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

Expediente: 57/2020

ACUERDO 69/2020, de 21 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don R. L. M. frente a la Resolución 290/2020, de 26 de junio, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Olite, por la que se adjudica el contrato "*Servicios de socorrismo, limpieza y mantenimiento en piscinas municipales del Ayuntamiento de Olite-Erriberri, año 2020*" a INSTALACIONES DEPORTIVAS MASQUATRO, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de junio de 2020, el Ayuntamiento de Olite solicitó mediante correo electrónico a cinco empresas la presentación de ofertas para participar en la licitación del contrato "*Servicios de socorrismo, limpieza y mantenimiento en piscinas municipales del Ayuntamiento de Olite-Erriberri, año 2020*", finalizando el plazo de presentación de ofertas el día 25 de junio de 2020.

A dicha solicitud respondieron dos licitadores: DON R. L. M. e INSTALACIONES DEPORTIVAS MASQUATRO, S.L. (en adelante, MASQUATRO).

SEGUNDO.- El 26 de junio se procedió a la apertura de los sobres A y a la apertura y valoración de los sobres B y C, siendo la puntuación total obtenida por los licitadores la siguiente:

1. R. L. M.: 95,00 PUNTOS
2. MASQUATRO: 95,64 PUNTOS

TERCERO.- Por la Resolución 290/2020, de 26 de junio, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Olite, se adjudicó el contrato a MASQUATRO. La notificación de la adjudicación a don R. L. M. se produjo el 3 de julio, según manifiesta este.

CUARTO.- Con fecha 17 de julio de 2020, don R. L. M. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la citada adjudicación.

En la reclamación se impugna la valoración efectuada de los criterios no cuantificables mediante fórmula (sobre B), señalándose respecto del criterio de adjudicación de carácter social (criterio cuantificable mediante fórmula), que el órgano de contratación no le ha facilitado el acceso a la documentación presentada por el adjudicatario, pese a haberlo solicitado, por lo que solicita que se le conceda un trámite de alegaciones complementarias una vez se haya aportado el expediente por parte del órgano de contratación.

En consecuencia, solicita que se estime la reclamación especial interpuesta anulando la adjudicación del contrato y que se le adjudique el mismo, y, subsidiariamente, que se ordene al órgano de contratación revisar la puntuación en el sentido señalado en la reclamación.

QUINTO.- Con fecha 30 de julio de 2020, el Ayuntamiento de Olite aportó el expediente del contrato y presentó un escrito de alegaciones frente a la reclamación interpuesta, en cumplimiento del artículo 126.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP), en el que manifiesta lo siguiente:

1º. Que dicho escrito de alegaciones debe ser admitido por haberse presentado dentro de plazo, al entender que el *dies a quo* del plazo para remitir el expediente no comenzó el 17 de julio, día en que se notificó el requerimiento a la dirección electrónica que el Ayuntamiento de Olite tenía dada de alta en el Portal de Contratación de Navarra, sino el día 28, en el que desde la Secretaría de este Tribunal se envió, a petición del propio Ayuntamiento, una copia a efectos informativos del contenido de dicho requerimiento a la nueva dirección electrónica que el Ayuntamiento de Olite había dado de alta en el citado Portal.

2º. Que la reclamación especial debe ser inadmitida por extemporánea, ya que el plazo para su interposición es de 10 días naturales y el reclamante accedió a la notificación en la sede electrónica municipal el 6 de julio, de modo que el día 17 el plazo se encontraba vencido.

3º. Respecto al fondo de la reclamación, considera que la valoración de las ofertas realizada por la Mesa de Contratación es correcta, por los motivos que expone.

4º. Alega la inviabilidad económica de la oferta del reclamante por el exceso de horas propuesto para el personal socorrista, así como porque el año anterior, en el que fue el prestador del servicio, quiso abonar al personal laboral un salario inferior al del convenio colectivo vigente.

5º. Señala la improcedencia de la suspensión cautelar de la adjudicación al considerar que este servicio es de primera necesidad en la época estival.

En consecuencia, solicita la admisión de dichas alegaciones, la inadmisión de la reclamación especial interpuesta y, subsidiariamente, la desestimación de la misma, proponiendo como prueba que se oficie a los Ayuntamientos de Arguedas y de Villafranca, para que certifiquen si les consta "*que en la presente temporada estival de piscinas ha sido presentada en el Ayuntamiento queja, denuncia o reclamación por el personal que trabaja en las instalaciones de piscinas municipales por cuenta de R. L. relacionada con el pago o pago insuficiente de salarios*", así como que se admita una nota pública del sindicato CNT que adjunta.

SEXTO.- Con fecha 5 de agosto de 2020, se notificó a los interesados el Acuerdo 65/2020, de 5 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se pone en conocimiento de los mismos la existencia de posibles causas de nulidad de pleno derecho advertidas por este Tribunal tras la interposición de la reclamación. Dichas causas son las siguientes:

1º. En primer lugar, la concesión de un plazo de presentación de ofertas inferior al mínimo legalmente previsto en el artículo 94.1.e) de la LFCP podría constituir una

causa de nulidad de pleno derecho, conforme a los artículos 116.2.a) de la misma Ley Foral y 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2º. En segundo lugar, la apertura y valoración simultáneas de los sobres B y C, que contienen las ofertas relativas a los criterios de adjudicación cualitativos y a los valorables mediante fórmulas objetivas, respectivamente, supone un incumplimiento del artículo 97 de la LFCP, pudiendo constituir también una causa de nulidad conforme a los preceptos señalados anteriormente.

3º. Por último, la licitación del contrato no se ha llevado a cabo a través de la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra, incumpliéndose así lo dispuesto en el artículo 95.2 de la LFCP, por lo que podría concurrir igualmente una nueva causa de nulidad prevista en los citados artículos.

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

SÉPTIMO.- En fecha 10 de agosto de 2020, se presentaron alegaciones tanto por parte del Ayuntamiento de Olite y como por parte del reclamante.

El Ayuntamiento de Olite insiste, en primer lugar, en que la reclamación debe ser inadmitida por extemporánea.

