



Expediente: 80/2023

ACUERDO 80/2023, de 31 octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por ELECTRICIDAD KESMA, S.L. frente al pliego del contrato de obras de “*Renovación del alumbrado público*” licitado por el Ayuntamiento de Berbinzana, así como frente a la negativa de dicho Ayuntamiento a permitir su participación en el procedimiento simplificado tramitado para su adjudicación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Berbinzana ha tramitado un procedimiento simplificado al objeto de adjudicar el contrato de obras de “*Renovación del alumbrado público*”, mediante la solicitud de ofertas a cinco empresas:

- FIBER MONTAJES ELÉCTRICOS, SOCIEDAD MICROCOOPERATIVA
- HILAMP MONTAJES ELÉCTRICOS, S.L.
- ELECTRICIDAD CECILIO (CECILIO PÉREZ LÓPEZ)
- ESEKI, S.A.L.
- ESPARZA HUARTE ÓSCAR, GIL PÉREZ DE CIRIZA JULIO Y VITAL JIMENO MIKEL

Asimismo, el 25 de septiembre procedió a publicar un anuncio de licitación en el Portal de Contratación de Navarra, donde se indica el tipo de procedimiento (simplificado) y el plazo de presentación de ofertas (del 25 al 30 de septiembre), incluyéndose también el pliego regulador del contrato.

El 26 de septiembre se publicó en dicho anuncio, igualmente, el proyecto de obras.

SEGUNDO.- Con fecha 4 de octubre, ELECTRICIDAD KESMA, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública en relación con dicho procedimiento de adjudicación.

Requerida la subsanación de la reclamación, esta se produjo el mismo 4 de octubre.

Señala el reclamante que su empresa está interesada en participar en la licitación del contrato de obras publicado por el Ayuntamiento de Berbinzana en el Portal de Contratación, así como que mediante correo electrónico de dicho Ayuntamiento de 28 de septiembre se le impide la concurrencia a la misma con la siguiente argumentación: *“Es un procedimiento simplificado y ya se han enviado las invitaciones y su empresa no está entre las invitadas. No está previsto ampliar empresas”*.

Manifiesta, a continuación, que de conformidad con el artículo 122 de la LFCP son susceptibles de impugnación los pliegos de contratación y los actos de trámite o definitivos que excluyan de la licitación a las empresas, profesionales o personas interesadas, así como que su empresa se encuentra legitimada al tener un interés directo y legítimo, de conformidad con el artículo 123 de dicha ley foral.

Señala, asimismo, que la reclamación se ha interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 124.2.a) de la LFCP, dentro de los 10 días siguientes al de la publicación en el Portal de Contratación.

Alega que la fundamentación de la reclamación es la infracción de las normas de concurrencia, dado que es una persona jurídica interesada en participar en el procedimiento de licitación y el Ayuntamiento de Berbinzana se lo ha impedido.

Igualmente, alega que el plazo para la presentación de las ofertas es de tan solo 5 días, lo cual impide la libre concurrencia de los interesados.

Concluye señalando que se impugna el pliego por cuanto impide la libre concurrencia de otras empresas licitadoras, otorgando un plazo de 5 días para presentar las ofertas, e impide la libre concurrencia de otras empresas, además de las invitadas.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que se le permita participar en el procedimiento de adjudicación del contrato, así como la suspensión de la licitación como medida cautelar.

TERCERO.- Con fecha 4 de octubre se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 9 de octubre, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales contados desde el mismo día de la notificación del requerimiento, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el mismo 9 de octubre el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones donde señala lo siguiente:

1ª. Que la empresa reclamante carece de legitimación, dado que no tiene un interés directo y legítimo para poder reclamar el pliego de condiciones, el procedimiento contractual elegido y/o el plazo de presentación de ofertas.

Igualmente, alega que el pliego fue aprobado en sesión plenaria de 23 de agosto, por lo que el recurso debió interponerse, en su caso, frente a dicho acuerdo, que goza de presunción de validez.

2ª. Que no ha habido limitación de la libre concurrencia más allá de lo indicado en el artículo 80.2 de la LFCP, referido al número de empresas a invitar, que ha coincidido con el mínimo de 5 exigido.

Alega, igualmente, que se han cumplido sobradamente las normas de publicidad y transparencia realizada en la página web de Berbinzana, donde ya hace unos meses que consta la información de las subvenciones y posibles obras a realizar por el Ayuntamiento, información que ha estado abierta a cuantas empresas pudieran estar interesadas en esta obra y la totalidad de empresas que han manifestado interés por la misma han recibido invitación a participar.

Señala que, a la hora de proceder a realizar la selección y posterior invitación a las empresas, se determinó si existían indicios de realización de obras similares en las entidades locales de Navarra o en otras y, visto lo anterior, se cursó la invitación desde la Plataforma PLENA.

