



Expediente: 73/2020

ACUERDO 81/2020, de 23 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por doña M. N. O. F. frente al anuncio de licitación y frente a los pliegos reguladores del contrato de “*Gestión del Punto de Información y Explotación Turística en Artajona*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Artajona publicó el 14 de agosto de 2020 en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de concesión de servicios que tiene por objeto la “*Gestión del Punto de Información y Explotación Turística*” de dicha localidad.

El plazo de presentación de ofertas comprendía desde el 14 de agosto de 2020 a las 00:01 al 31 de agosto de 2020 a las 23:59.

SEGUNDO.- Con fecha 24 de agosto de 2020, doña M. N. O. F. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente al anuncio de licitación y frente a los pliegos de dicho contrato.

Con fecha 25 de agosto se requirió la subsanación de la reclamación presentada, habiéndose producida esta el 27 de agosto, dentro del plazo de dos días hábiles concedido al efecto.

En la reclamación presentada se formulan las siguientes alegaciones:

1º. La publicidad del procedimiento de licitación no se ha ajustado a lo previsto en la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP), produciéndose

una vulneración de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación, dado que la publicación del anuncio contempla un inicio del plazo de presentación de ofertas inválido.

Alega, a este respecto, que el plazo de presentación de ofertas comenzó el 14 de agosto a las 00:01 horas, momento en que la licitación ni siquiera había sido aprobada por el Pleno del Ayuntamiento, que comenzó ese mismo día en torno a las 14 horas.

2º. Los pliegos no contienen toda la información necesaria para que las personas interesadas puedan evaluar el riesgo económico del contrato, en tanto que no determinan con exactitud el número de días/horas que el contratista va a poder explotar las visitas guiadas a la iglesia, principal fuente de ingresos del contrato según los términos del pliego.

Señala, a este respecto, que los pliegos establecen que la concesionaria del servicio debe asumir unos importantes costes fijos, tales como la contratación de al menos una persona para la atención presencial de la oficina de turismo y de otra para realizar las visitas de la iglesia fortaleza, el canon anual a pagar (2.000 euros), la limpieza de los baños públicos del recinto Cerco de Artajona, de la iglesia y de la oficina de turismo, y otros gastos, previendo como único derecho de negocio la realización de visitas guiadas en exclusividad a la iglesia. Señala, asimismo, que también se contempla la explotación de unas máquinas de vending al aire libre, así como los vídeos 360º que se mencionan, si bien estos servicios no producen ningún retorno económico en la práctica.

Por lo tanto, alega que existen unos costes elevados que sí pueden ser calculados por las empresas interesadas en la licitación, pero que, en cambio, no pueden calcularse los ingresos ya que los pliegos no especifican suficientemente cuantos van a ser el número de días y/o de horas en que podrán explotarse las visitas a la iglesia. Señala que *“no es posible de ningún modo estimar la capacidad generadora de negocio de este contrato, por lo que no es posible evaluar el riesgo económico del mismo”*.

3°. Los pliegos no incluyen información económica sobre la cuantía de la tarifa a abonar por los usuarios del servicio de visitas guiadas.

Señala que de esas visitas proceden los únicos ingresos de la empresa concesionaria y, sin embargo, es el Ayuntamiento quien establece dichos precios, pudiendo resultar completamente diferentes de un año a otro. Por lo tanto, *“no es posible, para una persona interesada en esta licitación, hacer ningún cálculo económico de previsión de ingresos si no conoce las tarifas que va a aplicar el Ayuntamiento para estas visitas”*.

Considera que *“lo más lógico sería que la responsabilidad de acertar sobre el precio fuera de la empresa concesionaria y que además esta tuviera la flexibilidad de hacer adaptaciones del precio a la cantidad de demanda, así como tener un margen para poder hacer ofertas puntuales o para variar un precio en un corto plazo de tiempo si ve que no funciona”*.

Alega finalmente que también es el Ayuntamiento el que establece la duración y el tipo de visita, restringiendo la posibilidad de la empresa gestora de diseñar nuevos o diferentes tipos de visitas, lo cual se traduce en un recorte a la capacidad de negocio.

4°. El condicionado de los pliegos deja en peor situación económico financiera a la empresa concesionaria del servicio que a cualquier otro guía turístico que se ubique por libre en el Cerco de Artajona y/o en los dólmenes, sin tener que estar sujeto a los costes fijos recogidos en este contrato, lo cual no es acorde a los principios de la LFCP.

