha cumplido de manera escrupulosa las exigencias y principios contenidos en la LFCP, siendo muchas las empresas de la asociación reclamante que no se han presentado a las licitaciones o han presentado reclamaciones o recursos, hasta que en el último momento (“dentro de 3 meses”) la prestación del servicio de transporte escolar no se puede garantizar de acuerdo con la citada ley foral, sino exclusivamente con las condiciones exigidas por las empresas y asociaciones.

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

Solicita, al amparo de lo dispuesto en el artículo 124.4 de la LFCP, el levantamiento de la suspensión automática del acto recurrido, de tal forma que el Departamento de Educación 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. Señala que el transporte escolar es un servicio público que resulta esencial para que el alumnado pueda ver cumplido dicho derecho, así como que, de suspenderse la acción de la Administración, el alumnado no podrá ir a clase al impedirse la prestación del servicio.

Reitera que ANET viene recurriendo la práctica totalidad de las licitaciones de transporte escolar de los últimos años, paralizando y bloqueando las mismas, en perjuicio del servicio, impidiendo la adjudicación de los contratos conforme a la legislación vigente y exigiendo un incremento de los precios, sin haber presentado la justificación económica que manifestaron tener casi cerrada desde el mes de mayo de 2022.

Por tales motivos solicita, por un lado, que se levante la suspensión de la licitación y, por otro, que se aprecie la mala fe de la reclamante en la interposición de la reclamación, con imposición de multa, sanción que ha de agravarse ante el evidente perjuicio ocasionado al interés público, en aplicación del artículo 127.4 de la LFCP.

Finalmente, informa que en breve se pondrá en conocimiento de las actuaciones seguidas en el Departamento al Servicio de Consumo y Arbitraje por si se 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 del acto recurrido y la imposición de una multa a la reclamante por mala fe.

SEXTO.- El 8 de junio 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, no habiéndose presentado alegación alguna.

SÉPTIMO.- Por el Acuerdo 45/2023, de 12 de junio, se denegó la solicitud de levantamiento de la suspensión 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 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.

TERCERO.- 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.

CUARTO.- Alegada por el órgano de contratación la concurrencia de la causa de inadmisión de la reclamación prevista en el artículo 127.3.b) LFCP - derivada de la falta de legitimación activa por falta de interés por cuanto las empresas cuyos intereses representa la asociación reclamante habiendo tenido la oportunidad no presentaron oferta en el procedimiento abierto o restringido y a pesar de ello han sido nuevamente invitadas a negociar -, debemos proceder, en primer término, a su examen, toda vez que de su resultado depende el análisis del fondo de las pretensiones ejercitadas.

Debe de recordarse el criterio fijado por el Tribunal Constitucional, reiterado desde su Sentencia de 26 diciembre 1984, en el sentido de que las causas de inadmisión, en cuanto vienen a excluir el contenido normal del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, han de interpretarse en sentido restrictivo porque en este caso el principio antiformalista y el principio «pro actione» inspiran la apreciación del cumplimiento de los requisitos legales expresados para propiciar un juicio de fondo que alcance lo más plenamente posible la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24 de la Constitución.

Respecto a la legitimación, el artículo 122.1 de la LFCP establece que *“La reclamación especial en materia de contratación pública se podrá interponer ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por las empresas, profesionales y personas interesadas en la licitación y adjudicación de un contrato público, así como las organizaciones sindicales”*; añadiendo en su artículo 123.1 que *“La reclamación especial 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.*

*Estarán también legitimadas para interponer este recurso las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que éstas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación”. Precepto que reconoce legitimación a las asociaciones representativas de intereses relacionados o afectados por el objeto del contrato que en cada caso se impugne, si bien debe advertirse que tal legitimación no puede suponer en ningún caso el reconocimiento de una suerte de acción popular que habilite a aquellas para intervenir en cualesquiera cuestiones, sin más interés que el meramente abstracto de defensa de la legalidad supuestamente vulnerada.*

Constante jurisprudencia preconiza que la legitimación es un presupuesto inexcusable del proceso e implica en este una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, que debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso sin que sea admisible la acción pública en defensa de la legalidad, salvedad hecha de los sectores del ordenamiento jurídico donde las leyes la reconozcan expresamente, lo que no ocurre en materia de contratación pública.

