



Expte.: 26/2017

ACUERDO 28 /2017, de 23 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por la mercantil “TALLUNCE, S.L.” contra su exclusión de la licitación del contrato del “servicio de alimentación a los usuarios del servicio de atención a domicilio del Ayuntamiento de Pamplona, con criterios de sostenibilidad”, promovida por el Ayuntamiento de Pamplona.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 4 de enero de 2017 el Ayuntamiento de Pamplona remitió a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea el anuncio de licitación para la prestación del Servicio de alimentación a los usuarios del Servicio de atención a domicilio del Ayuntamiento de Pamplona, que fue publicado en el DOUE número S-4 de 6 de enero de 2017, con el número de referencia 2017/S 004-005000, y donde se señalaba como fecha de límite de presentación de ofertas el día 5 de enero de 2017.

Dicho anuncio también fue publicado en el Portal de Contratación de Navarra el día 4 de enero de 2017, estableciendo como fecha límite para la presentación de ofertas el día 13 de febrero de 2017.

SEGUNDO.- El día 19 de abril de 2017 la mercantil “Tallunce, S.L.” interpone reclamación en materia de contratación pública contra su exclusión de la licitación del Servicio de alimentación a los usuarios del Servicio de atención a domicilio del Ayuntamiento de Pamplona y solicita como medida cautelar la suspensión de la tramitación de la licitación hasta que se resuelva la reclamación que ha presentado basándose en los posibles perjuicios para el interés público que conllevaría el cambio de adjudicatario del contrato si se estimase la reclamación con la posible existencia de indemnizaciones por daños y perjuicios.

TERCERO.- Con fecha 24 de abril de 2017 el Ayuntamiento de Pamplona aporta el expediente del contrato y presenta sus alegaciones sin que manifieste su oposición a la suspensión de la tramitación del expediente.

CUARTO.- Atendiendo lo dispuesto en el artículo 213.2, último inciso, de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), mediante Acuerdo 20/22017, de 10 de mayo, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra advierte a las partes interesadas en la reclamación de la posible existencia de nulidad de pleno derecho y establece un plazo de alegaciones de tres días hábiles para que formulen las que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba necesarios.

Como se señala en el Acuerdo del Tribunal, la posible nulidad de pleno derecho deriva de que en el anuncio de licitación del contrato publicado en el DOUE número S-4 de 6 de enero de 2017, con el número de referencia 2017/S 004-005000, se señalaba como fecha de límite de presentación de ofertas el día 5 de enero de 2017, lo que supone una evidente contradicción ya que como día de fin de plazo se señala un día anterior al de la publicación del anuncio; mientras que en el anuncio publicado en el Portal de Contratación de Navarra el día 4 de enero de 2017, se establecía como fecha límite para la presentación de ofertas el día 13 de febrero de 2017.

Dentro del plazo concedido, formulan alegaciones el Ayuntamiento de Pamplona, la reclamante y “Eurest Colectividades, S.L.”

QUINTO.- Sostiene el Ayuntamiento en el escrito de alegaciones presentado en el incidente de nulidad que las causas de nulidad de pleno derecho son tasadas, debiendo ser interpretadas de forma restrictiva, tanto en los supuestos como en su contenido y alcance; indicando, en primer término, que la causa de nulidad prevista en el artículo 126.2.e) LFCP está reservada para los supuestos de incumplimiento absoluto de las normas mínimas de publicidad obligatoria, en la medida en que, sostiene, que el

anuncio de licitación tiene una finalidad instrumental, siendo más un requisito de eficacia jurídica que de validez/invalidéz.

Apunta, en este sentido, que la discrepancia existente en el anuncio de licitación publicado en el DOUE podría determinar su ilegalidad, pero no significa que el acto sea irracional; motivo por el cual no se trata de un acto de contenido imposible, del mismo modo que tampoco puede equipararse con la ausencia total de anuncio y vulneración del principio de publicidad. Sostiene, asimismo, que ha quedado garantizado el acceso de los licitadores a la información disponible a través del anuncio publicado en el Portal de Contratación de Navarra que sí especifica con claridad la fecha de presentación de ofertas, y a través de la remisión explícita del anuncio comunitario a la sede electrónica del Ayuntamiento que, a su vez, remite al anuncio publicado en el citado Portal; sin que se haya impedido la presentación de ofertas ni generado una confusión o ambigüedad insalvable ni ventaja de licitadores nacionales frente a comunitarios. Circunstancias que determinan que el error advertido supone apreciar en dicho acto una irregularidad no invalidante, sin que se haya generado indefensión puesto que la finalidad del anuncio se ha cumplido acudiendo fácilmente a la consulta de los pliegos y/o solicitando aclaraciones al respecto.

Indica, finalmente, que en atención al objeto del contrato – CPV 555200-9 “Servicio de entrega de comidas a domicilio” y 55521200-0 “Servicio de entrega de comidas” – resultan de aplicación las disposiciones relativas a la publicidad comunitaria contenidas en el artículo 75 de la Directiva 2014/24UE, que establece unas reglas de publicidad menos estrictas que respecto a los demás servicios no incluidos en el mismo, resultando que la información que debe contener el anuncio en el formulario V apartado H, y no el apartado V-C como exige el artículo 49 de la Directiva para el resto de servicios; apartado H que no indica como información necesaria el plazo de presentación de ofertas.

