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

Expediente: 70/2019

ACUERDO 72/2019, de 30 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por "ENVIRA SOSTENIBLE, S.A." frente a la Resolución 181/2019, de 17 de junio, de la Directora General de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se encarga al ente instrumental "GESTIÓN AMBIENTAL DE NAVARRA, S.A.", la realización de los trabajos de asistencia técnica en materia de "*Mantenimiento de la Red de Vigilancia de la Calidad del Aire de Navarra en el segundo semestre de 2019*", desde el 1 de julio al 31 de diciembre de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 18 de octubre de 2018 el Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación del contrato de "*Mantenimiento de la Red de Vigilancia de la Calidad del Aire de Navarra 2019*"; publicándose, con fecha 22 de octubre en el Portal de Contratación de Navarra. Posteriormente, por Resolución 844E/2018, de 25 de octubre, de la Directora General de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, publicada en los mismos medios, se resuelve la modificación de las cláusulas 13 y 17 del Pliego.

SEGUNDO.- Finalizado el plazo de presentación de ofertas, el día 7 de diciembre de 2018 se reúne la Mesa de Contratación con el objeto de valorar la documentación administrativa de las ofertas presentadas (sobre A), admitiendo al procedimiento a los tres licitadores presentados.

TERCERO.- Con fecha 11 de diciembre se procede a la apertura del sobre B, acordándose el estudio de las ofertas técnicas para su posterior puesta en común y valoración en fecha 19 de diciembre. Valoración en la que se advierte una importante

diferencia en la puntuación otorgada por el Presidente y dos vocales de la Mesa de Contratación, por lo que la vocal secretaria insta la suspensión del acto de apertura del sobre C previsto con fecha 21 de diciembre, para continuar analizando las puntuaciones del sobre B.

Tras la persistente discrepancia en la valoración de las ofertas por el Presidente y dos vocales, la Mesa de Contratación acuerda realizar la media entre las tres puntuaciones; y discrepando la vocal secretaria de esta decisión, emite, en fecha 15 de febrero, informe jurídico en el que señala que las valoraciones efectuadas por los miembros de la Mesa tienen en cuenta aspectos distintos a los previstos en el Pliego, ponen en duda cuestiones de las ofertas presentadas sin requerir aclaración a los licitadores y no motivan algunas de las puntuaciones. Asimismo, considera que los criterios de valoración del Pliego adolecen de oscuridad, por lo que entiende que procede el desistimiento de la licitación y la iniciación de un nuevo procedimiento con una nueva redacción del Pliego ajustada a Derecho, por ser la nulidad del Pliego un defecto no subsanable.

CUARTO.- Posteriormente, mediante Resolución 153E/2019, de 1 de marzo, de la Directora General de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, se declara el desistimiento del procedimiento de licitación del contrato de "*Mantenimiento de la Red de Vigilancia de la Calidad del Aire de Navarra 2019*", y se ordena su notificación a los licitadores que han presentado oferta. No consta en el expediente el acuse de recibo de su notificación a "ENVIRA SOSTENIBLE, S.A.", si bien se deduce de su reclamación especial que le fue notificada.

QUINTO.- Con fecha 17 de junio de 2019 se aprueba la Resolución 181/2019, de la Directora General de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se encarga al ente instrumental "GESTIÓN AMBIENTAL DE NAVARRA, S.A." (en adelante, "GAN") la realización de los trabajos de asistencia técnica en "*Mantenimiento de la Red de Vigilancia de la Calidad del Aire de Navarra en el segundo semestre de 2019*", publicada en el Portal de Contratación de Navarra el día 18 de junio de 2019.

SEXTO.- El día 27 de junio de 2019 “ENVIRA SOSTENIBLE, S.A.” interpone reclamación especial en materia de contratación pública frente a la citada Resolución 181/2019, de 17 de junio.

La reclamante aduce dos motivos de impugnación. Por un lado, manifiesta que acató la Resolución 153E/2019, de 1 de marzo, de la Directora General de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se dispone el desistimiento de la licitación en la que había participado, aún cuando no compartía el fondo de la misma, a la espera de la anunciada convocatoria de la nueva licitación; solicitando de este Tribunal la revisión de la totalidad del expediente y la evaluación de la corrección de las decisiones adoptadas.

