TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA

Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfno. 848 42 19 64-848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 61 y 62/2019

ACUERDO 57/2019, de 19 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelven las reclamaciones especiales en materia de contratación pública interpuestas por "BP OIL ESPAÑA, S.A.U." y "GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.U." frente al Pliego de Cláusulas Generales y el Pliego de Cláusulas Particulares que rigen la licitación del contrato de "*Gestión y explotación de las Áreas de Servicio de Zuasti, Imarcoain y Valtierra en la Autopista de Navarra AP-15*", promovida por Autopistas de Navarra, S.A. (AUDENASA).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 27 de mayo de 2019 Autopistas de Navarra, S.A. (AUDENASA) publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de la licitación del contrato de "*Gestión y explotación de las Áreas de Servicio de Zuasti, Imarcoain y Valtierra en la Autopista de Navarra AP-15*".

SEGUNDO.- Con fecha 13 de febrero de 2019 don A. F. H. M. y don R. B. G., interviniendo ambos en calidad de apoderados mancomunados y en representación de "BP OIL ESPAÑA, S.A.U." (en adelante, BP), interponen ante este Tribunal lo que denominan "*recurso especial en materia de contratación*" frente a los Pliegos de la citada licitación.

En primer lugar, entrando en los requisitos formales, BP manifiesta que "*AUDENASA es una entidad sujeta a las disposiciones de la LCSP* (Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público) *para la preparación y adjudicación de los contratos que celebre dentro del ámbito material de la LCSP*" y que, asimismo, "*conviene tener en cuenta que el procedimiento de referencia se convoca en el ámbito de las competencias del Gobierno de Navarra, Administración concedente de la concesionaria AUDENASA*" y que, en este sentido, "*puede resultar de aplicación parcial de Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos* (LFCP)". A ello añade que considera que

AUDENASA, aun no teniendo su capital social mayoritariamente participado por una Administración Pública en el sentido de la LCSP, el 50% de su capital social se encuentra participado por el Gobierno de Navarra y de hecho si AUDENASA estuviera excluida del ámbito de aplicación de la LCSP no se hubiera publicado la licitación. También señala que AUDENASA es concesionaria del Gobierno de Navarra, de modo que se encuentra en situación de fiscalización respecto de una Administración y que, en consecuencia, AUDENASA debiera ser considerado un poder adjudicador y, por tanto, el órgano competente para conocer del recurso ha de ser el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

En cuanto al plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, señala que es de 15 días hábiles a contar desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante, según el artículo 50 de la LCSP, teniendo este artículo carácter básico, esto es, que se aplica a todas las Administraciones Públicas sin perjuicio de que éstas establezcan mejoras respecto del precepto básico, todo ello según lo dispuesto en la Disposición Final 1ª de la citada norma.

Como motivos de fondo del recurso, BP manifiesta que en los Pliegos se dice expresamente que son objeto del procedimiento de contratación tres áreas, constituyendo un lote único e indivisible, lo que infringe el artículo 27.2 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras. Igualmente aprecia infracción en el plazo concedido para la presentación de las proposiciones, que es de 18 días naturales, cuando el plazo mínimo de presentación de ofertas en un procedimiento abierto para la celebración de un contrato de concesión de servicios es de treinta días según tenor literal del artículo 156.2 de la LCSP.

Por todo ello solicita que, teniendo por interpuesto en tiempo y forma recurso especial en materia de contratación contra los actos de aprobación del Pliego de Bases y de Cláusulas Generales, se anulen los citados actos y Pliegos.

TECERO.- El día siguiente, 14 de junio de 2019, doña Ruth-Susana Espinosa Vadillo, actuando en nombre y representación de GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.U.

(en adelante GALP), interpone reclamación especial en materia de contratación pública frente a los mismos Pliegos.