Realiza, a continuación, diversas consideraciones sobre la falta de viabilidad económica del servicio en base a su experiencia como actual concesionaria del mismo, y ello *“sin tener en cuenta la situación actual del turismo debido al Covid”*.

5°. Señala que es la actual concesionaria del servicio, cuya vigencia se extiende hasta el 14 de octubre de 2020, habiéndose enterado por el anuncio de licitación de que no se iba a prorrogar el contrato. Manifiesta, asimismo, que *“cabía entender una prórroga al menos de los meses en que nos hemos visto obligados a cerrar por ley*

debido a la situación del Covid, en tanto que han sido unos meses que no hemos podido realizar la actividad”, lo cual se comunica para que el Ayuntamiento lo tenga en cuenta en cuanto a los plazos de inicio del nuevo contrato.

Concluye, por lo tanto, que las condiciones reguladoras deben establecer con la suficiente precisión todos los elementos que caracterizan la contratación, sin que puedan quedar indeterminados elementos esenciales de la misma, siendo así que el pliego no indica ni las tarifas a aplicar por las visitas, que son la única fuente de ingreso de la contratista, ni el número efectivo y concreto de días/horas que el contratista podrá explotar dichas visitas a la iglesia.

Solicita, por ello, que se declare nulo el anuncio de licitación, así como los pliegos reguladores del contrato.

TERCERO.- Con fecha 24 de agosto de 2020, se requirió al Ayuntamiento de Artajona la aportación del expediente de contratación así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 1 de septiembre, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el 4 de septiembre de 2020 el citado Ayuntamiento presentó el expediente de contratación y un escrito de alegaciones en el que señala lo siguiente:

1º. Alega que la publicación del anuncio de licitación en el Portal de Contratación se produjo el 14 de agosto de 2020, tras su aprobación por el Pleno, y que *“si bien en el anuncio de licitación se especifica que el plazo de presentación de ofertas comienza el 14 de agosto a las 00:00 h, ello es debido a que por defecto el sistema*

coloca el día de inserción del anuncio, pues lo que el Ayuntamiento quería publicar era que el plazo de presentación empezaba en el mismo momento en que el anuncio fue publicado”.

Señala, asimismo, que el plazo de presentación de ofertas finalizó el 31 de agosto de 2020, por lo que se cumple sobradamente el plazo mínimo de 15 días naturales previsto en el artículo 94.1.a) de la LFCP.

2º. Respecto a la determinación del número de días/horas que el contratista va a poder explotar las visitas guiadas a la iglesia, señala que el punto 6 del Pliego de Condiciones Técnicas indica un horario mínimo de apertura del centro y para las visitas, así como una serie de fechas *“en las que por motivos puntuales se deben respetar”*. Se trata de un horario mínimo de apertura que puede ser ampliado por la persona adjudicataria del servicio, por lo que *“el horario (respetando los mínimos) es algo que deberán determinar los/as distintos/as licitadores/as en la propuesta técnica que formulen”*.

Señala que no son ciertas las alegaciones formuladas de que sea necesario contar con una segunda persona para el interior de la iglesia, conforme al punto 6 del Pliego de Cláusulas Técnicas, así como que *“respecto al resto de sus alegaciones se citan una serie de obligaciones que vienen perfectamente determinadas en los pliegos”*. Respecto a la falta de retorno económico de la explotación de las máquinas de vending y de los vídeos 360º, señala que no son de obligado cumplimiento, *“por lo que no habría mayor inconveniente en que las mismas no fueran tenidos en cuenta en la propuesta técnica que se formule”*.

Asimismo, señala que sorprende *“que sea la reclamante quien manifieste que no es posible conocer a priori cuantas veces al año no se van a poder realizar visitas guiadas a causa de una celebración religiosa, o por el uso de la iglesia por cuestiones de orden interno, considerando que en este momentos es ella quien está llevando a cabo la gestión del Centro de Explotación de Visitantes, y tiene los datos de las celebraciones que se han venido realizando en los últimos años, que según conoce este Ayuntamiento no son muy numerosas, (...)”*.

3°. Señala que el Ayuntamiento aprueba todos los años las tarifas que deben abonar las personas usuarias y las publica tanto en el Boletín Oficial de Navarra como en la web municipal, siendo de sobra conocidas por la reclamante, que debería tenerlas a disposición de los usuarios.