Por otro lado, respecto al encargo realizado al ente instrumental “GAN”, alega que incumple los criterios de solvencia técnica que se exigen en el Pliego administrativo del anuncio de licitación inicial, concretamente los siguientes:

“*1.1. Servicios realizados (apartado 12.3 de los pliegos administrativos)*

1.1.1 Relación de trabajos de mantenimiento de redes de vigilancia de calidad del aire durante los últimos 3 años por importe igual al presupuesto de licitación y mediante la disposición en la entidad de un sistema de gestión de calidad certificado.

1.1.2 Certificación según norma UNE-EN ISO 9001 en mantenimiento y calibración de equipos de medida de la calidad del aire.

1.2. Composición del equipo de trabajo (apartado 12.3.2 del pliego)

1.2.1 Una persona responsable con formación demostrable en mantenimiento de equipos de control de la calidad del aire. La titulación mínima exigida será de Diplomatura en ciencias o ingeniería técnica

1.2.2 Dos personas con el puesto de técnico de mantenimiento de redes de calidad del aire con formación demostrable en mantenimiento de equipos de control de la calidad del aire. La titulación exigida será, titulado-a en formación profesional de grado medio, en especialidades relacionadas con la electrónica, la mecánica, la informática o las comunicaciones. La dedicación al contrato será exclusiva.

1.3. Relación de medios materiales (apartado 14.3 del pliego)

1.3.1 Se aportará relación completa de los medios materiales que el licitador se compromete a adscribir al contrato, que serán como mínimo los siguientes:

.- Botellas de gases de calibración para SO2, CO, NOX, benceno.

.- Patrones de calibración de caudal, presión y temperatura, con certificado ENAC o equivalente.
.- Patrones de calibración de los sensores meteorológicos, con certificado ENAC o equivalente.
.- Equipos de sustitución, al menos para SO2, NOx, CO y O3. Los equipos de sustitución deberán disponer del correspondiente certificado de aprobación de tipo y serán compatibles con el software de las estaciones.
.- Dos vehículos preparados para los traslados de los medios de calibración y verificación y de los medios de mantenimiento preventivo y correctivo."

Señala su disconformidad con que se exijan requisitos diferentes a un ente instrumental que los que se exigen en una licitación; indicando que la oferta económica que presentó en sobre cerrado es más favorable que el coste del encargo a "GAN".

En consecuencia, solicita que se estime la reclamación interpuesta, se anule el acuerdo de adjudicación y se acuerde la apertura de un procedimiento de licitación en el que se respeten los principios de transparencia e igualdad de los licitadores.

SÉPTIMO.- Con fecha 3 de julio de 2019, el Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local aporta el expediente de contratación, junto con sus alegaciones frente a la reclamación interpuesta, conforme al artículo 126.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

En su escrito de alegaciones, defiende la decisión adoptada de formalizar un encargo al ente instrumental "GAN" por encontrarse la adjudicataria del año 2018 y primer semestre de 2019 prestando el servicio en situación de enriquecimiento injusto por problemas en la gestión de la prórroga del contrato, motivo por el que se decidió optar por un encargo a un ente instrumental.

Añade que las distintas redes de control medioambiental existentes, salvo la red de vigilancia de la calidad del aire de Navarra, se gestionan mediante encargos a entes instrumentales, por ser actividades periódicas repetidas en el tiempo que un ente instrumental puede realizar con estabilidad frente a licitadores que van sucediéndose en el tiempo.

Señala también que el informe justificativo del encargo considera más adecuado éste en lugar de una licitación por ser preferible un equipo estable en el tiempo, porque la "*Auditoría de evaluación de la red de gestión de calidad del aire del Gobierno de Navarra*" indica que supone una mejora que "GAN" sea el único responsable del mantenimiento y garantía de calidad, supone un mejor control de los costes, refuerza el papel de ente instrumental de "GAN" y conlleva una mayor rapidez en la formalización que una licitación, además de solucionar el problema del enriquecimiento injusto.

Respecto al alegado incumplimiento de los criterios de solvencia técnica exigidos en los pliegos de la licitación, indica el Departamento que un encargo a un ente instrumental es distinto a un contrato, de modo que no le son aplicables los criterios de solvencia técnica de los contratos por estar excluidos del ámbito de aplicación de la normativa contractual. Aduce que conforme al artículo 8 LFCP, el ente instrumental debe justificar que dispone de los medios materiales y técnicos y destaca que, aunque no sean exigibles requisitos de solvencia técnica, "GAN" es una empresa acreditada como organismo de inspección por ENAC respecto a vertidos desde el año 2005 y en atmósfera desde el año 2008, lo que acredita su competencia técnica para la ejecución del trabajo.