Así, la amplitud con la que la jurisprudencia ha interpretado el artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa, por exigencias del artículo 24 de la Constitución, y la sustitución del concepto de interés directo por el de interés legítimo, no llega hasta el extremo de que no se condicione en todo caso la legitimación a la exigencia de un interés real. De hecho, como bien apunta la Sentencia 332/2014, de 1 de septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, uno *“de los ejes sobre los que se ha producido la expansión del concepto de la legitimación activa ha sido la acentuación de la idea de los intereses colectivos o de grupo, como refleja la regulación que hoy hacen las Leyes 29/1998 y 1/2000, acogiendo la evolución iniciada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y continuada por el Tribunal Constitucional.*

*Pero también, en este aspecto, la ampliación experimentada tiene sus límites y así resulta en cuanto a los intereses colectivos cuya diferencia con los intereses difusos -reconocidos por el art. 7 de la LOPJ, como aptos también para generar un título legitimador- se encuentra en que se residencia en tales entes, asociaciones o corporaciones representativas específicos y determinados intereses colectivos. A diferencia de éstos, los intereses difusos no tienen depositarios concretos y son intereses generales que, en principio, afectan a todos los ciudadanos y que, por su interés prevalente, han obtenido reconocimiento público, plasmado en algún instrumento, incluso en normas constitucionales, y que no deben confundirse con la legitimación que nace, excepcionalmente, de la acción popular, que corresponde a cualquier ciudadano y que debe ser reconocida expresamente por la Ley o de una acción de alcance general como reconoce la STEDH 4/81 de 22 de octubre (asunto Dudgeon contra Reino Unido)»*

*A su vez la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 2007 -fundamento de derecho tercero-precisa su doctrina precedente en relación con la legitimación de las asociaciones de la forma siguiente: «(...) en distintos pronunciamientos de este Tribunal se ha venido exigiendo para apreciar la existencia de un interés legítimo de este tipo de personas jurídicas en orden a impugnar actos o disposiciones administrativas que, además de las condiciones que anteriormente se han señalado, exista un interés profesional o económico que sea predicable de las entidades asociativas recurrentes.*

*Se recurrió a la noción de interés profesional para apreciar la legitimación activa de una Asociación de Fiscales para impugnar el nombramiento de un Fiscal por el Gobierno en la STC 24/1987, de 25 de febrero (RTC 19874), y después se aplicó esta jurisprudencia a la Asociación de puertos deportivos y turísticos de Baleares para recurrir una Orden Ministerial que regulaba una determinada tarifa portuaria en la STC 195/1992, de 16 de noviembre. Concretamente, en la STC 47/1990, de 20 de marzo, en la que declaramos la legitimación activa para demandar en amparo de la Asociación de Profesores de Religión de Centros Estatales, indicamos al respecto que en el concepto de interés legítimo «hay que entender incluido el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores, del que puede ser titular no sólo cada uno de ellos, individualmente considerados, sino también cualquier asociación o*



*entidad que haya asumido estatutariamente esos mismos fines». Por ello, «en la medida en que dicho interés legítimo puede verse también afectado directamente por un acto o disposición recurrible en amparo, por haber infringido un derecho fundamental o libertad pública, debe reconocerse a las personas naturales o jurídicas que invoquen aquel interés legítimo como propio de la legitimación para interponer el recurso, a tenor de lo dispuesto en el art. 162.1 b) de la Constitución» (F. 4).*

*En el mismo sentido, en la STC 45/2004, de 23 de marzo, reconocimos el derecho del colegio profesional demandante (Colegio Oficial de Ingenieros Aeronáuticos de España) para impugnar un reglamento cuyo objeto era organizar y definir los cometidos de los distintos cuerpos y escalas que integran las Fuerzas Armadas. En tal supuesto mantuvimos, por lo que ahora interesa, que para la defensa de los intereses de los profesionales colegiados pueden concurrir tanto los colegios profesionales como los propios colegiados cuando resulten individualmente afectados, así como otras personas jurídicas, tales como sindicatos y asociaciones profesionales; y que, por el contrario, cuando se trata de la representación y defensa de la profesión misma, esto es, del interés general o colectivo de la profesión, esa función representativa y de defensa ante los poderes públicos se ejerce por los colegios profesionales, bajo la nota de exclusividad o monopolio. Desde esta perspectiva sostuvimos que la defensa del ámbito competencial de la profesión constituye una manifestación genuina de la defensa de los intereses profesionales.*

*Finalmente también hemos admitido recientemente el recurso de amparo de la Asociación de empresarios de transporte de viajeros de la provincia de Cádiz y de la Federación andaluza empresarial de transporte en autobús sobre la base de la existencia del citado interés profesional, al partir de la premisa de que, cuando concurre este último, existe a su vez el vínculo o conexión entre la organización o asociación actora y la pretensión ejercitada, vínculo en el cual se encarna el interés legítimo constitucionalmente protegido ( STC73/2006, de 13 de marzo F. 5).»”*

En el presente caso, 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”.*

Como expone el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1768/2021, de 2 de diciembre, respecto a la legitimación de asociaciones cuando actúan en defensa del interés colectivo de sus asociados *“La peculiaridad en estos casos es que la actuación de la persona jurídica se hace en defensa de los intereses de sus asociados, de manera que deberá reconocérsele la existencia de interés legítimo siempre que una eventual estimación del recurso genere una ventaja para sus integrantes o la eliminación de un gravamen o situación de desventaja que les afectaba (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 11 de junio de 2013 – Roj STS 3174/2013-, 26 de febrero de 2008 –Roj STS 1052/2008-, 14 de septiembre de 2004 – Roj STS 5670/2004-, 29 de enero de 2002 –Roj STS 514/2002-, 16 de noviembre de 2001 –Roj STS 8951/2001-, 16 de marzo de 1967 –Roj STS 189/1967-, entre otras muchas)”.*