Alega también que el artículo 80 de la LFCP establece un plazo mínimo de 5 días para presentar las ofertas, siendo este el indicado en el pliego, no constando reclamación de ninguna de las empresas invitadas en que se alegue la insuficiencia de dicho plazo.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que se inadmita la reclamación interpuesta por falta de legitimación y, subsidiariamente, que se desestime. Igualmente, solicita que se levante la suspensión del procedimiento y pueda continuarse con su tramitación.

CUARTO.- Con fecha 10 de octubre se requirió al órgano de contratación que procediera a completar el expediente remitido, lo cual hizo el 11 de octubre.

QUINTO.- Por el Acuerdo 77/2023, de 11 de octubre, de este Tribunal, se desestimó la solicitud de levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación formulada por el órgano de contratación.

SEXTO.- El 11 de octubre se dio traslado de la reclamación a las demás personas interesadas para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, no habiéndose formulado alegación alguna.

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, siendo susceptibles de impugnación los pliegos de contratación y los actos de trámite o definitivos que excluyan a los licitadores o perjudiquen sus expectativas, conforme al artículo 122.2 de dicha ley foral.

SEGUNDO. - Procede seguidamente examinar las causas de inadmisión alegadas por el órgano de contratación conforme a lo previsto en el artículo 127.3, apartados a) y b) de la LFCP, toda vez que de su resultado dependerá finalmente el análisis del fondo de las pretensiones ejercitadas.

En relación con la primera de ellas, se alega la extemporaneidad de la reclamación por cuanto el pliego se aprobó en sesión plenaria de 23 de agosto, habiéndose interpuesto con fecha 4 de octubre el escrito de reclamación.

Cabe recordar que el artículo 124.2.a) de la LFCP prevé lo siguiente: “2. *El plazo para la interposición de la reclamación especial en materia de contratación pública es de diez días a contar desde:*

a) El día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, o del anuncio en el Portal de Contratación de Navarra

cuando no sea preceptivo aquel, o de la publicación del anuncio de adjudicación cuando no sea preceptiva la publicación de un anuncio de licitación, para la impugnación de dicho anuncio y de la documentación que figura en él.”

Al respecto, debemos tener en cuenta que el procedimiento objeto de la reclamación para la licitación de la contratación es un procedimiento simplificado, en el que, conforme a lo dispuesto en los artículos 89.1 y 93.1 de la LFCP, no existe obligación de publicar un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, ni en el Portal de Contratación de Navarra. Si bien, con fecha 25 de septiembre se produjo la publicación del anuncio de licitación en este último medio y en consecuencia se dio inicio al cómputo del plazo para interponer la reclamación especial conforme a lo señalado en el artículo transcrito. En consecuencia, habiéndose publicado el anuncio de licitación el 25 de septiembre, el plazo para interponer la reclamación finalizó el 5 de octubre, por lo que procede su admisión a trámite al haberse interpuesto el 4 de octubre, y por tanto dentro del plazo legalmente previsto.

Respecto de la segunda de las causas de inadmisión se alega por el órgano de contratación la falta de legitimación del reclamante al carecer de un interés directo y legítimo para reclamar frente al pliego. En este sentido debemos recordar lo dispuesto en el artículo 122.1: *“La reclamación especial en materia de contratación pública se podrá interponer ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por las empresas, profesionales y personas interesadas en la licitación y adjudicación de un contrato público, así como las organizaciones sindicales”*.

Asimismo, el artículo 123.1 de dicha ley foral prevé que *“La reclamación especial podrá ser interpuesta por cualquier persona que acredite un interés directo o legítimo. También podrá ser interpuesta por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna siempre que sea para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados. Estarán también legitimadas para interponer este recurso las organizaciones sindicales cuando (...)”*.

Regulación que trae causa en la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, de coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, cuyo artículo 1.3 señala que *“Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción”*.

Pues bien, como indicábamos, opone el órgano de contratación como causa de inadmisión de la reclamación, la falta de legitimación por carecer la empresa reclamante de interés directo y legítimo. Puede traerse a colación, a este respecto, lo dispuesto por la jurisprudencia en relación con dicho interés, habiendo señalado en nuestro Acuerdo 126/2020, de 29 de diciembre, lo siguiente: *“La Sentencia del Tribunal Constitucional 52/2007, de 12 de marzo, nos recuerda, en relación al orden contencioso-administrativo, “que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3; y 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4; con relación a un sindicato, STC 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3)”*.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2015, recoge una consolidada doctrina sobre la legitimación activa en los siguientes términos: “Para que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución impugnada (o la inactividad denunciada) debe repercutir de manera clara y suficiente

en la esfera jurídica de quien acude al proceso y este criterio lo reitera la jurisprudencia constitucional (SSTC núms. 197/88, 99/89, 91/95, 129/95, 123/96 y 129/2001, entre otras).

