



Expediente: 34/2023

ACUERDO 40/2023, de 5 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por TAURONAVARRA, S.L. contra la Resolución de Alcaldía 140/2023, de 17 de abril, por la que se adjudica a don I. L. B. el contrato de “*organización de los festejos taurinos para las Fiestas de la Juventud y Patronales de San Adrián 2023*”, licitado por dicho Ayuntamiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de febrero de 2023, el Ayuntamiento de San Adrián publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de “*organización de los festejos taurinos para las Fiestas de la Juventud y Patronales de San Adrián 2023*”.

A la licitación de dicho contrato concurren los siguientes licitadores:

- ESPECTÁCULOS TAURINOS TERCIOLE, S.L.
- BOUS AL CARRER, S.L.
- I. L. B.
- N. M. S.
- TAURONAVARRA, S.L.

SEGUNDO.- Con fecha 8 de marzo la Mesa de Contratación procedió a la apertura del sobre 1 (Documentación Administrativa) presentado por los licitadores, admitiendo a todos ellos tras su examen.

Igualmente, procedió a la apertura de las ofertas contenidas en el sobre 2 (Documentación relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas), asignando las

puntuaciones correspondientes a las mismas el 22 de marzo, con base en el informe técnico emitido el día 15.

A continuación, abrió las ofertas del sobre 3 (Documentación relativa a criterios cuantificables mediante fórmulas), siendo las ofertas económicas realizadas por los licitadores las siguientes: ESPECTÁCULOS TAURINOS TERCIOLE, S.L. de 34.500 euros; BOUS AL CARRER, S.L. de 33.500 euros; I. L. B. de 22.000 euros; N. M. S. de 26.250 euros; TAURONAVARRA, S.L. de 27.990 euros.

Las puntuaciones atribuidas a los licitadores en dicho criterio de adjudicación fueron las siguientes: ESPECTÁCULOS TAURINOS TERCIOLE, S.L. de 25,51 puntos; BOUS AL CARRER, S.L. de 26,27 puntos; I. L. B. de 40 puntos; N. M. S. de 33,52 puntos; TAURONAVARRA, S.L. de 31,44 puntos.

Y, finalmente, las puntuaciones totales de las ofertas fueron las que siguen: ESPECTÁCULOS TAURINOS TERCIOLE, S.L. de 53,51 puntos; BOUS AL CARRER, S.L. de 78,27 puntos; I. L. B. de 91 puntos; N. M. S. de 83,52 puntos; TAURONAVARRA, S.L. de 85,44 puntos.

Con fecha 3 de abril la Mesa de Contratación formuló propuesta de adjudicación del contrato a favor de don I. L. B., y por la Resolución de Alcaldía 140/2023, de 17 de abril, se le adjudicó el contrato.

El apartado quinto de la parte resolutive de dicho acto señala que frente al mismo cabe interponer, entre otros recursos, *“reclamación especial en materia de contratación pública, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 122 y siguientes de la LF 2/2018, en el plazo de diez días a contar desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución”*.

La notificación de la misma a TAURONAVARRA, S.L. se produjo el 17 de abril.

TERCERO.- Con fecha 27 de abril TAURONAVARRA, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a dicha adjudicación. La presentación de la misma se hizo a través del Registro General Electrónico del Ayuntamiento de San Adrián y de la Plataforma de licitación electrónica de Navarra (PLENA).

Dicha reclamación, tramitada como expediente 30/2023, fue inadmitida por el Acuerdo 34/2023, de 8 de mayo, de este Tribunal, por haberse presentado fuera del cauce telemático establecido en la LFCP o en su normativa de desarrollo, conforme a lo dispuesto en el artículo 127.3.f) de dicha ley foral.

En el acuerdo se advertía que el defecto apreciado no era subsanable, sin perjuicio de la posibilidad del reclamante de interponer un nuevo recurso especial a través del Portal de Contratación de Navarra, siempre y cuando se encontrara dentro del plazo previsto legalmente para ello.

CUARTO.- Con fecha 9 de mayo TAURONAVARRA, S.L. ha interpuesto una nueva reclamación especial frente a la adjudicación del contrato, formulando las siguientes alegaciones:

Señala, en primer lugar, que el presupuesto de la licitación asciende a 35.000 euros, IVA excluido, siendo su valor estimado de 75.000 euros, IVA excluido, sin que en los informes de la unidad gestora del contrato ni del Secretario municipal se contenga un detalle exhaustivo del cálculo estimado de ingresos y gastos asociados a la prestación del servicio.

Manifiesta, igualmente, que la cláusula 4 del pliego regulador del contrato (Valor estimado del contrato y presupuesto de licitación), establece que el *“El valor estimado del contrato se ha calculado considerando el valor de mercado de este tipo de servicios. En el mismo se tiene en cuenta la cifra de negocio calculada en función de lo recaudado por la venta de entradas y abonos, que gestionará el adjudicatario, más la cuantía que abonará el Ayuntamiento. El precio máximo de las entradas y abonos*

fijados por la asistencia a los espectáculos serán las establecidas por la adjudicataria, sin que puedan ser superiores a los siguientes: (...)”.

Por su parte, la cláusula 9.2 (Forma y contenido de las proposiciones) dispone que los licitadores deben presentar en el sobre 2 un programa de los festejos taurinos para las fiestas de San Adrián 2023, en el que se detallen obligatoriamente la celebración de todos y cada uno de los festejos taurinos que rigen la presente contratación.

La cláusula 17 (Ejecución del contrato) señala que la misma *“se realizará a riesgo y ventura del contratista y serán por cuenta de éste las pérdidas, averías o perjuicios que experimente durante la ejecución del contrato sin perjuicio de su aseguramiento por el interesado. Dentro de ese riesgo y ventura, en particular, el contratista asume las limitaciones de aforo que resulten de las condiciones de apertura que establezca el Departamento de Interior del Gobierno de Navarra, (...)”*, estableciéndose a continuación las obligaciones que asume el adjudicatario.

Por último, la cláusula 10.2, donde se regulan los criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmulas, establece que *“La oferta más económica recibirá 40 puntos. La valoración del resto de ofertas económicas se realizará aplicando la fórmula inversamente proporcional que se indica”*.

Señala que debe subrayarse que no existe en el pliego regulador previsión alguna en relación con la obligación preceptiva que establece el artículo 98.1 de la LFCP, acerca de la necesaria previsión en el pliego de la determinación, por referencia al precio de licitación o al resto de ofertas presentadas, de las condiciones para considerar anormalmente baja una oferta atendiendo al objeto de la prestación y las condiciones del mercado, así como la necesaria comunicación, antes de rechazar la oferta, de dicha circunstancia al licitador afectado para que en el plazo de cinco días presente la justificación que considere oportuna.