Sobre los medios materiales y técnicos citados por la reclamante, alega que dispone de los mismos y que son similares a los exigidos en el Pliego cuando se licitó. Y respecto a la alegación de que la oferta económica de la reclamante resultaba más ventajosa que el coste del encargo al ente instrumental, indica que el coste de la licitación para estos 6 meses era de 100.714,28€, mientras que el coste del encargo a "GAN" es de 80.574,55€, lo que implica una baja del 11,06%, lo que no supera el 20% que el Pliego establecía como una oferta anormalmente baja.

Por último, sobre la solicitud de acordar la licitación de un nuevo "concurso", alega que presenta dificultades debido a que una licitación implicaría un plazo de 4 o 5 meses, por lo que a la fecha actual resultaría imposible de realizar. Del mismo modo, señala que si el ente instrumental no cumpliera adecuadamente el encargo además del régimen sancionador correspondiente el Departamento podría revisar su decisión de realizar un encargo a un ente instrumental, pero para el período de 2020.

Por tanto, solicita que se desestime la reclamación interpuesta.

OCTAVO.- Con fecha 31 de julio de 2019, se envía requerimiento para completar el expediente, solicitando al Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local la remisión de la siguiente documentación:

1. Acta de la Mesa de Contratación de 11 de diciembre de 2018.
2. Acta de la Mesa de Contratación de 19 de diciembre de 2018.
3. Acta de la Mesa de Contratación de 8 de enero de 2019.
4. Los "*Tres informes emitidos por los vocales C. P. M., J. V. J. y P. Z. O. en los que se basa la puntuación concedida por cada uno de ellos*", mencionados en el informe jurídico de fecha 15 de febrero de 2019 y adjuntos a un correo electrónico de fecha 9 de enero.
5. Acta de la Mesa de Contratación de 6 de febrero de 2019.

NOVENO.- Con fecha 5 de agosto de 2019 el Departamento aporta Acta de la Mesa de Contratación de 7 de diciembre de 2018 así como los informes de valoración emitidos por los vocales C. P. M., J. V. J. y P. Z. O., indicando que del resto de reuniones de la Mesa de Contratación no se dispone de acta porque no se levantó, por ser reuniones preparatorias para poner en común las valoraciones emitidas por los tres vocales e intercambiar opiniones al respecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP), los encargos de prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios que realice la Administración de la Comunidad Foral de Navarra a sus entes instrumentales no están sometidos a las disposiciones de la citada Ley Foral pero, de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, en tanto que puedan ser actos de adjudicación ilegales, pueden ser impugnados ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de una empresa interesada en la licitación de un contrato cuyo objeto pudiera

corresponder con el del encargo realizado, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 122.1 y 123.1 de la LFCP.

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

CUARTO.- La reclamación se fundamenta en los motivos legalmente tasados, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3 d) LFCP, al entender el reclamante que se trata de un encargo a ente instrumental realizado con infracción de los preceptos de la LFCP, por considerar que debió ser objeto de licitación.

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación la Resolución 181/2019, de 17 de junio, de la Directora General de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se encarga al ente instrumental "GAN", la realización de los trabajos de asistencia técnica en materia de "Mantenimiento de la Red de Vigilancia de la Calidad del Aire de Navarra en el segundo semestre de 2019"; siendo el objeto de la pretensión la anulación de dicho encargo y acordar la licitación de un nuevo concurso para la prestación de los servicios de referencia.

Asimismo, tal y como se hemos reflejado en el apartado correspondiente a los antecedentes de hecho del presente Acuerdo, la reclamante, a través de la acción ejercitada, cuestiona la Resolución 153E/2019, de 1 de marzo, de la Directora General de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se declara el desistimiento del procedimiento de licitación del contrato de "Mantenimiento de la Red de Vigilancia de la Calidad del Aire de Navarra 2019"; solicitando de este Tribunal el examen de la totalidad del expediente y la evaluación de la corrección de las decisiones adoptadas.