En segundo lugar, señala que los trámites realizados tienen por finalidad la puesta en marcha del servicio a partir del 1 de julio de 2020, y que no fue hasta el 20 de junio cuando se tuvo conocimiento del aforo de usuarios que podía admitirse en las piscinas, que fue establecido en esa misma fecha por acuerdo del Gobierno de Navarra en un 75%. Por ello, se adoptaron medidas que, sin perjudicar la concurrencia, proporcionaran la agilidad suficiente, por lo que se utilizó el correo electrónico como medio de invitación y se acortaron los plazos hasta un límite que fuera admisible para las empresas, como realmente lo fue, ya que dos de las cinco empresas invitadas presentaron una oferta.

Por ello, solicita que se inadmita la reclamación y, subsidiariamente, se adopte la resolución más adecuada respecto a la concurrencia de causas de nulidad.

El reclamante realiza las siguientes alegaciones:

1º. Que las causas de nulidad de pleno derecho advertidas no generan indefensión a las partes, siendo este un requisito imprescindible para decretar la nulidad radical de todo procedimiento, como previene el artículo 47.e) de la LPA.

2º. Que la reclamación se interpuso en plazo, dado que el acuerdo recurrido se notificó el día 3 de julio y el plazo para su interposición se computa en días hábiles.

3º. Rechaza la supuesta inviabilidad económica de su oferta considerando que, ese caso, debió constituir una causa de exclusión del contrato por oferta anormalmente baja.

4º. Señala que es insólita la queja de que se aporte un número alto de socorristas, cuando el problema debería ser lo contrario.

5º. Alega que las medidas de atención derivadas de la pandemia de COVID-19 no se recogen en el pliego, así como que no es preciso resaltar ninguna especial pues las propuestas son suficientes para la debida protección de la salud.

En consecuencia, solicita que se estime la reclamación especial interpuesta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

los pliegos de contratación y los actos dictados por una entidad sometida a dicha Ley Foral.

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

TERCERO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 123.1 de la LFCP.

CUARTO.- Respecto al plazo para la interposición de la reclamación especial en materia de contratación pública, el artículo 124.2.b) LFCP determina que *"El plazo para la interposición de la reclamación especial en materia de contratación pública es de diez días a contar desde: 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"*.

Por su parte, el artículo 100.3 del mismo cuerpo legal establece que *"La adjudicación deberá ser motivada y contendrá al menos las razones por las que se ha rechazado una candidatura u oferta, las características y ventajas de la oferta seleccionada, señalando el plazo de suspensión de la eficacia de la adjudicación y los medios de impugnación que procedan y se comunicará a todos los interesados en la licitación"*.

En el supuesto analizado, con fecha 26 de junio de 2020 se dicta resolución de adjudicación del contrato, si bien en dicha resolución al indicar los medios de impugnación procedentes contra la misma se omite cualquier referencia a la posibilidad de interponer la reclamación especial en materia de contratación pública (páginas 169 y 170 del expediente administrativo); medio de impugnación procedente frente al acto administrativo que nos ocupa. Resolución notificada, en idénticos términos y en la misma fecha, mediante correo electrónico (páginas 173 y 174 del expediente), constando, asimismo, su notificación a través de la sede electrónica con fecha 6 de julio (página 175 del expediente); interponiéndose la presente reclamación con fecha 17 de

julio del año en curso. De donde se deduce que la presentación de la reclamación frente el mencionado acto de adjudicación, ha de considerarse, en principio, extemporánea, al haberse producido una vez transcurrido el plazo de diez días naturales legalmente establecido.

Empero, en la notificación del acto de adjudicación del contrato se indicó un pie de recursos erróneo, siendo, en consecuencia, una notificación defectuosa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas – en adelante, LAPACAP -, en cuya virtud *"2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.*

3. Las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda".

En los casos de notificación defectuosa, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.3 transcrito, dicha notificación sólo puede quedar convalidada desde la fecha en que el interesado realizó actos que ponen de manifiesto el conocimiento del contenido y alcance del acto o resolución objeto de notificación, o interpuso el recurso procedente pues, como señala el Tribunal Constitucional - por todas, Sentencia 158/2000, de 12 de junio -, lo que no es admisible es que resulte un perjuicio para el particular que no quedó ilustrado de la vía a seguir frente a una resolución que estimaba gravosa como consecuencia de la falta de diligencia o del error de la Administración al realizar una notificación insuficiente o sin cumplir los estrictos requisitos que el artículo 40.2 LAPACAP recoge.

En el supuesto examinado, como quiera que la notificación que se realizó a la reclamante del acto de impugnación entre los recursos procedentes contra la misma no contiene la referencia a la posibilidad de interponer la reclamación especial en materia de contratación pública, debe reputarse una notificación defectuosa, con la consecuencia de que el plazo de impugnación de dicho acto de adjudicación queda abierto y, por tanto, la reclamación que aquí se examina debe considerarse ejercitada dentro del plazo legalmente establecido para su interposición.

Así lo ha declarado, entre otras, la Sentencia 22/2016, de 29 de enero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, donde, en un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la inadmisión a trámite, por extemporáneo, de un recurso especial en materia de contratación, se declara que *"La mera lectura del pie de recurso contenido en el escrito… pone de manifiesto que dicho escrito vulnera, de forma flagrante, los artículos 44.2 y 151.4, en el extremo relativo a la notificación del acto de adjudicación, que no es que no tenga la información necesaria para permitir al licitador excluido interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, sino que puede afirmarse, sin temor a la equivocación, que no tiene información alguna, colocando al licitador que tenga la intención de impugnar esa decisión de adjudicación, en una situación de patente indefensión (…)*

Por todo lo anterior, la inadmisión del recurso especial, con el argumento de haberse interpuesto transcurrido el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente al de la remisión de la notificación del acto impugnado, se rechaza de plano por esta Sala, toda vez que, para poder aceptarlo tendría que haber existido una notificación en forma que nunca se produjo."