La aprobación de las tarifas se hace una vez conocida la Propuesta Técnica que ha resultado adjudicataria y de acuerdo con su contenido. Se opone a que la concesionaria pueda realizar adaptaciones sobre aquellas, dado que las personas usuarias no podrían conocer de antemano cual va a ser el coste del servicio, careciendo este sistema de todo tipo de rigor y transparencia.

4°. Respecto a la alegación relativa a que el servicio no era económicamente viable atendiendo a las condiciones de la anterior concesión, señala que la reclamante procedió a suscribir una prórroga del mismo, deduciéndose de su escrito que incluso está dispuesta a suscribir más prórrogas, lo cual contradice su argumentación. Alude, a este mismo respecto, al Dictamen pericial que la reclamante presentó con ocasión de una reclamación de responsabilidad patrimonial por unos supuestos daños que se le habían causado como consecuencia de la tramitación del procedimiento de contratación.

Señala, asimismo, que desde que se firmó el contrato, el 14 de octubre de 2016, hasta la actualidad, la reclamante sólo ha presentado en una ocasión, a finales del año 2017, la Memoria informe a que está obligada, en la que se deben recoger los resultados por fecha y procedencia de visitantes y las conclusiones y propuestas de mejora detectadas. En consecuencia, *“solo es la reclamante quien tiene los datos precisos de la gestión del contrato, que no ha puesto a disposición de este Ayuntamiento, a pesar de que se le ha requerido su presentación”*, careciendo la gestión de todo tipo de transparencia. Alude, asimismo, al riesgo y ventura en la explotación del servicio.

5°. Por último, detalla los intentos realizados para notificar a la reclamante que se iba a proceder a una nueva adjudicación y para conocer su intención acerca de un posible restablecimiento del equilibrio económico del contrato, de conformidad con lo establecido en la Ley Foral 7/2020, de 6 de abril.

Atendiendo a lo expuesto, se solicita que se declare válido y conforme a derecho tanto el anuncio de licitación como los pliegos reguladores del contrato.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra, y de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los pliegos de contratación y los actos dictados por una entidad sometida a dicha Ley Foral.

SEGUNDO.- La reclamación formulada se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

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

CUARTO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada conforme a los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

QUINTO.- Entrando a analizar los motivos objeto de la reclamación, todos ellos se reconducen a dos causas. La primera, referida a la legalidad del plazo de presentación de ofertas y la segunda, relativa a la omisión de la información suficiente que permita conocer los ingresos que pueden derivarse de la gestión del servicio y en consecuencia se pueda evaluar el riesgo económico del contrato.

Comenzando por la primera de ellas, considera el reclamante que la publicidad del procedimiento de licitación no se ha ajustado a lo previsto en la LFCP, puesto que la publicación del anuncio contempla un inicio del plazo de presentación de ofertas inválido. Alega, a este respecto, que el plazo de presentación de ofertas comenzó el 14 de agosto a las 00:01 horas, momento en que la licitación ni siquiera había sido

aprobada por el Pleno del Ayuntamiento, que comenzó ese mismo día en torno a las 14 horas.

Por su parte, el órgano de contratación, rebate dicha argumentación manifestando que la publicación, tanto en la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra (PLENA), como en el Portal de Contratación, se realizó el día 14 de agosto de 2020, con la intención de que pudieran presentarse ofertas desde el mismo momento de su publicación, señalando el “sistema” por defecto la hora (00:01 h). Asimismo, alega que se ha cumplido sobradamente el plazo mínimo de licitación previsto en el art. 94.1.a) de la LFCP.

Basta para clarificar esta cuestión examinar el expediente de contratación, en el que podemos constatar la existencia de un certificado de la Secretaria del Ayuntamiento en el que se hace constar que con fecha de 14 de agosto el Pleno aprobó los pliegos y acordó iniciar los trámites para la adjudicación del contrato, procediéndose seguidamente a la publicación del anuncio de licitación en el Portal de Contratación, dando así cumplimiento al art. 93.1 de la LFCP y estableciendo como plazo de presentación de ofertas el siguiente: *“Plazo presentación de solicitudes de participación u ofertas: Del 14/08/2020 a las 00:01 al 31/08/2020 a las 23:59”*. En prueba de ello, se adjunta por el órgano de contratación, junto a las alegaciones formuladas, un correo remitido por el soporte técnico del Portal de Contratación (TRACASA) en el que se señala que el anuncio de licitación se envió al Portal de Contratación el 14 de agosto a las 14:55:35 horas, en consecuencia, la presentación de ofertas no pudo hacerse en ningún caso antes de que se aprobara por el órgano de contratación el procedimiento de licitación, sino sólo desde las 14:55:35 horas del mismo día, momento en que se publicó el anuncio.