Dicho lo anterior, si atendemos a la pretensión deducida en la reclamación y al hecho de que lo que se trata de dilucidar es si efectivamente no se han mantenido inalteradas en lo sustancial las condiciones iniciales reguladoras del anterior procedimiento tramitado al efecto, este Tribunal considera que debe reconocerse legitimación a la asociación reclamante, por cuanto acreditado que se trata de una asociación representativa de intereses colectivos del sector, pues sus propios estatutos así lo adveran, la decisión acerca de si la adjudicación del contrato a través de un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación cuando se modifican determinadas condiciones respecto de las previstas en el procedimiento abierto declarado desierto del que trae causa limita o no los principios de publicidad, concurrencia y transparencia, significa para una entidad que asume la defensa de los intereses colectivos de dicho sector algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos, pues ello afecta a los intereses profesionales que representa. Circunstancia que, dado el interés colectivo en cuya defensa actúa la asociación reclamante, no queda desvirtuada por el hecho de que las empresas asociadas no participaran en el anterior procedimiento ni porque hayan sido invitadas en el marco del

procedimiento negociado que ahora nos ocupa; y ello sin perjuicio además de que las pretensiones deducidas afectan no sólo al procedimiento a seguir cuanto al contenido de las condiciones de la licitación cuya modificación se cuestiona.

El óbice de inadmisibilidad invocado debe ser, pues, desestimado.

QUINTO.- Tal y como se ha expuesto de manera pormenorizada en los antecedentes del presente Acuerdo cuestiona la reclamante la legalidad de la tramitación, en este concreto supuesto, de un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación a los efectos de posibilitar la adjudicación de los lotes que quedaron desiertos en el anterior procedimiento abierto de adjudicación por cuanto, en este segundo procedimiento, se ha modificado el precio del contrato; circunstancia a partir de la cual cuestiona, igualmente, el propio procedimiento de adjudicación por el que ha optado el poder adjudicador.

Los términos en que se ha planteado la controversia ante este Tribunal hacen necesario partir del marco legal aplicable a este concreto tipo de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Así, el Considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, dispone *“En razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al poder adjudicador, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. Este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del propio objeto artístico. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación, siempre que la situación de exclusividad no*

*haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación.*

*Los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción deben motivar por qué no existen otras alternativas, como por ejemplo la utilización de otros canales de distribución incluso fuera del Estado miembro del poder adjudicador o la toma en consideración de obras, suministros o servicios comparables desde el punto de vista funcional. (...)”.*

El artículo 26 de la citada Directiva, relativo a la “Elección de los procedimientos”, dispone en su apartado 6 que “*En los casos y circunstancias específicos a que se refiere expresamente el artículo 32, los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores puedan recurrir a un procedimiento negociado sin publicación previa de una convocatoria de licitación. Los Estados miembros no permitirán el recurso a este procedimiento en ningún caso distinto de los contemplados en el artículo 32”.*

A su vez, el citado artículo 32, dispone en su apartado 2 que “*El procedimiento negociado sin publicación previa podrá utilizarse para los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en cualquiera de los casos siguientes: a) cuando no se haya presentado ninguna oferta, ninguna oferta adecuada o ninguna solicitud de participación o ninguna solicitud de participación adecuada en respuesta a un procedimiento abierto o un procedimiento restringido, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente y que se envíe un informe a la Comisión cuando esta lo solicite. (...)”.* Supuesto al que se refiere expresamente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2022 (TJCE\2022\128), en los siguientes términos: “*Así pues, del tenor de esta disposición se desprende claramente que un órgano de contratación puede recurrir a un procedimiento negociado sin publicación previa cuando se cumplan tres requisitos acumulativos. En primer lugar, debe demostrar que no recibió ninguna oferta o, al menos, ninguna oferta adecuada en el marco de un procedimiento abierto o restringido de contratación anterior al que se puso fin por esa razón. En segundo lugar, el procedimiento negociado sin publicación previa ulterior no debe modificar*

*sustancialmente las condiciones iniciales del contrato tal como aparecían en el anuncio de licitación publicado en el marco del procedimiento abierto o restringido anterior. En tercer y último lugar, el órgano de contratación debe poder enviar un informe de situación a la Comisión si esta lo solicita.”*

Por su parte, el artículo 71 LFCP, sobre los tipos de procedimientos de adjudicación, determina 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”.* Carácter excepcional que, respecto al procedimiento negociado, hemos puesto de manifiesto en anteriores ocasiones, señalando - por todos, Acuerdos 108/2020, de 12 de noviembre y 69/2022, de 29 de junio – que 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.