En primer lugar manifiesta que, de conformidad con lo establecido en el artículo 122.2 de la LFCP y en el artículo 44.2 de la LCSP (en su condición de Ley básica estatal), los Pliegos objeto de la licitación son susceptibles de impugnación por medio de la presentación de una reclamación especial en materia de contratación dado que (i) nos encontramos ante un contrato público de concesión de servicios con un importe estimado de más de 3.000.000 de euros; y (ii) la sociedad concesionaria, AUDENASA, tiene la condición de poder adjudicador al estar el 50% de su capital social participada y controlada por el Gobierno de Navarra.

También en relación con los aspectos formales, afirma que la reclamación especial en materia de contratación se interpone dentro del plazo de quince días hábiles a partir del día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación y de los Pliegos en el Portal de Contratación de Navarra, esto es, quince días a contar desde el 27 de mayo de 2019 (artículo 50.1 de la LCSP), significando que, a estos efectos, el plazo de quince días establecido en la LCSP tiene carácter de plazo mínimo aplicable a todo licitador en cualquier procedimiento de licitación pública que se convoque al efecto. Igualmente entiende que dado el carácter de legislación básica que tiene la LCSP ninguna ley autonómica puede establecer un plazo inferior al contemplado en dicha ley de bases (podría en todo caso imponer un plazo superior pero nunca inferior) y, a mayor abundamiento, subraya que la aplicación del plazo de quince días para presentar la correspondiente reclamación especial en materia de contratación ex artículo 50.1 de la LCSP y, por tanto, la admisibilidad de esta reclamación en tiempo y forma se ampara en el principio *pro actione* en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de los licitadores.

Como motivos de fondo de la reclamación aduce que la licitación en los términos actualmente diseñados no resulta ajustada a derecho al adjudicar AUDENASA a un mismo operador y "*en bloque*" la gestión y explotación de todas las estaciones de servicio de la AP-15 vulnerando, con ello, las restricciones impuestas por la Ley 37/2015 y la Ley 8/1972.

También afirma que en la licitación se vulnera el artículo 41 de la LFCP en relación con el diseño de los lotes pues "*basta acudir a los Pliegos para comprobar que Audenasa no justifica ni motiva la decisión de no dividir en lotes el objeto del Contrato. Simplemente se limita a señalar que la no división se debe "a que la correcta ejecución del contrato implica la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones". Esto es, en ningún caso motiva ni explica por qué en ese caso concreto la naturaleza del objeto del contrato requiere la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, y ello a pesar de que en un caso como el que nos encontramos la división y explotación separada de las estaciones de servicio resulta no sólo perfectamente posible sino que está especialmente justificada*". Finalmente también denuncia la vulneración por los Pliegos del plazo de presentación de las ofertas establecido en el artículo 91 de la LFCP y el 156.3 de la LCSP.

Por todo ello solicita la estimación de la reclamación especial en materia de contratación y que se declare la nulidad de los Pliegos.

CUARTO.- Con fecha 17 de junio de 2019 don Víctor Torres Ruiz, en representación de AUDENASA, presenta idénticos escritos en contestación a cada una de las dos reclamaciones, en el que tras manifestar que AUDENASA es la sociedad concesionaria de la explotación de la Autopista de Navarra AP-15, afirma que no es un poder adjudicador de acuerdo con lo previsto en la LFCP, ni el contrato objeto de las reclamaciones es un contrato o subcontrato de obra de una concesionaria, por lo que el expediente de contratación no está sujeto a la LFCP. Además, también manifiesta que en su condición de Director General de AUDENASA ha acordado renunciar al proceso de licitación objeto de reclamación y a su correspondiente contratación, con el fin de posibilitar una mayor lotificación de los trabajos y, con ello, una mayor diversidad en sus contrataciones.

Por ello, solicita el archivo de las reclamaciones interpuestas por pérdida sobrevenida de su objeto.

En este momento no consta al Tribunal que la licitación impugnada haya sido formalmente suspendida ni se ha publicado en el Portal de Contratación de Navarra anuncio alguno relativo a tal suspensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente al mismo acto se han interpuesto dos reclamaciones especiales, resultando clara la existencia de una íntima conexión entre ambas que justifica su tramitación y resolución acumulada por este Tribunal al amparo de lo establecido en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

SEGUNDO.- La interposición de ambas reclamaciones se ha realizado en la forma legalmente prevista en el artículo 126.1 de la LFCP.