Manifiesta que la oferta económica presentada por el adjudicatario, que alcanza un importe de 22.000 euros, contiene una disminución del 37,14% en relación con el

precio de licitación, pudiendo ser la misma anormalmente baja, debiendo haberse verificado su viabilidad mediante el requerimiento de una valoración de los apartados relativos a la oferta referidos a los costes de personal, adquisición de reses, arrendamiento del coso taurino, y otros costes inherentes a la prestación del servicio, gastos generales y beneficio industrial, y todo ello en relación con las obligaciones a que viene el licitador sujeto en el pliego, por cuanto un análisis prudencial lleva necesariamente a la consideración de que la propuesta presentada pudiera no resultar viable ni cumplir con las obligaciones del contrato ni otras derivadas de los terceros con quienes se contrata como profesionales taurinos y proveedores.

Alega, a este respecto, que el total estimado de los gastos asciende a 91.730,10 euros (correspondiendo 72.230,10 euros a los gastos de las novilladas, 7.000 euros a otros gastos de personal auxiliar y 12.500 euros al alquiler de la plaza de toros y subvenciones a las peñas), mientras que el total de ingresos estimado es de 83.725 euros (entre venta de entradas por importe de 58.725 euros, subvención municipal de 22.000 euros y venta de carne por 3.000 euros), con un resultado neto negativo de 8.005,10 euros. Concluye, de lo anterior, que la oferta presentada por el adjudicatario resulta anormalmente baja, pudiendo presumirse que no va a ser cumplida regularmente.

Reitera que en los pliegos no se contempla un mecanismo para la determinación de las ofertas anormalmente bajas, no habiéndose realizado ningún análisis económico sobre la viabilidad de la oferta del adjudicatario. Señala que es el pliego el que debe establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los supuestos en que una oferta se considera anormalmente baja, por lo que no cabe que el mismo guarde silencio al respecto. Alega que, ante tal silencio, debió haberse requerido al adjudicatario justificación sobre la viabilidad de su oferta, más si cabe, cuando no existe en el expediente de licitación un análisis previo sobre los costos e ingresos en relación con las obligaciones de la prestación por aquel. Considera que, por ello, concurre la causa de nulidad establecida en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por haberse dictado la resolución prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la

formación de la voluntad de los órganos colegidos, como es la contenida en el artículo 98 de la LFCP.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que se declare la nulidad de la resolución impugnada, ordenándose la retroacción de las actuaciones al momento de la apertura de las proposiciones económicas, declarando la oferta del adjudicatario anormalmente baja por presumir que no va a ser cumplida regularmente, con traslado de dicha circunstancia al mismo para que en el plazo de cinco días presente la justificación que considere oportuna.

QUINTO.- Con fecha 10 de mayo el órgano de contratación aportó el correspondiente expediente y presentó un escrito de alegaciones, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP, donde señala lo siguiente:

1ª. Alega que la adjudicación del contrato fue notificada al reclamante el 17 de abril, por lo que el plazo para interponer la reclamación especial finalizó el día 27 de dicho mes, siendo por ello la reclamación extemporánea, debiendo ser inadmitida conforme a lo dispuesto en el artículo 127.3 de la LFCP.

Señala, asimismo, que aun haciendo una interpretación favorable al recurrente, y considerando que en el pie de recursos del acto de adjudicación no se explicita que el plazo para interponer la reclamación especial se computa en días naturales, si dicho plazo se computara en días hábiles, el último día para interponer aquella hubiera sido el 2 de mayo, por lo que también debería considerarse fuera de plazo.

2ª. Respecto al fondo de la reclamación, para el caso de que no se estimara la argumentación formulada sobre su inadmisibilidad, señala que el acto recurrido es ajustado a Derecho y no debe ser anulado.

Manifiesta que el recurrente formuló una oferta económica de 27.790 euros, inferior en más del 20% al precio de licitación del contrato.

Igualmente alega que, conforme al artículo 53 de la LFCP, la presentación de proposiciones supone la aceptación incondicionada del contenido de los pliegos, lo que supone la imposibilidad de cuestionar los mismos con ocasión de la impugnación del acto de adjudicación del contrato, por lo que no procede estimar la reclamación del recurrente de la resolución de adjudicación basada en que los pliegos, que no recurrió en su momento, no recogen lo establecido en el artículo 98 de la LFCP.

Señala que la retribución del contratista consiste en el derecho a explotar el servicio, acompañado de un precio, transfiriendo al concesionario el riesgo operacional. Manifiesta que la Mesa de Contratación estimó que la oferta económica del adjudicatario no era inviable y no implicaba el riesgo de incumplimiento de obligaciones salariales, con la seguridad social o de pago a proveedores. Reitera que la retribución del contratista en este contrato no consiste únicamente en el precio que le debe abonar el contratante, sino también en lo que obtenga por la explotación de la plaza de toros, mediante venta de abonos y entradas, y otro tipo de ingresos que pueda obtener. Así, la reducción del precio propuesta por el adjudicatario, aunque constituye una rebaja del 37% del precio de licitación, no supone un porcentaje tan alto respecto al valor estimado del contrato y puede ser compensado por una diligente gestión en la explotación de la plaza de toros, vendiendo más abonos y entradas, obteniendo ingresos por publicidad, disminuyendo gastos, sin incumplir las obligaciones legalmente establecidas, o por cualquier otro medio.

Respecto a la viabilidad de la oferta económica del adjudicatario, alega que este resultó adjudicatario del mismo contrato en el año 2022, por un precio de 23.251 euros, IVA excluido, no muy inferior al precio por el que se le ha adjudicado el contrato de este año, siendo las condiciones de ambos contratos muy similares. Así, se exigía la organización del mismo número de festejos y de la misma categoría. Además, en el contrato del año pasado la plaza de toros que se instaló, conforme a la cláusula 1 de los pliegos reguladores, tenía un aforo de 1.200 localidades, inferior a la que se exige que se utilice este año, que debe tener, al menos, 1.600 localidades. Por ello, se estima viable la ejecución del contrato este año, considerando, además, que las posibilidades de obtener más dinero de la explotación de la plaza son mayores, por ser su aforo superior.

Alega, asimismo, que el reclamante efectúa una evaluación de los ingresos y gastos que resultan de la ejecución del contrato que no justifica, salvo los costes salariales de novilleros y cuadrillas, en los que se remite al convenio colectivo de aplicación, de tal forma que las cuantías que establece como costes de alquiler, montaje y desmontaje de la plaza de toros, coste de las mulillas, de porteros, banderillas, etc., pueden reducirse por parte del adjudicatario.