En efecto, la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha señalado:

a) Por interés, que la normativa vigente califica bien de "legítimo, personal y directo", o bien, simplemente, de "directo" o de "legítimo, individual o colectivo", debe reputarse toda situación jurídica individualizada, caracterizada, por un lado, por singularizar la esfera jurídica de una persona respecto de las de la generalidad de los ciudadanos o administrados en sus relaciones con la Administración Pública, y dotada, por otro, de consistencia y lógica jurídico- administrativas propias, independientes de su conexión o derivación con verdaderos derechos subjetivos.

b) Ese interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo y procesal jurisdiccional es una situación reaccional, en pro de la defensa y efectiva reintegración de lo que doctrinalmente se ha llamado el propio círculo jurídico vital y en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, está conectado precisamente con este concepto de perjuicio, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un perjuicio como resultado inmediato de la resolución dictada.

c) Ese "interés legítimo", que abarca todo interés que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada (siempre que no se reduzca a un simple interés por la legalidad), puede prescindir, ya, de las notas de "personal y directo", pues tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional (en Sentencias, entre otras, de este último, 60/1982, de 11 octubre, 62/1983, de 11 julio, 160/1985, de 28 noviembre, 24/1987, 257/1988, 93/1990, 32 y 97/1991 y 195/1992, y Autos 139/1985, 520/1987 y 356/1989) han declarado, al diferenciar el interés directo y el interés legítimo, que éste no sólo es superado y más amplio que aquél sino también que es, por sí, autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa o jurisdiccional a dictar ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no

meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona.

d) Salvo en los supuestos en que el ordenamiento reconoce legitimación para ejercer la acción pública, no basta como elemento legitimador bastante el genérico deseo ciudadano de la legalidad, pues es necesaria una determinada relación con la cuestión debatida ya que como señaló la sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 1994, la legitimación "ad causam" conlleva la necesidad de constatar la interrelación existente entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión, o como dijo la sentencia de 21 de abril de 1997, se parte del concepto de legitimación "ad causam" tal cual ha sido recogido por la doctrina como atribución a un determinado sujeto de un derecho subjetivo reaccional, que le permite impugnar una actuación administrativa que él considera ilegal, y que ha incidido en su esfera de intereses y la defensa de ese derecho requiere, como presupuesto procesal, que el acto impugnado afecte, por tanto, a un interés del recurrente.

La respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística, de modo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos. La existencia de la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte, a cuya satisfacción sirva el proceso, lo que de partida sitúa el análisis en la búsqueda de ese interés, cuya alegación y prueba, cuando es cuestionado, es carga que incumbe a la parte que se lo arroga.

(...) Será preciso que demuestre que el acto que se impugna le afecta a su esfera jurídica de intereses de un modo efectivo y acreditado, y no meramente hipotético, potencial y futuro, sin que dicho interés legítimo ampare el puro interés por la legalidad, ni comprende un interés frente a agravios potenciales o futuros".

(...)"El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 45/2011, de 3 de febrero, recogiendo el concepto de interés legítimo coincidente con la doctrina citada, concluye que "no es en absoluto cierto que resulte obligada la presentación de ofertas a una licitación si se pretende impugnar el correspondiente pliego de cláusulas, sino que, con toda evidencia, estarán legitimados para dicha impugnación todos aquellos que, por razón de la actividad desarrollada, pudieran, siquiera en potencia, participar en la licitación, se creyeran de algún modo perjudicados por el pliego y, por ende, pudieran verse afectados por la eventual

estimación del recurso contra aquel hecho valer”. Resolución que parte de un concepto amplio de legitimación, pero limitada a quien puede participar potencialmente en la licitación”.

Asimismo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en igual sentido, en su Resolución 212/2023, de 23 de febrero, recuerda su doctrina previa prevista en la Resolución 443/2021, de 23 de abril, conforme a la cual “(...) *el Tribunal viene admitiendo excepcionalmente (por todas, Resolución 924/2015, de 9 de octubre) la legitimación del recurrente que no ha concurrido a la licitación cuando el motivo de impugnación de los pliegos le impide participar en el procedimiento en un plano de igualdad (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 junio 2013).*

En efecto, para admitir legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación por quien no ha tomado parte en la misma resulta necesario que la entidad recurrente, al menos, se haya visto impedida de participar en base a las restricciones introducidas en los pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible un recurso en materia de contratación basado en un mero interés en la legalidad abstracta del procedimiento de licitación, no admitiéndose una acción popular en esta materia.

En este sentido, y como afirma la Resolución 1166/2019 de este Tribunal: “La regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado oferta al procedimiento, están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo estos pueden llegar a obtener la adjudicación del contrato. Ahora bien, esta regla general, tiene una excepción, en aquellos casos en que el empresario recurrente impugne una cláusula del Pliego que le impida participar en condiciones de igualdad con la correspondiente licitación. En este último supuesto, ha señalado este Tribunal que es necesario que exista en el recurrente una intención directa en participar en condiciones de igualdad con otros licitadores, de modo que debe justificarse esa intención en participar en el proceso. (Resoluciones TACRC 235/2018, 686/2019, 523/2019, 990/2019, entre otras)”.