SEXTO.- La entidad reclamante señala en su escrito de alegaciones, sobre la eventual concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho en el anuncio de licitación que ninguna de las partes que ha concurrido en el procedimiento ha planteado la

conurrencia de la causa de nulidad apreciada por este Tribunal, así como que los términos de la licitación han ganado firmeza por no haber sido cuestionados por ningún operador, resultando, en tal sentido, relevante que ningún operador presentó su proposición fuera del plazo del anuncio insertado en el Portal de Contratación de Navarra, sin que haya existido ningún problema de concurrencia, máxime cuando las condiciones de la licitación exigen estar inscrito en el registro autonómico sanitario y en posesión de las autorizaciones precisas para la realización del servicio; condiciones que reducen la concurrencia a operadores implantados en Navarra y su entorno inmediato para poder cumplir con las frecuencias de suministro necesarias, de forma que la concurrencia de operadores no implantados en España no era posible.

Añade, por otro lado, que la discrepancia existente entre los anuncios de licitación constituye un error que queda subsanado por las propias condiciones de publicidad de la licitación a las que remitía expresamente el anuncio con difusión en la Unión Europea, y que califica de un error topográfico tan palmario que no pudo determinar la forma de proceder de un licitador mínimamente diligente y solvente. Por ello, estima que anular la licitación por el error cometido sería contrario a los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad.

“Ernest Colectividades, S.L.” reitera que las causas de nulidad de pleno derecho son tasadas y sostiene que el anuncio comunitario contenía información suficiente para permitir a cualquier licitador acceder a la información de la licitación publicada en el Portal de Contratación de Navarra, calificando el error contenido en el mismo de mero desacierto formal y señalando que la alta concurrencia en la licitación y el hecho de que ningún operador del mercado haya puesto de manifiesto dicha irregularidad revela que no se han visto vulnerados los principios esenciales en materia de contratación pública ni perjudicados los intereses de ninguna compañía.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Pamplona, como Entidad Local de Navarra, es un poder adjudicador de los previstos en el artículo 2.1.b) de la Ley Foral 6/2006, de 9

de junio, de Contratos Públicos (LFCP), y, en consecuencia, las decisiones que adopte, en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, pueden ser impugnadas ante este Tribunal de acuerdo con el artículo 210.1 LFCP.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de uno de los licitadores participantes en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal de diez días naturales previsto en el artículo 210.2.b de la LFCP.

CUARTO.- Se impugna el acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 31 de marzo de 2017, en cuya virtud se inadmite la proposición de oferta económica presentada por “TALLUNCE, S.L.” y se excluye a dicho licitador del proceso de licitación del contrato de “Servicio de alimentación a los usuarios del Servicio de Atención a Domicilio” del Ayuntamiento de Pamplona, por presentar una oferta económica para el servicio de cena – precio unitario por cena: 0,0001 euro (IVA excluido) - que no se puede considerar que cumpla con la regla de la onerosidad, ni que se trate de un precio cierto; considerando el reclamante que existe infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación, lo que está incluido entre los motivos tasados que el artículo 210.3.c) de la LFCP recoge para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- Mediante Acuerdo 20/2017, de 10 de mayo, de este Tribunal se estimó la petición de suspensión del procedimiento de licitación del Servicio de alimentación a los usuarios del Servicio de Atención a Domicilio del Ayuntamiento de Pamplona, solicitada por la mercantil “Tallunce, S.L.” en el escrito de interposición de la reclamación formulada.

SEXTO.- La cuestión más trascendente que se plantea en esta reclamación es la existencia de o no de causa de nulidad de pleno derecho en el anuncio de licitación del

contrato publicado en el DOUE, advertida a las partes interesadas por este Tribunal mediante el Acuerdo 20/2017, de 10 de mayo, derivada de la circunstancia de que dicho anuncio se publicó en el citado medio con fecha 6 de enero de 2017 indicando como fecha para la recepción de las ofertas el día 5 de enero de 2017.

Por ello, entraremos en primer lugar en el análisis de esta cuestión en la medida en que el resultado del mismo incide en el objeto de la reclamación presentada, habida cuenta que una eventual declaración de nulidad del anuncio de licitación determinará la del procedimiento de adjudicación y, por ello, la improcedencia de analizar los motivos de impugnación en relación con la exclusión del mismo del reclamante.

En las alegaciones sobre este extremo formuladas por la entidad reclamante se manifiesta que dicha cuestión no ha sido planteada por las partes, por lo que en aplicación del principio de congruencia y en el ámbito de la función revisora asignada al Tribunal, dicen, este no puede pronunciarse sobre ella, pero obvian un aspecto relevante: que es la propia norma (artículo 213.2 in fine) la que obliga al Tribunal a hacerlo cuando señala: *"Si el tribunal advirtiera la existencia de nulidad de pleno derecho se pronunciará sobre la misma aun sin alegación por las partes previa puesta en conocimiento de esta circunstancia y otorgamiento de un plazo de alegaciones de tres días naturales a los interesados"*. La meridiana claridad del precepto y su tenor literal no admite otra interpretación: advertida la posible nulidad, el Tribunal no es que esté facultado, está obligado a pronunciarse al respecto tras escuchar a las partes; tal y como pone de relieve la Sentencia de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 226/2016, de 2 de junio, cuando, en relación al precepto citado, afirma que *"Lo que no es posible es dejar de analizar la causa de nulidad de pleno derecho porque no haya sido alegada por los interesados, dada la previsión legal"*.

En defensa de su posición, la entidad contratante así como la reclamante y la tercera interesada que ha comparecido en este trámite, si bien reconocen el error advertido por este Tribunal en el anuncio de licitación, sostienen que el mismo no puede producir el efecto de que se declare su nulidad de pleno derecho, en la medida en que

consideran que dicha contradicción constituye una mera irregularidad no invalidante que, además, quedaría subsanada por las propias condiciones de publicidad de la licitación a las que remitía expresamente el anuncio comunitario, sin que ello, además, haya obstaculizado la concurrencia de licitadores.

