



Expediente: 144/2021

ACUERDO 34/2022, de 8 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por DINAMIC IMIZCOZ SERVICIOS CULTURALES, S.L. frente a la Resolución 193/2021, de 16 de diciembre, de la Directora General de Turismo, Comercio y Consumo, por la que se adjudica el contrato de concesión de servicios de *Explotación turística del Castillo de Olite, la Ciudad romana de Andelos, la Villa romana de Arellano y el Recinto Amurallado de Rada*, a MAGMACULTURA, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de octubre de 2021, el Departamento de Desarrollo Económica y Empresarial del Gobierno de Navarra publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de concesión de servicios de *Explotación turística del Castillo de Olite, la Ciudad romana de Andelos, la Villa romana de Arellano y el Recinto Amurallado de Rada*.

A dicho contrato concurrieron los siguientes licitadores:

- MAGMACULTURA, S.L. (en adelante Magmacultura)
- GUIARTE SERVICIOS TURÍSTICOS, S.L. (en adelante Guiarte)
- U.T.E. DINAPLAY, constituida por DINAMIC IMIZCOZ SERVICIOS CULTURALES, S.L. (en adelante Dinamic) y OUIPLAY, S.L.

SEGUNDO.- El 5 de noviembre la Mesa de Contratación admitió a todos los licitadores presentados tras el examen del sobre nº 1 (Requisitos de participación),

procediendo a continuación a abrir el sobre nº 2 (Proposición sobre criterios cualitativos) a efectos de su valoración.

El 26 de noviembre la Mesa de Contratación atribuyó, en base al informe de valoración emitido al respecto, las siguientes puntuaciones a las ofertas formuladas en el citado sobre nº 2:

Licitadoras	Criterios cualitativos (hasta 50 puntos)						
	Calendario y horario	Plan visitas guiadas	Equipo de trabajo	Plan mantenimiento	Gestión y des. productos turísticos	Servicios adicionales	Total
GUIARTE	10	9	20	2	3	4	48
DINAPLAY	0,84	9	13	2	2,5	4	31,34
MAGMACULTURA	6,15	4	13	1	2,5	3	29,65

A continuación, procedió a la apertura del sobre nº 3 relativo a la “Proposición a valorar mediante fórmulas”, con el siguiente resultado:

Licitadoras	Criterios a valorar mediante fórmulas (hasta 50 puntos)					
	Canon anual (h. 35 p)	Criterios sociales (hasta 15 puntos)				Total
		Contratación de personal de la zona* (h.13 p.)			Ser mujer la responsable del contrato (2 p.)	
GUIARTE	10,03	JC año	JC >6m	MJ	2	24,03
		10	0,5	1,5		
DINAPLAY	19,44	6	1	2	2	30,44
MAGMACULTURA	35	8	2	3	2	50

* **Compromiso de contratación de personal de la zona:**

- Contrato a jornada completa durante todo el año (JC año): 1 punto por persona
- Contratos a jornada completa durante al menos 6 meses al año (JC >6m): 0,5 puntos por persona.
- Contratos a media jornada durante todo el año (MJ): 0,5 puntos por persona.

Las puntuaciones totales atribuidas a las ofertas de los licitadores fueron las siguientes:

Licitadoras	Criterios cualitativos (hasta 50 puntos)	Criterios a valorar mediante fórmulas (hasta 50 puntos)	TOTAL
GUIARTE	48	24,03	72,03
DINAPLAY	31,34	30,44	61,78
MAGMACULTURA	29,65	50	79,65

Atendiendo a dichas puntuaciones, la Mesa de Contratación acordó *Elevar al órgano competente propuesta de adjudicación del contrato a favor de la licitadora que ha obtenido la mejor puntuación, MAGMACULTURA, S.L., siempre y cuando la misma presente en plazo la documentación señalada en el apartado 19 del Pliego regulador de la contratación.*

El 1 de diciembre la Mesa de Contratación requirió a dicha empresa la presentación de la citada documentación, concediéndole para ello un plazo de siete días naturales contados desde el día siguiente al de la recepción de la notificación.

El 7 de diciembre dicha empresa solicitó una ampliación del plazo concedido para la presentación de la documentación, en base a las razones que expone en la propia solicitud.

El mismo día 7 de diciembre la Mesa de Contratación concedió una ampliación del plazo de cuatro días naturales respecto al plazo inicial, *de modo que el plazo para presentar la mencionada documentación finalizará el día 13 de diciembre de 2021, al ser domingo el último día (12 de diciembre) del plazo ampliado.*

Magmacultura presentó la documentación requerida el 13 de diciembre.

Guiarte presentó los días 13 y 15 de diciembre sendas solicitudes de acceso al expediente, haciendo lo propio Dinamic el día 15 de dicho mes.

Asimismo, el 16 de diciembre Guiarte solicitó a la Mesa de Contratación *Que facilite "Informes de Viabilidad" de las propuestas presentadas dado que la licitadora que más puntuación ha recibido, ha incrementado el precio de salida un 420% y presentado una propuesta técnica que supera únicamente por cuatro puntos, la nota de corte.*

Cabe señalar por tanto, dado que el criterio de adjudicación del contrato es la mejor relación calidad precio, que el equilibrio en la relación calidad precio quedaría comprometido.

El 16 de diciembre el órgano de contratación solicitó a Magmacultura que especificara qué apartados de su propuesta técnica consideraba confidenciales, a efectos de atender la solicitud de acceso al expediente formulada por Guiarte.

Por la Resolución 193/2021, de 16 de diciembre, de la Directora General de Turismo, Comercio y Consumo, se adjudicó el contrato a Magmacultura. Dicha resolución se notificó a los licitadores el 17 de diciembre.

El mismo 17 de diciembre Dinamic solicitó copia del expediente de contratación, reiterando dicha solicitud el 20 de diciembre.

Con fecha 18 de diciembre, Guiarte solicitó al órgano de contratación el acceso al expediente completo de todo el procedimiento de contratación, ante la posible interposición de un recurso especial en materia de contratación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 126.1 de la LFCP.

El 20 de diciembre Magmacultura presentó un informe justificativo de la confidencialidad de su propuesta técnica.

Por la Resolución 198/2021, de 22 de diciembre, de la Directora General de Turismo, Comercio y Consumo, se facilitó el acceso al expediente de contratación solicitado por Guiarte y Dinamic.

Por la Resolución 200/2021, de 24 de diciembre, de la Directora General de Turismo, Comercio y Consumo, se prorrogó la concesión demanial otorgada a Guiarte

para la gestión de los centros histórico-turísticos Palacio de Olite, Ciudad Romana de Andelos, Villa Romana de Arellano y Recinto amurallado de Rada, hasta que comience el plazo de ejecución del contrato de concesión de servicios para la explotación turística de dichos centros.

TERCERO.- Con fecha 26 de diciembre Dinamic interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública, frente a la Resolución 193/2021, de 16 de diciembre, de la Directora General de Turismo, Comercio y Consumo, por la que se adjudicó el contrato a Magmacultura, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. Solicita la nulidad de la adjudicación del contrato por la inviabilidad de su ejecución. Alega que la adjudicataria ofertó un canon anual de 180.000 euros que, junto con sus gastos en la ejecución del contrato y el coste de personal necesario para su ejecución, hacen que sea imposible la realización del servicio con las condiciones indicadas en el pliego. Manifiesta que esto supone un alza temeraria y unos costes no asumibles mediante la explotación de los recursos turísticos objeto del contrato, a la vista del volumen esperable de visitantes y de los costes a los que se compromete la licitadora. Concluye que la adjudicataria en ningún momento ha acreditado la posibilidad de ejecutar el contrato con el canon presentado, lo que motiva la declaración de nulidad de la adjudicación.