QUINTO.- Entrando en el fondo de las cuestiones suscitadas en el procedimiento de reclamación, este Tribunal debe analizar, en primer término, las planteadas en el incidente de nulidad sustanciado mediante Acuerdo 65/2020, de 5 de agosto; toda vez que una eventual estimación siquiera de alguna de ellas determinará la declaración de nulidad del acto de adjudicación del contrato y, por ende, la innecesaridad de entrar a analizar las cuestiones planteadas por la reclamante en el escrito de interposición formulado.

Planteadas así las cuestiones a analizar, el primero de los motivos de nulidad de pleno de derecho advertidos de oficio por este Tribunal y puesto de manifiesto a las partes, se corresponde con la circunstancia acreditada en el expediente de que el plazo habilitado para la presentación de proposiciones por los interesados es inferior al mínimo establecido a tales efectos por la LFCP en los supuestos de tramitación de procedimientos simplificados de adjudicación, como es el caso.

Efectivamente, mientras el artículo 94.1.e) LFCP al regular los plazos mínimos de licitación en los contratos de valor estimado inferior al umbral europeo, determina que *"En el procedimiento simplificado el plazo mínimo para presentar ofertas será de cinco días"*, la cláusula octava del pliego regulador del contrato establece que *"Los licitadores deberán presentar sus proposiciones en el Registro General del Ayuntamiento antes de las 24:00 horas del día 25 de junio de 2020"*, cuando según consta en el expediente remitido a este Tribunal (páginas 33 a 37) las invitaciones a los licitadores se cursan, por correo electrónico con fecha 22 de junio; resultando así que el plazo habilitado por la entidad contratante en orden a la presentación de proposiciones ha sido, en realidad, de tres días. Plazo inferior al mínimo legal que, como se ha dicho, es uno de los motivos de nulidad de pleno derecho puestos de manifiesto a las partes por este Tribunal.

Sobre este particular, señala la entidad contratante, en el escrito de alegaciones presentado en el seno del incidente de nulidad, que debido a la situación generada por la pandemia en la que todavía estamos inmersos, hasta el día 20 de junio de 2020 no se tuvo conocimiento del aforo de usuarios que podía admitirse en las piscinas, resultando así urgente poner en marcha el servicio a partir del 1 de julio; de ahí que se adoptaran aquellas medidas que, sin perjudicar la concurrencia en la contratación, pudieran proporcionar la agilidad suficiente como para que la adjudicación se produjera antes del 1 de julio, entre ellas, la utilización del correo electrónico como medio de invitación, y la reducción de los plazos para presentar ofertas. Reducción que, indica, se realizó hasta un límite que fuera admisible para las empresas, como realmente lo fue, ya que dos de las cinco invitadas pusieron su oferta a disposición del Ayuntamiento.

Por su parte, la reclamante también se opone a la apreciación de los motivos de nulidad de pleno de derecho apreciados de oficio por este Tribunal, apuntando en tal

sentido que los vicios procedimentales advertidos no han generado indefensión a las partes, siendo éste requisito imprescindible para decretar la nulidad radical de todo procedimiento, como previene el artículo 47 e) de la LPACAP.

Este Tribunal entiende - en la línea de lo manifestado en nuestro Acuerdo 37/2017, de 5 de julio - que la infracción de los plazos mínimos que el artículo 94.1 LFCP establece para la presentación de proposiciones en los distintos procedimientos de adjudicación debe considerarse un supuesto de incumplimiento sustancial de dicha norma legal subsumible en el supuesto previsto en el artículo 47.1.e) LAPACAP, dado que determina la imposibilidad de los licitadores de ejercitar un derecho esencial como es participar en el procedimiento de licitación, con infracción del principio de concurrencia recogido en el artículo 2 LFCP; y ello por cuanto, como a continuación explicamos, tales plazos son indisponibles para el órgano de contratación, excepción hecha de aquellos supuestos en que la propia LFCP contempla como posible su reducción.

La doctrina contenida en el Acuerdo citado resulta de aplicación a la resolución de la cuestión suscitada en el seno de la presente reclamación especial aun tratándose de un procedimiento simplificado, toda vez que la vigente LFCP es todavía más clara, si cabe, en lo que al establecimiento de los plazos mínimos para presentar las proposiciones por los interesados se refiere. Así, el artículo 137 LFCP ha eliminado los expedientes de contratación de tramitación de urgencia, disponiendo, a tales efectos, que *"Los expedientes de contratación podrán ser de tramitación ordinaria, anticipada y de emergencia"*. De igual modo, la única posibilidad de reducir los plazos mínimos establecidos en la norma para la presentación de proposiciones aparece regulada, respecto a los contratos de valor estimado inferior al umbral europeo, en el apartado segundo del artículo 94 LFCP, en cuya virtud *"Cuando se haya publicado un anuncio de información previa en el Portal de Contratación el plazo mínimo para la presentación de las ofertas, en los procedimientos abiertos, restringidos y negociados, podrá reducirse en cinco días";* posibilidad que, como puede observarse, no resulta de aplicación a los procedimientos simplificados de adjudicación como el que nos ocupa.

De hecho, el propio Preámbulo de la LFCP indica que *"Los plazos mínimos de licitación sufren una importante reducción respecto de la regulación anterior, con el*

objetivo de simplificar y agilizar los procedimientos. No obstante, hay que precisar que el plazo de licitación debe ser adecuado al objeto del contrato de acuerdo con el principio de proporcionalidad y nuevamente se impone una valoración "ad casum" del órgano de contratación, que deberá determinar qué plazo resulta pertinente para ese concreto contrato pudiendo resultar que, realizada tal valoración, el plazo mínimo legalmente establecido resulte insuficiente y por lo tanto ilegal al infringir los principios de concurrencia e igualdad de trato". Previsión que constituye un elemento a tener en cuenta en la interpretación de la LFCP y que no hace sino poner de relieve la imposibilidad jurídica de reducir los plazos mínimos que la citada norma jurídica establece para la presentación de proposiciones.

Dicho lo anterior, en el Acuerdo indicado este Tribunal puso de manifiesto que *"La razón de ser de la fijación de estos plazos mínimos no es otra que la salvaguarda de la concurrencia y la igualdad de trato de los licitadores, de forma que la fijación de un plazo por debajo del mínimo legal establecido conculca dichos principios; motivo por el cual dicha previsión resulta indisponible y de obligada observancia para las entidades contratantes. Caracteres que resultan avalados por la prohibición legal expresa de reducir los plazos mínimos para la presentación de ofertas ni siquiera en los supuestos de contrataciones de urgencia.*

Del mismo modo, la circunstancia de que la norma establezca un plazo mínimo a los efectos de presentación de las ofertas determina que sea el órgano de contratación quien, respetando los plazos mínimos, establezca el plazo concreto para cada caso. Facultad que puede y debe ejercitarse de conformidad con las exigencias establecidas en la norma, que en lo que interesa, supone la imposibilidad taxativa de establecer un plazo inferior al mínimo legal; tal y como pone de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias en su informe 1/2008, de 30 de abril, cuando dice que "(…) Por otra parte, hay que tener en cuenta, asimismo, que el límite horario que se pudiera establecer para la presentación por correo sólo será admisible cuando el cómputo total de dicho plazo de presentación iguale o supere el plazo mínimo establecido preceptivamente por el TRLCAP (…)".

Así pues, las previsiones normativas relativas a los plazos mínimos para la presentación de ofertas por los licitadores tienen naturaleza de normas imperativas de orden público y, por ello, de imposible reducción por la entidad contratante, tal y como razona la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 24 de julio

de 2007 "(…) El plazo de siete días naturales a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el diario oficial autonómico, recogido en el epígrafe presentación de proposiciones del mencionado anuncio es contrario al mandato contenido en el artículo 78.2, primera parte, del RDL 2/2000, de 16 de junio; ello porque el procedimiento de contratación seguido en este caso ha sido abierto y en concurso, supuesto para el cual la expresada disposición general establece una antelación mínima de 15 días, términos suficientemente claros sobre el carácter del plazo (irreductible en ese mínimo) siendo la norma legal imperativa en este particular.

Pero si alguna duda hubiere sobre el asunto basta con una remisión a una disposición más específica como es el artículo 207 de aquel RDL, que incluso establece unos espacios temporales mayores. La reducción del plazo afecta negativamente a principio de concurrencia sancionado en el artículo 11.1 de aquella fuente reguladora contractual, pues los potenciales licitadores ven reducidas sus posibilidades de competir en igualdad de condiciones con otros que ya tuviesen experiencia en restauración de bienes de la clase a la que se refiere el anuncio de licitación (…)".

En consecuencia, tramitándose un procedimiento abierto inferior al umbral comunitario, la reducción del plazo mínimo de dieciocho días naturales para la presentación de proposiciones no resulta ajustada a derecho; motivo por el cual no puede atenderse la alegación manifestada por la entidad contratante en el sentido de que la infracción apreciada en tal sentido en el anuncio de licitación constituye un mero error formal que no ha supuesto en la práctica ninguna limitación de la concurrencia, en la medida en durante el plazo en que el mismo ha estado expuesto al público (diecinueve días) ninguna otra empresa ha mostrado interés en participar en el procedimiento y ninguna comunicación de algún posible licitador se ha recibido en relación con el plazo de presentación establecido. Y ello es así, en la medida en que la observancia de los plazos mínimos constituye una obligación impuesta por imperativo legal, y la afección de su incumplimiento al principio de concurrencia deriva directamente de la propia norma. Restando, en consecuencia, una vez advertida la infracción, determinar el alcance del incumplimiento de tal previsión en el caso concreto que nos ocupa, determinando su calificación y las consecuencias que de ella se derivan.

El artículo 126 de la LFCP dispone que son causas específicas de invalidez de los contratos, junto a otras más específicas, las causas de nulidad establecidas con carácter general en la legislación reguladora del procedimiento administrativo;

remisión que nos deriva a las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos reguladas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

Pues bien, el hecho de que el anuncio de licitación publicado contemple un plazo de tres días naturales para la presentación de proposiciones por los interesados, incumpliendo el plazo mínimo legal que el artículo 90.1 LFCP dispone, determina la imposibilidad de los potenciales interesados de ejercitar un derecho esencial como es participar en el procedimiento de licitación, con infracción del principio de concurrencia. Infracción del ordenamiento jurídico que vicia al anuncio de un defecto de nulidad de pleno derecho, puesto que si bien es cierto que no resulta equiparable a la ausencia de publicación, no lo es menos que afecta a uno de los principales efectos de la exigencia misma de publicidad, que no es otro, que la observancia de un plazo suficiente, predeterminado legalmente, en orden a garantizar la concurrencia; aspecto éste inherente a la obligación legal de publicidad de los procedimientos de adjudicación como el que nos ocupa, tal y como apunta el Acuerdo 53/2014, de 16 de septiembre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, cuando dice que "Íntimamente unido con lo anterior se encuentra el hecho, especialmente relevante, de que el plazo de presentación inicial de ofertas concedido (14 días naturales) es sensiblemente inferior al de 52 días hábiles que establece como mínimo el artículo 159 TRLCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada, con lo que se impide de hecho la concurrencia inherente a una licitación pública. Ambas circunstancias constituyen un vicio de nulidad de pleno derecho, por lo que se debe admitir este motivo de recurso".

Sentado lo anterior, nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento sustancial de la LFCP que determina que el anuncio deba calificarse nulo de pleno derecho; en particular, concurre en este supuesto la causa de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos prevista en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas "Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido"; causa que comprende los supuestos en los que si bien no se ha prescindido de la tramitación del procedimiento establecido sí se han infringido trámites esenciales del mismo, tal y como fue declarado en el Acuerdo de este Tribunal 10/2013, de 14 de junio (…).

La anterior conclusión es compartida por la Resolución 188/2012, de 12 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuando razona que "(…) Pues bien, en el supuesto aquí examinado, la infracción del pliego de cláusulas incumpliendo el plazo mínimo que el TRLCSP establece para la presentación de proposiciones, entiende este Tribunal, debe considerarse un supuesto de incumplimiento sustancial de la norma legal (incumplimiento del artículo 159 del TRLCSP subsumible en el supuesto previsto en el artículo 62.1,e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) dado que determina la imposibilidad del recurrente de ejercitar un derecho esencial como es participar en el procedimiento de licitación, con infracción del principio de concurrencia recogido en el artículo 1 del TRLCSP. (…)

En este sentido la Abogacía General del Estado en su dictamen 3/01, cuyo criterio comparte este Tribunal, en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece que, salvo el caso de la tramitación de urgencia, los pliegos no pueden reducir los plazos establecidos en la Ley para la tramitación de los expedientes de contratación, pues se trata de normas de derecho necesario. En concreto, se señala en el citado dictamen que: "Se ha dicho antes que los pliegos de cláusulas administrativas particulares no pueden alterar las normas de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas que tengan el carácter de normas de Derecho necesario. Pues bien, ese carácter de normas de Derecho necesario —normas de «ius cogens»— tienen los preceptos de la LCAP que establecen los plazos en que deben evacuarse los distintos trámites o fases que integran el procedimiento de contratación. Así lo corrobora la circunstancia de que la única causa de reducción de los plazos legalmente previstos para la emisión de los correspondientes informes por los órganos fiscalizadores y asesores, para la licitación y adjudicación de los contratos y para la publicación de los anuncios es «la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación y debidamente motivada», conforme dispone el artículo 71 de la LCAP (que a continuación establece la normativa específica aplicable en estos casos), sin que el reiterado texto legal contenga previsión alguna que, al margen de la declaración de urgencia, permita la reducción de los aludidos plazos. No tendría sentido en efecto, que, previéndose únicamente en la LCAP como causa de reducción de los plazos del procedimiento la declaración de urgencia por las razones que menciona el citado precepto («contratos cuya necesidad sea inaplazable o cuya adjudicación sea

preciso acelerar por razones de interés público») y que habrían de justificarse en el propio expediente de contratación mediante la oportuna motivación, se entendiera que, sin concurrir los supuestos de tramitación urgente y al margen de los mismos, puede establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares la reducción de los plazos legalmente previstos. Debe, pues, concluirse que fuera de los supuestos a que alude el artículo 71 de la LCAP —declaración de urgencia debidamente motivada— no es jurídicamente posible que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se disponga la reducción de los plazos legalmente aplicables al contrato de que se trate." (…)". Doctrina aplicable más si cabe a nuestro caso, toda vez que la legislación foral en materia de contratos públicos prohíbe expresamente la reducción de los plazos mínimos legalmente establecidos para la presentación de proposiciones inclusive en expedientes de contratación de tramitación de urgencia.

En consecuencia, el incumplimiento del plazo mínimo legal establecido para la presentación de proposiciones por los interesados no constituye un mera irregularidad procedimental – o error formal como sostiene la entidad contratante - sino un defecto esencial de tramitación del procedimiento determinante de un vicio de nulidad que obliga a declarar la nulidad de pleno derecho del anuncio y de todo el procedimiento de contratación, sin posibilidad de convalidación alguna, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 126.2.a) LFCP, que dispone que son causas de nulidad de derecho administrativo las establecidas en la legislación general de procedimiento administrativo".

Así pues, fuera de los supuestos contemplados en el artículo 94.2 LFCP no es jurídicamente posible la reducción de los plazos legalmente aplicables al procedimiento de que se trate. Precepto que, como hemos dicho, no es de aplicación al procedimiento simplificado de adjudicación; supuesto éste donde, por tanto, no es posible la reducción del plazo mínimo de cinco días que a estos efectos establece el artículo 94.1.e) del mismo cuerpo legal.

Siendo esto así, ha quedado acreditado que la entidad contratante infringió el precepto citado al otorgar un plazo de tres días para la presentación de las proposiciones por parte de las personas licitadoras que fueron invitadas a participar; infracción que, conforme a lo razonado, constituye un defecto esencial de tramitación del procedimiento determinante de un vicio de nulidad que obliga a declarar la nulidad de

pleno derecho de todo el procedimiento de contratación, sin posibilidad de convalidación alguna, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116.2.a) LFCP, que dispone que son causas de nulidad de derecho administrativo las establecidas en la legislación general de procedimiento administrativo.

La conclusión alcanzada en modo alguno queda desvirtuada por las alegaciones que al respecto han formulado las partes, toda vez que, por un lado, la situación derivada de la crisis sanitaria en modo alguno justifica una reducción de los plazos para la presentación de ofertas, no teniendo, en consecuencia, tal decisión amparo legal. De otro lado, tampoco el hecho de no haber generado indefensión impide apreciar la concurrencia de vicios de nulidad de pleno derecho; debiéndose tener en cuenta además, que, en contra de lo manifestado por las partes, precisamente del hecho de que sólo dos de los cinco licitadores invitados hayan presentado oferta pudiera llegar a presumirse que ello ha tenido relación con el exiguo plazo habilitado para la presentación de las proposiciones y, por ende, entender que ello ha tenido una repercusión negativa en lo que a la concurrencia se refiere.

SEXTO.- Los otros dos motivos de nulidad de pleno derecho que este Tribunal ha puesto de manifiesto a las partes mediante Acuerdo 65/2020, de 5 de agosto, se corresponden con el hecho de que el día 26 de junio de 2020 la mesa de contratación procede a la apertura y valoración de los sobres B y C de las proposiciones presentadas, así como con la circunstancia de que el procedimiento de licitación se ha tramitado al margen de la Plataforma de Licitación Electrónica (PLENA). Cuestiones sobre las que las partes no han realizado consideración específica alguna.

Por razones de sistemática y dada la conexión entre ambos, comenzaremos abordando las consecuencias jurídicas que se derivan del hecho de que el procedimiento de licitación que nos ocupa no ha sido tramitado a través de PLENA; extremo acreditado por la cláusula octava del pliego regulador del contrato que establece que *"Los licitadores deberán presentar sus proposiciones en el Registro General del Ayuntamiento antes de las 24:00 horas del día 25 de junio de 2020"*.

Sobre la licitación electrónica, el considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 26 de febrero, señala que "*debe hacerse*

obligatoria (…) -tras un período transitorio de 30 meses- una comunicación totalmente electrónica, lo cual significa la comunicación por medios electrónicos en todas las fases del procedimiento, incluida la transmisión de solicitudes de participación y, en particular, la presentación (electrónica) de las ofertas".

Por su parte, el artículo 95 LFCP, bajo el epígrafe "Plataforma de licitación electrónica de Navarra", establece que *"1. La plataforma de licitación electrónica de Navarra, herramienta web bajo la dependencia de la Junta de Contratación Pública de Navarra, es el medio oficial para la presentación de ofertas y solicitudes de participación en las licitaciones de las entidades sometidas a esta ley foral. Su utilización será obligatoria para quien licite, con independencia de su personalidad física o jurídica.*

2. La licitación de los contratos públicos cuya adjudicación requiera un procedimiento distinto del régimen especial para contratos de menor cuantía, se llevará a cabo a través de la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra.

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

Así las cosas, la claridad del precepto no deja lugar a dudas cuando impone a las entidades contratantes la obligación de tramitar las licitaciones por medios electrónicos, sin otra excepción que los procedimientos correspondientes a contratos sujetos al régimen especial de menor cuantía, Obligación legal que el Preámbulo de la propia norma explica en los siguientes términos: *"Una de las grandes novedades de la Directiva 24/2014 es que la licitación electrónica será obligatoria con carácter general en los plazos establecidos por la misma. Esto implica que los licitadores puedan presentar sus ofertas de forma íntegramente telemática y que las notificaciones sean electrónicas. Para dar respuesta a esta obligación, se crea la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra, cuya utilización será obligatoria para todas las entidades*

sometidas a la ley foral, de manera que se facilita la participación de las empresas en los procedimientos, al tener que conocer una única herramienta sea cual sea la entidad que licita el contrato". De ahí que la Disposición Transitoria Segunda del mismo texto normativo, al establecer las normas transitorias de licitación determine que "*1. De conformidad con lo establecido por el artículo 90.2 de la Directiva 24/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, las entidades sometidas a esta ley foral no estarán obligadas a licitar electrónicamente sus contratos públicos hasta el día 18 de octubre de 2018, a excepción de los sistemas dinámicos de compra, la puja electrónica o los contratos licitados por centrales de compra.*

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

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

Así pues, adjudicándose el contrato de servicios que nos ocupa mediante procedimiento simplificado la entidad contratante venía obligada a su tramitación electrónica, a través de PLENA, cosa que no hizo, vulnerando con ello lo dispuesto en el artículo 95 LFCP; restando analizar las consecuencias jurídicas de tal infracción jurídica.

Pues bien, a juicio de este Tribunal el incumplimiento por la entidad contratante de la obligación legal de licitar electrónicamente, a través de la Plataforma de Licitación

Electrónica de Navarra, constituye un vicio de nulidad de pleno derecho, toda vez que nos encontramos ante el incumplimiento de una norma de carácter imperativo, respecto de las que el artículo 6.3 del Código Civil - referido a la eficacia de las normas y de aplicación a todo el ámbito del derecho por estar inserto en su Título Preliminar - señala que *"Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención"*. Infracción subsumible en la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e) LPACAP que califica como tales a aquellos actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

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

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

indispensables para alcanzar su fin o da lugar a la indefensión del interesado, siempre que en estos casos, por la relatividad del vicio de forma, no sea posible su subsanación a lo largo del procedimiento administrativo, o posteriormente en trámite de recurso en dicha vía o incluso después en la jurisdiccional, tal y como establece la STS de 4 de octubre de 1986.

De igual modo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de julio de 2006 analiza los límites de la declaración de nulidad por lo que se refiere a cada concreto procedimiento sectorialmente aplicable, como es el caso que nos ocupa, circunscribiendo los efectos de dicha nulidad a la esencialidad del trámite omitido. Indicando, en tal sentido, que *"La configuración jurisprudencial de lo que por precisión total del procedimiento legalmente establecido ha sido finalista y, en consecuencia, progresiva. Por prescindir totalmente del procedimiento legalmente establecido no se entiende que se haya prescindido de cualquier procedimiento -lo que reduciría la nulidad radical a los actos adoptados «de plano»-, sino del procedimiento legalmente establecido para ese género de actuación administrativa. Como quiera que la construcción de los llamados procedimientos especiales se hace en nuestro ordenamiento jurídico sobre la base de un procedimiento común -o unas reglas comunes de procedimiento-añadiendo al mismo algún trámite específico, la omisión de ese trámite específico va a parificarse con la omisión total del procedimiento, siempre que pueda considerarse esencial -esto es, con un valor singularizado en orden a la instrucción del expediente o a la defensa de los interesados-y no un mero ritualismo configurado en ese procedimiento especial por la razón concreta de que se trate (cláusula de estilo en la materia específica o residuo histórico de un uso administrativo en ese sector); en otros términos, va a entenderse que se ha prescindido totalmente del procedimiento establecido para ese acto concreto, siempre que se pueda afirmar que la ausencia de algún o algunos trámites determina la identificación del procedimiento específico establecido para ese acto concreto"*.

En el caso de los procedimientos de licitación de contratos públicos, la LFCP, como se ha dicho, impone de forma taxativa y general la licitación electrónica, a través PLENA, no admitiendo licitación alguna al margen de ésta, salvedad hecha de los contratos de menor cuantía. Obligación de licitación electrónica impuesta de manera

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

Así se decía en dicha Resolución:

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

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

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

(…)

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

Así pues, procede declarar la nulidad de pleno derecho del procedimiento de licitación sustanciado para la adjudicación de los servicios de socorrismo, limpieza y mantenimiento en piscinas municipales del Ayuntamiento de Olite-Erriberri, año 2020, por haberse tramitado al margen de la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra; infracción que, conforme a lo razonado, constituye un defecto esencial de tramitación del procedimiento determinante de tal grado de invalidez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116.2.a) LFCP, que dispone que son causas de nulidad de derecho administrativo las establecidas en la legislación general de procedimiento administrativo.

SÉPTIMO.- El último de los motivos de nulidad apreciados de oficio por este Tribunal tiene que ver, como hemos indicado anteriormente, con la apertura y valoración de las ofertas presentadas.

La cláusula novena del pliego regulador del contrato, en relación con los criterios de adjudicación, establece que *"Para la selección del adjudicatario se tendrán en cuenta los siguientes criterios y sus correspondientes ponderaciones, teniendo en cuenta, que, en su caso, las valoraciones numéricas que resulten de la aplicación de los métodos de ponderación, deberán tener al menos dos cifras decimales.*

9.1.- Criterios de carácter subjetivo a valorar según documentación aportada en sobre "B". Hasta 30 puntos. (…)

9.2.- Criterios objetivos a valorar según documentación aportada en el sobre "C". Hasta 60 puntos. (…)". Consecuencia de ello, la cláusula octava dispone que *"Las proposiciones se presentarán en sobre único, en el que se incluirán otros tres, debiendo estar todos ellos cerrados y firmados por el licitador y que contendrán la siguiente leyenda y documentos:*

Sobre/archivo electrónico A: "Documentación acreditativa de la capacidad del licitador" (…)

Sobre/archivo Electrónico B: "Documentación comprensiva de la parte de la oferta que ha de valorarse mediante criterios no cuantificables mediante fórmulas" (…)

Sobre/archivo electrónico nª 3: "Documentación comprensiva de la parte de la oferta que ha de valorarse mediante criterios cuantificables mediante fórmulas" (…)".

Sentado lo anterior, el artículo 97 LFCP, en relación con la apertura y valoración de las ofertas, establece que "*Cuando la oferta contenga criterios cualitativos, se presentará de forma separada la documentación relativa a dichos criterios y la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas.*

La evaluación de los criterios no cuantificables mediante la aplicación de fórmulas se realizará en acto interno, pudiendo desecharse las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato. Deberá quedar constancia documental de todo ello.

Si el órgano de contratación considera que la oferta presentada adolece de oscuridad o de inconcreción, podrá solicitar aclaraciones complementarias, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato de quienes hayan licitado, que no podrán modificar la oferta presentada. El plazo de contestación no podrá ser inferior a cinco días ni exceder de diez.

Efectuada esta valoración, o examinada la admisión de ofertas, se publicará en el Portal de Contratación de Navarra con al menos tres días de antelación el lugar, fecha y hora de la apertura pública de la documentación relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas. Antes de proceder a la apertura de esta parte de la oferta, que debe permanecer secreta hasta ese momento, se comunicará a las personas presentes la valoración obtenida en el resto de criterios". Precepto que establece, de manera indubitada, no sólo el orden de apertura de los sobres, sino que la apertura del correspondiente a los criterios de adjudicación de carácter cuantitativo, además de posterior a la de los cualitativos, debe ser, de manera preceptiva, objeto publicación en el Portal de Contratación de Navarra con la antelación indicada y efectuarse tras haber comunicado a los licitadores el resultado de la valoración del sobre B.

Pues bien, este orden de valoración y apertura de los sobres que conforman las distintas proposiciones se ha visto conculcado en el supuesto que nos ocupa, pues según

consta en el acta de la mesa de contratación celebrada con fecha 26 de junio de 2020 (páginas 162 a 164 del expediente) la valoración de los criterios cualitativos y cuantitativos se realiza de forma sucesiva en la misma sesión que, en la fecha indicada y en acto interno, celebra dicho órgano colegiado.

La razón de ser de las garantías previstas en el artículo 97 LFCP no es otra que salvaguardar el secreto de las proposiciones, tal y como indicamos, entre otros, en nuestro Acuerdo 108/2018, de 22 de octubre, donde razonamos que *"El régimen que resulta de los preceptos de la LFCP antes transcritos promueve el secreto de las proposiciones como medio para garantizar la igualdad de trato de todos los licitadores, haciéndose especial hincapié en que se ha de evitar que la valoración de aquellos aspectos no sujetos a fórmulas matemáticas se vea influenciada por el resultado de la valoración de aquellos otros aspectos para los que se emplean esas fórmulas.*

El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en las mismas condiciones tanto en el momento de presentar sus ofertas como en el momento de ser valoradas éstas por la entidad contratante. Principio que, obviamente, quiebra cuando a la hora de valorar la oferta se puede tener conocimiento de aquellos otros aspectos cuya valoración depende de la aplicación de determinadas formulas y por ello, con independencia del resultado final, es claro que la objetividad que debe tenerse para valorar los criterios no sujetos a fórmulas matemáticas se ve comprometida al incluir determinada documentación que ha de ir en el sobre relativo a los criterios que deben valorarse conforme a tales formulas (.....)"

En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en la Resolución 18/2018, de 10 de enero, anteriormente citada, poniendo de manifiesto que *"En el caso del procedimiento de licitación, el mismo se orienta a la selección de la oferta económicamente más ventajosa o con la mejor relación calidad precio, para ello se articula un proceso de concurrencia competitiva que necesariamente debe descansar, para cumplir el objetivo que le atribuye el artículo 1 del TRLCSP, sobre los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Todo ello como dice dicho precepto con la finalidad última de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos. Estos principios tienden a asegurarse en la ley mediante el*

establecimiento de una serie de salvaguardas, como la publicidad de las licitaciones y de las modificaciones de contratos, el establecimiento de un orden de apertura de ofertas en el caso de existir una pluralidad de procedimientos de adjudicación o el carácter público de algunos de sus actos (…)". De manera más específica, el mismo órgano revisor apunta, entre otras, en su Resolución 24/2014, de 5 de febrero, que "*El hecho de que la legislación de contratación pública establezcan que la valoración de las ofertas cuya ponderación dependa de un juicio de valor deba realizarse con anterioridad a aquellas evaluables de forma automática, no es una cuestión caprichosa o banal, sino todo lo contrario, pues resulta fundamental para garantizar el respeto a los principios de objetividad e imparcialidad que deben regir la actuación del órgano de contratación no sólo en la valoración de las ofertas, sino en toda la fase de adjudicación del contrato, pues con ello se evita que en la valoración de los criterios de adjudicación se emita dicho juicio de valor "mediatizado", o, si se prefiere, "contaminado" por el conocimiento de las ofertas de carácter económico de los licitantes"*.

Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1397/2019, de 2 de diciembre, se pronuncia sobre las consecuencias que derivan de la infracción del secreto de las proposiciones, indicando que "*De igual modo, nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de noviembre de 2009, recurso de casación 520/2007, se hace eco de la relevancia del secreto de las proposiciones, diciendo que "se trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias. Por ello, cuando se quebranta el secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable, tal cual hemos reflejado en el fundamento anterior*".

Como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su Informe 2/2019, de 25 de abril *"La regla del secreto de las proposiciones establecida en la legislación de contratos públicos no es un objetivo en sí mismo sino que pretende, de un lado, evitar posibles manipulaciones de las ofertas*

entre su presentación por el licitador y la apertura en acto público con el fin de garantizar la objetividad y seguridad del sistema de contratación y, de otro lado, evitar que el conocimiento anticipado antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas pueda suponer una ventaja competitiva para quienes la presentan dentro de plazo pero con conocimiento de las ya presentadas. Además, cuando el procedimiento contiene criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, el secreto y el orden de apertura tienden a garantizar la objetividad en la valoración de estos criterios con carácter previo a los sujetos a una fórmula, de manera que el conocimiento de la puntuación obtenida en éstos no pueda influir en la valoración de los criterios subjetivos".

En el caso que nos ocupa, según consta en el acta de la mesa de contratación la apertura y valoración de los sobres B y C tiene lugar, si bien de forma sucesiva, en la misma sesión; circunstancia por sí sola susceptible de haber comprometido la objetividad en la valoración que se pretende garantizar, precisamente, con las previsiones legales de apertura separada de ambos sobres. Así lo pone de relieve el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, en su Resolución 52/2017, 15 de febrero, cuando al analizar un supuesto en el que el Pliego establecía que la apertura de los sobres se realizase en el mismo día, indica que tal circunstancia ya de por sí prácticamente implica una vulneración del orden de apertura previsto en la ley, para concluir que dicha cláusula que impone la apertura de todos los sobres en el mismo día, es determinante de nulidad de la totalidad del procedimiento, pues el clausulado del pliego se opone a lo dispuesto en la normativa de contratación del sector público.

Ello no quiere decir, como razona el mismo Tribunal Administrativo en su Resolución 302/2018, 3 de octubre, que la mesa de contratación haya actuado efectivamente de forma fraudulenta, pero se aprecia causa de nulidad de pleno derecho, cuando se infringen dichas garantías, sin que ello exija acreditar que se ha producido efectivamente la conducta que la ley trata de evitar, siendo suficiente que dicha posibilidad pueda darse potencialmente.

Pero es que además, en este caso, tal consecuencia deriva también del hecho de que la entidad contante no ha tramitado el procedimiento electrónicamente como venía obligada. Efectivamente, debe repararse en que el artículo 97 LFCP garantiza el secreto

de las proposiciones hasta el momento de la apertura, sin mencionar el carácter público del acto, exigencia tradicional en el derecho de contratación pública. Ello obedece a la obligatoriedad de la tramitación electrónica, de forma que no es obligatoria la apertura en acto público del archivo electrónico que contenga la oferta económica, por cuanto, como señala el citado Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 2/2019, de 25 de abril, siendo siempre aplicable el principio de secreto de las ofertas para los procedimientos abiertos tramitados electrónicamente el legislador considera que en este tipo de tramitación ya se garantiza la integridad y el secreto de las proposiciones. Así lo recoge, expresamente, además, el Preámbulo de la Ley Foral 15/2019, de 26 de marzo, que modifica el citado artículo 97 LFCP cuando indica que *"Por otra parte, se elimina el carácter público del acto de apertura de los criterios de la oferta que son cuantificables mediante fórmulas, dado que llegado el día 18 de octubre de 2018, ha entrado en vigor la obligación de licitar electrónicamente a través de la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra. Esta plataforma, garantiza el secreto de las ofertas hasta el momento en que ha finalizado la valoración de los criterios que no son cuantificables mediante fórmula, de manera que no se pone en riesgo la independencia de quienes realizan esta valoración, ni la correcta aplicación de los principios de la contratación pública, en particular el principio de igualdad. No obstante, dado que la transparencia resulta fundamental para conseguir un sistema de contratación pública más íntegro, se mantiene el carácter público de esta información"*. Garantía que, huelga decir, no cabe apreciar en este caso toda vez que la entidad contratante no ha licitado electrónicamente.

Así pues, la apertura y valoración de las proposiciones ha tenido lugar con frontal infracción de las garantías impuestas por el artículo 97 LFCP, lo que ha podido producir una potencial vulneración del principio de igualdad, susceptible de amparo constitucional y por tanto comprendido en las causas de nulidad del pleno derecho del artículo 47.1.a) LPACAP.

Así las cosas, la concurrencia de las causas de nulidad de pleno derecho indicadas, lleva consigo la nulidad del acto de adjudicación y del propio procedimiento; lo que determina, como se ha dicho, la innecesaridad de entrar a analizar las alegaciones contenidas en el escrito de interposición de la reclamación especial en materia de contratación pública.

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

ACUERDA:

1º. Declarar, con ocasión del procedimiento de reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don R. L. M. frente a la Resolución 290/2020, de 26 de junio, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Olite, por la que se adjudica el contrato "*Servicios de socorrismo, limpieza y mantenimiento en piscinas municipales del Ayuntamiento de Olite-Erriberri, año 2020*" a INSTALACIONES DEPORTIVAS MASQUATRO, S.L, la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación y por ende, del procedimiento de adjudicación, así como la imposibilidad de continuarlo.

2º. Notificar este acuerdo a don R. L. M., al Ayuntamiento de Olite, así como 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, 21 de agosto de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.