Comenzando por el análisis del motivo de impugnación referente al desistimiento de la anterior licitación convocada para la contratación de los servicios ahora encargados al ente instrumental "GAN", este Tribunal debe advertir no sólo los términos tan genéricos en que está formulada la pretensión en tal sentido ejercitada, sino la posible concurrencia de un obstáculo procedimental que afecta a la posibilidad de cuestionar, en este momento, la legalidad de la cancelación de dicha licitación, a saber, si ha caducado el plazo para el ejercicio de tal acción frente al mismo, toda vez que

mientras la decisión de desistir de la anterior licitación se adopta mediante Resolución 153E/2019, de 1 de marzo, la interposición de la reclamación tiene lugar con fecha 27 de junio del año en curso, es decir, cuando ya había transcurrido, y con creces, el plazo que a tales efectos prevé la LFCP.

Cuestión cuyo análisis debemos acometer, habida cuenta que las normas que rigen el acceso a los recursos, en este caso a la reclamación especial en materia de contratación pública, 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 de reclamación frente al desistimiento de la anterior licitación (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2008).

El artículo 124.2 de la LFPC determina que el plazo para la interposición de la reclamación especial en materia de contratación pública es de diez días a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto de desistimiento de la licitación.

Al respecto debe repararse en que los plazos para la interposición de los recursos administrativos, conforme a los principios de seguridad jurídica y de igualdad de los ciudadanos ante la ley, se configuran como plazos de caducidad y, por tanto, preclusivos, improrrogables y no susceptibles de ampliación; motivo por el cual, con carácter general, la interposición de los mismos fuera del plazo habilitado al efecto determina su inadmisión.

Sentado lo anterior, el dies a quo en el cómputo del plazo para reclamar es, en el caso que nos ocupa, el día siguiente al de la notificación a la reclamante de la Resolución 153E/2019, de 1 de marzo, de la Directora General de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se declara el desistimiento del procedimiento de licitación convocado. Notificación que, sin embargo, no consta en el expediente remitido a este Tribunal.

A este respecto debe recordarse – por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2002 - que la notificación no constituye un requisito de validez pero sí de eficacia del acto administrativo. Sólo a partir de ella comienzan sus efectos y sólo desde entonces empieza también el cómputo de los plazos para la interposición de los recursos (administrativos o jurisdiccional).

Como mecanismo de garantía la notificación está sometida a estrictos requisitos formales, de modo que las notificaciones defectuosas y, por supuesto, los actos no notificados no surten efectos; si bien el artículo 40.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dispone la convalidación de las notificaciones defectuosas: a) 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, y b) desde que interpusiera el recurso procedente. Por consiguiente, fuera de dichos supuestos, el acto administrativo mal notificado, y el no notificado, no es eficaz (aunque pueda ser válido) y, por ello, no empieza a correr el plazo para impugnarlo. Si bien, a sensu contrario, en aquellos supuestos en que el defecto o ausencia de notificación se convalide, el acto en cuestión desplegará, a partir de tal efecto convalidatorio, sus efectos convirtiéndose en consentidos si no son recurridos en tiempo y forma, e impidiendo con ello su impugnación posterior con fundamento en el principio de seguridad jurídica y en la teoría de los actos propios, según la cual *"La esencia vinculante del acto propio en cuanto significativo de la expresión de consentimiento, es que se realice con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, con exigencia de que origine un nexo causal eficiente, entre el acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior, y fundamento en un comportamiento voluntario, concluyente e indubitado, de tal forma que defina, de modo inalterable la situación del que lo realiza"* (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1989).

En cuanto a lo que sea el acto firme y consentido, hay que entender que son los que conteniendo una voluntad de la administración no se recurren en tiempo y forma (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1992). De forma más concreta, por la Jurisprudencia se exigen unos requisitos o presupuestos para que se dé el supuesto del acto firme y consentido. En este sentido, en primer lugar, se requiere un acto que sea declaratorio de derechos (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1977); en

segundo lugar, que el interesado haya prestado consentimiento, bien, como es el caso más frecuente, a través de un tácito aquietamiento procedimental o procesal por no recurrirlo en tiempo, bien por haberlo recurrido a través de un medio de impugnación improcedente o inadecuado (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1981), bien, y en último lugar, por haber procedido a su cumplimiento voluntario evidenciando una aquiescencia a su contenido (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de1979, 19 de mayo de 1981 y 25 de abril de 1984). También se ha dicho, en este sentido, que no cabe aplicar la doctrina del acto firme y consentido a los casos de silencio negativo (Sentencia del Tribunal Constitucional 43/1992, de 30 de marzo); ni cuando la notificación del acto primero es defectuosa; tampoco en los casos de actos nulos de pleno derecho, por no ser convalidables con el transcurso del tiempo.