2ª. Solicita la exclusión de Guiarte de la licitación por un total incumplimiento de lo establecido en el pliego regulador del contrato, contraviniendo el artículo 97 de la LFCP, al haber incluido los currículums de personal no susceptible de subrogación en el apartado de criterios cualitativos en lugar de en el de criterios a valorar mediante fórmulas. Señala que ello supone una infracción de los principios de imparcialidad, objetividad e igualdad de trato que debe presidir toda actuación administrativa. Manifiesta, asimismo, que dicho error hace dudar de la verdadera voluntad de dicha licitadora y, en cualquier caso, impide al órgano de contratación evaluar las ofertas de forma objetiva, por lo que debe excluirse de la licitación.

3ª. Señala que, en caso de que la adjudicación del contrato sea declarada nula por el primero de los motivos señalados, el canon anual de la U.T.E. Dinaplay (100.000 euros) debe ser valorado con la puntuación máxima (35 puntos), al ser el más elevado

de los propuestos por las empresas licitadoras en valoración, según el punto B.1 del pliego.

4ª. Señala, con respecto a las puntuaciones otorgadas en el apartado “Calendario y Horario” de los criterios cualitativos, y vistas las propuestas técnicas de Guiarte y de la U.T.E. Dinaplay, que debe declararse la existencia de arbitrariedad, desviación de poder o falta de proporcionalidad en la actuación de la Mesa de Contratación, haciendo nula la puntuación otorgada a dicha U.T.E. Manifiesta que las respectivas puntuaciones (10 y 0,84 puntos) en ningún caso se basan en criterios aritméticos o proporcionales, a la vista de las citadas propuestas técnicas. Alega que la U.T.E. Dinaplay incluye en su oferta todas las horas y días de apertura mínima exigidos en el pliego, además de numerosas ampliaciones de horario y calendario, y que, frente a las 7.670,5 horas propuestas por Guiarte, dicha U.T.E. propuso 6.579,9 horas. Concluye que, por ello, la puntuación atribuida a esta es manifiestamente arbitraria y contraviene los principios de imparcialidad, objetividad e igualdad de trato, debiendo otorgársele una puntuación proporcional a la totalidad de las horas ofertadas por los licitadores.

5ª. Respecto al apartado “Equipo de Trabajo” de los criterios cualitativos, y vistas las propuestas técnicas de Guiarte y de la U.T.E. Dinaplay, señala que la Mesa de Contratación ha vuelto a incurrir en arbitrariedad, desviación de poder o falta de proporcionalidad, haciendo nula la puntuación otorgada a la recurrente. Manifiesta que las respectivas puntuaciones (20 y 13 puntos) no parecen basarse en criterios aritméticos ni proporcionales, a la vista de las citadas propuestas, no pudiendo obviarse que Guiarte incluyó en este apartado los currículums del personal no susceptible de subrogación, conforme a lo expuesto con anterioridad.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, lo siguiente:

1. Que se declare la nulidad de la adjudicación a favor de Magma cultura.
2. Que se declare la nulidad de la puntuación otorgada a la recurrente en el canon anual, declarando que la puntuación es de 35 puntos.
3. Que se declare la exclusión de Guiarte de la licitación del contrato.
4. Que se declare la existencia de arbitrariedad, desviación de poder y falta de proporcionalidad en la valoración de los apartados “Calendario y Horario” y “Equipo de

Trabajo”, declarando la nulidad de la puntuación otorgada, debiendo ser puntuados bajo los criterios antes indicados.

5. Que se proceda a la adjudicación del contrato a la U.T.E. Dinaplay.

CUARTO.- Con fecha 30 de diciembre Magmacultura solicitó el acceso al expediente de contratación.

Por la Resolución 1/2022, de 3 de enero, de la Directora General de Turismo, Comercio y Consumo, se facilitó a dicha empresa el acceso al citado expediente.

QUINTO.- Con fecha 26 de diciembre se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 29 de diciembre, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales contados desde el mismo día de la notificación del requerimiento, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el 3 de enero el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones en el que manifiesta lo siguiente:

1ª. Respecto al canon anual ofertado por Magmacultura y el resto de licitadoras

Señala que nos hallamos ante un contrato de concesión de servicios que, como ha señalado el Tribunal de Justicia de la UE, se caracteriza por la transferencia del derecho de explotación de un servicio a un concesionario, con una cierta libertad económica y quedando suficientemente expuesto a los riesgos vinculados a esa explotación, entendiéndose por “riesgo de explotación del servicio”, según dicho Tribunal, *el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, lo cual puede*

traducirse en el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda, el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, etc. (Sentencia de 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09).

Por tanto, la exigencia de que la adjudicataria de un contrato de este tipo soporte una parte significativa del riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado puede implicar que *no estén 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 del riesgo operacional al contratista* (Informe 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón).

Señala que, en suma, al hallarnos ante un contrato de concesión de servicios, debe tenerse en cuenta su peculiar sistema de retribución, que consiste en el derecho a explotar el servicio – acompañado del pago de un canon a la Administración – unido a la asunción por la contratista del riesgo en la prestación del mismo, la cual obtendrá los ingresos de los usuarios que abonarán las tarifas fijadas en los pliegos de contratación.

Señala que la cláusula 5ª del pliego del contrato (Importe de la licitación y valor estimado del contrato) establece lo siguiente:

5.1. Importe de la licitación (canon anual).

*El importe de la licitación será el canon anual a abonar por la explotación de los centros histórico-turísticos a la Dirección General de Turismo, Comercio y Consumo, que se fija en **un canon mínimo de 43.000 euros**, de forma que se inadmitirán las ofertas de inferior importe.*

*En todo caso la contratista **asumirá plenamente el riesgo operacional** conforme a lo dispuesto en el artículo 204 de la LFCP, y será retribuida directamente mediante las tarifas que abonen las personas que visiten los centros según los precios establecidos en el pliego de prescripciones técnicas.*

Manifiesta que, a la hora de fijar dicho canon mínimo – que constituía, dadas las características de estos contratos, el importe sobre el que se debía pujar – el órgano de contratación optó por establecer una baja cuantía, a fin de favorecer la concurrencia de licitadoras ante una situación de incertidumbre como la generada por la pandemia de COVID-19, sin olvidar que dicho importe era la cuantía mínima a ofertar para ser admitida a la licitación y que las licitadoras disponían, asimismo, de la información que se les facilitó sobre la explotación, como los datos económicos (ingresos y gastos ordinarios de 2017-2019) y el número de visitantes del periodo 2015 - julio 2021, y que las mismas eran conocedoras a su vez de los precios a abonar por éstos en forma de tarifas.

Concluye, a este respecto, que se presume que quien concurre a la licitación de un contrato de concesión de servicios como el que nos ocupa, es conocedora de las notas que caracterizan a estos contratos y que asume, por tanto, las consecuencias que de ellas se derivan, que son las antes expuestas.

Respecto a la actuación de la Mesa de Contratación en la valoración de las ofertas económicas de los licitadores, señala que esta valoró los criterios valorables mediante fórmulas previstos en la cláusula 18.B, incluido el relativo al canon anual (hasta 35 puntos).