Igualmente, respecto a los ingresos efectúa una estimación de venta de entradas y abonos que cifra en 1.355 unidades para cada uno de los festejos. Alega, en relación con ello, que no pueden determinarse con antelación cuántos abonos y entradas se venderán, y, si se alcanza la cifra de 1600 localidades, que es el aforo mínimo que deberá tener la plaza que se instale, los ingresos pueden incrementarse en más de 10.000 euros respecto a la estimación que hace el reclamante, con lo que se superaría el resultado neto negativo que, según este, obtendría el adjudicatario con la ejecución del contrato. Señala también que los ingresos del adjudicatario no tienen por qué limitarse a la venta de abonos y entradas, pudiendo obtener otros ingresos de patrocinadores, publicidad, etc. que el reclamante no cuantifica.

Concluye, a este respecto, que la estimación que hace el recurrente de que el adjudicatario del contrato, con el precio de adjudicación aprobado, obtendría un resultado de explotación negativo es una opinión subjetiva, que se basa en estimaciones de ingresos y gastos que no tienen por qué ser los que realmente se produzcan.

Respecto a la causa de nulidad alegada por el reclamante, manifiesta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido especialmente restrictiva en cuanto al tratamiento de la misma, al señalar que la consistencia de los defectos formales necesarios para aplicar esta nulidad debe ser de tal magnitud que “es preciso que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de los trámites”. Así, dicha causa de nulidad se produce en dos supuestos: cuando se prescinde de todo trámite, es decir, se produce el acto sin la instrucción previa de procedimiento alguno y cuando se haya seguido un procedimiento legalmente previsto para un objeto distinto. Igualmente, ha venido sosteniendo que la infracción ha de ser clara, manifiesta y ostensible.

Alega que tampoco se ha producido una infracción de las normas de igualdad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato, motivos incluidos entre los que de forma tasada señala el artículo 124.3.c) de la LFCP para fundar una reclamación especial en materia de contratación pública, que es el motivo que invoca el recurrente en su escrito de interposición de la reclamación, habiendo tenido todos los licitadores la misma información, plazos y oportunidades para formular sus propuestas. Insiste en que la oferta económica del recurrente también supone una baja considerable respecto al presupuesto de licitación y que no impugnó en tiempo y forma los pliegos reguladores, por lo que no resulta procedente cuestionar ahora los pliegos en la impugnación de la adjudicación.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que se inadmita la reclamación especial interpuesta por haberse presentado fuera de plazo, y que, en caso de que sea admitida, se desestime por carecer de fundamento, confirmándose íntegramente el acto recurrido.

SEXTO.- Con fecha 11 de mayo el órgano de contratación procedió a completar el expediente remitido, mediante la aportación de los justificantes de la notificación a los licitadores de la resolución de adjudicación del contrato.

SÉPTIMO.- El 11 de mayo 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 presentado 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 y, de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los actos de adjudicación.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo o legítimo, cumpliendo con ello el requisito establecido 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. - Procede seguidamente examinar si la reclamación ha sido interpuesta dentro del plazo legalmente previsto en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP, plazo que es cuestionado por el órgano de contratación que plantea la extemporaneidad de la reclamación conforme a lo previsto en el artículo 127.3.a) de la LFCP.

Previo a su análisis debemos recordar que el artículo 124.2.b) establece que el plazo para la interposición de la reclamación especial en materia de contratación pública es de diez días a contar desde *“el día siguiente al de la notificación del acto impugnado cuando se recurran los actos de tramitación y de adjudicación por parte de quienes hayan licitado”*, cómputo de dicho plazo que ha de realizarse en días naturales, conforme a lo previsto en el artículo 47.1 de la misma ley foral, con arreglo al cual *“Todos los plazos establecidos en esta ley foral se entenderán referidos a días naturales salvo que expresamente se disponga lo contrario”*.

Pues bien, del expediente objeto de la reclamación se constata que la resolución se notificó el 17 de abril, por lo que en principio el plazo para interponer la reclamación especial finalizó el día 27 del mismo mes, lo que justificaría que, al ser presentada el 9 de mayo, fuera considerada como extemporánea. No obstante, hay que tener en cuenta que la notificación practicada omite la indicación de que el plazo para el ejercicio de esta concreta acción de impugnación se computa en días naturales, debiendo ser calificada, por ello, como defectuosa. Ello es así porque conforme a lo dispuesto en los artículos 40.2 y 30.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para considerarse válidamente

emitida la notificación, es necesario que contenga la indicación expresa de que el cómputo para su interposición se realiza en días naturales, y en su defecto resultará de aplicación lo previsto en el artículo 40.3 de la citada Ley 39/2015, que determina que *“3. Las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda.”*

Interesa recordar al respecto, lo indicado en la Sentencia de 3 de junio de 2002 del Tribunal Supremo, *“la notificación no constituye un requisito de validez pero sí de eficacia del acto administrativo. Sólo a partir de ella comienzan sus efectos y sólo desde entonces empieza también el cómputo de los plazos para la interposición de los recursos (administrativos o jurisdiccional). Como mecanismo de garantía la notificación estaba (y está) sometida a estrictos requisitos formales, de modo que las notificaciones defectuosas, en principio, no surtían (ni surten) efectos. (...). Por consiguiente, fuera de dichos supuestos, el acto administrativo mal notificado (y, por supuesto, el no notificado) no es eficaz (aunque pueda ser válido) y, por ello, no empieza a correr el plazo para impugnarlo; plazo que permanece abierto incluso en el supuesto en que el interesado interponga un recurso improcedente.”*

Igualmente, la Sentencia del mismo Tribunal de 23 de abril de 1993, señala que *“La notificación, como acto de comunicación a los interesados de las resoluciones que afecten a sus derechos e intereses -art. 79.1-, que el art. 58.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre (RCL 1992\2512 y 2775), refiere con mejor técnica a las resoluciones y actos administrativos (en general), tiene como objeto poner en conocimiento de las personas a quienes pueda afectar el contenido de una decisión administrativa. Esta es la finalidad primaria y esencial de las notificaciones, que los interesados se enteren de lo que ha resuelto la Administración, por eso las notificaciones defectuosas, esto es, las que no reúnen los requisitos que exige el art. 79.2 surten efecto desde la fecha en que se hace manifestación expresa en tal sentido o se interpone el recurso procedente -art. 79.3-, ya que en estos supuestos la Ley presume que el interesado tiene cabal conocimiento de la resolución dictada. Por tanto, lo decisivo en esta materia es que los*

interesados conozcan el contenido de las resoluciones administrativas que puedan afectar a su esfera jurídica”.