Igualmente, la Sentencia 223/2020, de 16 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, señala

que “Este postulado es coherente con la definición de la legitimación en nuestro Ordenamiento, que la concibe como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de esta se traduzca en la obtención de un beneficio o la eliminación de una desventaja (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 52/2007, de 12 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de mayo de 2008 Roj STS 2176/2008-). Por ello, la regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato. (...). Ahora bien, esta norma general quiebra en los casos en los que el empresario impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad, hipótesis abordada por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 (Roj STS 4465/2005), en la que se lee: <<Pues como adecuadamente la sentencia recurrida refiere, lo que se impugna es la convocatoria del concurso y no la adjudicación del mismo, y es obvio, como además razona la sentencia recurrida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción y la doctrina del Tribunal Constitucional, reconocer legitimación para impugnar el pliego de condiciones, a una empresa que puede participar en el concurso y que impugna unas cláusulas, que establecen determinadas condiciones favorables a una determinada empresa, y que la sitúan por tanto a ella, en condiciones de desigualdad.”

Cabe por todo ello concluir que, en el presente caso, el reclamante goza de legitimación para la interposición de la reclamación al alegar la vulneración de las normas de concurrencia, concretamente, que el procedimiento de adjudicación y el plazo de presentación de ofertas previstos en el pliego le impiden concurrir, tratándose además de una empresa cuyo objeto social le permitiría, en principio, participar en el procedimiento de adjudicación del contrato, habiendo justificado igualmente su interés en el mismo, existiendo constancia de la negativa del órgano de contratación a permitir la presentación de su oferta, por no haber sido invitado a ello, cuestiones que indubitadamente afectan a su esfera jurídica, ostentando interés directo y legítimo conforme a lo dispuesto en la LFCP.

Por todo ello 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, apartados a) y b), de la LFCP, siendo por persona legitimada al tratarse de una empresa que acredita un interés directo o legítimo, dado que está interesada en la licitación y adjudicación de un contrato público, conforme a lo dispuesto en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

TERCERO. - La reclamación se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación especial interpuesta hace referencia a un contrato financiado con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, por lo que aquella tiene carácter urgente y goza de preferencia en su tramitación, conforme a lo previsto en el artículo 58.2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

QUINTO. - Entrando a la cuestión de fondo, la reclamación especial se interpone frente al pliego del contrato, así como contra la negativa del órgano de contratación a permitir su participación en el procedimiento de adjudicación, alegándose por ello la infracción de las normas de concurrencia.

Se niega de contrario por el órgano de contratación que haya existido limitación de la concurrencia, dado que el número de empresas invitadas es el mínimo exigido en el artículo 80.2 de la LFCP, siendo el plazo de presentación de ofertas también el mínimo señalado en dicha ley foral.

Expuestas sucintamente ambas posturas debemos recordar el marco legal de referencia. En este sentido el artículo 2 de la LFCP dispone que *“1. Las entidades sometidas a esta ley foral la aplicarán respetando los principios de igualdad de trato,*

no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia e integridad, interpretados a la luz de las Directivas y la jurisprudencia europea. Igualmente actuarán de acuerdo con los principios de eficacia y eficiencia.

2. En la aplicación de esta ley foral se excluirá cualquier tipo de acuerdo, práctica restrictiva o abusiva que produzca o pueda producir el efecto de obstaculizar, impedir, restringir o falsear la competencia en los términos previstos en la legislación de defensa de la competencia.”

Por su parte, el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato señala que el mismo se adjudicará por el procedimiento simplificado previsto en el artículo 80 de la LFCP (cláusula 1.4), señalando su cláusula 5.1 que *“Podrán presentar ofertas en la licitación objeto del contrato y en la forma que se especifica más adelante, las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras que, habiendo sido invitadas a participar, o bien participen en la licitación, tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar establecidas en el artículo 22 de la LFCP”*.

Asimismo, el apartado I del cuadro de características del contrato dispone que el plazo de entrega de las solicitudes o proposiciones es de 5 días naturales. Indicaciones que también se contienen en el anuncio de licitación publicado en el Portal de Contratación de Navarra, si bien el plazo de presentación de ofertas señalado en este caso es de 6 días (del 25 al 30 de septiembre).

El artículo 71.1 de la LFCP regula los distintos tipos de procedimientos de adjudicación, señalando su apartado 2 que *“El órgano de contratación podrá recurrir indistintamente al procedimiento abierto o restringido. El resto de procedimientos tendrán carácter excepcional y solo se podrán utilizar, de forma motivada, en los supuestos que se habilitan por esta ley foral”*.

Por su parte, el artículo 80 regula el procedimiento simplificado, señalando lo siguiente: *“1. El procedimiento simplificado es aquel en el que el órgano de contratación solicita oferta a varias empresas o profesionales capacitados y adjudica el*

contrato motivadamente. Solo podrá utilizarse en los contratos de servicios y suministros de valor estimado inferior a 60.000 euros y en los contratos de obras de valor estimado inferior a 200.000 euros.