Alega que en el pliego no se recogieron las condiciones para considerar anormal o no una oferta económica – canon anual a abonar a la Administración – en la presente licitación, afirmando la Resolución 440/2019, de 25 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, respecto a un contrato que tenía también “cero euros” como límite de gasto a comprometer por el órgano de contratación, que *De conformidad con lo previsto en los pliegos, y atendiendo al tenor literal de los dos preceptos en ellos citados en relación con el carácter anormal de las ofertas, consideramos que por virtud de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 149.2 de la LCSP, al haberse establecido una pluralidad de criterios de adjudicación, habrá de estarse en cuanto al carácter anormal de las ofertas a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los que debería haberse establecido o determinados los parámetros objetivos que permitan identificar los casos en los que la oferta se considera anormal, considerada ésta en su conjunto. No constando estos parámetros*

objetivos, no procede el examen o consideración como anormal de las ofertas, con independencia de cuales sean los valores ofertados por los licitadores para estos criterios.

Señala que, en el presente caso, la actuación de la Mesa de Contratación se ajustó estrictamente a lo previsto en el pliego y, por tanto, al no haberse establecido en el mismo los parámetros objetivos que permitieran identificar una oferta como anormal, se procedió a elevar la propuesta de adjudicación a la licitadora que había realizado la oferta con la mejor calidad-precio.

Concluye que la Mesa de Contratación no examinó, por el motivo señalado, si los cánones ofertados por las licitadoras podían ser calificados como anormales o no, hecho que indudablemente afecta también a la ahora reclamante, que ofertó un canon de 100.000 euros, siendo evidente que, sin contar con parámetros objetivos que permitan dicha afirmación, no es posible declarar una oferta como temeraria y la otra no, como pretende Dinamic en su reclamación, al solicitar que le sean otorgados los 35 puntos a su oferta al ser la más elevada una vez rechazada la de Magmacultura por anormal.

2ª. En cuanto a que Guiarte debió ser excluida de la licitación por incluir en el sobre nº 2 “Proposición sobre criterios cualitativos” documentación que correspondía al sobre nº 3 “Proposición a valorar mediante fórmulas”

Señala que la reclamante solicita dicha exclusión al entender que la licitadora ha incumplido lo establecido en el artículo 97 de la LFCP (*Cuando la oferta técnica vaya a ser valorada total o parcialmente mediante la aplicación de juicios de valor, se presentará de forma separada la documentación relativa a la oferta para dichos criterios y la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas*) y en la cláusula 16.2 del pliego (*No se aceptarán aquellas ofertas que tengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer, claramente, lo que el órgano gestor estime fundamental. Asimismo, quedarán automáticamente excluidas del procedimiento aquellas propuestas que incluyan en el sobre nº 1 o nº 2 documentación que corresponda al sobre nº 3*).

Alega que, sin embargo, no es cierto que Guiarte incluyera documentación correspondiente al sobre nº 3 en el sobre nº 2, sino que dicha licitadora incluyó en el sobre nº 2 (en concreto, en las páginas 21 a 30 de su Proyecto de explotación) lo que la reclamante denomina los *currículums de personal no susceptible de subrogación*, pero que no deja de ser más que la información requerida para evaluar el proyecto conforme al criterio “Equipo de trabajo” del apartado 18.A del pliego, es decir, la descripción del equipo de cada centro, el número de personas que atenderán el servicio, la formación reglada y el conocimiento de idiomas de cada una de ellas, mientras que en el sobre nº 3 incluyó lo referido al criterio social “Compromiso de contratación de personal de la zona”.

Concluye que, por lo tanto, no concurre en este caso el supuesto que habría obligado a la Mesa de Contratación a excluir a Guiarte del procedimiento de licitación.

3ª. Respecto a que es arbitraria la puntuación otorgada al proyecto de explotación de la reclamante en los criterios “Calendario y horario de atención al público previstos” y “Equipo de trabajo”, a la vista de la concedida a Guiarte

Formula las siguientes alegaciones respecto a la evaluación que se realizó de las ofertas en cada uno de los citados criterios:

1. Criterio cualitativo “Calendario y horario de atención al público previstos” de la cláusula 18.A.1 del pliego, en el que se valoraba el mayor número de días y horas abiertas al público.

Señala que en el informe de valoración de las ofertas técnicas se detallan los elementos objetivos que fueron tenidos en cuenta a la hora de otorgar dicha puntuación, pero que, teniendo en cuenta que dicho informe es un resumen del proceso evaluador, se expone a continuación con más detalle la valoración efectuada:

a) En primer lugar, se confirmó que se habían incluido los días y horas de entrada gratuita obligatoria a los BIC y, seguidamente, que el número mínimo de personal de cada uno de los centros histórico-turísticos era el adecuado en función de la temporada anual.

b) Una vez comprobado que las licitadoras cumplían adecuadamente lo anterior, se pasó a valorar el mayor número de días y horas abiertas al público que se ofertaban, como expresamente señalaba el pliego.

Para ello, se aplicó como referencia el calendario oficial de festivos de Navarra en el año 2022, unido al calendario y horarios de apertura incluidos en el pliego de prescripciones técnicas, siendo el mínimo con el que debían cumplir las licitadoras de un total de 6.080 horas (3.157 horas en el Castillo de Olite y 2.923 horas en los tres yacimientos).

c) Además del horario desglosado por temporada, la UTE Dinaplay presentaba un “Cuadro resumen de aperturas extraordinarias” (página 23 de su oferta técnica) en el que se recogía un total de 134 horas extras de apertura del Castillo de Olite, que fueron admitidas por la Mesa de Contratación. Asimismo, en el caso de los yacimientos se ofertaba un total de horas de apertura extraordinaria de 178 con 30 minutos, que, sin embargo, no fueron admitidas, ya que se trataba de días expresamente señalados en la cláusula 5ª del pliego de prescripciones técnicas (Calendario y horarios de apertura al público) como de apertura obligatoria.

En resumen, los días propuestos por la UTE Dinaplay o eran festivos en toda la Comunidad Foral (14 y 18 de abril, 25 de julio, 15 de agosto, 12 de octubre, 6 y 8 de diciembre), o eran de apertura obligatoria (18 de mayo), o bien días considerados como puentes (13 de octubre y 7 de diciembre), de modo que solo se tuvieron en cuenta al valorar su oferta las horas extraordinarias ofrecidas en el caso del Castillo de Olite (134 horas), y no las referidas a la apertura de los yacimientos (178,30 horas).

d) Por los motivos señalados, la Mesa de Contratación otorgó la máxima puntuación (10 puntos) a Guiarte por ser quien más horas había ofrecido sobre el horario de apertura mínimo exigido en el pliego de prescripciones técnicas (3.157 horas en el caso del Castillo de Olite y 2.923 horas en el caso de los yacimientos), y, aplicando la regla de proporción simple directa (regla de tres) se puntuaron el resto de ofertas:

Licitadoras	Castillo Olite* (h. ofertadas)	Yacimientos* (h. ofertadas)	Total horas ofertadas	Oferta > PPT	Puntos
GUIARTE SERVICIOS TURÍSTICOS, S.L.	3.452,5	4.218	7.670,5	1.590,5	10
DINAPLAY	3.291	2.923	6.214	134	0,84
MAGMACULTURA, S.L.	3.265	3.793,5	7.058,5	978,5	6,14

**El horario mínimo de apertura exigido en el PPT es: de 3.157 horas en el caso del Castillo de Olite y de 2.923 horas en el caso de los yacimientos (un total de 6.080 horas).*

2. Criterio cualitativo “Equipo de trabajo” de la cláusula 18.A.3 del pliego, en el que se valoraba la adecuada previsión (número) y gestión de personal para el desempeño de las tareas según temporada, la formación reglada y el conocimiento de idiomas (especialmente la formación relacionada con estudios de turismo y/o interpretación del patrimonio).