Frente a estos hechos se alega por el reclamante la invalidez del plazo, sin embargo teniendo en cuenta que el artículo 94.1.a) de la LFCP señala que en los contratos de valor estimado inferior al umbral europeo se deberá respetar como plazo mínimo para la presentación de ofertas el de: *“quince días a partir de la fecha de publicación del anuncio de licitación”* cuando se trate de procedimientos abiertos, como

es el caso, resulta evidente que el plazo concedido cumple con el plazo mínimo, superando los quince días desde el inicio del cómputo.

Es por ello que no puede advertirse una ilegalidad como alega la reclamante, puesto que el plazo concedido cumple con dicho plazo mínimo de licitación legalmente previsto, sin que la publicación el mismo día de la aprobación pueda considerarse motivo de ilegalidad al no afectar a la validez del anuncio ni causar indefensión a los interesados, y por tanto, no resultan conculcados los principios de igualdad de trato, no discriminación, concurrencia y transparencia previstos en el art. 2 de la LFCP. Es por ello que no puede prosperar este motivo de impugnación.

SEXTO.- En el segundo de los motivos se alega por el reclamante que los pliegos no contienen toda la información necesaria para que las personas interesadas puedan evaluar el riesgo económico del contrato, puesto que no pueden calcularse los ingresos ya que no se especifica suficientemente cuantos van a ser el número de días y/o de horas en que podrán explotarse las visitas a la iglesia y por el contrario la concesionaria debe asumir altos costes fijos (contratación de al menos una persona para la atención presencial de la oficina de turismo y de otra para realizar las visitas de la iglesia fortaleza, el canon anual a pagar (2.000 euros), la limpieza de los baños públicos del recinto Cerco de Artajona, de la iglesia y de la oficina de turismo, y otros gastos). Asimismo advierte que la explotación de unas máquinas de vending al aire libre, así como los vídeos 360º no producen ningún retorno económico en la práctica. De igual modo se aduce que los pliegos no incluyen información económica sobre la cuantía de la tarifa a abonar por los usuarios del servicio de visitas guiadas, considerando por ello que el pliego deja en peor situación económico financiera a la empresa concesionaria del servicio que a cualquier otro guía turístico que se ubique por libre.

Por su parte el órgano de contratación rebate todas las argumentaciones como se expone en los antecedentes y solicita por todo ello la desestimación de la reclamación: en cuanto a la determinación del número de días/horas se remite a lo previsto en el punto 6 del Pliego de Condiciones Técnicas en el que se indica un horario mínimo de apertura del centro y para las visitas. Rebate igualmente la necesidad de contratar una segunda persona, o la explotación de las máquinas de vending y de los vídeos 360º, puesto que no son de obligado cumplimiento, así como que el reclamante tiene los datos

de las celebraciones que se han venido realizando en los últimos años, que según conoce este Ayuntamiento no son muy numerosas, En cuanto a las tarifas se remite a la publicación oficial en el BON, oponiéndose a que la concesionaria pueda realizar adaptaciones. Respecto a no viabilidad económica alude que sin embargo la reclamante está dispuesta a la prórroga y en el dictamen pericial que la reclamante presentó con ocasión de una reclamación de responsabilidad patrimonial por unos supuestos daños que se le habían causado como consecuencia de la tramitación del procedimiento de contratación reclamaba el lucro cesante por la imposibilidad de explotar la concesión de los servicios lo que pone de manifiesto la existencia de beneficio. Finalmente refiere diversos intentos de notificar a la reclamante que se iba a proceder a una nueva adjudicación y para conocer su intención acerca de un posible restablecimiento del equilibrio económico del contrato, de conformidad con lo establecido en la Ley Foral 7/2020, de 6 de abril.