Finalmente, el artículo 75.1 de la misma Ley Foral prevé que *“Se podrá utilizar un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, en los siguientes casos: 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*” - siendo éste el supuesto en que se fundamenta la elección del procedimiento según se reconoce expresamente en el informe de alegaciones remitido a este Tribunal -. Precepto del que se colige la legalidad de acudir a esta concreta tipología de procedimiento de adjudicación siempre, eso sí, que concurra el presupuesto de hecho que la propia norma prevé que no es otro que haberse declarado desierto el anterior procedimiento abierto o restringido. Dicho en otros términos, el supuesto regulado en dicho precepto posibilita acudir a un procedimiento negociado son convocatoria de licitación con independencia del valor estimado del contrato precisamente en atención a la concreta y excepcional circunstancia de haber quedado desierto el anterior procedimiento que se haya tramitado observando las reglas de publicidad en la propia LFCP, como ha sido el caso.

No obstante, y partiendo de la concurrencia de tal premisa, lo cierto es que el propio precepto introduce un limitación de especial relevancia, a saber, la imposibilidad de modificar sustancialmente las condiciones reguladoras del procedimiento anterior; si bien también es cierto que no delimita cuándo se produce una modificación sustancial de tales condiciones, encontrándonos, por tanto, ante un concepto jurídicamente indeterminado; resultando evidente, a juicio de este Tribunal, que no toda modificación que afecte a las condiciones del contrato inicial es sin más sustancial, sino que debería reunir además una entidad o importancia que justifique tal sustancialidad, en el sentido de afectar, alterar o transformar los elementos esenciales del contrato. Siendo esto así, fácil es comprender que no es posible determinar a priori, cuando una modificación es sustancial per se, siendo, por tanto, como decimos, la sustancialidad o no de la modificación un concepto jurídico indeterminado de interpretación jurisprudencial y altamente casuístico.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea de 13 de enero de 2005, se pronunció sobre el término “modificación sustancial”, a la hora de utilizar el procedimiento negociado en caso de haberse declarado desierto un procedimiento abierto o restringido, señalando que teniendo carácter taxativo los supuestos en los que cabe recurrir al procedimiento negociado, la interpretación del concepto de "modificación no sustancial" debe ser restrictiva.

También sobre el concepto “condiciones esenciales del contrato” se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en Informes 43/2008, de 28 de julio de 2008 y 5/2010, de 23 de julio de 2010, indicando que *“La redacción empleada por el legislador en este precepto pone de manifiesto de manera clara que la expresión “condiciones esenciales del contrato” es uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados cuya determinación, como acertadamente dice en su consulta la Intervención General, resulta difícil de hacer.*

*En realidad, lo que ocurre es que la propia esencia de la figura del “concepto jurídico indeterminado” supone la necesidad de hacer una valoración de los supuestos en cada caso concreto a fin de determinar si pueden considerarse incluidos o no dentro del mismo. Es preciso hacer un juicio de carácter subjetivo acerca de cuál habría sido el comportamiento de los licitadores de haber conocido la modificación contractual.”*

SEXTO.- Consta en el expediente la Resolución 202/2023, de 17 de mayo, de la Directora General de Recursos Educativos, en cuya virtud se declaran desiertos 69 lotes del expediente de contratación que se inició por la Resolución 119/2023, de 31 de marzo, dado que en el procedimiento abierto que se inició por la citada resolución no se presentó ninguna oferta para dichos lotes; resolución que es objeto de publicación en el anuncio de licitación del contrato del Portal de Contratación de Navarra y que es previa a la tramitación del procedimiento negociado cuya legalidad ahora se cuestiona. Así pues, concurre en nuestro caso el presupuesto de hecho que el artículo 75.1.a) LFCP prevé como habilitante para la tramitación de un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación; si bien, obviamente, deberán cumplirse los requisitos que el propio precepto contempla como límites que condicionan la adjudicación de los contratos públicos a través de este concreto supuesto, debiéndose tener en cuenta que partiendo de que como hemos indicado los preceptos que facultan para acudir al procedimiento negociado deben interpretarse de manera estricta, también estricta debe ser la interpretación de los requisitos exigidos en cada uno de los supuestos en que la LFCP habilita a acudir a esta concreta tipología de procedimiento de adjudicación.

Dicho lo anterior, resta pues por examinar si en este caso se han observado los límites que dicho precepto establece, es decir, si la modificación introducida en el precio del contrato que el propio informe justificativo del procedimiento negociado señala como necesarias para posibilitar la presentación de ofertas, merece la calificación de sustancial en los términos anteriormente indicados.