TERCERO.- Las normas que rigen el acceso a los recursos son de carácter imperativo (de orden público), no disponibles para las partes ni para el órgano que debe resolverlos. El examen de su observancia no está condicionado a la alegación de parte y puede el Tribunal apreciar de oficio la concurrencia de una causa que impida la admisión del recurso (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2005), por lo que es obligado examinar en fase de decisión la pertinencia de la formulación del recurso (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2008).

Por ello procede, en primer lugar, comprobar si en el caso que nos ocupa se han cumplido los requisitos normativamente establecidos para la admisión de las reclamaciones formuladas.

CUARTO.- Conforme al artículo 121 de la LFCP, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra tiene como misión resolver con arreglo a Derecho las reclamaciones especiales en materia de contratación pública. Este procedimiento de impugnación pueden iniciarlo las empresas, profesionales y personas interesadas en la licitación y adjudicación de un contrato público (artículo 122.1 LFCP) frente a los pliegos de contratación, los actos de trámite o definitivos que les excluyan de la

licitación o perjudiquen sus expectativas y los actos de adjudicación dictados por una entidad sometida a la citada Ley Foral en el procedimiento de adjudicación de dicho contrato (artículo 122.2 LFCP).

En consecuencia, habiéndose impugnado los Pliegos que rigen una licitación promovida por una sociedad mercantil, AUDENASA, debemos comprobar si la adjudicación de los contratos de dicha sociedad está sometida a las disposiciones de la LFCP ya que si esto no sucediera las reclamaciones no podrían prosperar.

El apartado 1 del artículo 4 de la LFCP dispone que la Ley Foral se aplicará a los contratos públicos celebrados por las siguientes entidades:

"*a) El Parlamento de Navarra, la Cámara de Comptos y el Defensor del Pueblo de Navarra.*

b) La Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus Organismos Autónomos.

c) Las Entidades Locales de Navarra y sus Organismos Autónomos con las particularidades que resulten de la legislación foral de Administración Local.

d) La Universidad Pública de Navarra.

e) Las entidades públicas empresariales y entidades de derecho público, consorcios, sociedades mercantiles y laborales, fundaciones u otros entes, o asociaciones de cualesquiera de ellos, dotados de personalidad jurídica, pública o privada, vinculados o dependientes de las entidades mencionadas en los apartados anteriores, en los que concurran conjuntamente estos requisitos:

1.º Que en su actividad satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil y no asuman riesgo empresarial.

2.º Que las Administraciones Públicas financien, directa o indirectamente, más de la mitad de su actividad, o bien tengan influencia dominante sobre las mismas a través de mecanismos que controlen su gestión, o bien permitan designar a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia."

De los apartados transcritos en el único en el que pudiera encuadrarse AUDENASA es en el que recoge la letra "e", al tratarse de una sociedad mercantil y no

de una Administración Pública. No obstante, adelantamos, dicha entidad no puede entenderse comprendida entre las que cita dicho apartado.

Es hecho no discutido por las partes que del capital social de AUDENASA solamente el 50% es propiedad del Gobierno de Navarra o Diputación Foral, siendo el otro 50% propiedad de una entidad privada. En consecuencia, no se cumple el requisito establecido por la norma para que AUDENASA pueda entenderse comprendida en dicho apartado ya que no queda acreditado que las Administraciones Públicas financien, directa o indirectamente, más de la mitad de su actividad, o bien tengan influencia dominante sobre ella a través de mecanismos que controlen su gestión, o bien permitan designar a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia.

Por otro lado, aun siendo AUDENASA concesionaria de la explotación de la Autopista de Navarra AP-15, el contrato objeto de las reclamaciones no es un contrato de obras, que es también uno de los tipos contractuales que la LFCP (artículo 5, letra c) somete a sus disposiciones cuando es adjudicado por un concesionario de obras públicas.

De lo dicho se infiere que la adjudicación del contrato en cuestión no está sometida a las normas recogidas en la LFCP y que, por ende, este Tribunal carece de competencia para resolver las impugnaciones que frente a los actos dictados en el procedimiento que se siga para su adjudicación pudieran surgir.