Para analizar la cuestión de fondo debemos recordar que el contrato objeto de licitación es un contrato de concesión de servicios, definiéndose en el art. 32 de la LFCP como *“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 citada Ley Foral, al regular el objeto y ámbito del contrato de concesión de servicios, define en los siguientes términos el concepto de riesgo operacional: *“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.”*

Procede igualmente reproducir lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, así en la cláusula 1ª se establece el objeto y naturaleza del contrato:

“1 OBJETO Y NATURALEZA DEL CONTRATO

Constituye el objeto del contrato al que se refieren las presentes cláusulas la contratación de la gestión del Punto de Información y Explotación Turística en Artajona.

La parte adjudicataria tendrá la exclusividad de las visitas a la iglesia sean guiadas o no. No tendrá la exclusividad de las visitas guiadas al Cerco, Dólmenes y al pueblo.

Las visitas se podrán realizar a la nave de la iglesia y al coro. En relación al tejado se autoriza transitar por el pasillo sur, norte y oeste, excluyendo el propio tejado.

El contrato se regirá por las cláusulas contenidas en este Pliego, y para todo lo no previsto en él, por la normativa foral vigente, fundamentalmente, por la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, y en materia de contratación en lo referido a preparación, adjudicación y publicidad de los trámites observados, en especial, por la Ley Foral 2/2018, de 13 de Abril, de Contratos Públicos, en adelante LF 2/2018.

La naturaleza del contrato será la prevista en el artículo 32 de la LF 2/2018 de "contrato de concesión de servicios". La codificación de los servicios incluidos en el presente contrato, conforme a la nomenclatura Vocabulario Común de Contratos (CPV) de la Comisión Europea, de conformidad con el Anexo de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, es la siguiente:

Quienes liciten podrán presentar oferta para un único lote."

Por su parte, la cláusula 6ª regula del siguiente modo el sistema de retribución de la concesión:

"La persona concesionaria será retribuida directamente por el precio que abonen usuarios por los servicios que preste, y a tal efecto, por parte del Ayuntamiento de Artajona se aprobarán los precios de las diferentes visitas y/o actividades.

No obstante lo anterior, la empresa adjudicataria podrá formular, antes del 30 de noviembre de cada año, una propuesta de aprobación de precios de las diferentes visitas, para la aprobación por el Ayuntamiento, si lo estima conveniente.

La ejecución del presente contrato se realiza a riesgo y ventura de la persona o entidad adjudicataria, quien no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas o averías sino en los casos de fuerza mayor.

La parte adjudicataria, no podrá reclamar bajo ningún pretexto, ni aun tratándose, de un error u omisión, el aumento de los precios fijados en su oferta ni modificación de las condiciones económicas del contrato.”

La cláusula 7ª regula el canon a abonar por el concesionario en los siguientes términos:

“El presente contrato tendrá una contraprestación anual a favor del Ayuntamiento de Artajona de un mínimo de 2.000,00 euros, impuestos y retenciones exigibles incluidas en ambos casos. Para años incompletos se abonará la parte proporcional.

(...).”

Por su parte, la cláusula 22ª establece, entre los derechos del concesionario, los siguientes:

“A. A explotar el punto de información turística y organizar visitas guiadas sobre los atractivos turísticos de Artajona, con la exclusividad única de las visitas a la iglesia de San Saturnino, durante el tiempo que dure la concesión.

B. A la explotación de un vending en el terreno anexo a la oficina de información turística a riesgo y ventura de la persona adjudicataria.

C. A la explotación de los vídeos 360º, que el Ayuntamiento pone a su disposición.

(...).”

Entre las obligaciones del concesionario previstas en la misma cláusula pueden destacarse las siguientes:

“A. Gestionar el punto de información turística, prestando servicios de acogida información y visitas guiadas de conformidad con lo establecido en los Pliegos de Cláusulas Administrativas y Técnicas así como en la propuesta que haya formulado, asumiendo el riesgo económico de su gestión. La ejecución del contrato, por lo tanto, se

realizará a riesgo y ventura de la persona concesionaria y serán por cuenta de éste las pérdidas, averías o perjuicios que experimente durante la ejecución del contrato.

B. Cuidar de la adecuada aplicación de las normas sobre higiene uso, policía y conservación, necesarias para una correcta prestación del servicio, observando en cada momento las normas que vengán establecidas por las autoridades sanitarias.

C. Mantener en perfecto estado de limpieza las instalaciones del punto de información turística y de la iglesia.

(...)

“J. Mantener abierto al público y en perfecto estado de limpieza el baño existente en la Casa del Visitante, durante el horario de apertura estipulado. Asimismo, el Ayuntamiento podrá proceder a la apertura del baño, en situaciones concretas, dando cuenta a la persona concesionaria con al menos dos días de antelación, encargándose en este supuesto de la limpieza del mismo.”