Pues bien, respecto a este concreto motivo de impugnación, debemos adelantar la estimación de la reclamación especial interpuesta, en línea con lo resuelto en nuestro reciente Acuerdo 50/2023, de 26 de junio, donde al resolver otra reclamación frente a este concreto procedimiento negociado hemos declarado su nulidad, precisamente y entre otros motivos, por entender que la modificación del precio reviste carácter esencial a estos efectos. Resultando así que, atendiendo a razones de seguridad jurídica y para mantener el principio de unidad de doctrina procede estar a lo allí declarado sobre la anulación, en doctrina que ahora reproducimos:

*“Comenzando por la modificación introducida en el precio de lotes, cabe señalar que, efectivamente, en todos ellos salvo en uno, se ha incrementado su precio respecto del fijado en el procedimiento abierto anterior. Frente al carácter sustancial de esta modificación alegado por la reclamante, opone el órgano de contratación que ello supone un escaso incremento (4,70%) del total de las tarifas que implica un incremento sólo del 3,36% del importe total de la contratación inicial que se realiza para ajustar las condiciones iniciales del contrato a la realidad actual y motivar con ello a las empresas que no han participado en el procedimiento abierto a presentar oferta en el negociado; apelando además a que la interpretación de qué deba entenderse como modificación sustancial debe hacerse a la vista del artículo 114.3.c) de la LFCP, conforme al cual los contratos pueden modificarse cuando el valor de la modificación sea inferior al 10% del importe de la adjudicación o del valor de la concesión y de lo que al respecto preveía el artículo 80.1.a) de la derogada Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra. Consideraciones que, adelantamos ya, este Tribunal, en una adecuada interpretación del artículo 75.1.a) LFCP, no puede compartir.*”



*En este sentido, cierto es que el artículo 75.1.a) LFCP en la medida en que habilita a tramitar un procedimiento negociado por haberse quedado desierto el anterior procedimiento abierto, parte de que este segundo procedimiento se regirá por las condiciones del primero que, por ello, no podrán ser modificadas sustancialmente; siendo cierto también que, como hemos avanzado, dicho precepto no contiene pauta alguna sobre la interpretación de en qué supuestos las modificaciones que puedan introducirse merecen la calificación de sustanciales y, por ende, resultan prohibidas por la propia norma jurídica.*

*En lo que al precio se refiere, y a los efectos de dilucidar si su modificación encuentra amparo en el artículo 75.1.a) LFCP, basta con acudir a la normativa preexistente y analizar la evolución legislativa que ha conducido hasta la regulación vigente en la actualidad, para así contextualizarla y comprobar que es precisamente la posibilidad de modificar esta concreta condición del contrato la que el legislador ha decidido eliminar respecto a la legislación anterior.*

*Así, la derogada Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra, al regular en su artículo 80 el procedimiento negociado sin publicidad, disponía lo siguiente: “Podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad previa cuando concurra alguna de las circunstancias establecidas en los apartados siguientes, que habrán de justificarse en el expediente: 1. En los siguientes supuestos: a) Cuando el contrato no llegara a adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido por falta de licitadores, porque los presentados no hayan sido admitidos a la licitación o por haberse aportado proposiciones irregulares o inaceptables. En este caso se incluirán en el procedimiento negociado a todos los licitadores que con ocasión del anterior procedimiento hubiesen sido admitidos a licitación.*

*En la tramitación del procedimiento negociado sin publicidad no se podrán modificar las condiciones originales del contrato, salvo el precio o, en los contratos de gestión de servicios públicos, la contraprestación económica, que podrán ser aumentados hasta un 10 por 100. En este supuesto, cuando la cuantía del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 5.923.000 euros en obras o 236.000 euros en suministros y asistencia, se remitirá un informe a la Comisión de la Comunidad Europea, a petición de la misma”. Regulación que*

*expresamente habilitaba en estos supuestos a incrementar el precio del contrato hasta un máximo del 10% inicial, no atribuyéndole por tanto carácter sustancial, cuando menos hasta ese límite.*

*Sin embargo, tal salvedad no se incorpora en la regulación que de este concreto supuesto de procedimiento negociado contiene la posterior Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, pues su artículo 73.1.a) señalaba que “Se podrá recurrir al procedimiento negociado sin publicidad comunitaria en los contratos de obras, suministro y asistencia en los siguientes supuestos: a) Cuando no se haya presentado ninguna oferta o solicitud de participación, o no sean adecuadas, en respuesta a un procedimiento abierto o un procedimiento restringido, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente.*

*Se considerará que una oferta no es adecuada cuando no sea pertinente para el contrato, por resultar manifiestamente insuficiente para satisfacer, sin cambios sustanciales, las necesidades y los requisitos de la entidad contratante especificados en los pliegos de contratación. Se considerará que una solicitud de participación no es adecuada si el operador económico que se trate ha de ser o puede ser excluido por carecer de capacidad o estar incurso en prohibición de contratar o no satisface los criterios de solvencia establecidos por la entidad contratante”; y, como hemos advertido, tampoco se prevé dicha excepción en la vigente LFCP.*