Señala que, al igual que con el anterior criterio, procede detallar el proceso de evaluación de los equipos de trabajo ofertados por las licitadoras:

a) En primer lugar, se comprobó que las tres empresas proponían perfiles adecuados, bien porque contaban con dicho personal en plantilla, bien porque realizaban una propuesta detallada de qué requisitos-perfiles iban a contratar.

b) Se observó que las ofertas cumplían lo exigido en la cláusula 11ª del pliego del contrato (Solvencia técnica o profesional).

c) Se analizaron, asimismo, los puntos fuertes de cada oferta: el detalle de las funciones descritas por Dinaplay, el proceso de selección y motivación en el caso de Magmaultura y el conocimiento del personal y de las funciones a realizar por parte de Guiarte (titular de la actual concesión demanial para la gestión de los cuatro centros histórico-turísticos).

d) A la vista de que todas las ofertas contaban con personal formado según lo exigido en los pliegos o con el compromiso de contratarlo, se optó por considerar el número de personas propuesto en cada equipo de trabajo como el elemento objetivo a la hora de puntuar las ofertas, como resultado de lo cual, la oferta que obtuvo mayor

puntuación fue la de Guiarte (20 puntos) – por ofertar un equipo formado por 23 personas, sensiblemente superior al de las otras licitadoras que ofertaron 15 personas cada una – puntuándose al resto mediante la regla de proporción simple directa:

Licitadoras	Equipo de trabajo (hasta 20 puntos)
GUIARTE SERVICIOS TURÍSTICOS, S.L.	20
DINAPLAY	13
MAGMACULTURA, S.L.	13

Concluye que la Mesa de Contratación ha actuado con objetividad, valorando las ofertas conforme a los criterios cualitativos establecidos en el pliego regulador del contrato, concretando dichas valoraciones en aplicación de la discrecionalidad técnica de la que goza, siendo así que, el hecho de que su valoración de las ofertas no coincida con la de las licitadoras, no entraña ilegalidad alguna en tanto no se incurra en arbitrariedad o discriminación.

Alude, por último, al Acuerdo 41/2016, de 26 de julio, de este Tribunal, en relación con la citada discrecionalidad.

SEXTO.- Con fecha 7 de enero de 2022 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, habiéndose presentado las siguientes alegaciones por Magmaultura con fecha 12 de enero:

1ª. La oferta del canon anual cumple con el pliego regulador de la contratación y con la normativa sobre contratación pública

Alega que la reclamación contiene meras manifestaciones sin ningún tipo de apoyo jurídico ni prueba que las sustenten, formulándose en defensa de unos intereses privados que nada tienen que ver con la legalidad de la actuación administrativa.

Señala que la recurrente desconoce los costes de personal, de estructura y el margen de beneficio de Magmacultura como para poder afirmar que no podrá ejecutar la prestación del servicio con el canon ofertado.

Manifiesta que Magmacultura es una empresa que se dedica a actividades en ámbitos de cultura, educación y turismo, contando con más de veinticinco años de experiencia en importantes centros culturales y con un equipo de profesionales con una gran experiencia en la gestión de proyectos y servicios culturales y turísticos.

Señala que, para la formulación de su oferta, efectuó un plan de negocio interno, teniendo en cuenta la capacidad de gestión de la empresa, con la previsión de ingresos y gastos. Alega que, dada su experiencia y capacidad de gestión, puede conseguir que el número de visitantes e ingresos que actualmente tiene el castillo de Olite aumente significativamente a partir de una política de comunicación y comercialización que se adecúe mejor a la importancia y relevancia del conjunto patrimonial, con la captación de nuevos públicos.

Alega que es importante tener en cuenta la organización empresarial que le permite una gestión más eficiente de los costes y, por tanto, reducirlos, señalando que dispone de una estructura central que, como consecuencia de las economías de escala, es mucho más eficiente, dado que es un coste que debe repartirse entre muchos clientes y servicios, lo que no sucede en empresas con dimensiones más reducidas o locales, subrogando al personal y cumpliendo con las condiciones laborales que vienen impuestas por dicha subrogación.

Señala que ha ofertado un canon anual de 180.000 euros como consecuencia de un cálculo exhaustivo de la cuenta de explotación de este servicio, teniendo en cuenta, además, que es Magmacultura quien asumirá el riesgo operacional del contrato conforme a lo dispuesto en la cláusula 5ª del pliego.

Alega que no procede anular la adjudicación del contrato puesto que el mismo cumple con la legalidad, habiéndose otorgado la puntuación en este criterio conforme a la fórmula fijada en el pliego.

Manifiesta que el pliego no fija parámetros para entender que una oferta puede ser anormalmente baja respecto del criterio del canon anual, por lo que ningún licitador viene obligado a justificar en su oferta el precio de canon anual señalado. Por lo tanto, la actuación de la Mesa de Contratación se ajusta a la legalidad puesto que aplicó lo señalado en el citado pliego.

Alega lo dispuesto en 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. (...)*.

Por ello, al no incorporar el pliego previsiones 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. En consecuencia, se desestima también este motivo de recurso.”

Reitera que en el pliego no consta previsión sobre la determinación de la anormalidad de la oferta, por lo que no puede considerarse el canon ofertado como oferta temeraria o anormal, como tampoco se le ha de exigir documentación adicional que justifique la viabilidad de la ejecución del contrato, y más, si se tiene en cuenta que estamos ante una concesión de servicios donde existe una transferencia del riesgo operacional a Marmacultura, tal y como dispone el artículo 104 de la LFCP y la cláusula 21ª del pliego, motivo por el que el pliego no fija criterios para determinar posibles ofertas anormalmente bajas, ya que cada licitador podrá ofertar un canon anual dispar en función de su estructura empresarial, sus costes y sus márgenes de beneficio.

Alega que la recurrente pretende que se le dé un trato diferente al del resto de licitadores con el fin de adjudicarse el concurso, pretendiendo que se le apliquen unas condiciones que no están fijadas en el pliego regulador que le favorezcan, al alegar que la máxima puntuación debe atribuirse al canon por ella ofertado.

2ª. No procede la exclusión de Guiarte Servicios Turísticos, S.L.

Alega que, según el órgano de contratación, Guiarte no ha incluido en el sobre nº 2 documentación del sobre nº 3, puesto que los currículums que ha presentado únicamente referencian datos que se requieren en el criterio de adjudicación cualitativo denominado “Equipo de Trabajo”.

Respecto de la documentación que ha incluido en el sobre nº 3, únicamente ha presentado lo exigido en el pliego regulador, esto es, una declaración responsable en la que se compromete a disponer de determinado personal, por lo que la actuación de la Mesa de Contratación resulta adecuada a la legalidad.

3ª. El informe técnico de valoración de los criterios cualitativos es ajustado a derecho

Señala que la arbitrariedad, desviación de poder o falta de proporcionalidad alegadas por la recurrente son meras manifestaciones que no se encuentran debidamente justificadas ni acreditadas y que, por tanto, no desvirtúan la presunción de validez de la actuación realizada por la administración.

Alega que el informe de la Mesa de Contratación de valoración de las ofertas técnicas de los licitadores respecto de los criterios cualitativos se encuentra suficientemente motivado, puesto que del mismo se concluyen las características de las ofertas de los licitadores y la valoración que se ha efectuado de ellas.