“M. Respetar las celebraciones religiosas de los días de culto que tradicionalmente se ofician a lo largo del año en la Iglesia de San Saturnino, a saber: Domingo de Ramos (fecha móvil), La Natividad de San Juan Bautista (24 de junio), el domingo de "medievales" (fecha móvil), Santa Ana (26 de julio) y San Saturnino (29 de noviembre).

(...)

“O. Además, la empresa licitadora deberá tener en cuenta otras eventuales actividades inesperadas que puedan ir surgiendo, tales como bautizos, bodas y funerales. De lo que es previsible (bodas o bautizos) se avisará con siete días de antelación, de lo inesperado (funerales) el día anterior.

P. Permitir el libre acceso a la Iglesia de San Saturnino del párroco, el sacristán, grupo de bandeo y cualesquiera personas que cuenten con autorización del párroco para cuestiones de orden interno de la parroquia. Así como de personas relacionadas con el ayuntamiento para cuestiones relacionadas con la promoción del turismo en Artajona.”

Por lo que respecta a los derechos y obligaciones del Ayuntamiento, la cláusula 23ª regula entre otras las siguientes:

“b) Adecuar el jardín adyacente para su explotación mediante máquinas expendedoras de vending, en el supuesto de que la persona adjudicataria vaya a proceder a la instalación de las mismas.”

“d) Facilitar los vídeos 360º con las 5 gafas para su explotación, siempre que la persona adjudicataria muestre interés en ofertarlo.”

Finalmente interesa recordar que en el pliego de prescripciones técnicas se reproducen nuevamente cuestiones relativas a los derechos y deberes del concesionario, señalando además en su cláusula 6ª que *“durante las visitas, si no hubiera otra persona para atender el centro, deberá mostrarse en la puerta del centro de acogida un cartel que indique que en ese momento se está haciendo una visita indicando cuándo se realizará la siguiente y un móvil de contacto”*.

Una vez expuestas sucintamente las alegaciones de ambas partes y visto el contenido de los pliegos reguladores, procede entrar a analizar las diversas cuestiones planteadas.

Empezaremos con la primera de ellas referida a la ausencia de toda información necesaria en los pliegos para que las personas interesadas puedan evaluar el riesgo económico del contrato.

Pues bien, frente a lo expuesto hemos de reparar en las siguientes consideraciones consecuencia de las cláusulas del pliego regulador anteriormente transcritas:

- a) Del pliego se desprende claramente que el concesionario se resarce mediante el cobro del precio correspondiente por las visitas, si bien sólo tiene la exclusividad respecto a las visitas a la iglesia.
- b) En cuanto a la explotación de las máquinas de vending y de los vídeos 360º, tal como manifiesta el órgano de contratación, son opciones de negocio que se ponen a disposición del concesionario, no siendo preceptivos para este.

- c) Respecto al precio que deben abonar los visitantes se constata que se establece por el Ayuntamiento anualmente, si bien el concesionario puede formular una propuesta al respecto.
- d) Los días en los que no podrá el concesionario realizar visitas a la iglesia son aquellos en los que se encuentre ocupada por celebraciones litúrgicas, y por bodas, bautizos y comuniones y determinados días indicados en el propio pliego.
- e) El concesionario debe abonar anualmente al Ayuntamiento un canon mínimo de 2.000 euros, que puede ser superior en caso de haberlo ofertado así.
- f) Son gastos fijos de la concesión los de personal, limpieza del punto de información turística, de la iglesia y de los baños. Sin embargo al contrario que lo alegado por la reclamante, no es exigible que una persona atienda el centro de información mientras otra realiza las visitas, pues la cláusula 6ª del pliego técnico no obliga a ello.

No obstante, examinados los pliegos advertimos una carencia importante en el contenido, puesto que efectivamente no se cuantifica en modo alguno los gastos y los eventuales rendimientos de la concesión, tal y como alega la reclamante. En este sentido cabe recordar lo dispuesto en el artículo 40 de la LFCP:

“Antes de comenzar la tramitación del contrato se realizará un estudio de viabilidad para aquellas contrataciones cuyo valor estimado sea superior a 5.000.000 euros y sean susceptibles de explotación posterior. En los contratos de concesión de obras y servicios el estudio de viabilidad será obligatorio en todo caso. El estudio de viabilidad valorará, entre otros aspectos, la sostenibilidad y rentabilidad económica, financiera y social de la inversión y en particular el impacto de género. En los casos necesarios, el estudio de viabilidad incorporará un estudio de gastos de explotación por un período mínimo de diez años.”

Por su parte el art. 206.1 de la LFCP 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.”*

Igualmente, el artículo 207 señala que los contratos de concesión de servicios deberán incluir necesariamente, además de las cláusulas de alcance general reguladas en esta ley foral, estipulaciones referidas a los siguientes aspectos:

“b) Condiciones del riesgo operacional que asume el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de demanda de dichas prestaciones.”

“d) Determinación del sistema de tarifas para la remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la Administración.

e) Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del período de ejecución del contrato.”

Pues bien, tras lo expuesto, se puede comprobar como los pliegos no dan cumplimiento a dichas prescripciones legales: no contienen información alguna relativa a la variación de los costes de las prestaciones, ni la imputación de los riesgos a la demanda de dichas prestaciones, no estableciéndose tampoco las tarifas que deben abonar los usuarios ni los procedimientos para su revisión. Asimismo, tampoco se desglosan los criterios utilizados para calcular los costes de funcionamiento del servicio.

En definitiva, los pliegos no cuantifican los gastos que conlleva la explotación del servicio ni los eventuales rendimientos que pueda generar, y ello se debe a que tal y como este Tribunal ha podido constatar en el expediente remitido, el órgano de contratación no ha tramitado el preceptivo estudio de viabilidad en los términos

previstos en el art. 40 de la LFCP, que prevé su realización como un trámite previo a la propia tramitación del contrato, y además preceptivo al prever que en caso de concesiones de servicios “será obligatorio en todo caso”. A mayor abundamiento su ausencia se reconoce por el propio órgano de contratación cuando alega que la reclamante es quien tiene los datos precisos de la gestión del contrato y la falta de disposición al propio Ayuntamiento, reconociendo, por lo tanto, que la tramitación del expediente de contratación se ha realizado sin conocer los resultados de la gestión del servicio y sin que ninguna de las alegaciones realizadas por el órgano de contratación sirva para justificar su ausencia.

Resta analizar las consecuencias jurídicas de este incumplimiento. En este sentido interesa reproducir lo establecido en la Resolución 201/2017, de 5 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en la que se señala lo siguiente:

“La falta de estudio de viabilidad o documentación que le sustituya impide que se garantice la igualdad y concurrencia de los licitadores con el debido conocimiento de las características del servicio al elaborar las ofertas. No se trata de una mera irregularidad formal, sino de la ausencia de un acto preparatorio necesario para proceder válidamente a la licitación y adjudicación de la concesión.

Nos hallamos ante un requisito de procedimiento preceptivo cuya vulneración causa indefensión a los interesados que se ven obligados a formular sus ofertas sin datos básicos de referencia para efectuar sus proposiciones en condiciones de garantía de viabilidad, que tiene prevista una tramitación, y como, ni se ha elaborado estudio de viabilidad o documento sustitutivo, ni se ha sometido este a información pública, nos encontramos en un supuesto de nulidad del acuerdo de apertura del procedimiento de licitación para construir y explotar en régimen de concesión la obra pública.”

Al respecto interesa traer a colación la sentencia núm. 1253/2006, de 3 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que reitera la doctrina referida al alcance de la causa de nulidad por prescindir totalmente del procedimiento establecido reconociendo que no concurre sólo cuando se dicta un acto sin observancia de procedimiento alguno u observando un procedimiento distinto del previsto, sino

también cuando se prescinde de un trámite que, por su importancia y singularidad, caracterizan el procedimiento en cuestión- *con un valor singularizado en orden a la instrucción del expediente o a la defensa de los interesados-*, como ocurre en el presente caso, con el estudio de viabilidad exigible en los contratos de concesión de servicios:

“La intención del legislador ha sido evidente para la mencionada doctrina y, así, es notorio que la relevancia de los vicios de procedimiento se considera en Derecho Administrativo (...) como una irregularidad no invalidante como criterio de partida, aumentando su eficacia invalidatoria según se constituye en requisito no meramente procedimental, sino constitutivo de un mecanismo de garantía para el administrado; esto es, la consideración del procedimiento como garantía del administrado es la clave determinante de la invalidez que dimana de las infracciones del mismo. (...).