*La razón de ser de este cambio legislativo que se traduce en que ya no se contemple en estos concretos supuestos de procedimiento negociado la posibilidad de incrementar el precio del contrato la encontramos en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Segunda) de 13 de enero de 2005 en el asunto C-84/03, que expone lo siguiente: “Sobre el tercer motivo, basado en la circunstancia de que el Texto Refundido prevea el recurso al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las Directivas 93/36 y 93/37*

*42 La Comisión estima que el Texto Refundido permite el recurso al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las Directivas 93/36 y 93/37: la contratación subsiguiente a procedimientos declarados desiertos y la adjudicación de contratos de suministro de bienes uniformes.*

*Sobre la primera parte del tercer motivo, relativa a la contratación subsiguiente a procedimientos declarados desiertos*

#### *Alegaciones de las partes*

43 La Comisión considera que, al permitir el aumento del precio base de licitación hasta un 10 % respecto del procedimiento abierto o restringido previo, los artículos 141, letra a), y 182, letra a), del Texto Refundido contravienen las Directivas 93/36 y 93/37, puesto que permiten una modificación sustancial de una de las condiciones originales del contrato: el precio.

La Comisión alega que la enumeración de los supuestos en los que cabe recurrir al procedimiento negociado tiene carácter taxativo. Concluye de ello que la interpretación del concepto de «modificación no sustancial» debe ser restrictiva.

45 El Gobierno español reprocha a la Comisión que no indique qué modificación del precio debe considerarse sustancial y qué aumento no merece tal calificación. Alega que, en aras de la seguridad jurídica, el legislador español transformó el concepto indeterminado de «modificación sustancial de las condiciones originales del contrato» en un concepto cierto.

46 En respuesta a lo anterior, la Comisión sostiene que, en el marco de un recurso por incumplimiento, no está obligada a definir los límites de la infracción ni a indicar las medidas que permitirían eliminar el incumplimiento imputado. Alega asimismo que el objetivo del legislador nacional de precisar los conceptos contenidos en las Directivas no puede dar lugar a que éstas no se apliquen.

#### *Apreciación del Tribunal de Justicia*

47 Según se desprende, en particular, del duodécimo considerando de la Directiva 93/36 y del octavo considerando de la Directiva 93/37, el procedimiento negociado tiene carácter excepcional y sólo debe aplicarse en los casos taxativamente enumerados. Desde esta perspectiva, los artículos 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/37 enumeran taxativamente los supuestos en los que se puede recurrir al procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio de licitación.

48 Según la jurisprudencia, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta (sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94,

*Rec. p. 1-1949, apartado 13). Por tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a las Directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas Directivas ni dotar a los supuestos expresamente previstos por estas Directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento.*

*49 Pues bien, en el presente asunto no puede negarse que, al permitir el recurso al procedimiento negociado cuando el contrato no haya podido adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido o los candidatos presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un 10 %, los artículos 141, letra a), y 182, letra a), del Texto Refundido dotan precisamente a las citadas disposiciones de las Directivas 93/36 y 93/37 de una condición nueva que debilita tanto el alcance como el carácter excepcional de aquéllas. En efecto, una condición de este tipo no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato, como prevén, respectivamente, los artículos 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/37.*

*50 En tales circunstancias, es necesario señalar que los artículos 141, letra a), y 182, letra a), del Texto Refundido constituyen una adaptación incorrecta del Derecho interno a los artículos 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/37”.*

*Así las cosas, atendiendo a tales precedentes legislativos y jurisprudenciales no podemos sino concluir que una modificación en el precio del contrato no puede considerarse como una modificación no sustancial, a los efectos que ahora nos ocupan. Interpretación que, como decimos, se ha trasladado a la legislación positiva, con meridiana claridad en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuyo artículo 168.a) señala expresamente que en estos supuestos las condiciones iniciales del contrato no pueden modificarse sustancialmente, sin que en ningún caso se pueda incrementar el presupuesto base de licitación ni modificar el sistema de retribución; y que debe orientar, como no puede ser de otro modo, la interpretación y aplicación del artículo 75.1.a) LFCP, pues no es sino el reflejo de la voluntad de la propia norma, esto es, de la solución que el legislador a través de las*

*leyes posteriores ha dado al problema advertido por la jurisprudencia comunitaria a que nos hemos referido.*

*Así lo recoge la Resolución 374/2018, de 13 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con fundamento en la transcrita STJUE de 13 de enero de 2005: “(...) la redacción del límite es clara en la Ley para acudir a un procedimiento negociado, después de haber quedado desierto el restringido por no presentar ofertas las seleccionadas: cuando no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. Debiendo definirse de manera precisa si un cambio en el precio se subsume en una modificación sustancial de las condiciones iniciales del contrato. Al margen del desarrollo que haremos a mayor abundamiento se antoja sencilla la respuesta, que no requería mayor esfuerzo argumentativo: el precio es una condición inicial del contrato, un elemento esencial del mismo y por lo tanto cualquier modificación en el mismo, en una cuantía importante además tal y como señala la reclamación, hace que estemos ante una modificación que deba revestir de la nota de “sustancial”. (...).*