Aplicando la doctrina expuesta al caso de litis, lo cierto es que la propia reclamante reconoce en el escrito de interposición de la reclamación no sólo haber recibido la notificación de tal resolución – de hecho, adjunta al escrito de reclamación copia de la misma -, sino que manifiesta expresamente que *"Esta empresa acató la Resolución, aun cuando no entendía el fondo de la problemática que condujo a tal decisión de desistimiento, sin interponer reclamación alguna o recurso administrativo para los que estaba legitimada, a la espera de la anuncia convocatoria de nueva licitación"*.

Así pues, aunque formalmente no conste la notificación del acto de desistimiento, lo cierto es que la propia reclamante reconoce de manera taxativa, indubitada e inequívoca, no sólo haber tenido conocimiento de éste y de las razones que motivaron la cancelación de la licitación, sino también que decidió de forma voluntaria no impugnarlo en el momento en que tuvo conocimiento del mismo; manifestaciones que acreditan tuvo conocimiento material de dicho acto y que decidió aquietarse a su contenido dejando transcurrir, según indica expresamente, no sólo el plazo para la interposición de la presente reclamación sino también los plazos más largos fijados para la interposición del resto del recursos procedentes. Decisión con efectos en el plano jurídico como es que el citado acto administrativo deviniera para ella consentido y firme y, por ende, inatacable a través de la acción de impugnación ahora ejercitada frente al encargo realizado al ente instrumental. Y ello es así por cuanto la reclamante al pretender combatir dicho acto con ocasión de la reclamación ahora interpuesta vulnera

la citada doctrina de los actos propios que declara, como recuerda el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de marzo de 2006, que es un principio general de Derecho el de que nadie puede ir contra sus propios actos, que supone que nadie puede negar en el proceso lo que tiene expresamente admitido y reconocido fuera de él, pues a esto se oponen los principios de la lealtad y de la buena fe que tienen plena acogida en el Título Preliminar del Código Civil, de aplicación general; doctrina que ha sido aplicada habitualmente en derecho administrativo a las Administraciones Públicas pero que obliga también a los particulares, e implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes "venire contra factum propium".

En consecuencia, siendo el objeto de la reclamación interpuesta el encargo realizado al ente instrumental, a través del motivo de impugnación ahora analizado la reclamante pretende resucitar alguna posibilidad impugnatoria de la cancelación de la licitación que reconoce decidió no recurrir en su momento; motivo por el cual la pretensión relativa a la revisión de la corrección del desistimiento de la anterior licitación debe ser inadmitida por tratarse de un acto consentido y firme para la reclamante, y, por ende, no susceptible de impugnación.

SEXTO.- Aduce la reclamante que "GAN" incumple los criterios de solvencia técnica exigidos en los pliegos administrativos de la licitación convocada en el año 2018, posteriormente cancelada; constituyendo éste el motivo en el que fundamenta la pretensión de anulación del acto objeto de impugnación – la Resolución por la que se encarga al citado ente instrumental la realización de los trabajos de mantenimiento de la Red de Vigilancia de la Calidad del Aire de Navarra en el segundo semestre de 2019 -, y solicita de este Tribunal que acuerde la convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación para la contratación de dichos servicios.

Debemos advertir, en primer término, que existe un límite a nuestra competencia respecto de las pretensiones articuladas por la recurrente que solicitan que este Tribunal acuerde la convocatoria de un procedimiento de licitación en orden a la adjudicación de los servicios que han sido objeto de encargo al ente instrumental. Este Tribunal tiene

exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de modo que de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior al que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de la Administración para la adopción de tal decisión - propia de la esfera de organización pública y, por ello, ajena a la normativa de contratación pública -, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical conforme a lo dispuesto en el artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del mismo cuerpo legal. En consecuencia, la pretensión en tal sentido formulada en el escrito de interposición de la reclamación especial no puede, en ningún caso, ser acogida.