De igual modo este Tribunal ha dictado, asimismo, numerosos acuerdos en relación con las notificaciones defectuosas, pudiendo destacarse, por su semejanza con el presente caso, lo dispuesto en el Acuerdo 15/2021, de 9 de febrero, que señala que *“En los casos de notificación defectuosa, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.3 transcrito, dicha notificación sólo puede quedar convalidada desde la fecha en que el interesado realizó actos que ponen de manifiesto el conocimiento del contenido y alcance del acto o resolución objeto de notificación, o interpuso el recurso procedente pues, como señala el Tribunal Constitucional - por todas, Sentencia 158/2000, de 12 de junio -, lo que no es admisible es que resulte un perjuicio para el particular que no quedó ilustrado de la vía a seguir frente a una resolución que estimaba gravosa como consecuencia de la falta de diligencia o del error de la Administración al realizar una notificación insuficiente o sin cumplir los estrictos requisitos que el artículo 40.2 LAPACAP recoge.*

En el supuesto examinado, la omisión en la notificación cursada al efecto de la circunstancia relativa a que el plazo para el ejercicio de esta concreta acción de impugnación se computa en días naturales, determina que la comunicación realizada deba reputarse como notificación defectuosa, con la consecuencia de que la reclamación que aquí se examina debe considerarse ejercitada dentro del plazo legalmente establecido para su interposición.

Sobre este particular, señala la Sentencia 586/2019, de 29 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que“(…) lo que realmente resulta discutible no es en sí que el cómputo de los plazos se deba realizar por días naturales, lo que de manera implícita y en cierta medida se acepta por la recurrente, sino si en nuestro asunto se han observado los requisitos y formalidades exigibles para que resulte válido y pueda entenderse que el cómputo de los plazos- en este caso el de los 10 días- se imponga imperativamente por días naturales y no por días hábiles tal y como defiende la mercantil recurrente.

En este sentido la Sala comparte la argumentación de la parte actora y entiende que la solución al caso la encontramos en lo dispuesto en el art. 48.1 de la Ley 30/92 cuando establece que: "Siempre que por Ley o normativa comunitaria europea no se

expresare otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos.

Cuando los plazos se señalen por días naturales, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones".

Por tanto, y de acuerdo con el precepto señalado, es preciso para hacer valer todas las consecuencias derivadas de la inobservancia de los plazos legales impuestos, que tratándose del cómputo de plazos por días naturales, se haga referencia expresa en la notificación de que se trata del cómputo por dicho sistema de días naturales para que el interesado quede suficientemente advertido sobre ello y no se llame a engaño sobre tal observancia, ya que se trata de una excepción a una regla general ya inveterada en nuestro derecho de que el cómputo de los plazos normalmente se ha venido haciendo por días hábiles.

Aunque no resulte de aplicación, también avala el tenor del citado art. 48.1, el nuevo articulado de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuyo art. 30.2 establece lo siguiente: (...).

Entiende la Sala que la concreta forma en que se ha realizado la notificación del contenido de las actas de conformidad sin indicación de que el cómputo de los plazos se debería llevar a cabo por días naturales induce a error o confusión sobre la forma de evaluar tal cómputo, lo que impide su exigencia ante la creencia de que a falta de esa indicación el cómputo a tener en cuenta como el más habitual sería el de días hábiles. Todo esto comporta que se admita la solicitud de aplazamiento como causa de oposición a la providencia de apremio con efecto invalidante sobre la misma al deberse aceptar tal solicitud, como, por cierto, y con posterioridad ocurrió. (...)"

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Sentencia 152/2008, de fecha 7-3-2008, cuando indica que "(...) La Administración al incumplir la obligación de hacer constar tal circunstancia en la notificación, indujo a error a la demandante haciendo que al interponer la reclamación económico administrativa frente a las liquidaciones aduaneras y solicitar su suspensión (un día después de vencer el cómputo del plazo en días naturales) creyese que efectivamente estaba en plazo. Este error inducido no puede tener consecuencias gravosas para la entidad recurrente cual sería el recargo de apremio y por ello el recurso debe ser estimado".

Y por ello, la notificación practicada debe reputarse como defectuosa, lo que determina la admisión a trámite de la reclamación interpuesta, lo que resulta igualmente avalado por la doctrina de este Tribunal referida en el Acuerdo 20/2023, de 22 de febrero, donde señalamos que *“la apreciación de las circunstancias de admisibilidad de los recursos afecta al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE y, en consecuencia, la interpretación de las causas que en relación con los mismos establezcan las normas que en cada caso los regulen, son de interpretación estricta, resultando, además, que el principio “pro actione” exige restringir al máximo las causas de inadmisibilidad de los recursos, si bien debe ser entendido no como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican. Así lo viene declarando de forma reiterada el Tribunal Constitucional – por todas, en su sentencia de 11 de abril de 2013 -, que pone de relieve que “Tal como ha reiterado este Tribunal, el derecho de acceso a la jurisdicción, como garantía esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), si bien no exige necesariamente seleccionar la interpretación más favorable a la admisión de un procedimiento entre todas las que resulten posibles, sí impone que los óbices procesales se interpreten de manera proporcionada ponderando adecuadamente los fines que preserva ese óbice y los intereses que se sacrifican”.*

Debe traerse a colación, en este sentido, la doctrina constitucional en materia de acceso a la jurisdicción contenida, entre otras muchas, en la STC 102/2009: “corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar la razón en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que, de forma equivalente, excluye el pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los Jueces y Tribunales compete de interpretar las normas jurídicas en los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si las razones en que se basa la resolución judicial está constitucionalmente justificada y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que dicha resolución se funda. En esta tarea el Tribunal tiene que guiarse por el principio hermenéutico pro actione, que

opera en el ámbito del acceso a la jurisdicción con especial intensidad, ampliando el canon de control de constitucionalidad frente a los supuestos en los que se ha obtenido una primera respuesta judicial; de manera que, si bien no obliga a la forzosa selección de la interpretación más favorable al acceso a la justicia de entre todas las posibles, sí proscribe aquellas decisiones judiciales que, no teniendo presente la ratio del precepto legal aplicado, incurren en meros formalismos o entendimientos rigoristas de las normas procesales que obstaculizan la obtención de la tutela judicial mediante un primer pronunciamiento sobre las pretensiones ejercitadas, vulnerando así las exigencias del principio de proporcionalidad (por todas, STC 188/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Por ello el examen que hemos de realizar en el seno de un proceso constitucional de amparo, cuando en él se invoca el derecho a obtener una primera respuesta judicial sobre las cuestiones planteadas, permite, en su caso, reparar, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal o que, teniéndola, sea fruto de una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en un error patente que tenga relevancia constitucional, sino también aquellas decisiones judiciales que, desconociendo el principio pro actione, no satisfagan las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 2; 279/2005, de 7 de noviembre, FJ 3; y 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5, por todas)".