*Por lo tanto, parece que siguiendo a la RAE en la definición de sustancial: Perteneiente o relativo a la sustancia o Importante o esencial, el precio es sin duda “sustancia” del contrato y las modificaciones sobre el mismo en los números transcritos deben considerarse importantes por lo que asiste razón a la recurrente sobre la inadecuación del procedimiento negociado sin publicidad.”*

*Séptimo. Analizando el resto de argumentos, se discute mucho sobre la norma a aplicar y la norma que puede servir para interpretar. La norma a aplicar no cabe duda que es la LCSE, pero también hemos de tener en cuenta que la Directiva 2014/25/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE ha agotado ya su plazo de trasposición y por lo tanto debemos entender que despliega ya plena eficacia en virtud del principio de aplicabilidad directa, y sin duda además ha de ser traída a colación a los efectos interpretativos en virtud del principio de interpretación conforme, como también debe serlo la Sentencia antes citada sobre la que luego volveremos.*

*Así, reproducimos a continuación el contenido de la Exposición de Motivos de la mencionada directiva en la que ya podemos ver que impera una interpretación restrictiva de la norma y del procedimiento negociado sin publicidad lo que aconseja la estimación de la reclamación ya anunciada con la interpretación de modificación sustancial de las condiciones del contrato que acabamos de exponer:*

*DIRECTIVA 2014/25/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE*

*En razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin convocatoria de licitación previa deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables a la entidad adjudicadora, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. Este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del propio objeto artístico. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por la propia entidad adjudicadora con vistas al futuro procedimiento de contratación.*

*Las entidades adjudicadoras que se acojan a esta excepción deben motivar por qué no existen alternativas o elementos sustitutivos razonables, como por ejemplo la utilización de otros canales de distribución incluso fuera del Estado miembro de la entidad adjudicadora o la toma en consideración de obras, suministros o servicios comparables desde el punto de vista funcional.*

*Cuando la situación de exclusividad se deba a razones técnicas, estas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular. Entre estas razones cabe citar la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos,*

*herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico. También pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse a fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse.*

*Por último, un procedimiento de contratación no resulta útil cuando los suministros son adquiridos directamente en un mercado de productos básicos, incluidas las plataformas para productos básicos como los productos agrícolas, las materias primas y los intercambios energéticos, siempre que la estructura comercial multilateral regulada y supervisada garantice de forma natural los precios de mercado.*

*En el texto normativo se regula en dicha directiva en el artículo 50 el procedimiento negociado sin publicidad, y lo cierto es que nada señala sobre los porcentajes, al disponer:*

#### *Artículo 50*

##### *Uso de un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa*

*Las entidades adjudicadoras podrán utilizar un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa en los casos siguientes:*

*a) Cuando, en respuesta a un procedimiento con convocatoria de licitación previa, no se haya presentado ninguna oferta, o ninguna oferta adecuada, o ninguna solicitud de participación, o ninguna solicitud de participación adecuada, siempre y cuando no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato.*

*Se considerará que una oferta no es adecuada cuando no sea pertinente para el contrato, al no poder satisfacer de forma manifiesta, sin cambios sustanciales, las necesidades y requisitos de la entidad adjudicadora especificados en los pliegos de la contratación. Se considerará que una solicitud de participación no es adecuada cuando el operador económico de que se trate vaya a ser excluido o pueda ser excluido en virtud del artículo 78, apartado 1, o del artículo 80, apartado 1, o no cumpla los criterios de selección establecidos por la entidad adjudicadora al amparo de los artículos 78 u 80;*

*b) Cuando la finalidad del contrato sea únicamente la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo, y no la obtención de una rentabilidad o la recuperación de los costes de investigación y desarrollo, y siempre que la adjudicación*

*de tal contrato se entienda sin perjuicio de la convocatoria de una licitación para los contratos subsiguientes que persigan, en particular, los mismos fines;*

*En cuanto a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Segunda) de 13 de enero de 2005 en el asunto C-84/03, para mejor claridad expositiva transcribimos a continuación el texto que incide en estos procedimientos: (...)*

*Por lo tanto, parece claro cuál es la posición del TJUE que establece el criterio interpretativo a seguir, las excepciones deben ser objeto de interpretación estricta, y no se deberán incluir supuestos para acceder al procedimiento negociado no incorporados en las directivas ni, a lo que aquí afecta, establecer condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento. Continúa el Tribunal entendiendo que establecer un límite porcentual, el 10%, no puede considerarse como una modificación no sustancial, por lo tanto aun cuando no llegue la modificación a ese 10% parece claro que afecta a las condiciones esenciales del contrato, ergo, afectar el precio en si mismo parece responder a una modificación de las condiciones esenciales del contrato y por ende sustancial. La intención de establecer un porcentaje podía ser loable siguiendo con la argumentación también transcrita de España de establecer unos límites que dotasen de seguridad jurídica a dicho procedimiento pero el Tribunal es claro al señalar que tal límite abre una posibilidad de acceso al negociado sin publicidad no querida en las Directivas Europeas.*