Al hilo de lo anterior, tal y como pone de relieve la Resolución 41/2019, de 19 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, la función de este órgano se ha de limitar a revisar la formalización de los encargos a medios propios desde el punto de vista de su adecuación al ordenamiento jurídico, sin que, en consecuencia, pueda entrar a conocer de aquellas cuestiones de oportunidad que entrarían dentro del ámbito de configuración del órgano que realiza el encargo, como es la de optar por la realización del encargo en vez de acudir a una licitación pública, correspondiendo, en consecuencia, a este Tribunal, comprobar únicamente si se cumplen los requisitos que establece el ordenamiento jurídico para poder realizar los encargos sobre la base de los motivos de impugnación que fundamentan el recurso.

SEPTIMO.- La reclamante no cuestiona la condición de ente instrumental de “GAN”, que, como más adelante veremos constituye el núcleo de la regulación de los encargos a entes instrumentales contenida en la LFCP, sino que considera que a éste deben ser exigidos los mismos requisitos de solvencia que los previstos en el pliego de la licitación que fue cancelada; constituyendo el incumplimiento de tales requisitos en único motivo de impugnación alegado frente al encargo realizado.

El artículo 8 LFCP, al regular los encargos a entes instrumentales, establece que *"1. Esta ley foral no será de aplicación a los encargos de prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios que los poderes adjudicadores sometidos a la misma decidan realizar a sus entes instrumentales.*

2. A los efectos de este artículo se entiende por entes instrumentales a aquellas entidades que, dotadas de personalidad jurídica propia, reúnan los siguientes requisitos:

a) Ausencia de autonomía decisoria respecto de la entidad que realiza el encargo, al ejercer ésta un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades. Para ello debe acreditarse una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada.

b) Que no exista participación directa de capital privado.

c) Que más del 80% de sus actividades se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador.

Para calcular dicho porcentaje se considerará el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el ente instrumental por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo.

Cuando debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del ente instrumental, o debido a la reorganización de las actividades de este, el volumen global de negocios, u otro indicador alternativo de actividad, de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

El cumplimiento efectivo del requisito establecido en la presente letra deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación en la auditoría de las Cuentas Anuales.

d) Declaración expresa de ente instrumental, que se anunciará en el Portal de Contratación con expresión del ámbito al que se pueden circunscribir los encargos.

3. También quedarán excluidos de la aplicación de esta ley foral los encargos que realicen los propios entes instrumentales en su condición de poderes adjudicadores, al poder adjudicador que los controla o a otros entes instrumentales del mismo poder adjudicador.

4. Del mismo modo, quedarán excluidos de la aplicación de esta ley foral los contratos entre personas jurídicas controladas por un mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se adjudique el contrato y con el único objeto de satisfacer sus necesidades de funcionamiento ordinario.

5. Un ente instrumental podrá serlo al mismo tiempo de varios poderes adjudicadores.

En tal caso, se entenderá cumplido el requisito de ausencia de autonomía decisoria del ente instrumental cuando los poderes adjudicadores ejerzan conjuntamente el control sobre la persona jurídica.

Para ello deben cumplirse todas y cada una de las siguientes condiciones:

a) Que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Cada representante podrá representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos.

b) Que esos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada.

c) Que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los de los poderes adjudicadores que influyen en ella.

6. Los encargos se instrumentarán a través de órdenes de realización obligatoria y, en todo caso, la supervisión de su correcta ejecución corresponderá al poder adjudicador.

El importe a abonar por el poder adjudicador que realiza el encargo no podrá superar el reembolso de los costes reales necesarios para su ejecución.

La orden de realización de los encargos cuyo valor estimado exceda del establecido para el régimen especial para contratos de menor cuantía, se publicará en el Portal de Contratación con expresión sucinta de las circunstancias de hecho y

fundamentos de derecho que la justifican, y no podrá comenzar su ejecución hasta que transcurran diez días naturales desde la publicación del anuncio.

Cuando el encargo supere los umbrales europeos la orden de realización deberá ser igualmente objeto de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, conforme a los modelos oficiales, en el plazo máximo de cuarenta y ocho días desde su aprobación Nota de Vigencia.