Señala que resulta oportuno recordar la doctrina de los tribunales de contratos en relación a la denominada discrecionalidad técnica de la Administración en la valoración de las ofertas no cuantificables mediante fórmulas, citando los Acuerdos 34/2019, de 9 de abril, y 60/2019, de 4 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de

Aragón. Alega, en relación con ello, que el recurrente no acredita la existencia de arbitrariedad, error patente o irracionalidad en la valoración, formulando meras manifestaciones subjetivas que no desvirtúan un informe técnico que se encuentra justificado. Señala, por último, que el órgano de contratación ha justificado en sus alegaciones la valoración y puntuación otorgadas en estos criterios, acreditando que las mismas cumplen con las previsiones fijadas previamente en el pliego.

Solicita, atendiendo a todo lo expuesto, la desestimación de la reclamación interpuesta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.b) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por la Administración de la Comunidad Foral 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 formulada 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 al artículo 124.3.c) de la LFCP.

TERCERO.- 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 el artículo 123.1 de la LFCP.

CUARTO.- En cuanto a la interposición de la reclamación debemos reparar que si bien en el escrito de interposición se alude literalmente a un recurso de alzada, lo cierto es que a pesar de su denominación, toda la normativa en la que fundamenta su escrito se refiere al marco normativo de la reclamación administrativa contractual por lo que debemos entender que se ha realizado en la forma y en el plazo previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

QUINTO.- Como se ha expuesto detalladamente en los antecedentes de la reclamación, a los cuales nos remitimos, son varios los motivos alegados por la reclamante por lo que considera que la oferta de la adjudicataria debió ser rechazada.

Antes de su análisis debemos recordar la doctrina relativa a los límites de la competencia de este Tribunal, que nos lleva a desestimar la petición de la reclamante en la que nos solicita la alteración de la puntuación de su oferta en varios de los criterios de adjudicación, procediendo a la posterior adjudicación del contrato. Basta citar para ello la doctrina recogida, entre otros, en nuestro Acuerdo 112/2021, de 6 de noviembre, conforme al cual *a la vista del suplico del escrito de interposición, debemos señalar que aún en el supuesto de una eventual estimación de la reclamación, en modo alguno cabría acceder a la petición formulada por el reclamante en el sentido de acordar la adjudicación de dichos lotes en su favor, dada la limitación de la competencia de este Tribunal que deriva de su función revisora. Límite que hemos puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones, por todos, Acuerdo 45/2021, de 5 de mayo, donde señalamos que “este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de modo que de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior al que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso la Mesa y el órgano de contratación a los que corresponde, respectivamente, la valoración de las ofertas y dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical conforme a lo dispuesto en el artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; no pudiendo este Tribunal revisar la puntuación otorgada a la oferta ni declarar el derecho de la reclamante a resultar adjudicataria del contrato. Resultando así que la pretensión en tales términos deducida no puede ser acogida; circunstancia que determina que la estimación de la reclamación interpuesta deba ser parcial.”*

Partiendo de lo expuesto procede analizar el primero de los motivos alegados, referido al canon ofertado por la adjudicataria por considerar que supone un alza temeraria que, deviene en imposible la realización del servicio en las condiciones previstas en el pliego, tal como se ha detallado en los antecedentes.

Con carácter previo procede recordar 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 en consecuencia por los licitadores al formular sus ofertas, en este sentido el Acuerdo 97/2021, de 29 de septiembre, de este Tribunal, señala que *“Llegados a este punto, cabe recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.1 de la LFCP, “Las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna”;* *previsiones éstas que, en nuestro caso, han devenido firmes y consentidas por no haber sido impugnadas en el momento procedimental oportuno con ocasión la publicación de dicho documento contractual.*

Así, el pliego se califica por la jurisprudencia como "auténtica ley del contrato" al recoger los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes en sus aspectos jurídicos, económicos y administrativos, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases. Así lo afirma, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2021, cuando expone que “La jurisprudencia de la Sala en relación con la libertad de pactos que antes indicamos, tal como señalamos, en nuestra Sentencia de 1 de diciembre de 2020, antes citada y que ahora seguimos, y mediante la mención del artículo 4 de la Ley 13/1995, esta Sala viene declarando, por todas, Sentencia de 29 de abril de 2009 (recurso de casación n.º 1606/2007) que “es pacífico en la doctrina científica y reiterado en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el Pliego de Cláusulas administrativas constituye la ley del contrato, con fuerza vinculante para las partes contratantes. Bien lo expresa el Alto Tribunal, p. ejem. en su sentencia de 9 de julio de 1988: “la contratación administrativa, no obstante sus especiales características, tiene como nota o fondo común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser, ante todo, un concierto de voluntades, en el que las normas fundamentales y en primer término

aplicables, son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones aceptado por éste, por lo que los derechos y obligaciones derivados de estos contratos se regulan, ante todo, por lo previsto en el pliego de condiciones publicado para su celebración, como "ley primordial del contrato", resultando obligado, en consecuencia de ello, para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de un contrato administrativo, el remitirse a lo establecido en el correspondiente pliego".

De esta consideración del pliego como ley del contrato deriva pues, como también este Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones - por todos, Acuerdo 76/2019, de 24 de septiembre - su carácter vinculante, tanto para la entidad contratante que lo ha aprobado como para los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido, y la imposibilidad de apartarse del mismo o proceder a su modificación, si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello. Esto también significa que si, como en el caso que nos ocupa, no es impugnado en el momento procedimental normativamente establecido para ello, deviene consentido y firme, debiendo aplicarse todas sus cláusulas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto las que sean nulas de pleno. Resultando así que lo más significativo, en relación con el carácter vinculante de los pliegos, es que la participación en el procedimiento por los licitadores comporta la asunción de los derechos y deberes definidos en los mismos que, como ley primordial del contrato, constituye la fuente a la que debe acudir para resolver todas las cuestiones que se susciten en relación a la adjudicación, cumplimiento, interpretación y efectos del contrato en cuestión."

De igual modo, antes de entrar en el análisis de la cuestión, resulta de interés señalar que tal y como pone de manifiesto el órgano de contratación, la licitación tiene por objeto la concesión de servicios para la explotación turística de los siguientes centros histórico-turísticos de Navarra: el Palacio-Castillo de Olite, la Ciudad romana de Andelos, La Villa romana de Arellano y el Recinto amurallado de Rada, tal y como establece la cláusula 1ª de su pliego.

Tipo de contrato que se define en el artículo 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, y que debe completarse respecto al objeto y ámbito con lo dispuesto en el artículo 204:

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.

Indicando además el artículo 206.1 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.

Asimismo, interesa recordar lo dispuesto en diversas cláusulas del pliego que servirán de fundamento para nuestra posterior argumentación. En concreto en la cláusula 3ª se señala que La modalidad de contrato elegida –concesión de servicios del artículo 204 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP)– se debe a que concurren las dos notas típicas que caracterizan a este tipo de concesiones: contraprestación consistente, no en un precio, sino en el derecho a explotar un servicio y transferencia del riesgo a la contratista.

La cláusula 5ª regula el importe de licitación y el valor estimado del contrato del siguiente modo:

5.1. Importe de la licitación (canon anual).

El importe de la licitación será el canon anual a abonar por la explotación de los centros histórico-turísticos a la Dirección General de Turismo, Comercio y Consumo, que se fija en un canon mínimo de 43.000 euros, de forma que se inadmitirán las ofertas de inferior importe.