*Por citar un ejemplo, y sin que sea de aplicación por razón de la materia ni por vigencia temporal, podemos citar la Ley 9/2017 a efectos meramente interpretativos que ya señala de manera expresa que*

*Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los siguientes casos:*

*a) En los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en los casos en que:*

*1.2 No se haya presentado ninguna oferta; ninguna oferta adecuada; ninguna solicitud de participación; o ninguna solicitud de participación adecuada en respuesta a un procedimiento abierto o a un procedimiento restringido, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente, sin que en ningún caso se pueda incrementar el presupuesto base de licitación ni modificar el sistema de*



retribución, y que se envíe un informe a la Comisión Europea cuando esta así lo solicite".

*En similares términos, la Resolución 78/2021, de 4 de marzo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, tras poner de relieve que la interpretación que se haga de los supuestos de utilización de procedimiento negociado y de las condiciones en que cabe acudir a él ha de ser estricta, señala a este respecto que la referencia a que "las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente", pese a tratarse de un concepto jurídico indeterminado, implica que alteraciones en aspectos tan esenciales de todo contrato como su objeto y precio o en el alcance de las obligaciones del contratista que implique repercusión indirecta en el precio y por ende en el equilibrio de las prestaciones, supondrán sin género de duda una modificación sustancial.*

*Conclusión a la que también llegamos si atendemos al espíritu y finalidad del artículo 75.1.a) LFCP que, conforme dispone el artículo 3.1. in fine del Código Civil, deben orientar cualquier interpretación, y ello por cuanto no podemos perder de vista que la finalidad a la que responde el precepto no es otra que la de garantizar que el procedimiento negociado que vaya a tramitarse sin convocatoria de licitación, en aquellos supuestos en que se haya quedado desierto el procedimiento abierto tramitado previamente, se celebre bajo las mismas condiciones objetivas existentes en el anterior procedimiento; de ahí que exija que las condiciones iniciales del contrato no se hayan modificado sustancialmente. Finalidad que en modo alguno podría entenderse garantizada si se admitiese la modificación de las condiciones esenciales fijadas en el anterior procedimiento entre las que, no cabe duda, se encuentra el precio del contrato; máxime cuando tal como está configurado legalmente dicho procedimiento, la restricción de la concurrencia está plenamente admitida, siempre, claro está, que se cumplan todos los requisitos que habilitan a la utilización de dicho procedimiento.*

*Así pues, el incremento del precio en el procedimiento negociado tramitado al amparo del artículo 75.1.a) LFCP debe considerarse, con independencia de su alcance, como una modificación sustancial de las condiciones iniciales y, por ende, no ajustada a la legalidad; sin que a ello pueda oponerse tampoco el límite del 10% que el artículo 114.3.c) del mismo cuerpo legal contempla como criterio a las modificaciones de contrato, ya que, como acertadamente señala la precitada Resolución 374/2018, de 13*

*de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, además de que tal regulación se refiere a cuestión de ejecución de contrato no así de los requisitos de acceso a un negociado sin publicidad, dicha interpretación choca con la sentencia ya citada que excluye de manera terminante los porcentajes para establecer un criterio de acceso.*

*En consecuencia, no se cumplen los presupuestos del artículo 75.1.a) LFCP para acudir al procedimiento negociado sin convocatoria de licitación por haberse modificado sustancialmente las condiciones del anterior contrato del que traía causa, al haberse incrementado, respecto de lo previsto en el anterior procedimiento abierto, el precio de los lotes objeto del mismo; apreciándose por tal motivo 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, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, que el artículo 116.2.a) de la LFCP contempla entre las causas de invalidez de los contratos públicos.*

*Procede, pues, la estimación de la reclamación en este punto y, con ella, la anulación del propio procedimiento de negociado tramitado; y ello sin perjuicio de que, en aplicación del principio de congruencia al que este Tribunal está sujeto en sus resoluciones, analicemos el resto de los motivos de impugnación alegados”.*

En definitiva, y en base a los argumentos expuestos, procede la estimación de la reclamación interpuesta y, por ende, la anulación del propio procedimiento de adjudicación tramitado, por cuanto el mismo no es conforme a Derecho.

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 la ASOCIACIÓN NAVARRA DE EMPRESARIOS DE

TRANSPORTE POR CARRETERA Y LOGÍSTICA (ANET) frente al procedimiento negociado sin convocatoria de licitación para la “*Contratación de 69 lotes de servicios de transporte escolar en vehículos de más de nueve plazas*”, tramitado por la Dirección General de Recursos Educativos del Gobierno de Navarra; anulando dicho procedimiento y declarando la imposibilidad de continuar válidamente con el mismo.

2º. Notificar este acuerdo a 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, 5 de julio de 2023. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.