QUINTO.- Antes de entrar al análisis de las cuestiones de fondo planteadas debemos recordar sucintamente la doctrina consolidada, contenida entre otros en nuestro Acuerdo 41/2022, de 11 de mayo, de la consideración de los pliegos como ley del contrato al que deben sujetarse tanto los licitadores como el órgano de contratación, como así dispone el artículo 53.1 de la LFCP, teniendo en cuenta, además, que dichos pliegos fueron conocidos por quien ahora reclama y no fueron objeto de recurso, siendo aceptados por los licitadores al formular sus ofertas, y en consecuencia las previsiones contenidas en el pliego han devenido firmes y consentidas por no haber sido impugnadas en el momento procedimental oportuno con ocasión de la publicación de dicho documento contractual, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto las que sean nulas de pleno.

Carácter vinculante que recuerda a mayor abundamiento el pliego al prever en su cláusula 9 que *“La presentación de proposiciones supone la aceptación incondicional por la persona licitadora del contenido de la totalidad de las cláusulas del pliego que rigen la licitación, sin salvedad o reserva alguna”*.

Pues bien, teniendo presente dicha doctrina, debemos recordar de manera sucinta los planteamientos de las partes personadas en el procedimiento. Alega el reclamante al respecto la ausencia en el pliego regulador de las condiciones para considerar una oferta como anormalmente baja, lo que resulta preceptivo conforme a lo dispuesto en el artículo 98.1 de la LFCP, considerando que la oferta formulada por el adjudicatario puede resultar inviable, debiendo requerirse su justificación. Por todo ello, alega la concurrencia de causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y solicita la nulidad de la adjudicación con retroacción de las actuaciones al objeto de que la oferta formulada por el adjudicatario sea considerada anormalmente baja y se le requiera su justificación.

Por su parte, el órgano de contratación, solicita su desestimación, por cuanto señala que no cabe cuestionar el acto de adjudicación con base en supuestos defectos del pliego, conforme a la regla contenida en el artículo 53.1 de la LFCP. Igualmente, señala que la estimación de ingresos y gastos que realiza el recurrente es subjetiva, siendo así que una gestión diligente de la explotación del servicio puede suponer la obtención de mayores ingresos y menores gastos y negando la concurrencia de la causa de nulidad ni infracción de las normas de igualdad, concurrencia o transparencia en la licitación o adjudicación del contrato.

Expuestos ambos posicionamientos debemos recordar lo expuesto en el pliego que como venimos reiterando constituye la ley del contrato de obligada observancia para todas las partes. Así conforme a su cláusula 1 se deriva su calificación de contrato de concesión de servicios, al tener por objeto la organización y realización de festejos taurinos durante las fiestas patronales de San Adrián durante el mes de julio de 2023, así como el alquiler, montaje y desmontaje de una plaza de toros portátil con un aforo mínimo de 1.600 localidades.

En su cláusula 4 se establece, en relación con el valor estimado del contrato y presupuesto de licitación, lo siguiente: *“El valor estimado del contrato se ha calculado considerando el valor de mercado de este tipo de servicios.*

En el mismo se tiene en cuenta la cifra de negocio calculada en función de lo recaudado por la venta de entradas y abonos, que gestionará el adjudicatario, más la cuantía que abonará el Ayuntamiento.

El precio máximo de las entradas y abonos fijados por la asistencia a los espectáculos serán las establecidas por la adjudicataria, sin que puedan ser superiores a los siguientes: (...).

El valor estimado del contrato será 75.000 euros (cifra de negocio más presupuesto base de licitación), IVA excluido.

El presupuesto de licitación del contrato, que es la cantidad que, como máximo, abonará el Ayuntamiento a la adjudicataria, asciende a la cantidad de 35.000 euros (treinta y cinco mil euros), IVA excluido.

No cabe revisión de precios.

Los precios contratados se entienden fijos y no revisables. Por tanto, el Adjudicatario no podrá, bajo ningún pretexto, reclamar aumento en los precios fijados en el Presupuesto ni modificación en las condiciones del contrato, pues este se hace a riesgo y ventura para el Adjudicatario.

Conforme acredita el informe de Intervención que obra en el expediente, existe consignación presupuestaria adecuada y suficiente, para financiar la contratación de la gestión y explotación de la Plaza de toros de San Adrián con motivo de la celebración de las Fiestas Patronales del año 2023”.

Por su parte, la cláusula 10.2 establece la oferta económica como criterio de adjudicación cuantificable mediante fórmula en los siguientes términos: *“La oferta más económica recibirá 40 puntos. La valoración del resto de ofertas económicas se realizará aplicando la fórmula inversamente proporcional que se indica. Se utilizarán como máximo dos decimales”.*

Por otro lado, en la cláusula 17 se insiste en que *“La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista y serán por cuenta de éste las pérdidas,*

averías o perjuicios que experimente durante la ejecución del contrato sin perjuicio de su aseguramiento por el interesado.

Dentro de ese riesgo y ventura, en particular, el contratista asume las limitaciones de aforo que resulten de las condiciones de apertura que establezca el Departamento de Interior del Gobierno de Navarra, así como las establecidas por la autoridad sanitaria en las fechas de celebración de los festejos como consecuencia de la pandemia del covid19”.

Por último, la cláusula 20 establece como falta muy grave “*Dejar de realizar los espectáculos previstos en este Pliego y en su caso los ofertados por el adjudicatario*”, aparejando a la comisión de la misma las siguientes sanciones: la extinción del contrato con posible indemnización de daños y perjuicios siempre que el incumplimiento suponga la imposibilidad de ofrecer el espectáculo, o la imposición de multa de entre 2.000 y 5.000 euros.

Esta regulación en el documento contractual debe completarse con el marco normativo previsto en la ley foral reguladora. En este sentido conviene recordar que según establece el artículo 32 de la LFCP el contrato de concesión de servicios es “*aquel cuyo objeto sea la prestación de un servicio en el que la retribución consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio, transfiriendo al concesionario el riesgo operacional*”.

Por su parte, el artículo 204 de la misma ley foral establece respecto a este tipo contractual que: “*1. Es objeto de este contrato la prestación de servicios cuya titularidad o competencia corresponde a la administración siempre que éstos sean susceptibles de explotación económica por particulares y exista transferencia de riesgo operacional. En ningún caso podrán prestarse por concesión los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.*

2. A los efectos de esta ley foral se entiende por riesgo operacional la posibilidad de que, la empresa obtenga pérdidas que no resulten meramente residuales como consecuencia de la exposición a los riesgos del mercado. El riesgo operacional abarca el riesgo de demanda y el riesgo de suministro, o ambos a la vez.