La resolución de la cuestión planteada en el incidente de nulidad sustanciado por este Tribunal requiere el examen del régimen de publicidad al que está sometido el contrato que nos ocupa; partiendo, a tales efectos, del objeto del mismo conforme a lo establecido en los pliegos que rigen la contratación de referencia.

En este sentido, nos encontramos ante la licitación del contrato de asistencia para la prestación del servicio de alimentación a los usuarios del servicio de atención a domicilio del Ayuntamiento de Pamplona, cuyo valor estimado asciende a 2.607.000,00 euros, y al que conforme al apartado B) del Cuadro de Características del Contrato le corresponde el CPV 553220003 “Servicio de elaboración de comidas”, indicándose como CPV complementarios 55321000-6 “Servicios de preparación de comidas” y 55521000-8 “Servicios de suministro de comidas para particulares”, encuadrable en la categoría 17 “Servicios de hostelería y restaurante “ del Anexo II B de la LFCP. Se advierte, en este sentido, que los códigos CPV indicados por la entidad contratante en sus alegaciones para delimitar las disposiciones de publicidad al contrato difieren de los expresados en el PCAP; debiéndose estar, no obstante, a los detallados en el pliego por ser éstos los que la unidad gestora ha concretado para la definición del objeto del contrato de referencia.

El artículo 83.1.a) LFCP, al regular la publicidad comunitaria obligatoria, establece que *“Deberá procederse a la publicación de un anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea, conforme al procedimiento y modelos oficiales establecidos por la Unión Europea, para la adjudicación de un contrato o la celebración de un acuerdo marco, cuando su valor estimado, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes: a) 209.000 respecto de los contratos de suministro y para los contratos de asistencia contemplados en el Anexo II A de esta Ley Foral”* . En consecuencia, y en la medida que nos encontramos ante un contrato de

asistencia de los contemplados en el Anexo II B de dicho cuerpo legal no resultaría, en principio, preceptiva su publicidad comunitaria, en aplicación, contrario sensu, del precepto transcrito.

Empero, el artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, - precepto de efecto directo - establece que *“La presente Directiva se aplicará a las contrataciones cuyo valor estimado, el impuesto sobre el valor añadido (IVA) excluido, sea igual o superior a los siguientes umbrales: a) 5 186 000 EUR, en los contratos públicos de obras; b) 134 000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales y los concursos de proyectos organizados por estos; por lo que se refiere a los contratos públicos de suministro adjudicados por poderes adjudicadores que operen en el sector de la defensa, ese umbral solo se aplicará a los contratos relativos a los productos contemplados en el anexo III; c) 207 000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales y los concursos de proyectos organizados por los mismos; este umbral se aplicará también a los contratos públicos de suministro adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales que operen en el sector de la defensa, cuando estos contratos tengan por objeto productos no contemplados en el anexo III; d) 750 000 EUR, en los contratos públicos de servicios para servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV”*. Resultando que, en consecuencia, y en la medida en que el valor estimado del contrato que nos ocupa es superior al umbral previsto en dicho precepto comunitario, son de aplicación al mismo las disposiciones de la Directiva, específicamente las relativas al régimen de publicidad; de donde no cabe sino concluir que resulta preceptiva la obligación de publicidad del anuncio de licitación en el DOUE, tal y como procedió la entidad contratante en la tramitación del expediente de licitación; circunstancia que determina, al propio tiempo, que en atención a su valor estimado el contrato tiene interés para los operadores económicos de carácter transfronterizo.

Sentado lo anterior, es cuestión pacífica que el anuncio de licitación fue publicado en el DOUE con fecha 6 de enero de 2017, señalando como fecha límite para la presentación de proposiciones por los interesados el día 5 de enero de 2017, es decir, un día anterior al de la propia publicación. Por ello, procede pronunciarse acerca de los efectos que produce dicha previsión en relación con el anuncio de licitación y, por ende, sobre el conjunto del procedimiento.

La entidad contratante pone de manifiesto en su escrito de alegaciones que en atención al objeto del contrato resultan de aplicación las disposiciones contenidas en el artículo 74 de la Directiva 2014/24/UE, que establece un régimen simplificado y más laxo para la adjudicación de este tipo de servicios por su singularidad y porque considera que no tienen gran interés para Europa, según indica el considerando 115 de la Directiva. Apunta, asimismo, que para estos contratos el artículo 75 establece unas reglas especiales de publicidad que son menos estrictas, resultando que la información que debe contener el anuncio es la señalada en el formulario V apartado H - y no el apartado V-C como exige el artículo 49 de la Directiva para el resto de contratos de servicios -, que no indica como información necesaria el plazo de presentación de ofertas.

Efectivamente, el considerando 115 de la directiva establece que los servicios de hostelería y restauración normalmente solo son ofrecidos por operadores situados en el lugar específico de prestación de dichos servicios y, por consiguiente, tienen también una dimensión fronteriza limitada; sin embargo, añade que los grandes contratos de servicios de hostelería y restauración que superen el umbral de 750.000 euros pueden revestir interés para diversos operadores económicos, igualmente con carácter transfronterizo. Umbral que es superado en el caso concreto que nos ocupa, puesto que conforme a lo dispuesto en el PCAP el valor estimado del contrato asciende a 2.607.000,00 euros.

El artículo 74 de la Directiva se refiere a los contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV que superen el umbral antes citado, y para los que el artículo 75 prevé que *“1. Los poderes*

adjudicadores que se propongan adjudicar un contrato público de servicios contemplado en el artículo 74 darán a conocer su intención por cualquiera de los siguientes medios: a) por medio de un anuncio de licitación que incluya la información indicada en el anexo V, parte H, según el formato de los formularios normalizados a que se refiere el artículo 51, o bien b) mediante un anuncio de información previa, que se publicará sin interrupción y contendrá la información a que se refiere el anexo V, parte I.(...) 4. Los anuncios a que se refiere el presente artículo se publicarán de conformidad con el artículo 51”.

El citado anexo XIV resulta de aplicación, entre otros, a los siguientes contratos de servicios: 55100000-1 a 55410000-7; 55521000-8 a 55521200-0 [55521000-8 Servicios de suministro de comidas para hogares, 55521100-9 Servicios de entrega de comidas a domicilio, 55521200-0 Servicios de entrega de comidas]; entre los que se incluye el servicio objeto de contratación, en la medida en que conforme al PCAP le corresponde el código 553220003 Servicio de elaboración de comidas. Motivo por el cual, tal y como sostiene la entidad contratante, son de aplicación las especialidades referidas en el artículo 75 de la Directiva de contratos - entre ellas, la elección entre la publicación de un anuncio de licitación conforme al apartado H del Anexo V, o un anuncio de información previa -, sin que de ello pueda deducirse, sin embargo, que el régimen de publicidad es menos estricto que para el resto de contratos de servicios.

Así las cosas, el apartado H del anexo citado, si bien no expresa que debe indicarse en el anuncio de licitación de los concretos servicios a que se refiere el plazo de presentación de ofertas, sí que exige indicar el plazo para ponerse en contacto con el poder adjudicador, con vistas a participar; previsión que tampoco se contempla de manera literal en el anuncio publicado.

Lo cierto es que la concreta exigencia de que en los anuncios de licitación comunitarios de esta tipología de contratos de servicios se indique el plazo para ponerse en contacto con el poder adjudicador, con vistas a participar en lugar del plazo de presentación de proposiciones no puede tener el alcance pretendido por la entidad reclamante, en la medida en que, más allá de la terminología utilizada, la finalidad de

ambas previsiones es la misma, a saber, posibilitar la concurrencia de licitadores de cualquier estado miembro; finalidad que con la omisión de dicha previsión en el anuncio examinado se ve, obviamente, conculcada.

Del examen del anuncio publicado se observa que la entidad contratante expresamente indica “Plazo para la recepción de ofertas o solicitudes de participación Fecha 05/01/2017 Hora local”: 00:00”, sin que resulte admisible pretender ahora que la contradicción y ambigüedad generada por ella carezca de relevancia, en la medida en que las especialidades citadas se ciñen al contenido del anuncio sin afectar, a la naturaleza jurídica de éste como convocatoria pública de la licitación; máxime si se tiene en cuenta el interés transfronterizo del contrato en atención a su concreto valor estimado. Dicho de otro modo, a los contratos de servicios del Anexo XIV resulta de aplicación la regulación general de los anuncios de licitación contenida en los artículos 49 a 52 de la Directiva en la medida en que sean compatibles con las especialidades del artículo 75, tal y como se desprende del considerando 114 que justifica un régimen particular en atención a que *“Determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales. Debe establecerse un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios. (...) Los contratos de servicios a las personas, cuyo valor esté situado por encima de ese umbral deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión”*; de ahí la debida observancia de las previsiones relativas a la publicidad nacional de estos contratos en los que la publicidad comunitaria deviene preceptiva. Es más, tal y como aclara dicho considerando, para estos contratos es posible basarse en disposiciones aplicables a los contratos de servicios no sometidos al régimen específico.

Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 83.5 LFCP la información contenida en el anuncio de licitación tiene la consideración de oferta pública y vincula a la Administración hasta el fin del plazo de presentación de ofertas, de manera que la

previsión sobre el plazo para la presentación de ofertas señalado goza, igualmente, de tal carácter, sin que pueda ser obviada a posteriori.

Abunda en ello, el hecho de que, a pesar de lo alegado en este trámite, el propio informe jurídico que se emite con carácter previo a la aprobación del expediente de contratación pone de manifiesto que la adjudicación debe desarrollarse a través de procedimiento abierto superior al umbral comunitario conforme al artículo 66 LFCP, a cuyos efectos debe publicarse anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Portal de Contratación de Navarra, indicando expresamente que *“En dicho anuncio se deben encontrar plenamente accesibles la totalidad de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas. Además hay que tener en cuenta el artículo 49 de la Directiva 2014/24 relativo a los anuncios de licitación, que tiene efecto directo y que indica que los anuncios deberán contener la información establecida en el Anexo V, parte C de la Directiva y se publicarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51, también de efecto directo”*.

Así las cosas, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 75 de la Directiva, queda clara la voluntad de la entidad contratante de acogerse, en lo que a la información del anuncio de licitación se refiere, al apartado c) y no al h), y, por ello, de contemplar expresamente en el anuncio el plazo de presentación de proposiciones; opción que no merece reproche alguno en la medida en que no resulta incompatible, sino todo lo contrario, con las especialidades antes referidas. Sin embargo, lo cierto es que, finalmente la publicación del órgano de contratación del anuncio comunitario no se ajusta a ninguno de los dos modelos, ni c ni h, en contra de lo que sostenido por la entidad contratante.

SEPTIMO.- Sentado lo anterior, el artículo 21.1 LFCP al regular los Principios rectores de la contratación, determina 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”*.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, ya en su considerando primero nos recuerda que *“La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Ahora bien, para los contratos públicos por encima de determinado valor, deben elaborarse disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia”*.

La sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pone de relieve la relevancia de los citados principios, en los siguientes términos: *“El artículo 12 CE proclama la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad. Entre las disposiciones del Tratado aplicables más específicamente a las concesiones de servicios públicos cabe destacar, en particular, el artículo 43 CE, cuyo primer párrafo prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, y el artículo 49 CE, conforme a cuyo primer párrafo quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.*

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los artículos 43 CE y 49 CE constituyen una expresión particular del principio de igualdad de trato (véase la sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, C 3/88, Rec. p. 4035, apartado 8). La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad constituye igualmente una expresión específica del principio general de igualdad de trato (véase la sentencia de 8 de octubre 1980, Überschar, 810/79, Rec. p. 2747, apartado 16). En la jurisprudencia relativa a las directivas comunitarias en materia de contratación

pública, el Tribunal de Justicia ha precisado que el principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad (véase en este sentido la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C 87/94, Rec. p. I 2043, apartados 33 y 54). De ello se deduce que el principio de igualdad de trato de los licitadores es aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de nacionalidad.

Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación”.

La obligación de transparencia que recae sobre cualquier ente contratante consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada y efectiva que permita abrir a la competencia del contrato licitado mediante la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación, tal y como razona la STJUE de 16 de septiembre de 2013: «66 El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los

licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

67 Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)».

De este modo, la publicidad, como herramienta para hacer efectiva la obligación de transparencia no es un mero principio formal, de forma que los medios e instrumentos que se utilicen a tales efectos deben generar competencia o concurrencia empresarial, que redunde en mayor eficiencia. La transparencia es un instrumento que ha de garantizar la eficiencia de los fondos públicos, de forma que en aras de ese principio de transparencia, los contratos tienen que someterse a una publicidad adecuada que permita abrir el mercado a la competencia y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 7 de diciembre de 2000, ARGE).

En atención a lo expuesto y a los efectos indicados, la LFCP contempla la obligación legal de publicidad de las licitaciones en función del objeto y del valor estimado del contrato de que trate, resultando que en caso de superar determinado importe, resulta preceptiva la publicación del anuncio en el DOUE, y, por debajo del mismo – salvedad hecha de los procedimientos negociados – la publicidad se realiza en el Portal de Contratación de Navarra. Del mismo modo, el artículo 4 de la Directiva antes transcrito regula los umbrales y las normas de publicidad aplicables en caso de superarse los mismos, Y, adelantamos ya, que la adecuación de la publicidad viene representada por la utilización del medio en cada caso exigido por la norma, así como por el respeto al contenido que la convocatoria de una licitación debe comprender en orden, precisamente, a garantizar la máxima competencia.

Así, dispone el artículo 83 LFCP tras determinar los supuestos en que la publicidad comunitaria es preceptiva, añade que *“2. La Administración deberá poder demostrar la fecha de envío de los anuncios. Constituirá prueba de ello la confirmación de la Comisión Europea de la publicación de la información enviada en la que se mencione la fecha de la publicación.*

3. En los supuestos previstos en el apartado 1, el anuncio se publicará, además en el Portal de Contratación de Navarra. El envío del anuncio al Diario Oficial de la Unión Europea deberá preceder a cualquier otra publicidad. En todo caso, esta última publicidad deberá indicar la fecha de aquel envío y no contener indicaciones distintas a las incluidas en el anuncio comunitario.

4. Los anuncios determinarán los grupos de prestaciones y de productos haciendo referencia a las partidas del Vocabulario Común de Contratos (CPV o Common Procurement Vocabulary).

5. La información contenida en el anuncio tendrá la consideración de oferta pública y vinculará a la Administración hasta el fin del plazo de presentación de ofertas, salvo suspensión o desistimiento del contrato.

Por su parte, el artículo 4 de la Directiva 24/2104, establece los umbrales a partir de los cuales sus disposiciones se aplican a las distintas contrataciones, añadiendo en su artículo 49 que “Los anuncios de licitación se utilizarán como medio de convocatoria de licitación en relación con todos los procedimientos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26, apartado 5, párrafo segundo, y el artículo 32. El anuncio de licitación contendrá la información establecida en el anexo V, parte C, y se publicará de conformidad con el artículo 51” Añadiendo el último precepto citado que “1 Los anuncios a los que se hace referencia en los artículos 48, 49 y 50 incluirán la información mencionada en el anexo V, según el formato de los formularios normalizados, incluidos los formularios normalizados para la corrección de errores.

La Comisión establecerá los formularios normalizados mediante actos de ejecución. Dichos actos de ejecución se adoptarán de conformidad con el procedimiento consultivo a que se refiere el artículo 89, apartado 2.

2. Los anuncios contemplados en los artículos 48, 49 y 50 se elaborarán, se enviarán por medios electrónicos a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea y se publicarán de conformidad con el anexo VIII. Los anuncios se publicarán en un plazo máximo de cinco días después de su envío. Los gastos de publicación de los anuncios por parte de la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea correrán a cargo de la Unión. (...)

5. Los poderes adjudicadores deberán poder demostrar la fecha de envío de los anuncios.

La Oficina de Publicaciones de la Unión Europea confirmará al poder adjudicador la recepción del anuncio y la publicación de la información enviada, indicando la fecha de dicha publicación. Esta confirmación constituirá prueba de la publicación. (...).”

Continúa el artículo 52 determinando que *“1. Los anuncios contemplados en los artículos 48, 49 y 50 y la información que contienen no se publicarán a nivel nacional antes de la publicación prevista en el artículo 51. No obstante, podrán en todo caso publicarse a nivel nacional si los poderes adjudicadores no han recibido notificación de su publicación a las 48 horas de la confirmación de la recepción del anuncio conforme al artículo 51.*

2. Los anuncios publicados a nivel nacional no incluirán información distinta de la que figure en los anuncios enviados a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea o publicados en un perfil de comprador, pero indicarán la fecha de envío del anuncio a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea o de su publicación en el perfil de comprador.