Por prescindir totalmente del procedimiento legalmente establecido no se entiende que se haya prescindido de cualquier procedimiento -lo que reduciría la nulidad radical a los actos adoptados «de plano»-, sino del procedimiento legalmente establecido para ese género de actuación administrativa. Como quiera que la construcción de los llamados procedimientos especiales se hace en nuestro ordenamiento jurídico sobre la base de un procedimiento común –o unas reglas comunes de procedimiento- añadiendo al mismo algún trámite específico, la omisión de ese trámite específico va a parificarse con la omisión total del procedimiento, siempre que pueda considerarse esencial -esto es, con un valor singularizado en orden a la instrucción del expediente o a la defensa de los interesados- y no un mero ritualismo configurado en ese procedimiento especial por la razón concreta de que se trate (cláusula de estilo en la materia específica o residuo histórico de un uso administrativo en ese sector); en otros términos, va a entenderse que se ha prescindido totalmente del procedimiento establecido para ese acto concreto, siempre que se pueda afirmar que la ausencia de algún o algunos trámites determina la inidentificación del procedimiento específico establecido para ese acto concreto.”

Es por ello que advertimos la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en relación con el art. 116.2.a) de la

LFCP por tratarse de un requisito de procedimiento preceptivo cuya vulneración causa indefensión a los interesados.

Por lo tanto, tras constatar la ausencia del preceptivo estudio de viabilidad previo a la tramitación del contrato, ni constar en los pliegos el contenido mínimo legalmente previsto relativo a las condiciones económicas de la gestión del servicio, procede estimar esta alegación.

SÉPTIMO.- Sin perjuicio de la estimación de los motivos alegados en la consideración anterior que conllevan a declarar la nulidad, entendemos oportuno realizar de oficio una última consideración relativa a los criterios de adjudicación del contrato previstos en la cláusula 15ª del pliego de cláusulas administrativas particulares (15.1,15.2 y 15.3). Dichos criterios son los siguientes:

15.1. PROPUESTA TÉCNICA Y FORMACIÓN DEL PERSONAL. Esta documentación irá en el sobre nº2

PROPUESTA TÉCNICA (HASTA 45 PUNTOS)

FORMACIÓN DEL PERSONAL ADSCRITO AL CONTRATO (HASTA 18 PUNTOS)

15.2. CRITERIOS SOCIALES: HASTA 12 PUNTOS. Este concepto irá en el sobre nº3, junto con la oferta económica.

Criterios sociales (hasta 12 puntos)

15.3 OFERTA ECONÓMICA: HASTA 25 PUNTOS. Este concepto irá en el sobre nº 3.

Como puede fácilmente comprobarse los dos primeros criterios se configuran como cualitativos, debiéndose ofertar en el sobre 2, y los dos últimos valorables mediante fórmula, debiéndose ofertar en el sobre 3. Sin embargo debemos advertir que dicha previsión vulneraría lo dispuesto en el art. 64.4 de la LFCP, conforme al cual *“cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, al menos el 50% de la puntuación deberá calcularse mediante la aplicación de fórmulas objetivas que se establecerán en los pliegos, que determinará la ponderación relativa de cada uno de ellos.”* Por tanto resulta evidente el incumplimiento al reservar únicamente el 37% de la puntuación a fórmulas objetivas, salvo que se considere que el criterio referido a la *“formación del personal adscrito al contrato”*, se valora de forma automática, al

atribuirse la puntuación en función de las horas de formación acreditadas, de la titulación o, bien, de los meses de experiencia laboral, si bien en este caso lo procedente sería su consideración en el pliego como criterio valorable mediante fórmula, al igual que ocurre con los criterios sociales y la oferta económica, pero que en todo caso requiere de una nueva formulación.

En consecuencia procede advertir de ello al órgano de contratación so pena de incurrir en causa de nulidad, de persistir dicha redacción en una nueva convocatoria, y previa puesta de manifiesto a las partes en el procedimiento oportuno (art. 127.2 de la LFCP).

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

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por doña M. N. O. F. frente al anuncio de licitación y frente a los pliegos reguladores del contrato de “*Gestión del Punto de Información y Explotación Turística en Artajona*”, declarando la nulidad de la licitación.

2º. Notificar este acuerdo doña M. N. O. F., al Ayuntamiento de Artajona 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, 23 de septiembre de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer.
LA VOCAL, M^a Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.