3. *El contrato expresará con claridad el ámbito de la gestión, tanto en el orden funcional, como en el territorial.*

4. *En los supuestos de actividades publicadas por Ley, se deberá determinar el alcance de las prestaciones en favor de los ciudadanos, y regular los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.”*

Igualmente, el artículo 206.1 señala que *“De acuerdo con las normas reguladoras del régimen jurídico del servicio, los pliegos de contratación fijarán las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración.”*

Pues bien, del marco normativo expuesto, constituido tanto por la LFCP como por su pliego regulador, debemos analizar si como pretende el reclamante la oferta de la adjudicataria podría resultar inviable para la prestación del servicio en las condiciones indicadas en el pliego, al no haberse acreditado conforme prevé el artículo 98 de la LFCP. Apoya su argumentación en una estimación de ingresos y gastos derivados de la ejecución del contrato, concluyendo que la oferta del adjudicatario arrojaría un saldo neto negativo de 8.005,10 euros por lo que no resultaría viable. Aduce además que no existen en el expediente informes que contengan un detalle exhaustivo del cálculo estimado de ingresos y gastos asociados a la prestación del servicio.

En contra de lo sostenido, cabe advertir que todos los licitadores disponían de la información facilitada por el órgano de contratación en relación con los ingresos y los costes estimados por la explotación del servicio contenida en el propio pliego regulador del contrato, - antes reproducido- tal y como se advierte en relación con la venta de entradas y abonos, respecto de los que se señala su importe máximo, así como los gastos en que pueden incurrir, dado que se fija un exhaustivo programa de festejos taurinos que debe cumplirse. Por lo que, tanto el adjudicatario, como el resto de los licitadores, disponían de dicha información cuando formularon su oferta, a la que en consecuencia quedan vinculados conforme a la doctrina existente. En este sentido conviene recordar lo dicho por este Tribunal en nuestro Acuerdo 41/2022, de 11 de mayo, antes referido, donde manifestamos que *“conforme a la doctrina anteriormente expuesta el pliego*

constituye la ley del contrato y la presentación de la oferta conlleva la aceptación de sus cláusulas, pero también su vinculación a la oferta realizada, tal como señalamos en el Acuerdo 44/2021, de 5 de mayo, de este Tribunal: En este sentido, respecto a la vinculación de los licitadores a la oferta realizada, en el Acuerdo 8/2021, de 25 de enero, de este Tribunal señalamos:

“Y ello sin perjuicio de que el órgano de contratación exija el cumplimiento de la oferta en los términos en que ha sido formulada, por cuanto las ofertas vinculan a los licitadores, tal y como recuerda el Informe 63/09, de 23 de julio de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, cuando razona que “Así las cosas, parece que a juicio de la concesionaria la oferta que presentó en su día no tuviera carácter vinculante y pudiera modificarse unilateralmente por ella en el transcurso del tiempo de vigencia de la concesión. Por supuesto, nada más alejado de la correcta interpretación del sistema contractual. Los contratos, es doctrina universalmente admitida por lo que no precisa de más confirmación, son fuente de obligaciones entre las partes por lo que no cabe dudar del carácter de exigibles que para cada una de ellas tienen sus cláusulas. Ello significa, a su vez, que el contenido de cada cláusula no puede modificarse sino por la voluntad conjunta de ambas partes, es decir por mutuo acuerdo salvo que expresamente la Ley disponga lo contrario.

Este es precisamente el caso de las concesiones de servicios, y de los contratos administrativos en general, pues de conformidad con el artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público “una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente”, precepto del que cabe deducir que sólo el órgano de contratación puede modificar el contrato y, precisamente, tan sólo cuando concurran las circunstancias expresadas en el mencionado artículo.

A mayor abundamiento, el artículo 193 de la misma Ley dispone que “los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas”.

De todo lo anterior resulta la obligatoriedad de que el adjudicatario del contrato, en este caso el concesionario puesto que hablamos de una concesión de servicios, observe en su ejecución estrictamente el tenor de las cláusulas entre las cuales, evidentemente, se encuentran las derivadas del contenido de su propia oferta.

Respecto de que la oferta del adjudicatario se incorpora al contrato como parte de las cláusulas del mismo no cabe dudar. Con independencia de que, por regla general, deberá ser recogida de forma expresa en el documento de formalización, es evidente que en el camino que lleva hasta la perfección del contrato confluyen las voluntades de las partes para concretar el contenido obligacional del mismo, expresándose a través de las condiciones de la licitación que formula el órgano de contratación, de la oferta de cada licitador y la aceptación definitiva de la oferta del adjudicatario mediante el acto de adjudicación.

Sentado lo anterior, y aceptando que la oferta del concesionario contenía una cláusula m3 relativa a la incorporación al importe del canon de la cantidad ofertada por cada facturado, es evidente que dicha cantidad debe ser abonada exactamente en los términos expresados en la oferta.”

De igual modo, en relación con la concreta cuestión de la anormalidad de la oferta esgrimida por el reclamante, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 98.1 de la LFCP, conforme al cual el pliego determinará, por referencia al precio de licitación o al resto de ofertas presentadas, las condiciones para considerar anormalmente baja una oferta atendiendo al objeto de la prestación y las condiciones del mercado. Debiendo necesariamente establecerse en el propio pliego las circunstancias concretas de cada contrato para que las ofertas sean consideradas anormalmente bajas.

En este sentido debemos poner de manifiesto que efectivamente el pliego analizado no ha establecido parámetro alguno para considerar la anormalidad de las ofertas, como así se alega por el reclamante, si bien las consecuencias de tal circunstancia no serán las pretendidas. Así resulta de especial relevancia el hecho de que bien pudo advertirse tal ausencia con ocasión de la publicación del pliego, y no pretender su impugnación indirecta con ocasión de la adjudicación, tras haber presentado su oferta y en consecuencia aceptando de manera incondicionada el contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones que pasan a convertirse en la ley del contrato que como es conocido vincula a todas las partes, careciendo por tanto de legitimación para impugnarlo en el momento actual, en contra de sus propios actos, al no resultar favorecida por la adjudicación que se pretendía.