2. El órgano de contratación solicitará siempre que sea posible ofertas al menos a 5 empresas o profesionales que puedan ejecutar el contrato.

Si no fuera posible la solicitud a 5 empresas o profesionales, se justificarán los motivos y se señalará el criterio utilizado para elegir a las empresas y profesionales invitados.

3. Las invitaciones deberán enviarse por escrito acompañadas del pliego que establecerá el criterio o criterios en los que se basará la adjudicación así como el plazo de presentación de ofertas. Salvo que en los pliegos se establezca de modo expreso su exigencia, las personas licitadoras y/o adjudicatarias estarán exentas de acreditar la solvencia.

4. Se garantizará que todas las personas interesadas reciban igual trato. En particular, no se facilitará de forma discriminatoria información que pueda dar ventajas a unas con respecto al resto.

5. Si el órgano de contratación no obtuviera al menos dos de las ofertas solicitadas, deberá intentar obtener una oferta adicional. Si no lo consiguiera o entendiera imposible cursar una nueva invitación o invitaciones, deberá justificar los motivos.”

La justificación de la previsión de este tipo de procedimiento de adjudicación se contiene en el Preámbulo de la LFCP, donde se señala que “Considerándose necesaria la existencia de un procedimiento ágil para adjudicar contratos de poco importe, se ha incluido un nuevo procedimiento denominado “simplificado” en el que con la intención de salvaguardar debidamente la competencia, la unidad gestora, en uso del conocimiento del sector, invita a empresas que considere adecuadas para la ejecución del contrato de que se trate, siempre respetando unos criterios de adjudicación conocidos por todos los participantes, objetivos y vinculados al objeto, pero reduciendo los plazos de presentación de ofertas y sin necesidad de acreditar la solvencia, para agilizar la finalización del procedimiento y permitir la satisfacción de las pequeñas necesidades de la administración en un plazo de tiempo razonable. En atención a la

situación económica actual, para dar posibilidad de participación a más empresas, se establece la obligación de invitar al menos a cinco de ellas. Y como medida disuasoria de utilización fraudulenta de este procedimiento, se establece la necesidad de contar con al menos dos ofertas, salvo justificación suficiente, cuando no haya resultado posible obtener más que una.”

Pues bien, expuesto el marco normativo debemos analizar su cumplimiento en el expediente que analizamos. Así, en el informe razonado de la unidad gestora del contrato que obra en el expediente de contratación remitido a este Tribunal, se señala que la elección del procedimiento simplificado es conforme a derecho por razón de su cuantía, ascendiendo el valor estimado del contrato a 96.648,14 euros. Por lo que efectivamente se constata que la elección de dicho procedimiento se ha realizado motivadamente, concurriendo el supuesto legal que habilita para su utilización al tratarse de un contrato de obras, cuyo valor estimado es inferior a 200.000 euros, por lo que no se aprecia la vulneración del principio de libre concurrencia como consecuencia de la elección del citado procedimiento.

Tampoco procede la estimación de la alegación referida al escaso plazo para la presentación de ofertas que esgrime la reclamante puesto que no se acredita que la fijación del citado plazo implique una limitación de la concurrencia por las razones que pasamos a exponer.

El artículo 46.1 de la LFCP señala que *“Los plazos de presentación de las ofertas y solicitudes de participación se fijarán teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para preparar aquellas, atendida la complejidad del contrato, y respetando, en todo caso, los plazos mínimos fijados en esta ley foral”*, previendo el artículo 94.1.e) de la LFCP que *“En los contratos de valor estimado inferior al umbral europeo se deberán respetar los siguientes plazos mínimos: e) En el procedimiento simplificado el plazo mínimo para presentar ofertas será de cinco días”*. Plazo cuyo cómputo ha de hacerse en días naturales, por preverlo así el artículo 47.1 de la LFCP.

Respecto a esta cuestión, también en el Preámbulo de la ley foral se dispone 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.”*

Conforme a dicha regulación, la fijación del plazo de licitación o de presentación de ofertas constituye una potestad discrecional de la entidad contratante, en cuyo ejercicio han de ser tenidos en cuenta los criterios establecidos en el artículo 46.1 de la LFCP, con respeto en todo caso a los plazos mínimos señalados legalmente, en nuestro caso, en el artículo 94.1.e), por tratarse de un procedimiento simplificado. En este sentido ya indicamos en nuestro Acuerdo 37/2017, de 5 de julio, 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. (...).*

Del mismo modo, la circunstancia de que la norma establezca un plazo mínimo a los efectos de presentación de la 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”.

Asimismo, la Resolución 71/2015, de 23 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, señala que *“El cumplimiento de la ley no se establece con un plazo que respete el mínimo sino con un plazo que, además, permita razonablemente la preparación de las ofertas. Para el Tribunal resulta difícil efectuar*

un pronunciamiento en este punto, esto es, si es suficiente o no el plazo mínimo de 15 días, de modo que en ocasiones ha exigido que el recurrente haya probado la insuficiencia del plazo, vgr. resolución 149/2012: Lo cierto es que las alegaciones de los recurrentes, sin ningún tipo de acreditación de lo que manifiestan, en el sentido de que resulta imposible presentar ofertas en los plazos previstos en el pliego, no son suficientes para admitir sus afirmaciones, pues serían igualmente válidas aquellas que se limiten a afirmar lo contrario”.

Lo que reconduce la cuestión a la aplicación de la doctrina relativa a la titularidad de la carga de la prueba, conforme a la cual compete a la parte que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión, y respecto a la que el Acuerdo 39/2023, de 31 de mayo, de este Tribunal, señala que *“cada una de las partes ha de soportar la carga de probar los hechos que invoca en su provecho, a fin de acreditar lo que a su derecho convenga. Principio jurídico de la carga de la prueba que, tal y como afirma el Tribunal Administrativo Central Recursos Contractuales en su Resolución 607/2016, de 22 de julio, “se recogía en nuestro ordenamiento con carácter general en el originario artículo 1.214 del Código Civil, cuando disponía que “incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone”, y se recoge hoy en el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuando establece que “corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención. Ello supone, en el ámbito del procedimiento contradictorio, que quien tiene la titularidad de la carga de la prueba es la parte que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión, teniendo la carga de la prueba una dimensión formal, correspondiendo a las partes probar los hechos introducidos en sus alegaciones, y otra material, ofreciendo al órgano llamado a resolver un criterio para resolver dudas sobre medios probatorios desestimando las pretensiones según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos inciertos. Así las cosas, corresponde a la recurrente probar lo que afirma e introducir los*

argumentos jurídicos que, a partir de los hechos probados, permitan a este Tribunal pronunciarse sobre su pretensión”.

Llegados a este punto, a la vista de lo expuesto, se advierte que la mercantil reclamante se limita a afirmar que el plazo de presentación de ofertas es de tan sólo 5 días, lo que impide la libre concurrencia de los interesados, sin justificar en modo alguno los motivos por los que tal plazo, que respeta el mínimo fijado legalmente, resulta insuficiente, razón por la que como adelantamos al inicio procede, igualmente, la desestimación de esta alegación.

Sustenta la última de sus alegaciones en la infracción de las normas de concurrencia derivada de la negativa del órgano de contratación a permitir su participación en el procedimiento de adjudicación del contrato mediante la presentación de una oferta. Acredita, en este sentido, que durante el plazo de presentación de ofertas remitió un correo electrónico al Ayuntamiento de Berbinzana indicando su interés en participar en el mismo, habiendo respondido este que se trataba de un procedimiento simplificado en el que ya se habían enviado las invitaciones, no estando la reclamante entre las empresas invitadas y no estando previsto ampliar las empresas.

Pues bien, como ya se ha expuesto, el procedimiento simplificado se caracteriza porque es el órgano de contratación quien solicita oferta a empresas o profesionales capacitados para la ejecución del contrato, remitiéndoles una invitación al objeto junto con el pliego, debiendo solicitarse, siempre que sea posible, ofertas al menos a 5 empresas o profesionales y obtenerse, al menos, 2 de las ofertas solicitadas. En el presente caso, el órgano de contratación ha solicitado las 5 ofertas mínimas requeridas, habiendo informado que *“no se ha abierto el procedimiento y se desconoce que documentación han aportado, así como cuáles son las ofertas presentadas por las empresas licitadoras. También se desconoce cuántas de las empresas invitadas han podido estar interesadas”.*

De todo ello, se entienden cumplidas, a priori, las previsiones legalmente señaladas, debiéndose dilucidar, no obstante, si ante una petición a participar en el

procedimiento de adjudicación cursada por una empresa que no se encontraba entre las que fueron invitadas a presentar oferta, resulta justificada su negativa, o si, por el contrario, la misma podría considerarse limitativa de la competencia y, con ello, contraria a la libre concurrencia, como interpreta el reclamante.

Esta cuestión ya fue analizada por este Tribunal en su Acuerdo 26/2015, de 5 de mayo, que, si bien se refería a la licitación de un procedimiento negociado sin publicidad comunitaria, resulta aplicable por cuanto tanto en dicho procedimiento como en el simplificado, al que alude la reclamación, la presentación de ofertas se realiza tras la invitación cursada por el órgano de contratación. El citado acuerdo señala lo siguiente: *“La reclamación interpuesta exige que este Tribunal se pronuncie sobre si en el seno de un procedimiento negociado sin publicidad la inadmisión de la oferta presentada por una empresa que no ha sido invitada a participar resulta ajustada a derecho. (...)*.

Al hilo de lo anterior, la Circular 1/2014, de la Junta de Contratación Pública de Navarra, establece las pautas de actuación en relación con la tramitación de los procedimientos negociados sin publicidad entre las que pone de manifiesto, en lo que ahora interesa, que “No se podrá rechazar una oferta presentada por un interesado en el procedimiento, por el mero hecho de no haber sido inicialmente invitado por la unidad gestora del contrato, siempre que dicha oferta se haya presentado dentro del plazo señalado y cumpla con los requisitos establecidos”.

Conclusión compartida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su informe 16/2012, de 19 de septiembre, que razona que “(...) Por lo que se refiere al procedimiento negociado sin publicidad, el legislador nacional incorporó un supuesto de utilización de este procedimiento excepcional por razón de su importe, que no venía recogido en las normas comunitarias, entendiéndose que aquellos contratos de obras cuyo valor estimado no supere los 200.000 €, y los 60.000 € en el resto de contratos (artículo 177 TRLCSP), pueden adjudicarse mediante el procedimiento negociado sin publicidad, al no tener aparente trascendencia en el objetivo del mercado interior.

Ello supone que la Entidad Local, cuando de forma motivada decide la utilización de este procedimiento, dispone de la facultad y la obligación que le reconoce el 178.1 TRLCSP de invitar a participar en el procedimiento al menos a tres empresas en disposición de cumplir el contrato que cumplan los requisitos señalados en el artículo 54 TRLCSP de plena capacidad de obrar, solvencia económica financiera y técnica y contar, en su caso, con una determinada habilitación empresarial o profesional, radiquen donde radiquen. Y la consulta a empresas de la localidad cuenta con los mismos límites expuestos anteriormente.

Otra cosa distinta es el supuesto en el que un licitador, enterado de la necesidad del Ayuntamiento, manifieste su interés en participar en el procedimiento negociado sin publicidad, o presente una oferta en el plazo indicado para ello, en cuyo caso la entidad deberá atenderla, toda vez que si no fuera así se estaría dando un trato no igualitario y discriminatorio, y así lo ha considerado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 33/2009, de 1 de febrero de 2010, estableciendo como criterio, que esta Junta comparte, que:

«...Si se niega a cualquier empresario que reúna las cualificaciones necesarias la posibilidad de acudir a una licitación se le puede estar dispensando por parte de la Administración un tratamiento no igualitario y discriminatorio. De igual forma, llevar, más allá del mentado que después veremos, la facultad de la Administración contratante de elegir los empresarios a los que pedir ofertas para concurrir a la licitación puede ser claramente contrario a la transparencia del procedimiento.

Para adoptar una conclusión correcta a este respecto es necesario tomar en consideración cuáles son las razones por las que se introduce en la Ley un procedimiento como el negociado sin publicidad, pues con él, sólo se pretende simplificar los trámites en determinados contratos por sus propias características, incluida su escasa entidad cuantitativa, o por las características del mercado.

Pues bien, esta simplificación se traduce entre otras cosas en la exclusión de la publicidad de la licitación, estableciendo la Ley, como sustitutiva de ella, la invitación para tomar parte. Sin embargo, esta invitación no tiene otro sentido que el de hacer llegar a conocimiento de los empresarios que pudieran estar interesados en la contratación, el propósito de la Administración de celebrar el contrato. Precisamente por ello, dice la Ley que se solicitará oferta, al menos a tres empresas capacitadas para

la realización del objeto, excluyendo solamente el caso en que no sea posible efectuar, ni siquiera las tres invitaciones.

Se trata, por tanto, de una carga impuesta a los órganos de contratación con la finalidad de suplir el efecto producido por la publicación del anuncio en relación con la difusión del propósito de celebrar el contrato, toda vez que si no se impusiera la obligación de invitar a los empresarios, podría resultar imposible la celebración del contrato. No es, por tanto, una prerrogativa concedida al órgano de contratación para que en determinados casos restrinja el número de licitadores a sólo tres sino, como decimos, una carga impuesta a ésta para que la licitación pueda ser conocida por los interesados.

Este y no otro es el sentido que debe darse a la obligación impuesta de que, siendo posible, se invite al menos a tres empresarios, por considerar que tres es un número suficiente para celebrar una licitación con transparencia y más podría resultar excesivamente complejo desde el punto de vista práctico.

Todo cuanto venimos diciendo, debe llevarnos necesariamente a la conclusión de que si por parte de licitadores no invitados se presentara, cuando el procedimiento aún lo permite, solicitudes de invitación para presentar ofertas o las propias ofertas, el órgano de contratación debe atender las primeras y aceptar las segundas».

Así pues, asiste razón a la reclamante cuando afirma que el órgano de contratación debió admitir su oferta a pesar de no haber sido invitada expresamente al procedimiento negociado sin publicidad del que trae causa la presente reclamación. Y ello es así, habida cuenta que en la materia que nos ocupa, los principios derivados del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea constituyen los criterios inspiradores de la interpretación de las disposiciones contenidas en la LFCP, tal y como establece el artículo 21 de dicha norma cuando dice que “Las entidades sometidas a la presente Ley Foral otorgarán a los contratistas un tratamiento igualitario y no discriminatorio y actuarán con transparencia, interpretando las normas atendiendo a tales objetivos y respetando la doctrina dictada a tal fin por la jurisprudencia comunitaria”; principios que deben ser respetados en la adjudicación de todos los contratos públicos, con independencia del procedimiento de adjudicación que en cada caso se tramite.

En este sentido, el principio de transparencia implica el deber de los gestores públicos de dar la información necesaria a los posibles interesados, de tal forma que puedan adoptar la decisión de participar o no en un determinado procedimiento; principio que, a su vez, persigue la consecución de uno de los objetivos que, en relación con la adjudicación de los contratos públicos, proclama la Directiva 2004/18/CE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, y que no es otro que abrir a la competencia la contratación pública. De esta obligación de transparencia deriva, igualmente, otro principio de construcción jurisprudencial – el principio “favor participationis” –, a saber, el interés en que participe en una licitación el número más elevado de empresas al efecto de garantizar la mayor competencia posible (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de febrero de 2006 y 19 mayo 2009). Este principio determina que en los procedimientos negociados sin publicidad, sin perjuicio de evacuar el trámite de consultas a tres empresas capacitadas para la ejecución del contrato – obsérvese, además, que el artículo 74 LFCP establece este número como de límite mínimo –, deba admitirse la presentación de ofertas por otros interesados que enterados del procedimiento de adjudicación así lo manifiesten, máxime cuando ello, además de no afectar a la simplificación procedimental y flexibilidad inherentes a esta clase de procedimiento, posibilita una mayor concurrencia y, por ende, redundando en mayores posibilidades en la fase de negociación de la que resultará, finalmente, la oferta seleccionada.

En consecuencia, y sin perjuicio de que la adjudicación del contrato de que se trate se realice mediante procedimiento negociado sin publicidad, si un licitador no invitado por el órgano de contratación manifiesta su interés en presentar oferta o la presenta directamente, no resultará ajustado a derecho su rechazo por tal motivo, siempre y cuando ello se produzca en un estado de la tramitación del procedimiento que así lo permita. Cabe preguntarse, en este sentido, cuál es el iter procedimental que determina la obligación de admitir la oferta en tales condiciones presentada; y no es otro que el fin del plazo que al efecto se haya señalado en las invitaciones cursadas para la presentación de las ofertas, puesto que a partir del mismo comienza la negociación de los términos del contrato con los interesados, de manera que admitir la

presentación de una oferta con posterioridad al mismo conculcaría el principio de igualdad de trato antes citado.”

Resta indicar que igual conclusión se recoge en la Resolución 248/2021, de 17 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, y es igualmente compartida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su Guía sobre Contratación Pública y Competencia, como medida para eliminar el riesgo de distorsiones de la competencia en estos procedimientos.

Por tanto, conforme a la doctrina expuesta, debemos concluir que la aceptación de ofertas por empresas no invitadas no conculca lo dispuesto legalmente, contribuyendo en cambio a evitar la distorsión de la competencia, habida cuenta de la citada ausencia de publicidad del procedimiento. Debe tenerse en cuenta además que en el caso que analizamos el órgano de contratación procedió a la publicación de un anuncio de licitación en el Portal de Contratación de Navarra, anuncio al que se refiere el reclamante, por lo que el conocimiento del procedimiento de adjudicación fue propiciado por el citado órgano, sin que resulte justificado, por ello, la inadmisión de su oferta o la negativa a que pueda presentar la misma.

Por último, ha de insistirse en que el principio de libre competencia constituye un principio esencial en materia de contratación pública, que debe informar la actuación de los órganos de contratación, y conforme al cual se persigue la apertura de los procedimientos de adjudicación al mayor número posible de licitadores, a fin de conseguir la mejor oferta. Apertura a la competencia que, además, no perjudica la agilización que persigue la LFCP con la regulación del procedimiento simplificado, pues la misma se consigue, tal y como señala su Preámbulo, con una reducción de los plazos de presentación de ofertas y no siendo necesaria la acreditación de la solvencia por parte de los licitadores.

Razones todas ellas por las que consideramos que, solicitada por el reclamante su participación en el procedimiento simplificado antes de que finalizara el plazo concedido para la presentación de ofertas, esta debió ser admitida por el órgano de

contratación, conculcando su negativa el principio de concurrencia en los términos señalados.

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

ACUERDA:

1º. Estimar parcialmente la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por ELECTRICIDAD KESMA, S.L., declarando que la negativa de dicho Ayuntamiento a permitir su participación en el procedimiento simplificado tramitado no resulta, por los motivos expuestos, conforme a derecho, ordenando al órgano de contratación que disponga lo necesario para posibilitar la participación de la reclamante en el proceso de licitación; y desestimándola en el resto.

2º. Notificar este acuerdo a ELECTRICIDAD KESMA, S.L., al Ayuntamiento de Berbinzana, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, 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, 31 de octubre de 2023. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.