3. Los anuncios de información previa no se publicarán en un perfil de comprador antes de que se envíe a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea el anuncio de su publicación en la citada forma, e indicarán la fecha de dicho envío”.

Finalmente, el Anexo V (parte h) detalla la información que debe figurar en los anuncios de licitación relativos a contratos de servicios sociales y otros servicios específicos a que se refiere el artículo 75, apartado, comprendiendo entre ella *“5. Plazo(s) para ponerse en contacto con el poder adjudicador, con vistas a participar”.*

De la exégesis de la regulación transcrita se extraen diversas conclusiones de especial relevancia para el análisis del caso concreto que nos ocupa. Así, en los supuestos en ella regulados la publicidad del anuncio de licitación en el DOUE deviene obligatoria; motivo por el cual su omisión determina la nulidad de pleno derecho de la adjudicación conforme a lo dispuesto en el artículo 126.2 LFCP. Y ello toda vez que la publicación del anuncio en el DOUE constituye, en estos supuestos, un trámite fundamental para permitir el acceso a la licitación de los operadores económicos comunitarios; finalidad u objetivo expresamente señalado en el artículo 1 de la Directiva 2014/724UE.

Del mismo modo, el envío del anuncio al DOUE debe preceder a cualquier otra publicidad y, en todo caso, esta última publicidad deberá indicar la fecha de aquel envío y no contener indicaciones distintas a las incluidas en el anuncio comunitario. Respecto del anuncio en el Portal de Contratación de Navarra se publicará además del anuncio comunitario, lo que unido a lo anterior indica su subordinación a éste. En consecuencia, en los supuestos de publicidad comunitaria la publicidad imprescindible es la realizada en el DOUE, que por ello debe realizarse en la forma que la norma contempla, y no la del portal de contratación que, en estos casos, ostenta un carácter secundario. Abunda en ello, la previsión legal de que el anuncio de licitación publicado en el portal no puede tener indicaciones distintas a las del DOUE; previsión que únicamente puede ser interpretada en el sentido de que en caso de discrepancia entre ambas publicidades debe prevalecer lo consignado en el anuncio de licitación comunitario, con las consecuencias que de ello en cada caso se deriven; tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 22 de abril de 2010, asunto C-423/07: *“59 El carácter fundamental del anuncio, en lo que se refiere tanto a los contratos públicos como a las concesiones de obras, en lo que respecta a la información, en condiciones respetuosas con el principio de igualdad de trato, a los licitadores de los diferentes Estados miembros, se pone de relieve en el artículo 11, apartado 11, de la Directiva 93/37, de acuerdo con el cual, la posible publicación de anuncios en el ámbito nacional no debe incluir más información que la publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas”*.

Finalmente, dicho anuncio tiene la consideración de oferta pública vinculante para el órgano de contratación - de ahí que sea determinante la publicidad en el medio en cada caso en cada caso exigible, precisamente, para el inicio del plazo para la presentación de proposiciones – y debe realizarse conforme al procedimiento y modelos oficiales establecidos por la Unión Europea. Es decir, en anuncio de licitación a publicar en el DOUE debe comprender el contenido mínimo que detalla el anexo V de la Directiva; contenido que, por tal motivo, adquiere carácter esencial y entre el que figura, en nuestro caso, la indicación del plazo que corresponda para que cualquier licitador interesado se pueda poner en contacto con el órgano de contratación con vistas a participar en la licitación; extremo que en el caso concreto que nos ocupa se

corresponde con la previsión del anuncio relativa al plazo previsto para la recepción de ofertas o solicitudes de participación, en la medida en que así se contempla expresamente en el anuncio publicado.

Así pues, es claro, y así se señala expresamente en el apartado J) del cuadro de características del contrato, que el cómputo del plazo previsto para la presentación de proposiciones por los interesados debe contar desde la publicación del anuncio de licitación y, por ende, debe iniciarse en el momento de la publicación de la licitación a través del medio que, conforme a lo dispuesto en la normativa de aplicación, resulte en cada caso preceptivo; en este caso, el Diario Oficial de la Unión Europea, sin que las posibles omisiones en el mismo puedan entenderse subsanadas, como parecen pretender las interesadas en sus escritos de alegaciones, por la difusión del anuncio en otros medios de publicación distintos, puesto que, de lo contrario, se frustraría manifiestamente la finalidad que el legislador persigue con la exigencia de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea, que no es otra que la de dar a conocer a todos quienes consulten dicho boletín la convocatoria de la licitación, ofreciendo la oportunidad de presentar proposiciones a todas las empresas interesadas en participar en la misma.

En este sentido, tal y como razona la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2014, es el anuncio de licitación el que determina la fecha de comienzo y fin del plazo de presentación de las ofertas y no el pliego. En efecto, esta determinación no puede hacerse en este último habida cuenta de que en el momento de su redacción no es posible conocer cuándo se remitirá o publicará el anuncio. En consecuencia lo relevante a este efecto es lo establecido en el anuncio de la licitación que debe primar respecto de las disposiciones del pliego.

Alcanzada la anterior conclusión, lo cierto es que en el caso concreto objeto de la reclamación la entidad contratante publicó el anuncio de licitación en el DOUE, si bien señaló un plazo para la presentación de proposiciones de imposible cumplimiento, en la medida en que fijaba como tal, precisamente, el día anterior al de la propia publicación. Asimismo, el anuncio en el Portal de Contratación de Navarra, cuyo

contenido sí contemplaba el plazo habilitado para la concurrencia de los interesados, se publicó antes que el comunitario, lo que, además de carecer de efecto subsanador respecto a la publicidad comunitaria, vulnera lo dispuesto en el artículo 52 de la Directiva; debiendo este Tribunal determinar las consecuencias derivadas de dichas circunstancias.

OCTAVO.- Resulta de aplicación al anuncio de licitación el régimen de invalidez establecido en los artículos 126 y 127 LFCP, conforme a lo dispuesto en tal sentido por la normativa general de procedimiento administrativo para los actos administrativos; diferenciándose entre vicios o causas de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad. De hecho, el primero de los preceptos citados enumera las causas de invalidez de los contratos administrativos, entre las que se encuentran las causas de nulidad establecidas con carácter general en la legislación reguladora del procedimiento administrativo, a las cuales se remite en la letra a) de su apartado segundo.

Al hilo de lo anterior, la entidad contratante, la reclamante y la tercera interesada que ha comparecido niegan que el defecto apreciado en el anuncio de licitación del contrato constituya un vicio de nulidad de pleno derecho, llegando a calificarlo como una mera irregularidad no invalidante; conclusión que este Tribunal no puede compartir.

Sobre la relevancia de la publicidad en el procedimiento de contratación pública, tal y como se ha señalado anteriormente, el TJUE ha señalado que los contratos tienen que ser objeto de una publicidad adecuada, para garantizar la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, con la finalidad de abrir estos contratos a una competencia efectiva entre empresarios de los estados miembros; advirtiéndose que la publicidad es uno de los principios que, con carácter general, informan la contratación pública. Así pues, la publicidad de las licitaciones es un requisito esencial, cuyo incumplimiento puede provocar la nulidad de pleno derecho o la anulabilidad, en función de la entidad del defecto en cada caso concurrente.

La nulidad absoluta, radical o de pleno derecho constituye el grado máximo de invalidez de los actos administrativos que contempla el ordenamiento jurídico,

reservándose para aquellos supuestos en que la legalidad se ha visto transgredida de manera grave, de modo que únicamente puede ser declarada en situaciones excepcionales que han de ser apreciadas con suma cautela y prudencia, sin que pueda ser objeto de interpretación extensiva, tal y como ha venido manifestando el Tribunal Supremo, entre otras muchas en Sentencia de 23 de febrero de 2000.

Se caracteriza la figura de la nulidad de pleno derecho por ser apreciable de oficio y a instancia de parte, por poder alegarse en cualquier tiempo, incluso aunque el acto administrativo viciado haya adquirido la apariencia de firmeza por haber transcurrido los plazos para recurrirlo, sin sujeción por tanto a plazo de prescripción o caducidad, por producir efectos *ex tunc*, es decir, desde el momento mismo en que el acto tuvo su origen y no desde que la nulidad se dicta y por ser insubsanable aun cuando se cuente con consentimiento del afectado, no resultando posible su convalidación.

Al objeto de calificar jurídicamente el incumplimiento advertido en la publicidad del contrato que nos ocupa, debemos analizar, en primer término, si la contradicción apreciada pudiera ser calificada como error material susceptible de ser rectificado sin más trámite y sin consecuencias invalidantes para el mismo; a cuyos efectos debe traerse a colación la doctrina del Tribunal Supremo puesta de manifiesto, entre otras, en su Sentencia de 1 de diciembre de 2011 que afirma lo siguiente: *“los simples errores materiales, de hecho o aritméticos son aquellos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, al deducirse con plena certeza del propio texto de la resolución, sin necesidad de hipótesis o deducciones.*

Tales errores materiales aluden, por consiguiente, a meras equivocaciones elementales, que se aprecian de forma clara, patente, manifiesta y ostensible, evidenciándose por sí solos, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas, ya que afectan a un determinado suceso de manera independiente de toda opinión, criterio o calificación, al margen, pues, de cualquier interpretación jurídica y de toda apreciación hermenéutica valorativa.”

Así, el señalamiento de un plazo para presentación de proposiciones de imposible cumplimiento por indicarse una fecha anterior a la propia convocatoria de licitación no puede, en ningún caso, ser calificado de error material y ello, además, en la medida en que su rectificación hubiera precisado la modificación del anuncio de licitación y la apertura, nuevamente, del plazo legal para la presentación de proposiciones o de consultas de participación, a contar desde la nueva publicación en forma; restando, en consecuencia, analizar si dicha circunstancia constituye un vicio de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad del anuncio, para lo cual resultan de especial relevancia los efectos derivados del mismo.

En este sentido, debemos partir del carácter esencial del principio de publicidad que constituye uno de los principios rectores en materia de contratación pública – configurado como medio a través del cual es posible dar cumplimiento al principio de concurrencia, fundamento de toda la regulación comunitaria sobre la materia y sustento de los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia que consagra de modo expreso el considerando primero de la Directiva -, así como de la razón de ser de la exigencia legal de someter determinadas licitaciones a publicidad comunitaria que, de manera significativa, expone la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2007: “52. *Tal y como se desprende de sus considerandos segundo y décimo, la Directiva pretende eliminar las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras, con el fin de abrir tales mercados a una competencia efectiva (sentencia Ordine degli Architetti y otros, antes citada, apartado 52). El décimo considerando de la Directiva precisa que el desarrollo de esta competencia requiere una publicidad comunitaria de los anuncios de los contratos que incluya la suficiente información para que los contratistas de la Comunidad Europea puedan apreciar si los contratos propuestos les interesan. A este respecto con el umbral previsto en el artículo 6 de la Directiva se pretende garantizar que los contratos públicos que, por lo elevado de su valor, puedan suscitar participación intracomunitaria sean comunicados a los potenciales licitadores*”.