Interesa traer a colación lo dispuesto en similar sentido en el Acuerdo 3/2023, de 10 de enero, de este Tribunal, donde señalamos al respecto que *“Sobre las ofertas anormalmente bajas comienza el artículo 98 LFCP disponiendo que “1. El pliego determinará, por referencia al precio de licitación o al resto de ofertas presentadas, las condiciones para considerar anormalmente baja una oferta atendiendo al objeto de la prestación y las condiciones del mercado. (...)”. Previsión legal que nos obliga a acudir a lo dispuesto en el pliego regulador a estos efectos, por ser éste el documento donde se deben fijar los parámetros a aplicar en cada caso para determinar cuando las ofertas son anormalmente bajas, tal y como de manera expresa recoge el Preámbulo de nuestra LFCP cuando señala que “Se ha modificado la regulación de las ofertas anormalmente bajas estableciendo la necesidad de que sea el propio pliego el que, caso por caso, atendidas las circunstancias concretas de cada contrato establezca qué ofertas serán consideradas anormalmente bajas”; no asistiendo, por tanto, razón a la reclamante cuando señala que una oferta pueda ser anormalmente baja con independencia de lo previsto en el pliego o “aunque cumpla lo previsto en el pliego para no presumirse anormalmente baja”, pues precisamente y por mandato legal serán anormalmente bajas las ofertas incursas en las condiciones que de manera específica establezcan en cada caso los pliegos, de forma que, contrario sensu, aquellas que no reúnan tales condiciones en ningún caso podrán ser calificadas como anormalmente bajas.*

(...).

Doctrina que impide acoger la tesis de la reclamante, pues no habiendo cuestionado los parámetros que el pliego determina para considerar que una oferta es anormalmente baja mediante la impugnación de dicho documento contractual en el momento procedimental habilitado para ello, no cabe, a posteriori, con ocasión de su aplicación sostener que ofertas económicas que se sitúan por encima de dicho umbral resultan insuficientes para ejecutar de forma idónea el contrato y que por ello deben ser calificadas como anormalmente bajas.”

De igual modo, tal y como señalamos en el reiterado Acuerdo 41/2022, de 11 de mayo, frente a lo alegado por el reclamante *“debe primar lo dispuesto en el propio pliego y en la legislación foral previamente citada, coincidente con la doctrina igualmente expuesta. Así, además de la doctrina relativa a los pliegos como ley del*

contrato antes referida, interesa traer a colación, sobre esta concreta cuestión, la Resolución 198/2021, de 6 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, conforme a la cual La recurrente considera que la oferta de la adjudicataria debió ser rechazada, por los motivos que se analizan a continuación:

5.1 Considera que la adjudicación impugnada conllevará a una desfavorable gestión del Mercado Municipal de Moratalaz, destacando la oferta de canon variable en relación con la baja temeraria.

Señala que la adjudicataria ofrece un 100% del margen definido. Teniendo en cuenta que, básicamente, es la diferencia entre los ingresos y los gastos de explotación ordinarios, no es comprensible como una empresa privada puede ofrecer semejante cifra. El órgano de contratación debió presumir la existencia de una baja desproporcionada o temeraria, todas esas dudas deben suscitarse al comprobar la falta de interés económico. (...).

Así mismo, alega que “Si bien en el pliego de condiciones no se establece criterios que sirven para definir una oferta como desproporcionada o temeraria, es obvio que un canon variable de RYA RESIDENCIAS S.L. del 100%, y en el mismo informe, página 10, se excusa sobre lo dudoso de la oferta al hablar de que no garantiza rentabilidad mínima, riesgo y ventura del concesionario”.

Concluye señalando que el adjudicatario presenta una oferta anormalmente baja o temeraria, considerando como tales a aquellas ofertas cuya probabilidad de materialización, a priori, resulta remota o dudosa a los efectos de dar cumplimiento adecuado al objeto del contrato. Y ello, habida cuenta que las mismas presentan un importe económico inferior al umbral mínimo previamente establecido, pues no obtendría beneficio alguno al ofertar un canon variable del 100%, lo que podría llevar a que obtuviera beneficios eliminando personal, contratando por media jornada (y obligando a trabajar 10 h diarias) pagando a los operarios por debajo de convenio, dejando de pagar o retrasando al máximo los pagos a subcontratas y proveedores que, a su vez, revierten esta situación en sus empleados y usuarios del mercado. (...).

Vistas las alegaciones de las partes, procede, en primer lugar, traer a colación la reiterada doctrina que declara que el Pliego de Cláusulas Administrativas constituye la ley de contrato a la que deben sujetarse los licitadores, así como el propio órgano de contratación. Al efecto, hemos de partir del valor vinculante del Pliego aprobado por el

órgano de contratación. El Pliego constituye auténtica lex contractus, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 afirma que “esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía”.

Por su parte, el artículo 139 de la LCSP establece “1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”.

En el caso que nos ocupa, los criterios para la inadmisión de las ofertas están claramente recogido en la cláusula 19.4 del Anexo I del PCAP, transcrito anteriormente. Así mismo, en su cláusula 20 del Anexo I del PCAP, sobre ofertas anormalmente bajas, se señala que “no procede”.

Es a la luz de estos criterios a través de los cuales debe considerarse si la oferta de la adjudicataria debió ser admitida, sin que sea procedente traer a colación argumentaciones ajenas a los mismos. (...).

Una vez acreditado el cumplimiento estricto de los pliegos, circunstancia que tampoco ha sido cuestionada por el recurrente, no cabe sino considerar que la

adjudicación, en este punto, es ajustada a derecho, por lo que procede la desestimación del presente motivo.”

(....)

Finalmente, cabe citar el Acuerdo 113/2018, de 16 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, conforme al cual Es numerosa la doctrina establecida por este Tribunal administrativo sobre las bajas desproporcionadas. El Acuerdo 73/2017, de 22 de junio, señalaba que: «Así en los Acuerdos 3/2013 y 5/2013 del TACPA se indica que, en primer lugar, cuando para la adjudicación deban tenerse en cuenta varios criterios de valoración, los que deben servir de base para determinar si una oferta es o no anormalmente baja deben hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y, en segundo lugar, que la finalidad de esta apreciación es determinar «que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados». En el presente caso, no existen tales criterios para determinar la posible baja anormal o desproporcionada en el PCAP de este contrato por lo que no puede alegarse dicha baja como causa de nulidad de la adjudicación.

Según el PCAP son varios los criterios de valoración a considerar, y como en dicho documento no se ha establecido ningún parámetro objetivo, ni referencia alguna ni límites para determinar la presunción de «temeridad», no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 149 LCSP y el artículo 85 del RGLCAP. (...).

Por ello, al no incorporar el pliego provisiones relativas a la determinación de la anormalidad de la oferta, deviene manifiestamente improcedente la atribución de carácter desproporcionado o anormal a ninguna de las ofertas presentadas.”

La aplicación de la doctrina descrita al presente caso nos lleva a concluir que, no habiéndose fijado en el pliego regulador del contrato ningún parámetro relativo a la consideración de las ofertas económicas como anormalmente bajas, no cabe excluir la oferta formulada por el adjudicatario por tal motivo, como tampoco resulta procedente la sustanciación del procedimiento previsto en el artículo 98 de la LFCP al objeto de que acredite la viabilidad de su oferta, por cuanto dicho procedimiento requiere de la previa concurrencia de la existencia de una oferta que incurra en anormalidad, no concurriendo por ello la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, dado que en la adjudicación del contrato se ha seguido el procedimiento previsto en sus pliegos reguladores.