En todo caso la contratista asumirá plenamente el riesgo operacional conforme a lo dispuesto en el artículo 204 de la LFCP, y será retribuida directamente mediante las tarifas que abonen las personas que visiten los centros según los precios establecidos en el pliego de prescripciones técnicas.

5.2. Valor estimado del contrato.

El valor estimado del contrato, que se ha calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, es decir, determinando el volumen de negocios total de la concesionaria durante la duración del contrato (IVA excluido), asciende a 2.992.942,75 euros.

El valor estimado es el relevante a efectos de publicidad, tipo de procedimiento de adjudicación, solvencia económica y financiera exigida a las licitadoras, recursos contractuales, etc.

Por su parte la cláusula 18ª establece en su apartado B.1 la oferta del canon anual como criterio valorable mediante la aplicación de fórmulas, con una valoración máxima de 35 puntos:

*La puntuación se calculará utilizando la fórmula: $P = K * (X/Y)$.*

Donde:

P: puntos asignados a cada oferta.

K: puntuación económica máxima posible (35 puntos).

X: oferta de la empresa que se valora.

Y: oferta recibida más ventajosa.

Debiendo incluirse la oferta relativa al canon anual en el sobre nº 3 y formularse conforme al modelo previsto en el anexo II, tal como se dispone en la cláusula 16.2 del pliego.

Por su parte la cláusula 21ª incide en que *“La adjudicataria asume el riesgo operacional entendido éste, como establece el artículo 204 de la LFCP, como 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.*

Por último, conviene recordar que el impago del canon de la concesión con un retraso superior a tres meses aparece previsto como incumplimiento grave en la cláusula 32.2.i) del pliego, y como causa de resolución del contrato si el retraso es superior a seis meses y se produce sin causa justificada en la cláusula 34.1.

Pues bien, partiendo del marco normativo descrito, debemos analizar si como pretende la reclamante la oferta de la adjudicataria imposibilita la realización del servicio en las condiciones indicadas en el pliego por considerar el canon ofrecido un alza temeraria, cuyos costes no son asumidos con la explotación de los recursos turísticos, teniendo en cuenta además los costes a los que se compromete la licitadora, y sin que se haya acreditado por la adjudicataria la viabilidad de ejecutar el contrato con dicho canon.

Al respecto debemos partir que la reclamante se limita a exponer tal circunstancia sin acompañarla de prueba o aportación de dato alguno que justifique la alegada imposibilidad y sin que por tanto pueda destruir la presunción de legalidad de la que goza la actuación realizada por el órgano de contratación, que además se fundamenta en informes y se completa con las alegaciones remitidas por la entidad contratante a este Tribunal. En concreto interesa destacar tal y como consta en el informe de alegaciones que a la hora de fijar dicho canon mínimo en el PRC *el órgano de contratación optó por establecer una baja cuantía, a fin de favorecer la concurrencia de licitadoras ante una situación de incertidumbre como la generada por*

la *pandemia de COVID-19*, importe que era la cuantía mínima a ofertar para ser admitida a la licitación.

Pero es que además nada indica que haya desconocimiento por parte del adjudicatario de los costes que conllevan la ejecución del contrato, en este sentido cabe señalar, que el 2 de noviembre se publicó en el anuncio de licitación, a raíz de una consulta, un documento denominado *Gastos recurrentes centros turísticos 2017-2019*, en el que se detallan los costes de luz, agua, calefacción, mantenimiento, jardinería y limpieza, principalmente, de cada uno de los recursos turísticos en dichos años. Dicho documento Excel advierte que *Esta relación no incluye otros gastos propios de la gestión, que están relacionados con la estrategia de cada empresa tales como el personal, prevención de riesgos laborales, telecomunicaciones, publicidad etc.* Igualmente, se publicó el documento Excel *Visitantes Palacio Olite Arellano Andelos 2015-2021*, que incluye el número de visitantes durante dichos años, desglosado por meses.

Resultando por tanto 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 concurren 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.”

Resultando de lo anteriormente expuesto que la adjudicataria, al igual que el resto de las licitadoras disponía de la información facilitada sobre los costes de la explotación y el número de visitantes del periodo 2015 - 2021 y de los precios a abonar en forma de tarifas, cuando formuló su oferta, a la que queda vinculada conforme a la doctrina anteriormente transcrita.

En relación con la cuestión del alza temeraria esgrimida por la 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.

Es este sentido hay que indicar que el pliego analizado no ha establecido parámetro alguno para considerar la anormalidad de las ofertas, limitándose a establecer como causa de exclusión de la oferta la proposición de un canon inferior a 43.000 euros (cláusula 5.1) y no alcanzar los 25 puntos en la valoración de los criterios de adjudicación cualitativos (cláusula 18.B). Circunstancia de especial relevancia que debe prevalecer sobre las consideraciones de imposibilidad realizadas por la reclamante ante el canon ofertado y que como hemos señalado se limita a esgrimir, pero sin prueba alguna que lo respalde.

Frente a ello debe primar lo dispuesto en el propio pliego y en la legislación foral citada, coincidente además con la doctrina existente. Así, interesa traer a colación la doctrina relativa a los pliegos como ley del contrato antes referida y además sobre esta concreta cuestión debemos reproducir 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.”

También a este respecto, la Resolución 460/2021, de 23 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, señala que *Entrando en las alegaciones hechas contra el acuerdo impugnado, se aduce que la entidad adjudicataria ha presentado una oferta que incurre en temeridad, al ofertar un canon inicial y un canon anual superior en diez puntos a la media de dichos cánones ofertados por los licitadores, siendo que la Mesa de Contratación está realizando, al concluir que no existen ofertas desproporcionadas o anormales, una interpretación indebida del PCAP, ya que al ser objeto de valoración esencial en la presente licitación los cánones inicial y anual, hay que tener en cuenta el siguiente apartado 9 del PCAP, así como la cláusula 15ª, último párrafo, que dice que de conformidad con lo establecido en el art. 149 de la LCSP, se considerará que la oferta contiene valores anormales o*

desproporcionados cuando el precio ofertado sea inferior en un 10% a la media del total de los ofertados.

Concluyendo que para la valoración de la oferta económica se atenderá exclusivamente a la cuantía de los citados cánones, con independencia del precio del contrato, máxime cuando en la Cláusula 7 del PPCA no aparece además el precio del contrato sino el Importe neto del contrato (incluyendo posibles prorrogas). Y que en este caso la presunción de anormalidad de las ofertas operaría de modo inverso, ya que, a mayor canon ofrecido, mayor riesgo que pueda comprometer la viabilidad de la concesión. De esta forma hay que entender que la media aritmética aplicable para considerar que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados, debe operar sobre los cánones ofrecidos, incurriendo en tales supuestos aquellas ofertas que superen los 10 puntos porcentuales a la media. (...).

Pues bien, vistas esas cláusulas, se oponen, sobre todo a la vista de la primera mencionada, dos razones para que prospere la interpretación que patrocina sobre la fórmula de temeridad, la recurrente. En primer lugar, porque no puede aplicarse la fórmula de temeridad sobre el canon a abonar por el concesionario a la Administración, porque éste no puede comprenderse en el concepto de precio, del que dice el art. 103 LCSP que “Se entenderá por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios”; de modo que una contraprestación que va a ser pagada por el concesionario a la Administración y no al revés, no puede considerarse precio.