7. Los entes instrumentales deberán disponer de los medios materiales y técnicos para ejecutar la mayor parte de la prestación objeto del encargo. Cuando para la efectividad del mismo se requiera la ejecución de prestaciones por parte de terceros, la adjudicación de dichos contratos se someterá a las normas de esta ley foral.

El importe de las prestaciones contratadas con terceros necesarias para llevar a cabo el objeto del encargo no podrá exceder del 50% del importe del mismo.

Excepcionalmente podrá superarse el porcentaje de contratación siempre que se justifique exhaustivamente la existencia de una justa causa tendente a la economía, eficacia o eficiencia en la ejecución del encargo como el especial conocimiento del mercado, la mejor organización empresarial para la ejecución del conjunto de la prestación o actividad, u otras que justifiquen que el encargo conllevará un valor añadido a la prestación final. La justificación se acompañará en el documento de formalización del encargo y se publicará en el Portal de contratación de Navarra conjuntamente con este.

8. Los entes instrumentales no podrán participar en los procedimientos de adjudicación que convoque la entidad de la que dependen.

9. En el marco de los convenios de colaboración citados en la letra h) del apartado 1 del artículo 7 de esta ley foral, los entes instrumentales podrán ser aportados por la entidad de la que dependan con objeto de ser empleadas en las relaciones de cooperación establecidas en esos acuerdos. Cada convenio de colaboración deberá especificar el interés público común que justifique la suscripción del mismo, las actuaciones a desarrollar y la aportación que corresponde a cada una de las partes.

10. Los encargos a entes instrumentales con infracción de lo dispuesto en este artículo serán sancionados con nulidad de pleno derecho".

Complementa tal regulación, en lo que no se oponga a lo dispuesto en dicha Ley Foral, el Decreto Foral 23/2014, de 19 de febrero, que establece el régimen jurídico,

económico y administrativo de los entes instrumentales de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, en el ámbito de la acción administrativa, en su condición de medio propio instrumental y servicio técnico de la misma.

La figura de los encargos a entes instrumentales, tal y como recuerda el Acuerdo 75/2014, de 4 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, es una técnica autoorganizativa de cooperación vertical, que tiene origen y fundamento europeo. La Directiva 2014/24, en relación a la técnica auto-organizativa de in house providing viene a positivizar la doctrina del Tribunal de Justicia, recogiendo en el apartado 1 del artículo 12 (relaciones entre poderes públicos) los requisitos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 18 de noviembre de 1999, Teckal (en especial, los considerandos 5, 31 y 34 de la Directiva recuerdan el carácter excepcional de esta opción). Esta técnica autoorganizativa justifica la no aplicación de la normativa contractual al existir una relación jurídico-administrativa cuando concurren los requisitos que, con carácter acumulativo, prevé el artículo 8 LFCP antes transcrito.

Al hilo de lo anterior, el Informe 2/2015, de 17 de junio, de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública de Navarra, ya puso de relieve que *"(…) hay que recordar que tras la aprobación del paquete de directivas comunitarias en materia de contratación pública del año 2014 se establece una regulación ex novo de los contratos internos, reflejando la doctrina "in house providing" que se ha ido construyendo por la jurisprudencia comunitaria en los últimos años. Abordan este asunto los artículos 12 de la Directiva 24/2014 sobre Contratación Pública y 17 de la Directiva 23/2014 sobre Concesiones. (…)*

Ahora bien, para el correcto entendimiento de la cuestión es fundamental conocer el origen y fundamentos de la doctrina "in house providing" ya citada. La normativa comunitaria de contratación administrativa tiene como objetivo garantizar el cumplimiento de los principios de no discriminación por razón de la nacionalidad, igualdad de trato, y la obligación de transparencia, todo ello con la finalidad de hacer efectiva la libre concurrencia.

La teoría in house excepciona la regla general de la aplicación de las normas comunitarias de contratación pública, a aquellos encargos cuyo objeto es la realización de una prestación propia de un contrato de obras, de suministro o de servicios que se

ejecutan por parte de las Administraciones Públicas y/o de otros organismos o entidades que se consideran medio propio de la Administración "… de manera que las tareas que se encomienda al ente instrumental no se gestionarían de modo distinto si los hubiera acometido el propio ente dominante" (informe 1/2007 Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón), al considerarse que esos contratos (desde el punto de vista del objeto) no salen de la esfera jurídica de la Administración. A este respecto, el apartado 48 de la STJCE (Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas) de 11/01/05, asunto C-26/2003 Stadt Halle y RPL Lochau, señala: Una autoridad pública, siendo una Entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a Entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una Entidad jurídicamente distinta de la Entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es evidente que la doctrina "in house providing" supone una quiebra del principio de libre competencia y es una excepción al ámbito de aplicación del Derecho comunitario de contratos, por lo que no debe servir para eludir la ley y es preciso interpretarla de forma restrictiva como ya señala la STJCE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen en su apartado 63 en el que se refiere a los conocidos como "requisitos Teckal" "…ambos requisitos expuestos en el apartado anterior deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella (…)". Interpretación estricta puesta de relieve por el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de septiembre de 2018, donde recuerda, igualmente, que en la utilización de esta figura debe tenerse en cuenta el límite de no afectar al principio de libre competencia.

Así pues, y recapitulando, a los encargos realizados a entes instrumentales no se les aplica la normativa en materia de contratación pública, estando expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la LFCP; de ahí que la posibilidad de interponer reclamación especial en materia de contratación pública se ciña a los supuestos en que el encargo en cuestión infrinja lo dispuesto en dicha norma, en cuyo caso, adolecerá, conforme a lo estipulado en el apartado décimo del citado artículo 8 de vicio de nulidad

de pleno derecho, encubriendo una adjudicación directa de un contrato público (entre otras, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2007, asunto C-220/05).

Descendiendo al caso concreto que nos ocupa, cabe advertir, por un lado, que los requisitos de solvencia técnica cuya aplicación al ente instrumental postula la reclamante – experiencia en contratos similares, composición del equipo de trabajo y medios materiales - se corresponden con los exigidos en un procedimiento de licitación diferente e independiente, que nada tiene que ver con el correspondiente a la formalización del encargo al que se contrae la presente reclamación.

Por otro lado, tal y como hemos apuntado, los encargos entes instrumentales están excluidos del ámbito de aplicación de la LFCP, no resultando, en consecuencia, aplicables las normas para la selección del contratista, entre ellas las reglas relativas capacidad y solvencia de éste, en ella previstos. Siendo esto así, tampoco el artículo 8 LFCP contiene referencia alguna a tales requisitos de solvencia técnica, motivo por el cual no puede tal aspecto erigirse en parámetro de la legalidad del encargo realizado.

A mayor abundamiento, sobre este particular, el citado artículo 8 LFCP sólo exige que el ente instrumental de que se trate disponga de los medios materiales y técnicos para ejecutar la mayor parte de la prestación objeto del encargo. Medios cuya determinación corresponde a la Administración, gozando de un amplio margen de discrecionalidad en su definición, y que en caso que nos ocupa son enumerados en el apartado 2.9 del pliego de condiciones del encargo resultando similares, tal y como indica el Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local en su informe de alegaciones, a los exigidos en la licitación cancelada, y cuyo cumplimiento por parte de "GAN" no ha conseguido desvirtuar la reclamante, puesto que se limita a cuestionar su concurrencia sin aportar documento o indicio alguno que pudiera sustentar tal afirmación.

Así pues, y en virtud de lo razonado, no puede prosperar la pretensión de anulación de la Resolución 181/2019, de 17 de junio, de la Directora General de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se encarga al ente instrumental "GESTIÓN AMBIENTAL DE NAVARRA, S.A.", la realización de los trabajos de

mantenimiento de la Red de Vigilancia de la Calidad del Aire de Navarra en el segundo semestre de 2019; resolución que se estima ajustada a derecho.

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

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por "ENVIRA SOSTENIBLE, S.A." frente a la Resolución 181/2019, de 17 de junio, de la Directora General de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se encarga al ente instrumental "GESTIÓN AMBIENTAL DE NAVARRA, S.A.", la realización de los trabajos de asistencia técnica en materia de "*Mantenimiento de la Red de Vigilancia de la Calidad del Aire de Navarra en el segundo semestre de 2019*", desde el 1 de julio al 31 de diciembre de 2019.

2º. Notificar este acuerdo a "ENVIRA SOSTENIBLE, S.A." y al Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local, así como al resto de interesados que figuren en el expediente a los efectos oportunos y ordenar 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, 30 de agosto de 2019. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.