En cuanto a la pretendida nulidad con fundamento en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, debemos recordar la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que ante un supuesto similar, lo considera en todo caso causa de anulabilidad, en este sentido manifiesta en su Resolución nº 1187/2018 que *“Así las cosas –como reconoce el propio órgano de contratación en su informe–, el PCAP incumplió la LCSP al impedir identificar las ofertas incursas en presunción de anormalidad, sin que, como parece dar a entender la recurrente en su escrito, sean aplicable las disposiciones reglamentarias para suplir la omisión, al ser el procedimiento de adjudicación por varios criterios de adjudicación y no solo por el precio. Lo cierto es que el vicio ahora denunciado no fue impugnado cuando el licitador debió hacerlo, antes de presentar su oferta, pues al presentarla aceptó incondicionadamente y sin reserva alguna el PCAP (artículo 139.1 LCSP), por eso señala el artículo 50.1.b) de la LCSP que “con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.”*

Es por tanto preciso determinar si la vulneración del artículo 149.2 de la LCSP es o no un supuesto de nulidad de pleno derecho conforme al artículo 39 de la LCSP, que remite a su vez al artículo 47.1 de la LPACAP. Ha de señalarse que la jurisprudencia impone una interpretación restrictiva de la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 47.1 de la LPACAP, siendo la regla la anulabilidad frente a la nulidad. Pues bien, el incumplimiento en el PCAP de lo dispuesto por el artículo 149.2 de la LCSP no encaja en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 47.1 de la LPACAP, siendo antes bien una infracción del ordenamiento jurídico que determina un defecto de forma en el procedimiento de adjudicación que hace que el acto de adjudicación carezca de un requisito formal –la apreciación de la viabilidad de la oferta– indispensable para alcanzar el fin de dar satisfacción al interés general que con la adjudicación se pretende, siendo por tanto es un vicio de anulabilidad y no de nulidad conforme a los artículos 40 de la LCSP y 48 de la LPACAP. No puede por tanto admitirse la pretensión extemporánea contra el PCAP por dicha causa.”

Debe tenerse en cuenta, además, que tanto el pliego como la LFCP son explícitas en cuanto a la traslación al concesionario del riesgo de la explotación económica del servicio y, con ello, de la posibilidad de incurrir en pérdidas como consecuencia de la concesión. En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón señala en su Informe 13/2018, de 30 de mayo, lo siguiente: *Como ha declarado el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 11 de junio de 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, apartado 71, una concesión de servicios se caracteriza por la transferencia del derecho de explotación de un servicio determinado por un adjudicador a un concesionario, con una cierta libertad económica y quedando suficientemente expuesto a los riesgos vinculados a esa explotación. En el mismo sentido la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, WAZV Gotha, asunto C-206/08, fundamento 72:*

«De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio».

En cuanto al concepto de riesgo que se está manejando, es relevante la STJUE de 10 de marzo de 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, asunto C-274/09, apartados 37 y 38:

«37. A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio [véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, apartado 74].

38. *En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios»*

En el mismo punto se insiste en la STJUE de 10 de noviembre de 2011, Norma-A SIA, asunto C-348/10, apartados 48 y 49, cuando señala, con cita expresa de la anterior, que «el riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado».

Trasladando lo anterior a la terminología jurídica española, como dice la Resolución de 17 de febrero de 2014, núm. 32/2014, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid:

«El concepto de riesgo de explotación económica del servicio se concreta como aquel riesgo que asume el contratista que excede del que como consecuencia del principio de riesgo y ventura en los contratos administrativos, que establece el artículo 215 del TRLCSP, debe soportar el contratista. Por el contrario el riesgo de explotación es el que tiene lugar por estar sometido el contrato a las incertidumbres del mercado por nuevas tendencias de éste o el riesgo de demanda que se produzca por un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios por variaciones que puedan producirse o que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación».

(...).

En consecuencia, no están garantizados ni siquiera los ingresos suficientes para el pago del canon, pudiendo producirse pérdidas y sin que el adjudicatario pueda renunciar a la prestación del servicio, que estará obligado a realizar en las condiciones establecidas durante el tiempo de vigencia del contrato, por lo que puede afirmarse que hay transferencia de riesgo operacional al contratista.”

Resultando, en consecuencia, que el adjudicatario asume el riesgo operacional derivado de la concesión, pudiendo incurrir incluso en pérdidas durante la misma. Circunstancia, por tanto, inherente al tipo de contrato licitado, por lo que no se justifica por tal motivo la anulación de la adjudicación.

A mayor abundamiento, respecto al cálculo de ingresos y costes realizado por el reclamante, cabe señalar que únicamente el relativo al coste salarial resulta cierto e indiscutible, por cuanto se basa en el convenio colectivo aplicable, siendo así que las restantes estimaciones constituyen apreciaciones subjetivas de aquel, que podrían verse modificadas en los términos que alega el órgano de contratación.

Tampoco la circunstancia de que ni el informe de la unidad gestora del contrato ni el del Secretario municipal contengan un detalle exhaustivo de los ingresos y gastos estimados como consecuencia de la prestación del servicio permite estimar la reclamación interpuesta, por cuanto la misma resultaría indicativa, en su caso, de un erróneo cálculo del valor estimado del contrato, lo cual no se alega, y que en todo caso debió de hacerse valer mediante la oportuna reclamación frente al anuncio de licitación y los pliegos.

Por tanto, atendiendo a la doctrina del pliego como la ley del contrato, a la presentación de la oferta aceptando las cláusulas del mismo, la vinculación a la oferta realizada y formulada con información suficiente, teniendo en cuenta que no se prevé en el pliego regulador del contrato ningún parámetro relativo a la consideración de las ofertas económicas realizadas por los licitadores como temerarias o anormalmente bajas y tratándose además de un contrato de concesión de servicios que se caracteriza porque el adjudicatario asume el riesgo operacional derivado de la concesión, por todas estas razones debemos desestimar la reclamación interpuesta.

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

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por TAURONAVARRA, S.L. contra la Resolución de Alcaldía 140/2023, de 17 de abril, por la que se adjudica a don I. L. B. el contrato de “*organización de los*

festejos taurinos para las Fiestas de la Juventud y Patronales de San Adrián 2023”,
licitado por dicho Ayuntamiento.

2º. Notificar este Acuerdo a TAURONAVARRA, S.L., al Ayuntamiento de San Adrián, 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, 5 de junio de 2023. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.