En segundo lugar debe repararse en que en los supuestos de contratos en que la publicidad comunitaria resulta preceptiva, la publicación que resulta indisponible para la entidad contratante es la del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, debiéndose señalar expresamente en el mismo, por así exigirlo la Directiva, el plazo para ponerse en contacto con el poder adjudicador, con vistas a participar (previsión que en el caso que nos ocupa se corresponde con el plazo para la recepción de ofertas); sin que, sobre la base de los principios de publicidad y concurrencia, su omisión pueda suplirse con informaciones e incluso con publicidad de otro tipo por ser éstas de carácter secundario y subordinado al anuncio comunitario.

Pues bien, el anuncio publicado en el DOUE contiene una contradicción que adquiere carácter esencial en este sentido, en la medida en que indica que el plazo finalizaba el día anterior a su propia publicación, de manera que dicha contradicción imposibilita que el acto (anuncio de licitación) pueda cumplir la finalidad para la que es concebido, que no es otra que la apertura del plazo de concurrencia competitiva inherente a los procedimientos de licitación de contratos públicos; determinando, así, la imposibilidad de cualquier licitador interesado de un de estado miembro de ejercitar un derecho esencial como es participar en el procedimiento de licitación, con infracción de los principios de publicidad y concurrencia.

Así, dicho anuncio, en la medida en que señala un plazo imposible de cumplir debe calificarse de contenido imposible y, por ende, viciado por la concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 47.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Y ello toda vez que dicha causa de nulidad de pleno derecho concurre cuando nos encontramos, como es el caso, ante actos que, por propio ser o realidad intrínseca, no pueden llevarse a cabo, bien porque encierran contradicción interna o en sus términos, bien por su oposición a leyes físicas inexorables o a las que racionalmente se considera insuperable; tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2008 (doctrina reiterada en Sentencia de 31 de mayo de 2012) *"La nulidad de actos cuyo contenido sea imposible ha sido apreciada siempre con suma prudencia por la doctrina y la jurisprudencia, que trata de evitar que se amplíe inadecuadamente el*

supuesto legal a cualquier acto desprovisto de fundamento jurídico para ser dictado. (...)La imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de procedimiento debe ser, por ello, de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad (...) la imposibilidad debe ser, asimismo, originaria ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto. Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste (sentencias de 6 de noviembre de 1981 y 9 de mayo de 1985)" .

Pero es más, la convocatoria de la licitación del contrato no ha ido precedida de la publicación en debida forma de los anuncios conforme a los artículos 49, 51 y 52.1 de la Directiva de contratos, puesto que en anuncio publicado en el Portal de Contratación de Navarra no sólo contiene información que difiere del comunitario en lo que al plazo de presentación de proposiciones se refiere, sino que se publica el mismo día del envío de éste y sin indicar dicho extremo; de manera que en atención al defecto apreciado en la misma, no sólo no se ha respetado el plazo para presentación de proposiciones establecido en la LFCP a partir de la publicación que resulta obligatoria, sino que ni siquiera dicho anuncio ha podido desplegar sus efectos por señalar para ello un plazo ya vencido, lo que determina la nulidad del anuncio por vulnerar la regulación prevista en las normas de efecto directo de la Directiva de contratos.

Así las cosas, la distinta publicidad realizada en ambos medios, de la que deriva la imposibilidad citada, y la vulneración de las disposiciones antes citadas relativas a la publicidad de las licitaciones supone una grave infracción no sólo del principio de publicidad sino del principio de igualdad de trato recogidos en el artículo 21 LFCP, que se ha traducido en que los interesados en la licitación han recibido distinta información dependiendo del diario oficial que hayan consultado, con la gravedad de que en el

anuncio comunitario se señalaba como vencido el plazo para poder concurrir a la misma, lo que implica, conforme a lo dispuesto en los artículos 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 126.2.a) LFCP la nulidad de pleno derecho del anuncio de licitación.

A ello no cabe oponer tampoco, como pretende la entidad contratante, que el pliego contenía la determinación del plazo de presentación de proposiciones, y ello toda vez que dicha previsión es contenido propio y esencial del anuncio de licitación, de manera que la discrepancia entre la información contenida en los pliegos y en los anuncios, determinará – tal y como razona el Acuerdo 10/2011 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón - por sí sola la nulidad de los pliegos por contener incongruencias que impidan conocer con claridad cuáles son las condiciones básicas del contrato.

Por todo ello, este Tribunal debe pronunciarse en el sentido de declarar la nulidad de anuncio de licitación y, por ende del procedimiento de procedimiento de adjudicación, así como la imposibilidad de continuarlo. Pronunciamiento que conlleva la desaparición del objeto de la reclamación presentada por “TALLUNCE, SL” frente a su exclusión del procedimiento de adjudicación de referencia.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 212.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por la mercantil “TALLUNCE, SL”, frente a su exclusión de la licitación del contrato del “servicio de alimentación a los usuarios del servicio de atención a domicilio del Ayuntamiento de Pamplona, con criterios de sostenibilidad”, anulando el anuncio de

licitación y todo el procedimiento de licitación, y declarando la imposibilidad de continuarlo válidamente.

2º. Notificar el presente Acuerdo a la reclamante, al Ayuntamiento de Pamplona y a los demás interesados que así figuren en la documentación del expediente y ordenar la publicación del mismo en la página web del Tribunal.

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, 23 de junio de 2017. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, Ana Román Puerta. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.