Por ello, dado que el artículo 127.3. d) de la LFCP determina que será causa de inadmisión de la reclamación especial en materia de contratación pública la falta de competencia del Tribunal, las reclamaciones deben ser inadmitidas.

QUINTO.- Dando por sentada la necesaria inadmisión de las reclamaciones por los motivos más arriba expresados, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su artículo 119, apartado 3, nos obliga a decidir cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados.

Una las cuestiones que se plantean en este caso es el plazo del que disponen los interesados para formular una reclamación en materia de contratación pública ante este Tribunal.

El artículo 124, apartado 2, de la LFCP dispone que el plazo para la interposición de la reclamación especial en materia de contratación pública es de diez días a contar desde:

a) El día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, o del anuncio en el Portal de Contratación de Navarra cuando no sea preceptivo aquel, o de la publicación del anuncio de adjudicación cuando no sea preceptiva la publicación de un anuncio de licitación, para la impugnación de dicho anuncio y de la documentación que figura en él 27.
b) El día siguiente al de la notificación del acto impugnado cuando se recurran los actos de tramitación y de adjudicación por parte de quienes hayan licitado.
c) El día siguiente a la publicación del anuncio de realización del encargo a un ente instrumental.
d) El día siguiente a la publicación de la modificación de un contrato o de un encargo a un ente instrumental.

Por su parte, afirman los reclamantes que el plazo de quince días establecido en la LCSP tiene carácter de plazo mínimo aplicable a todo licitador en cualquier procedimiento de licitación pública que se convoque al efecto. Igualmente entienden que dado el carácter de legislación básica que tiene la LCSP ninguna ley autonómica puede establecer un plazo inferior al contemplado en dicha Ley.

No comparte este Tribunal dichas afirmaciones. Como ya significamos en nuestro Acuerdo 27/2015, de 11 de mayo:

"…resulta preciso aclarar que Navarra, según se establece en la Exposición de Motivos de la LFCP (la entonces vigente Ley Foral, 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos) *que, "como Comunidad Foral, goza de una situación singular en la medida en que el artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de*

Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral, reconoce su competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas sin más límite que el respeto a los principios esenciales de la legislación básica del Estado.

Esta previsión de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento es de gran importancia pues otorga una especial libertad al Parlamento de Navarra ya que, a salvo tales principios esenciales y a salvo asimismo las reglas contenidas en las Directivas europeas, la regulación que acuerde puede legítimamente aspirar a la originalidad si realmente acierta a enfrentar de una manera directa la solución de los problemas específicos de las Administraciones públicas que actúan en esta Comunidad Foral.

En este marco competencial le corresponde a la Comunidad Foral la regulación de los contratos públicos, sin que exista el obstáculo de que se trate de una transposición de normativa comunitaria europea, puesto que el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 141/1993, de 22 de abril (RTC 1993, 141), ha establecido como doctrina que la ejecución del Derecho comunitario europeo corresponde a quien materialmente ostente la competencia según las reglas de derecho interno.

Para determinar el límite de la competencia de la Comunidad Foral es esencial concretar cuáles son esos principios esenciales de la legislación básica del Estado en materia de contratos, teniendo en cuenta que España se encuentra incorporada a la Unión Europea. Por tanto, el ordenamiento jurídico español y, por ende, el navarro deben asumir el derecho originario y derivado de la Unión Europea, a través del mecanismo del artículo 96 de la Constitución, lo que implica que en esta materia los principios esenciales de la contratación no pueden diferir de los principios esenciales del Derecho comunitario europeo".

De esta manera, queda muy claro que, ostentando la Comunidad Foral de Navarra competencia exclusiva en materia de contratación pública, y correspondiéndole la ejecución material del Derecho comunitario europeo, la legislación básica en dicha materia viene constituida por los principios esenciales de dicho Derecho comunitario europeo y no por la normativa estatal incorporada en la

Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos, que resulta inaplicable a todos los efectos."