Pero es que también se opone a la interpretación que postula la recurrente de que será desproporcionada la oferta consistente en un canon superior en un 10 % a la media del total de los ofertados la literalidad misma del Pliego que establece la temeridad para los precios que sean, no superiores, sino inferiores.

Séptimo. Y es que, por más que sea más razonable la interpretación que postula la recurrente que la que resulta del literal de la cláusula aplicada, no es dable llevar a cabo ahora una impugnación extemporánea del PCAP, puesto que tal impugnación con ocasión de la que se lleve a cabo de actos de aplicación del pliego, según reiterada doctrina de este Tribunal, cuyo carácter monocrorde nos exime de cita concreta de Resoluciones que la han fijado, sólo cabe cuando se invocan vicios de nulidad de pleno derecho.

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 previsiones 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.”

Razones todas ellas que nos llevan a desestimar este primer motivo de impugnación.

También debemos desestimar la pretensión de la reclamante de valorar su canon con la máxima puntuación, que de nuevo se limita a requerir sin esfuerzo argumentativo alguno, poniendo de manifiesto la contradicción que conlleva exigir la nulidad del canon ofertado por la adjudicataria (de 180.000 euros) por considerarlo temerario o de imposible cumplimiento, y sin embargo considerar el suyo (de 100.000 euros) viable y ajustado al pliego, obviando que también supera ampliamente el fijado en el pliego con carácter mínimo viable (de 43.000 euros).

SEXTO. - El siguiente de los motivos alegados es el referido a la pretendida exclusión de otra de las licitadoras, Guiarte, por haber incorporado parte de su oferta del

sobre nº 3 en el sobre nº 2, concretamente, los currículums del personal no susceptible de subrogación. Hecho que rebate el órgano de contratación manifestando que se incluyó en el sobre nº 2 la información requerida para evaluar el apartado “Equipo de trabajo” de dicho proyecto, mientras que en el sobre nº 3 se incluyó la oferta relativa al criterio social “Compromiso de contratación de personal de la zona”, no incurriendo por tanto en el error alegado que debiera conllevar su exclusión.

Interesa recordar lo dispuesto en la cláusula 16.2 del pliego regulador del contrato en la que se establece que en el sobre nº 2, Proposición sobre criterios cualitativos, debía incluirse el proyecto de explotación a valorar conforme a los criterios de adjudicación establecidos en el apartado 18.A del pliego, mientras que en el sobre nº 3, Proposición a valorar mediante fórmulas, debía incluirse la oferta económica y la información para valorar los criterios sociales conforme al apartado 18.B del pliego, cuyo modelo se recoge en el Anexo II. Igualmente, advierte que *No se aceptarán aquellas ofertas que tengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer, claramente, lo que el órgano gestor estime fundamental. Asimismo, quedarán automáticamente excluidas del procedimiento aquellas propuestas que incluyan en el sobre nº 1 o nº 2 documentación que corresponda al sobre nº 3.*

Cláusula que debe ponerse en relación con los artículos 53.2 y 97 de la LFCP, que tratan de preservar el secreto de las proposiciones hasta el momento de su apertura, previendo la presentación separada de la oferta cualitativa de la cuantitativa, evitando que se conozcan de forma anticipada informaciones relevantes para la valoración de las ofertas. Cabe traer a colación, a este respecto, el Acuerdo 106/2021, de 25 de octubre, que, con cita del Acuerdo 102/2020, de 4 de noviembre, señala que *“la pretensión de la regulación contenida en los preceptos transcritos - artículos 53 y 97 de la LFCP - es garantizar que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de los criterios cuya valoración no se realiza mediante la aplicación de fórmulas - o, lo que es lo mismo, criterios dependientes de un juicio de valor - no influya en absoluto el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se vaya a atribuir por razón de los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmulas.*

La voluntad del legislador se fundamenta en el hecho de que, aun cuando los criterios de valoración de las ofertas deban ser siempre de carácter objetivo, en la

valoración de los mismos, cuando no es posible aplicar fórmulas matemáticas, siempre resultará influyente un cierto componente de subjetividad que puede resultar acentuado de conocerse previamente la puntuación que se le asignaría en virtud de los criterios de la otra naturaleza.

Los requisitos antes señalados se establecen y consideran, no como discrecionales, sino de obligado cumplimiento, debiéndose diferenciar, incluso documentalmente y siguiendo un orden de prelación, la valoración de criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, de aquellos cuya cuantificación depende de un juicio de valor; de forma que la exigencia de respetar estrictamente la distribución de la documentación relativa a cada criterio de valoración en su respectivo sobre, no es discrecional ni optativa. Requisitos que, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2014, van dirigidos a salvaguardar la necesidad de exigir con especial rigor en todo procedimiento de contratación pública que la valoración de las ofertas se realice con exquisitas pautas de objetividad, por demandarlo así el artículo 103 CE y el postulado constitucional de igualdad (artículo 14 CE). (...)

Partiendo de tal premisa indicamos en el precitado Acuerdo que el régimen que resulta de los preceptos de la LFCP antes transcritos promueve el secreto de las proposiciones como medio para garantizar la igualdad de trato de todos los licitadores; principio que implica que todos los licitadores deben hallarse en las mismas condiciones tanto en el momento de presentar sus ofertas como en el momento de ser valoradas éstas por la entidad contratante, y que, obviamente, quiebra cuando a la hora de valorar la oferta se puede tener conocimiento de aquellos otros aspectos cuya valoración depende de la aplicación de determinadas fórmulas y por ello, con independencia del resultado final, es claro que la objetividad que debe tenerse para valorar los criterios no sujetos a fórmulas matemáticas se ve comprometida al incluir determinada documentación que ha de ir en el sobre relativo a los criterios que deben valorarse conforme a tales fórmulas. Así se expresa la Sentencia de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, cuando razona que: “(. . .). Lo relevante, sin embargo, no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del

carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores. "

Así las cosas, señalamos que el orden procedimental y el contenido de los sobres no tiene un mero carácter formalista ni constituye un fin en sí mismo, sino que tiene como objetivo garantizar la transparencia y objetividad en la valoración de las ofertas, de modo que la evaluación de los criterios sometidos a juicio de valor no pueda quedar condicionada por el conocimiento previo de la ponderación otorgada a los criterios sujetos a fórmulas matemáticas. Resultando así que la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto; la simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario, pues como resume el Consejo de Estado en su Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, "Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato."

En consecuencia, la anticipación de parte de la oferta que debía permanecer en secreto hasta el momento de su apertura, únicamente conllevará la grave consecuencia de exclusión del licitador infractor, cuando ello pueda afectar a la objetividad en la valoración de la oferta y a la igualdad de trato de los licitadores. De forma que la exclusión no se configura como una consecuencia automática, sino que deben ponderarse las circunstancias del caso concreto, mediante un análisis finalista y sistemático. Y sólo en aquellos casos en que la objetividad y la igualdad entre

licitadores resulte afectada, la exclusión deviene obligada, tanto por lo dispuesto en la LFCP como por lo previsto en el pliego regulador del contrato, sin embargo no lo estará, cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato.

Pues bien, del expediente resulta que, al contrario de lo sostenido por la reclamante, Guiarte presentó su oferta conforme a los requerimientos del pliego, sin que pueda apreciarse anticipación indebida de información alguna o vulneración del secreto de su oferta. Así la citada empresa detalla en el sobre nº 2 de su oferta, el personal que prestará servicio en cada uno de los recursos turísticos, haciendo mención a su formación reglada y nivel de conocimiento de idiomas, conforme a lo requerido por el pliego. Por el contrario, en el sobre nº 3 incorpora el Anexo II debidamente completado, ofertando el canon anual (51.600 euros) y la oferta relativa a los criterios sociales, que aluden a la contratación de personal de la zona y que la responsable del contrato sea una mujer.