Dicho Acuerdo 27/2015, de 11 de mayo, fue ratificado por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sentencia nº 122/2018, de 9 de abril) en los siguientes términos:

"*En definitiva, como subraya el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, ostentando la Comunidad Foral de Navarra competencia exclusiva en materia de contratación pública, y correspondiéndole la ejecución material del Derecho comunitario europeo, la legislación básica en dicha materia viene constituida por los principios esenciales del Derecho comunitario europeo y no por la normativa estatal incorporada en la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos.*

Es aplicable en este caso el art. 55.2 LFCP, sin que deba ser desplazado por el art. 145.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, debiendo ser aplicado el referido art. 55 de la LFC con respeto a los principios esenciales del Derecho comunitario europeo y a la jurisprudencia comunitaria, y así se ha hecho por parte del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, como se ha expuesto en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia.

La aplicación en este contrato de la normativa foral ni infringe el principio de igualdad ni las competencias del Estado en materia de legislación básica sobre contratos, lo que determina la desestimación de este motivo de recurso."

Además de esto, sobre la necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que sostenían los demandantes en el procedimiento contencioso-administrativo referenciado, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra manifiesta en la Sentencia lo siguiente:

"*Tampoco considera la Sala necesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en los términos expuestos por la parte actora, toda vez que no entiende que se hayan vulnerado los preceptos constitucionales aducidos, por la aplicación del art. 55 de la LFCP, como se ha razonado anteriormente.*"

A mayor abundamiento también se debe significar que el artículo 2 quater de la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, en relación con los plazos para la interposición de un recurso dispone lo siguiente:

"*Si la legislación de un Estado miembro dispone que cualquier recurso contra una decisión de un poder adjudicador tomada en el marco o en relación con un procedimiento de adjudicación de contrato regulado por la Directiva 2004/18/CE debe interponerse antes de que expire un plazo determinado, este plazo deberá ser de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquel en que la decisión del poder adjudicador haya sido comunicada por fax o por medio electrónico al licitador o candidato, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, de al menos quince días civiles a partir del día siguiente a aquel en que la decisión del poder adjudicador se haya remitido al licitador o candidato, o de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de recepción de la decisión del poder adjudicador.*

La comunicación de la decisión del poder adjudicador a cada licitador o candidato irá acompañada de la exposición resumida de las razones pertinentes. En el caso de los recursos interpuestos contra las decisiones a que se refiere el artículo 2, apartado 1, letra b), de la presente Directiva, que no estén sujetos a una notificación específica, el plazo será de al menos diez días civiles a partir de la fecha de publicación de la decisión en cuestión."

A la vista de lo dispuesto en la norma europea, el plazo previsto en el artículo 124, apartado 2, de la LFCP (diez días) se ajusta a lo previsto en la Directiva de la que debe ser fiel transposición.

Consecuencia de lo expuesto sería que, en el hipotético caso de que el contrato licitado por AUDENASA estuviera sujeto a la LFCP, las reclamaciones que nos ocupan serían declaradas extemporáneas e incurrirían en causa de inadmisión ex artículo 127.3 a) de la LFCP ya que el anuncio de licitación se publicó el día 27 de mayo de 2019 y las

reclamaciones se interpusieron los días 13 y 14 de junio, es decir, superado el plazo de diez días normativamente establecido.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127.3. d) de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Acumular las reclamaciones especiales en materia de contratación pública interpuestas por "BP OIL ESPAÑA, S.A.U." y "GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.U." frente al Pliego de Cláusulas Generales y el Pliego de Cláusulas Particulares que rigen la licitación del contrato de "*Gestión y explotación de las Áreas de Servicio de Zuasti, Imarcoain y Valtierra en la Autopista de Navarra AP-15*", promovida por Autopistas de Navarra, S.A. (AUDENASA), e inadmitir ambas reclamaciones

2º. Notificar este Acuerdo a "BP OIL ESPAÑA, S.A.U.", "GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.U." y "AUTOPISTAS DE NAVARRA, S.A." y ordenar su publicación en la página web 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, 19 de junio de 2019. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Maria Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.