Por todo ello debe ser igualmente desestimado.

SÉPTIMO. – El último de los motivos aduce la existencia de arbitrariedad, desviación de poder o falta de proporcionalidad en la valoración de su oferta respecto a la formulada por Guiarte en los apartados “Calendario y horario” y “Equipo de trabajo” del proyecto de explotación, debiendo otorgarse una puntuación basada en criterios aritméticos o proporcionales. Frente a ello se opone el órgano de contratación exponiendo la forma de valoración de las ofertas en los citados criterios, concluyendo que la misma se produjo conforme a lo dispuesto en el pliego, en aplicación de la discrecionalidad técnica que reconoce la doctrina a estos efectos.

Conviene recordar al respecto la doctrina referida respecto de la discrecionalidad técnica de la que gozan los órganos de contratación en su valoración. Así, en nuestro Acuerdo 107/2021, de 3 de noviembre, señalamos que *Llegados a este punto no podemos sino recordar, tal y como ha señalado constante y reiterada doctrina de este Tribunal, que los órganos de contratación gozan de discrecionalidad técnica en la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, de manera que este Tribunal debe limitarse a comprobar si se han seguido los trámites*

procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.

En este sentido, entre otros, en el precitado Acuerdo 21/2020, de 6 de marzo, señalamos que “Resulta oportuno recordar la doctrina de este Tribunal en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la Administración.

Así en nuestros Acuerdos 34/2019, de 9 de abril, y 60/2019, de 4 de julio, se alude a la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas no cuantificables mediante fórmulas y a los límites a que está sujeto el control de esta discrecionalidad en los siguientes términos: “Fundamento de Derecho Séptimo - Sentado lo anterior, en la medida en que lo que se pretende por la reclamante es la revisión de la aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el pliego, es preciso traer a colación la doctrina sentada por este Tribunal relativa a la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas presentadas por los licitadores y a su posible revisión, rectificación o corrección. Así, en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la Administración cuando se trate de la valoración de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, hemos señalado –entre otros, en nuestro reciente Acuerdo 31/2019, de 22 de marzo – que este Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 1/2019, de 11 de enero, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis, en la medida en que entrañe criterios técnicos, debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como su correspondencia con lo establecido en el pliego, a que no se haya incurrido en arbitrariedad, error patente o irracionalidad al efectuarla y además, que esta valoración se encuentre suficientemente motivada en el expediente. Así pues, la función de este Tribunal en relación con la impugnación de las valoraciones otorgadas a las distintas propuestas no es suplantarse el acierto técnico en dicha valoración, sino comprobar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con el pliego y suficientemente motivada; quedando fuera de este limitado control posible aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador y no estén sustentadas con un posible error manifiesto.

Tal y como recuerda la Resolución 155/2019, de 22 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la aplicación de unos criterios

amparada por la discrecionalidad técnica sólo es revisable en casos excepcionales de arbitrariedad, desviación de poder, ausencia de justificación o error material.”

Pues bien, entrando al análisis de la cuestión, el primero de los criterios de adjudicación, el referido al “Calendario y horario de atención al público previstos”, se valora con un máximo de 10 puntos, definiéndose en el pliego del siguiente modo: *tanto del horario mínimo fijado en pliegos que incluya los días y horas de entrada gratuita a los BIC, y el nº de personal mínimo del que dispondrá cada centro según temporada. Se valorará el mayor número de días y horas abiertas al público.* Se alega en concreto que la reclamante ofertó 6.579,9 horas de apertura, frente a las 7.670,5 horas ofertadas por Guiarte, motivo por el que las puntuaciones asignadas (0,84 y 10 puntos, respectivamente) no son proporcionales.

Sin embargo, dicho cálculo es rebatido por el órgano de contratación señalando que, de las horas de apertura extraordinaria propuestas por la reclamante (página 23 de su proyecto de explotación), únicamente cabe admitir las 134 horas correspondientes al Castillo de Olite, por cuanto las 178 horas y media correspondientes a los tres yacimientos coinciden con días de obligada apertura conforme a la cláusula 5ª del pliego técnico, en cuyo apartado 3º se señala que *La contratista podrá realizar, a iniciativa propia, una ampliación del calendario y horario de atención al público con actividades relacionadas con el centro correspondiente, siempre que éstas no conlleven un daño a las instalaciones y a los restos arqueológicos. Esta ampliación no implicará un incremento de la contraprestación de la contratista y su realización deberá estar prevista en el proyecto de explotación que presenten las licitadoras.*

Resultando por tanto tras la oportuna explicación y en aplicación del requerido criterio proporcional, ajustada la puntuación otorgada, debiendo desestimarse esta alegación.

El segundo de los criterios de adjudicación cuya puntuación es cuestionada por el reclamante es el relativo al “Equipo de trabajo”, valorado con un máximo de 20 puntos, y definido en el pliego del siguiente modo: *contendrá descripción del equipo en cada centro, número de personas que atenderán el servicio, formación reglada y conocimiento de idiomas de cada uno de ellos y la gestión de cada uno de los cuatro*

centros. Se valorará la adecuada provisión (número) y gestión de personal para desempeñar las tareas previsibles en los cuatro centros a lo largo de las diferentes temporadas, la formación reglada relacionada y conocimiento de idiomas del personal. A estos efectos, se otorgará mayor puntuación a formación relacionada con estudios de Turismo y/o interpretación del patrimonio.

Alega el reclamante al respecto que las puntuaciones otorgadas a Guiarte y a su representada no responden a criterios aritméticos ni proporcionales, si bien se limita a manifestar sin prueba alguna que lo corrobore. Circunstancia ante la que cabe recordar que incumbe al reclamante la carga de probar sus afirmaciones, *ofreciendo al órgano llamado a resolver un criterio para resolver dudas sobre medios probatorios desestimando las pretensiones según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos inciertos* (Acuerdo 113/2021, de 23 de noviembre de este Tribunal).

Pero es que además, tal como señala el órgano de contratación ante la similitud de las ofertas de las licitadoras en cuanto a la adecuación de los perfiles ofertados, la puntuación se otorgó en base al número de personas propuesto en cada equipo, atribuyéndose la máxima puntuación a Guiarte, por cuanto ofertó el mayor número de personal (23 personas), y el resto de puntuaciones de forma proporcional, habiendo ofertado las restantes licitadoras 15 personas cada una, resultando en consecuencia de aplicación el criterio aritmético o proporcional requerido por el reclamante, por lo que debe desestimarse igualmente esta alegación.

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 formulada por DINAMIC IMIZCOZ SERVICIOS CULTURALES, S.L. frente a la Resolución 193/2021, de 16 de diciembre, de la Directora General de Turismo, Comercio y Consumo, por la que se adjudica el contrato de concesión de servicios de

“Explotación turística del Castillo de Olite, la Ciudad romana de Andelos, la Villa romana de Arellano y el Recinto Amurallado de Rada”, a MAGMACULTURA, S.L.

2º. Notificar este acuerdo a DINAMIC IMIZCOZ SERVICIOS CULTURALES, S.L., al Departamento de Desarrollo Económico y Empresarial del Gobierno de Navarra, 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, 8 de abril de 2022. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu.