



Expediente: 145/2021

ACUERDO 41/2022, de 11 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por GUIARTE SERVICIOS TURÍSTICOS, 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 Magmaultura)
- 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 n° 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 n° 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 27 de diciembre Guiarte 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. Nulidad del acuerdo de adjudicación: oferta económica de la entidad adjudicataria anormalmente desproporcionada e inviable económicamente

Alega que concurre un vicio de nulidad que afecta directamente a la adjudicación, como es la desproporcionada oferta económica presentada por Magmacultura, consistente en una oferta de canon de 180.000 euros/anual, cuando el canon mínimo establecido en la cláusula 5 del pliego regulador de la contratación se fija en 43.000 euros/anual, oferta que conlleva la inviabilidad económica del contrato

Señala que la LFCP regula en su artículo 98 las denominadas “Ofertas anormalmente bajas”, que deben abarcar también a las “anormalmente altas” en supuestos como el presente, en los que el adjudicatario de la concesión debe abonar a la Administración un canon anual por la explotación de la concesión del servicio de que se trata, siendo unas y otras conocidas tradicionalmente como “ofertas temerarias”, así como que la previsión legal, al regular las ofertas anormalmente bajas o altas (en función del contrato de que se trate), pretende evitar que tal contrato no pueda cumplirse regularmente por su adjudicatario, debido a la “anormalidad” o “temeridad” en términos económicos de su oferta.

Alega que, tal y como declaró este Tribunal en su Acuerdo 97/2021, de 29 de septiembre, *la finalidad que persigue la LFCP al regular las ofertas anormalmente bajas no es otra que la de garantizar que aquéllas son viables en cuanto a su ejecución, en caso de resultar adjudicatarias; de ahí que la existencia de ofertas anormalmente bajas, por aplicación de los parámetros objetivos descritos en el PCAP, se configura como una mera presunción iuris tantum de que, como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la oferta no pudiera ser cumplida, (...).*

Manifiesta que el artículo 98.1 de la LFCP establece que *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*, regulando, a continuación, el procedimiento contradictorio a seguir por la Mesa de Contratación en el supuesto de considerar, conforme a lo establecido en los pliegos, que una oferta resulta anormalmente baja (o alta).

Por su parte, el apartado 4 del mismo artículo dispone que *En todo caso, se rechazarán las ofertas si se comprueba que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en la presente ley foral*, así como que la cláusula 25.A.b) del pliego señala que *La oferta económica deberá ser adecuada para que la adjudicataria haga frente al coste derivado de la aplicación, como mínimo, del convenio sectorial que corresponda, sin que en ningún caso los precios/hora de los salarios contemplados puedan ser inferiores a los precios/hora, más las mejoras precio/hora del convenio más los costes de Seguridad Social*.

Señala que en el presente procedimiento de licitación el pliego no determinó expresamente las condiciones para considerar anormalmente alta (en el presente contrato) una oferta, sin que tampoco la mesa de contratación haya seguido procedimiento contradictorio alguno para determinar si la oferta de Magma cultura pudiera ser anormalmente alta, al no justificarse satisfactoriamente el precio o los costes propuestos.

Asimismo, señala que el artículo 66.3.c) de la LFCP establece que *En todo caso, en los pliegos deberán incorporarse las siguientes advertencias: c) En el caso del contrato de servicios y en el de la concesión de servicios, que la contratación se encuentra sometida, en las condiciones previstas en el artículo 67, a la subrogación de todos los trabajadores que, a pesar de pertenecer a otra empresa, vengán realizando la actividad objeto del contrato*, por lo que procede acudir al artículo 67 de la LFCP, en cuyo apartado 1º dispone que *Las condiciones de subrogación serán las establecidas en*

el convenio colectivo sectorial de la actividad objeto del contrato en el caso de que este exista y regule la subrogación. Si no existiese convenio colectivo sectorial de aplicación en la actividad objeto del contrato o existiendo no regulase la subrogación, procederá la subrogación de todos los trabajadores que, a pesar de pertenecer a otra empresa, vengan realizando la actividad objeto del contrato, por lo que el legislador navarro determina de modo imperativo (“procederá”) la subrogación de todos los trabajadores que, perteneciendo a otra empresa distinta de la adjudicataria, vengan realizando la actividad objeto del contrato, siempre que no exista convenio colectivo sectorial de aplicación o, aunque existiendo, no regule las condiciones de subrogación.

Manifiesta que la propia recurrente es la empresa que viene realizando la actividad objeto del contrato desde el año 2006 en el caso del Palacio de Olite y desde 2011 en Andelos, Las Musas y Rada, por lo que, al no existir convenio colectivo alguno que regule la subrogación, procedería la subrogación de todos sus trabajadores en la nueva empresa adjudicataria.

Señala que el párrafo 2º del artículo 67 establece que *El órgano de contratación deberá comunicar a la representación sindical del centro de trabajo la intención de licitar nuevamente el contrato al efecto de que, en el plazo máximo de quince días, esta pueda informar que existiendo convenio colectivo sectorial de aplicación, las condiciones laborales de aplicación en el centro de trabajo de las personas a subrogar resultan superiores. Emitido informe por la representación sindical sobre las condiciones de aplicación, el pliego deberá incluir estas*, no constándole que dicho precepto se haya cumplido en el presente supuesto, ya que al menos el pliego en modo alguno ha incluido las condiciones laborales aplicables a los trabajadores que actualmente prestan servicios en su empresa, lo que ya por si solo supone un vicio de nulidad radical de los pliegos, pero ello no comporta que en el presente caso no deba producirse la subrogación de los trabajadores, pues es una cuestión obligada por imperativo legal.

Manifiesta que la propia adjudicataria reconoce que resulta de obligado cumplimiento la subrogación del personal que actualmente está adscrito al servicio en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 de la LFCP, así como por el convenio colectivo que aplica a sus trabajadores (Convenio Colectivo del Ocio Educativo y Animación

Sociocultural), habiéndolo expresado así al órgano de contratación en la solicitud de ampliación de plazo para presentar la documentación necesaria para la adjudicación de fecha 7 de diciembre de 2021, y habiéndoselo comunicado a Guiarte en todo momento.

Alega que la obligación de subrogación comporta unos costes de personal que deben ser tomados en consideración y que, sumados al resto de gastos del contrato, conllevan irremediabilmente, en caso de aceptarse la desproporcionada oferta económica presentada por la adjudicataria, la inviabilidad económica del contrato de concesión.

Señala que, tal y como se desprende del Informe Económico elaborado por la Jefa de Sección Productos Turísticos y Sostenibilidad Territorial de 15 de septiembre de 2021, y del Informe de necesidad emitido por el Director del Servicio de Planificación e Innovación Turística de 16 de septiembre de 2021, para establecer el canon mínimo anual en 43.000 euros se ha tenido en cuenta el volumen de negocio (datos económicos 2017-2019), la evolución de los visitantes durante el periodo 2015-2021 y los beneficios y gastos acreditados por la actual adjudicataria en dicho periodo, el aumento propuesto de tasas en un 25%, el impacto de la Ley de Derechos Culturales de Navarra y las medidas de mitigación del impacto del COVID, habiéndose aceptado el canon ofertado por la adjudicataria, que cuadruplica el mínimo fijado en el pliego, sin reticencia ni mayor justificación.

Señala que, en el momento en que tuvo conocimiento de dicha oferta económica, se solicitó al órgano de contratación mediante correo de fecha 2 de diciembre de 2021 y, posteriormente, mediante instancia de fecha 16 de diciembre, que se valorara mediante informe técnico la viabilidad económica de dicha oferta, solicitud a la que no se ha dado respuesta y que no ha sido tomada en cuenta por el órgano de contratación (se adjuntan correo e instancia presentados al órgano de contratación como documentos nº 3.1 y 3.2).

Asimismo, se adjunta como documento nº 4 Informe Pericial de Análisis de Viabilidad Económica emitido el día 23 de diciembre de 2021, que analiza la viabilidad económica del contrato para un canon anual o importe de licitación de 180.000 euros, concluyendo un resultado económico negativo de 75.184 euros, por lo que no cabe sino considerar anormalmente alta y temeraria dicha oferta.

2ª. Nulidad del acuerdo de adjudicación: falta de transparencia e integridad en el acceso al expediente de contratación

Alega que se le ha provocado indefensión ya que, pese a haber solicitado acceso al expediente de contratación en numerosas ocasiones, no se ha facilitado el mismo hasta la interposición de la presente reclamación y, una vez facilitado, éste no se ha enviado completo, lo que impide conocer partes relevantes de la oferta técnica de la adjudicataria.

Señala que es preciso resaltar las verdaderas dificultades que ha sufrido para tener acceso al expediente de contratación:

1. El 13 de diciembre solicitó acceso al expediente administrativo existente hasta la fecha vía e-mail, dirigiéndose, como en otras ocasiones, a la dirección de correo electrónico de contacto disponible en el anuncio de licitación.

La contestación a dicho correo fue que *según procedimiento, debéis realizar dicha petición mediante instancia presentada en registro oficial* (se adjuntan copia del correo enviado y de la respuesta dada al mismo como documento nº 5), siendo la primera vez que el órgano de contratación no les acepta una solicitud vía e-mail, pues hasta el momento había sido el canal oficial de comunicación con los responsables del contrato.

2. Siguiendo las indicaciones recibidas, el mismo día 13 de diciembre solicitaron el expediente telemáticamente vía instancia general (se adjunta copia de dicha instancia de solicitud de expediente como documento nº 6).

A dicha solicitud se dio respuesta telefónica en primer lugar, confirmada en correo electrónico posterior de fecha 15 de diciembre, en el que se les pedía que la reformularan, *ya que en la misma se solicitaba el expediente tramitado “hasta la fecha de la licitación del contrato”, es decir el día 7.10.2021 (fecha en que se publicó el anuncio de licitación en el Portal de Contratación* (se adjunta la respuesta como documento nº 7).

Manifiesta, a este respecto, que es evidente que el órgano de contratación realiza una interpretación incorrecta de la solicitud con el fin de alargar la situación y no facilitar el expediente de contratación, no siendo difícil entender que lo que se solicitaba era el acceso al expediente administrativo hasta la fecha (de la solicitud), y no hasta la fecha de la licitación, prueba de lo cual es que se solicita *con el fin de comprobar que se están cumpliendo todos los requisitos recogidos en los pliegos, así como los plazos y los documentos exigidos*.

3. El 15 de diciembre presentaron una nueva instancia general vía telemática solicitando acceso al expediente de contratación, dejando claro y para que no hubiera lugar a dudas, que se requería el expediente completo existente hasta la fecha de presentación de la propia instancia (se adjunta copia como documento nº 8).

Señala que, a pesar de las instancias presentadas, no se les dio acceso alguno al citado expediente de contratación.

4. Con fecha 18 de diciembre, una vez conocida la adjudicación de la licitación, se presentó nueva instancia de acceso al expediente de contratación con amparo en lo dispuesto en el artículo 126.1 de la LFCP.

Finalmente, mediante Resolución 198/2021, de 22 de diciembre, de la Directora General de Turismo, Comercio y Consumo, se les dio acceso al solicitado expediente de contratación, eso sí, de forma incompleta.

Señala que, tal y como se recoge en la citada resolución, Magmacultura había declarado al presentar su oferta que toda su propuesta técnica era confidencial, algo que está prohibido por el artículo 54.1 de la LFCP, así como por la cláusula 15 del pliego regulador de la contratación, por lo que, ante las reiteradas peticiones del expediente, el órgano de contratación tuvo que requerir el 16 de diciembre a Magmacultura que especificara los apartados confidenciales de su oferta, cuestión que entienden debía haberse determinado por la licitadora en el momento de presentar la oferta, en cumplimiento con las obligaciones en materia de transparencia, publicidad e

información, y no ahora ante la solicitud del expediente de contratación tras la adjudicación del contrato.

De esta forma Magmacultura tuvo la oportunidad en fecha 20 de diciembre, conociendo ya que se trataba de la empresa adjudicataria, de seleccionar qué apartados de su oferta técnica consideraba confidenciales y cuáles no. El órgano de contratación, a la vista de la motivación facilitada y *tras ponderar la misma con las exigencias derivadas del principio de transparencia*, concluyó no facilitar el acceso a dicha información al resto de licitadoras.

Señala que en el expediente de contratación facilitado y, más concretamente en lo relativo a la oferta técnica de Magmacultura, falta documentación relevante que no reviste el carácter de confidencial y que no ha podido ser revisada para la interposición del recurso. Así, se ha eliminado el punto 2 al completo (Plan de Visitas Guiadas), el equipo de trabajo (páginas 38-41) y las páginas 45-51 y 56-58.

Alega que es doctrina del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, contenida entre otros en el Acuerdo 52/2019, de 11 de junio, que *el propio artículo 54.1 LFCP pone de manifiesto que el derecho a la confidencialidad de la documentación incorporada a las ofertas no se configura como un derecho absoluto, sino que -además de los condicionantes que para su ejercicio prevé el mismo precepto- viene limitado por el cumplimiento de las obligaciones de transparencia y publicidad que la propia normativa impone a los poderes adjudicadores y por el derecho de acceso a la documentación que conforma el propio expediente de contratación del que son titulares quienes han participado en el procedimiento de licitación y que reviste carácter esencial en orden a una eventual impugnación del resultado del mismo. Teniendo en cuenta que “En la ponderación ente el principio de transparencia y la confidencialidad de la documentación contenida en la oferta, se revela como fundamental la motivación de la decisión de no autorizar el examen de determinados documentos, resultando claro que la confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta de los licitadores.*

Señala que, siendo esto así, como razona la Resolución anteriormente citada, para que pueda ser sacrificado el principio de transparencia y el derecho de defensa de

los licitadores a favor del deber de confidencialidad configurado con arreglo al artículo 54 de la LFCP, es necesario que los licitadores que invocan tal deber justifiquen suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial; justificación que debe ser revisada por el propio órgano de contratación, que es el competente para decidir si efectivamente concurre dicho carácter. Por ello, hay que partir del principio conforme al cual en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario.

Alega que, de lo expuesto, se puede concluir que en el presente caso se ha vulnerado su derecho de defensa: en primer lugar, porque habiéndose solicitado acceso al expediente de contratación desde el día 13 de diciembre, no se otorgó acceso al mismo por el órgano de contratación hasta el día 22 de diciembre; en segundo lugar, porque la adjudicataria extendió la declaración de confidencialidad a toda su oferta técnica, algo prohibido por la LFCP y por los propios pliegos reguladores de la contratación; y, en tercer lugar, porque cuando finalmente se dio acceso al expediente de contratación, se omitió parte de la oferta técnica de la adjudicataria como el Plan de Visitas Guiadas o el Equipo de Trabajo, que no puede en ningún caso considerarse como confidencial, pues no se trata de información confidencial sobre intereses comerciales que deba protegerse, sino de información sobre la que se ha valorado a la licitadora en el apartado de criterios cualitativos, que debe ser pública y conocida por el resto de licitadores.

Por ello, consideran que se trata de un claro caso de ausencia de transparencia en el proceso de licitación que les ha generado indefensión, por lo que solicitan la nulidad de la adjudicación y, subsidiariamente, que se les dé acceso a los apartados completos de la oferta técnica de la adjudicataria “Plan de Visitas Guiadas” y “Equipo de Trabajo” para poder completar la presente reclamación en el caso de apreciar algún vicio de nulidad con el conocimiento de dicha información.

3ª. Nulidad del acuerdo de adjudicación: falta de motivación del órgano de contratación para la concesión de ampliación de plazo solicitada por Magmacultura para la presentación de la documentación exigida para la adjudicación

Señala que el 1 de diciembre la Mesa de Contratación requirió a Magmacultura para que en el plazo de 7 días naturales presentara la documentación señalada en el apartado 19 del pliego regulador de la contratación, y que el 7 de diciembre dicha empresa solicitó la ampliación del plazo inicialmente por el siguiente motivo que recoge en su solicitud:

(...)

De acuerdo con este artículo 67 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, y del III Convenio colectivo marco estatal del sector del ocio educativo y animación sociocultural (Código Convenio 99100055012011), resulta de obligado cumplimiento la subrogación del personal que actualmente está adscrito al servicio.

Por tanto, y viniendo MAGMACULTURA SL obligada a subrogar al personal actual prestador del servicio, y a los efectos de poder acreditar y presentar de forma adecuada la “Formación del personal, las titulaciones o certificados que la acrediten”, es necesario disponer de esta formación y titulación a fin de comprobar si este personal (de obligada subrogación) dispone de los requisitos exigidos por el órgano de contratación.

MAGMACULTURA ya se ha puesto en contacto con la actual prestadora del servicio y ha solicitado toda esa documentación, a fin de poderlo acreditar ante el órgano de contratación.

Puesto que en la actualidad no se dispone de esta documentación, y en tanto que esta situación no es causa imputable a MAGMACULTURA SL, esta parte SOLICITA una ampliación del plazo, inicialmente concedido, a fin de poder presentar dicha documentación.

Señala que el 7 de diciembre la Mesa de Contratación acordó conceder a Magmacultura una ampliación del plazo de cuatro días naturales, hasta el día 13 de diciembre, al amparo del artículo 32 de la LPAC, no entendiéndose cómo el órgano de contratación pudo acordar ampliar el plazo para presentar la documentación, cuando ésta justificaba dicha ampliación en la necesidad de presentar la documentación del personal a subrogar.

Alega, a este respecto, que como ya se ha señalado con anterioridad, el órgano de contratación no contempló en los pliegos la obligación de subrogación, pese a estar obligado a ello (art. 66.3.c) de la LFCP), y tampoco realizó las actuaciones y comunicaciones previas a la licitación previstas en el artículo 67 de la LFCP, con el fin de recoger la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecta la subrogación, necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implica tal medida.

Señala que, a mayor abundamiento, en las aclaraciones realizadas sobre la licitación que constan en el Portal de Contratación de Navarra, a la pregunta sobre si los trabajadores actuales están sujetos a derecho de subrogación, la Mesa de Contratación respondió que la licitación no contempla la subrogación del personal (se adjunta respuesta dada en aclaraciones como documento nº 9).

Manifiesta que *Lo más surrealista se produce en fecha 9 de diciembre de 2021, cuando Magmacultura S.L, envió correo electrónico a Guiarte solicitando directamente la información de los trabajadores a subrogar.*

En fecha 13 de diciembre de 2021, desde Guiarte se reenvió el correo recibido desde Magmacultura, S.L, al órgano de contratación, donde se explicaba que esta parte no podía remitir esta información directamente a la otra licitadora en aplicación a lo dispuesto en el art. 5 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, pues entendemos que se trata de una información que en todo caso y de forma exclusiva debe ser requerida y facilitada al órgano de contratación conforme a lo dispuesto en el art. 67 LFCP.

A dicho correo contestó la mesa de contratación en fecha 13 de diciembre de 2021 diciendo:

“Como en los pliegos no está prevista la subrogación, no hay obligación por parte de vuestra empresa a proporcionar información. Si la subrogación fuera preceptiva, la información es la que se recoge en el artículo 67.2 de la LFCP. Puesto que esa es la información que, en caso de haberse previsto la subrogación en el pliego regulador de la contratación, debería haber facilitado al órgano de contratación para ser incluida en dicho pliego”.

(Se adjunta copia de los correos mencionados como documento n° 10).

Concluye que nos encontramos ante la inverosímil situación de que el órgano de contratación que no contempló la obligación de subrogación de los trabajadores, pese a ser cuestión obligada para los contratos de concesión de servicios por el art. 66.3.c) LFCP, que defiende que al no haberse previsto en los pliegos la subrogación no es preceptiva y que pese a no requerir a esta parte la información de los contratos de los trabajadores a los que afecta la subrogación, concede a la adjudicataria una ampliación de plazo para presentar la documentación prevista en la cláusula 19 del Pliego regulador, basada en la necesidad de recopilar y presentar la información de los trabajadores de Guiarte a subrogar, por lo que no puede aceptarse ni entenderse motivada la concesión de ampliación de plazo otorgada por el órgano de contratación a la adjudicataria en fecha 7 de diciembre de 2021, para que presentara la documentación prevista en la cláusula 19 del Pliego regulador, lo que debe conllevar a la nulidad de la adjudicación.

4ª. Nulidad del acuerdo de adjudicación: nulidad radical de los pliegos y, por tanto, de la adjudicación por no regular la obligación de subrogación

Alega que en el presente expediente de contratación concurre una causa de nulidad de pleno derecho por no haberse previsto ni ofrecido información alguna acerca de la subrogación de los trabajadores que vienen prestando el servicio, obligación legalmente exigida por los artículos 66.3.c) y 67 de la LFCP.

Reitera que el órgano de contratación no ha previsto en los pliegos la obligación de subrogación de los trabajadores que vienen prestando el servicio, ni ha cumplido, por tanto, con el deber de advertencia regulado para los contratos de concesión en el artículo 66.3.c) de la LFCP, ni ha llevado a cabo las actuaciones previas a la licitación previstas en el artículo 67 y, por supuesto, no ha recogido finalmente en los pliegos esta situación, cuando está obligado legalmente a ello.

Manifiesta que, tal y como sostiene con anterioridad, el hecho de que por el órgano de contratación no se haya dado cumplimiento a estas exigencias legales, no comporta que en el presente caso no deba producirse la subrogación de los trabajadores,

pues es una cuestión obligada por imperativo legal. Sin embargo, el hecho de que dicha información legal no se haya recogido en los pliegos constituye una causa de nulidad radical o nulidad de pleno derecho que debe conllevar a la nulidad de la adjudicación.

Señala que este Tribunal ha resuelto en numerosas ocasiones que no es posible impugnar los pliegos más allá del momento procedimental habilitado al efecto, sin embargo, dicho principio quiebra en los casos en los que los pliegos adolezcan de vicios de nulidad de pleno derecho, que pueden apreciarse y declararse en cualquier momento posterior, si bien tales motivos deben apreciarse de forma excepcional y restrictiva, siendo el presente caso uno de dichos supuestos excepcionales, pues la no previsión de las condiciones relativas a la subrogación en el pliego regulador ha sido determinante en el proceso de licitación, pues ha conllevado que por Magma cultura no se haya podido tener en cuenta ni valorar dicha situación a la hora de presentar su oferta económica, oferta que tal y como se ha acreditado, produciéndose la subrogación de los trabajadores, junto con el resto de gastos, comporta la inviabilidad económica de la concesión.

Concluye que, por ello, en el presente caso el vicio de nulidad de pleno derecho alegado debe ser estimado, a pesar de impugnarse frente al acto de adjudicación, pues es el momento en que, conociendo la oferta económica de la adjudicataria, se pone de relieve la inviabilidad económica de la concesión, situación ante la que no nos encontraríamos de haberse recogido en los pliegos tal obligación legal de subrogación.

Formula, atendiendo a todo lo expuesto, las siguientes solicitudes:

1º. La nulidad de la adjudicación del contrato a la entidad Magma cultura por haber presentado una oferta económica temeraria que comporta la inviabilidad económica de la concesión, y, subsidiariamente, que se acuerde la retroacción del procedimiento a efectos de que la Mesa de Contratación pueda analizar la oferta económica y cumplir el procedimiento contradictorio previsto en el artículo 98 de la LFCP, a los efectos de concluir - según considera la reclamante - que la oferta económica de pago de un canon anual de 180.000 euros realizada por dicha empresa resulta una oferta anormalmente alta, que va a impedir su cumplimiento regular y el del propio contrato.

2°. La nulidad de la adjudicación del referido contrato a la entidad Magmacultura por concurrencia de un supuesto de nulidad de pleno derecho por falta de inclusión en los pliegos de la información sobre la obligación de subrogación del personal y de las condiciones de ésta, información trascendente cuya ausencia ha propiciado que por la adjudicataria se haya presentado una oferta anormalmente alta.

3°. La nulidad de la adjudicación por encontrarnos ante un claro caso de ausencia de transparencia en el proceso de licitación que le ha generado indefensión, y, subsidiariamente, solicita que se les dé acceso a los apartados completos de la oferta técnica de la adjudicataria “Plan de Visitas Guiadas” y “Equipo de Trabajo” para poder completar la presente reclamación en el caso de apreciar algún vicio de nulidad con el conocimiento de dicha información.

4°. La nulidad del acuerdo de adjudicación por falta de motivación del órgano de contratación para la concesión de ampliación de plazo solicitada por Magmacultura, para la presentación de la documentación exigida para la adjudicación.

Por último, solicita la práctica de la prueba propuesta, cual es el informe pericial adjunto como documento nº 4.

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 27 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 30 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 de 2022 el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones en el que manifiesta lo siguiente:

1ª. Respecto a la oferta económica de Magmacultura

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 afecta no solo a la oferta de Magma cultura, sino también a la realizada por la UTE Dinaplay, siendo evidente que, sin contar con parámetros objetivos que permitan dicha afirmación, no es posible declarar una oferta como temeraria y la otra no.

Respecto a las valoraciones de carácter económico que realiza la reclamante formula las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, hay que tener en cuenta que tanto los costes como los ingresos que obtenga la futura contratista podrían variar de forma notable en función de la gestión que ésta realice de los cuatro centros histórico-turísticos, así como que los gastos de personal y estructura de la empresa – que son los mayores costes del contrato, dado que las obras y reparaciones corren a cargo de la Administración – pueden diferir en función de su organización.

Por otra parte, en el apartado de los ingresos procedentes del número de visitantes, debe tenerse en cuenta que la variación de los mismos puede ser muy relevante y estar directamente relacionada con la gestión que realice la contratista, así como que el aumento del precio de las entradas en un 25% supondrá sin duda un mayor ingreso para la misma.

Por lo tanto, los datos facilitados por la reclamante no se pueden extrapolar sin más a otras empresas de diferentes características, y ni tan siquiera a la misma empresa en distintos períodos de tiempo, bastando con observar como Guiarte, según consta en el anexo 3.1 de la reclamación, aumentó sus ingresos entre los años 2014 y 2016 de 424.846 euros a 582.948 euros (+37,21%), pasando su resultado de explotación de 12.881 euros a 28.879 euros (+124,19%), y como, en cambio, en otros años, el resultado de explotación ha sido negativo, como se expondrá a continuación.

De modo que debe tenerse en cuenta que el canon (importe de la licitación) y el valor estimado del contrato fijado en el pliego, se determinaron en base a los datos de gastos e ingresos obtenidos por la ahora reclamante en los últimos años como beneficiaria de la concesión demanial para la gestión de los centros histórico-turísticos, siendo evidente que otra empresa – con una estructura, estrategia y capacidades distintas – podría obtener unos mayores ingresos y soportar un menor gasto.

b) El análisis del informe pericial presentado por la reclamante – en el que tanto la estimación de ingresos como de costes se realiza partiendo de los datos proporcionados por ella misma – permite poner de manifiesto algunas de las posibles

variaciones en los gastos a que se ha hecho referencia. Así, en el apartado “Gastos de personal” (página 6 del informe) se computa el gasto de dos socios gerentes, de tal forma que si la organización contara con una única gerencia se reduciría el gasto en 46.114 euros. De la misma forma, el informe incluye dentro de los costes salariales de la gestión del Castillo de Olite a una persona que trabaja en la Oficina de Turismo de Olite (contrato de gestión adjudicado, a su vez, a la reclamante, cuyos pliegos y personal a subrogar se puede consultar en el Portal de Contratación), por lo que no procede imputarla a este contrato, lo cual supondría una reducción de gastos de 19.323,36 euros.

Por lo tanto, únicamente con las citadas reducciones, los costes se minorarían en 65.437 euros, cantidad que se aproxima bastante a la que en el informe pericial se presenta como desviación o pérdida (75.184 euros) partiendo de un canon anual de 180.000 euros.

c) Otro hecho a tener en cuenta es que en el anexo 3.1 de la reclamación (relativo a los ingresos y gastos durante el periodo 2011-2016 de los cuatro centros) se observa que en los dos primeros años de la concesión demanial otorgada a Guiarte conforme al artículo 89 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, de Patrimonio, es decir, en 2011 y 2012, la misma reclamante reconoce un resultado bruto negativo antes de impuestos de -38.628 euros y -26.533 euros, respectivamente, y que, conforme avanzan los años de explotación, las cuentas muestran un resultado de explotación positivo.

d) Destaca, por último, que a efectos de poder calcular el canon y el valor estimado del contrato conforme al artículo 8.2 de la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión (*El valor de la concesión será el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios*), la Dirección General de Turismo, Comercio y Consumo solicitó a Guiarte la información económica precisa para ello, y que dicha información le fue remitida de forma parcial, poco detallada y con notable retraso respecto a la fecha requerida.

Así, y a fin de evitar esta situación, en el apartado 7.5 del pliego de prescripciones técnicas se ha incluido la obligación de la contratista de presentar un informe mensual del número de visitantes, visitas guiadas y otros servicios efectuados, así como un informe con el balance económico anual sobre gastos e ingresos desglosados de los cuatro centros, con lo que se pretende conocer de forma detallada, a lo largo del contrato, las cifras de negocio exactas, dado que en el condicionado que regulaba la concesión demanial para la gestión de los cuatro centros histórico-turísticos no se obligó a la concesionaria a presentar detalle de las cuentas de explotación.

2ª. En cuanto a que la no inclusión en los pliegos de la información relativa a la obligación de subrogación del personal por parte del contratista ha dado lugar a la oferta anormalmente alta de la adjudicataria

Señala que, de la lectura de los artículos 66.3.c) y 67 de la LFCP, se desprende que la Administración contratante tiene la obligación de informar sobre el personal a subrogar, a efectos de que las licitadoras puedan calcular el importe de la oferta económica a realizar (*Los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo*), por lo que no es el pliego el que establece a la adjudicataria la obligación de subrogación del personal, sino que dicha obligación viene impuesta por las disposiciones legales o con eficacia normativa, como es el caso de los convenios colectivos aplicables. Es decir, la subrogación no puede constituir una de las obligaciones que se imponen en el pliego regulador de la contratación, sino que es una exigencia, bien del convenio colectivo que afecte al sector de actividad de que se trate o, en defecto de éste, de la LFCP, como establece su artículo 67.1.

Manifiesta que el motivo por el que el pliego del contrato no incluyó la información a que alude el artículo 67 de la LFCP, no es otra que la de que no existía propiamente un *contratista que en el momento de convocarse una licitación se encontrara ejecutando un contrato con el mismo objeto*, puesto que Guiarte no había resultado adjudicataria en 2010 de un contrato administrativo de los regulados por la

LFCEP como es el actual, sino que dicha empresa venía gestionando los recursos turísticos en virtud de una concesión demanial concedida por la Resolución 643/2010, de 31 de diciembre, del Director General de Turismo, al amparo del artículo 89 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, de Patrimonio, por un máximo de 10 años (la cual fue prorrogada, con motivo de la pandemia, hasta el 31 de diciembre de 2021 y, recientemente, por la Resolución 200/2021, de 24 de diciembre, hasta que se inicie el contrato objeto de esta reclamación).

Alega que, asumiendo que la información relativa a la obligación de subrogación de los trabajadores no se recogió en el pliego – el cual no fue impugnado en su momento por la ahora reclamante -, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha señalado en su Resolución 695/2019, de 27 de junio, que este hecho no significa que dicha obligación no deba ser cumplida por la contratista:

La obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista que en el momento de convocarse una licitación se encuentre ejecutando un contrato con el mismo objeto, surge como una exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate, pero en ningún caso del pliego.

Ello es así porque los pliegos de contratación tienen un carácter contractual, es decir, están llamados únicamente a definir la relación entre las partes: la Administración y el adjudicatario, documento que en ningún caso excluye la aplicación de cualesquiera normativas sectoriales que pudieran imponer otro tipo de obligaciones a cada una de ambas partes, que en ningún caso quedarían eximidas de su cumplimiento. Por ello, el hecho de que en el pliego no se contemplen específicamente las distintas obligaciones impuestas por la normativa correspondiente no significa que las mismas no hayan de ser cumplidas.

Señala que no comparte la alegación de la reclamante respecto a que la falta de información sobre la obligación de subrogar de la futura contratista fuera la causa del canon desproporcionado ofertado por Magmacultura. Alega, a este respecto, que la diferencia entre los cánones ofertados por la reclamante (51.600 euros) y la adjudicataria (180.000 euros) no parece justificarse en que ésta última desconociera el número de personas a subrogar, ya que, según recoge Guiarte en el listado facilitado a

este órgano y a Magmacultura el 3 de diciembre, dichas personas serían un total de 15, que es exactamente el mismo número que la adjudicataria ofertó como equipo de trabajo en su proyecto de explotación. Es decir, cabe presumir que, al calcular el canon a ofertar, la adjudicataria ya tuvo en cuenta que los costes laborales del personal serían los equivalentes a, como mínimo, 15 trabajadores, que son los que recoge en su proyecto de explotación (sobre nº 2 de su oferta).

3ª. Respecto a que la ausencia de transparencia en el proceso de licitación ha generado indefensión a la reclamante

Señala que no es cierto que se pusieran impedimentos a la reclamante para acceder al expediente, tal y como aquella afirma. Realiza, a continuación, un relato de los hechos acaecidos cuya cita no resulta necesaria, por venir documentados en el expediente de contratación y haberse expuesto con anterioridad en el presente acuerdo.

Sin embargo, sí cabe destacar que, respecto a los plazos, señala que debe tenerse en cuenta que, al no haberse dictado todavía la resolución de adjudicación del contrato, no resultaba de aplicación el artículo 126.1 de la LFCP y, por ende, las solicitudes de acceso al expediente debían tramitarse conforme al artículo 53.1.a) de la LPAC y el artículo 30 de la Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (Informe 3/2014, de 22 de diciembre, de la Junta de Contratación Pública de Navarra).

Asimismo, respecto a la solicitud presentada el 16 de diciembre por Guiarte, en la que se instaba a la Mesa de Contratación a que facilitara "Informes de viabilidad" de las propuestas presentadas, señala que la misma no fue contestada puesto que la impugnación de los actos de la Mesa de Contratación debe realizarse en la forma establecida en el artículo 122.2 de la LFCP, como advertía la cláusula 15ª del pliego.

Respecto a la omisión de la parte de la oferta declarada confidencial por Magmacultura, transcribe lo señalado en la Resolución 198/2021, de 22 de diciembre, que fue dictada a la vista del informe justificativo presentado por dicha empresa, y señala que el órgano de contratación valoró, por tanto, los motivos alegados por aquella y realizó una ponderación entre éstos y las exigencias derivadas del principio de

transparencia, concluyendo que concurrían los supuestos previstos en el artículo 54.1 de la LFCP.

4ª. Respecto a que no se ha motivado la ampliación del plazo para presentar la documentación requerida a Magmacultura para proceder a la adjudicación del contrato

Señala que el 1 de diciembre la Mesa de Contratación requirió a Magmacultura la presentación de la documentación exigida para la adjudicación del contrato en el plazo de 7 días naturales, conforme al artículo 55.8 de la LFCP y a lo señalado en la cláusula 19.1 del pliego, así como que el 7 de diciembre la citada empresa solicitó la ampliación de plazo conforme al artículo 32 de la LPAC para poder presentar la documentación exigida, aludiendo en su solicitud a su deseo de recabar las titulaciones (formación reglada y conocimiento de idiomas) del personal a subrogar, al haber sido informada el 3 de diciembre por Guiarte de dicha obligación y de la relación del personal adscrito a los cuatro centros.

Alega que, a la vista de dicha petición, así como de lo dispuesto en el citado artículo 32 de la LPAC, la Mesa de Contratación concedió la prórroga solicitada atendiendo a las siguientes circunstancias:

a) Partiendo de que el plazo de 7 días para presentar la documentación requerida para ser adjudicataria del contrato ya es en sí breve, y que se trata de días naturales ex artículo 47.1 de la LFCP, no puede obviarse que dio la casualidad de que coincidió que 5 de ellos eran inhábiles, por ser festivos o por coincidir en fin de semana (los días 3, 4, 5, 6 y 8 de diciembre), por lo que la empresa podía tener dificultades administrativas o de otro tipo para cumplir con el plazo concedido al efecto, a la vista de la documentación a presentar.

b) Que entre la documentación exigida en la cláusula 19ª del pliego se encontraba la siguiente:

4ª. Documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, en los términos establecidos en este pliego.

8ª. La documentación que permita comprobar el cumplimiento de los criterios de adjudicación en los que haya obtenido puntuación la oferta de la licitadora que resulte adjudicataria (apartado 18).

En concreto, la documentación relativa al criterio de adjudicación “Formación del personal”, las titulaciones o certificados que la acrediten.

Por ello, Magmacultura debía presentar la documentación señalada en la cláusula 11.2 del pliego (que acreditara el conocimiento de idiomas exigido como solvencia técnica o profesional), así como la documentación que justificara los 13 puntos obtenidos en el criterio de adjudicación “equipo de trabajo” de la cláusula 18.1.A, en el que se valoraba, además del conocimiento de idiomas, la formación reglada de sus integrantes.

Dicha documentación debía presentarse tanto si la interesada entendía que debía subrogar al personal de Guiarte como si no, es decir, Magmacultura podía presentar las titulaciones de su propio personal – como así hizo finalmente el 13 de diciembre – u optar por aportar las del personal de la reclamante.

c) La Mesa de Contratación no podía negarse a la ampliación del plazo alegando que no correspondía presentar determinada documentación, como parece pretender la reclamante, puesto que la posible adjudicataria estaba ejerciendo un derecho que la LPAC reconoce en su artículo 32 a los administrados y que la Administración, atendiendo a las circunstancias, está facultada para conceder o no de manera motivada (STS de 6 febrero de 2018, RJ 2018\615).

En consecuencia, el momento en que la Mesa debía pronunciarse sobre si la documentación aportada por Magmacultura se ajustaba a lo requerido en la cláusula 19ª del pliego para resultar adjudicataria del contrato, era una vez la misma hubiera sido presentada formalmente y no antes (cuando se estaba solicitando la ampliación del plazo concedido para ello).

d) Por último, si Magmacultura, en lugar de solicitar la ampliación del plazo, hubiera presentado la documentación exigida, pero de manera incompleta, el día 9 de diciembre (último día del plazo inicial, ya que el 8 era festivo), habría dado lugar a que

se le requiriera su subsanación de conformidad con lo previsto en el artículo 51.2 de la LFCP, de forma que habría ganado 5 días naturales, es decir, habría dispuesto de un día más (hasta el 14 de diciembre) que si se le concedía la prórroga solicitada por la mitad del plazo inicial.

Considera, por lo tanto, que la ampliación de plazo sí estaba motivada y su concesión se ajustaba a lo exigido en el artículo 32 de la LPAC.

SEXTO.- Con fecha 7 de enero de 2022 se dio traslado de la reclamación a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, habiéndose presentado las siguientes alegaciones por Magmacultura 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 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 el pliego fija unos ingresos orientativos de 598.589 euros, cantidad que se corresponde con el modelo de gestión y de negocio de la empresa Guiarte, que se basa en un modelo de comunicación y comercialización básicamente local, como se desprende de su página web.

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.

Señala que el artículo 98.1 de la LFCP establece que *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 de mercado*, así como 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 Magmacultura, 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.

Señala que el recurrente hace mención a la cláusula 25.A) Condiciones generales de ejecución, apartado b): *La oferta económica deberá ser adecuada para que la adjudicataria haga frente al coste derivado de la aplicación, como mínimo, del convenio sectorial que corresponda, sin que en ningún caso los precios/hora de los salarios contemplados puedan ser inferiores a los precios/hora, más las mejoras precio/hora del convenio más los costes de la Seguridad Social*, respecto a lo que señala que este apartado se encuentra incluido en la ejecución del contrato, no en el procedimiento de licitación. Asimismo, alega que de este apartado no se extrae que el órgano de contratación deba requerir su cumplimiento a la vista del canon anual

ofertado, sino que únicamente establece que se ha de disponer de una oferta adecuada para que la adjudicataria haga frente al pago de los salarios, lo que efectuará Magmacultura puesto que viene obligada legalmente a ello.

Respecto al informe pericial de análisis de viabilidad económica anexo a la reclamación, señala que la conclusión a la que llega es totalmente errónea, realizando al respecto las siguientes alegaciones:

a) El informe no puede tenerse en cuenta puesto que los datos que ha utilizado para su emisión provienen de la misma Guiarte y, como puede observarse de sus anexos, ninguno proviene de documentos oficiales, esto es, no hay facturas, ni declaraciones de impuestos o cuentas anuales donde se pueda corroborar la veracidad de los datos incluidos, e incluso algunos gastos ni siquiera tienen referencia temporal.

b) Sólo se hace referencia al año 2019, lo que hace imposible trasladar sólo un año a la viabilidad económica de una concesión de servicios que actualmente tiene prevista una duración de cinco años.

c) En su página 4 se señala que *No se ha podido encontrar ninguna fuente de estimación de ingresos, más allá de la estimación realizada por el Órgano de Licitación, que determine con mayor precisión el importe estimado del contrato*, por lo que toma en consideración el establecido por el órgano de contratación fijado en 598.000 euros.

Alega, al respecto, que resulta difícil de creer que sí se dispongan de los gastos y costes de personal, pero no de los ingresos generados por la explotación de este servicio desde el 2017 al 2021.

Asimismo, alega que existe una falta de rigor en los datos tenidos en cuenta, ya que los visitantes del castillo de Olite en el anexo 3.1, para el año 2015, se determinan en 183.315 visitantes, mientras que en el documento Excel Anexo 6 se afirma que tuvo 170.426 visitantes. Señala que, por ello, el informe no puede ser tenido en cuenta, ya que ha sido emitido bajo un criterio absolutamente subjetivo.

Igualmente, conforme a lo indicado por el órgano de contratación, señala que no están de acuerdo con el resultado final previsto en el informe económico, en el sentido de señalar que, una vez aplicado el canon, resultará una pérdida de 75.184 euros, por cuanto esta viene derivada de la estructura empresarial de Guiarte, siendo evidente que la misma no es igual que la de Magmacultura. Alude, asimismo, a lo manifestado por el órgano de contratación en sus alegaciones respecto al exceso de coste derivado de la doble gerencia de Guiarte y a la imputación del coste salarial de una persona que trabaja en la oficina de Turismo de Olite que se encuentra adscrita a otro contrato distinto al presente, concluyendo que Guiarte tuvo durante los primeros años de explotación importantes resultados negativos.

2ª. No existe falta de transparencia e integridad en el acceso al expediente de contratación

Respecto al acceso de la reclamante al expediente manifiesta que la actuación del órgano de contratación se ha ajustado a la legalidad, habiendo dado respuesta a la solicitud de acceso dentro del plazo previsto en el artículo 126 de la LFCP.

Señala que la reclamante ha dispuesto de tiempo suficiente para presentar el recurso en debidas condiciones de defensa, no habiendo existido ningún tipo de indefensión puesto que, del contenido del recurso, queda claro que ha podido defender sus intereses, aportando incluso un informe pericial de la situación económica de la concesión.

Respecto a la confidencialidad de parte de su oferta, señala que el órgano de contratación valoró los motivos indicados al respecto por Magmacultura y realizó una ponderación entre éstos y la exigencia derivada del principio de transparencia, concluyendo que concurrían los supuestos previstos en el artículo 54.1 de la LFCP.

Señala que tanto el plan de visitas como el equipo de trabajo son condiciones que forman parte de su estrategia empresarial, habiendo argumentado con anterioridad la voluntad de Magmacultura de dar una gran importancia a su estrategia de comunicación para poder fortalecer y aumentar el plan de visitas, para lo que es fundamental disponer de un equipo de trabajo que optimice los recursos, por lo que esta

parte de la oferta ha de ser declarada confidencial, ya que forma parte de su estrategia empresarial y secreto comercial.

Añade que Guiarte solicitó que se declarara confidencial parte de su oferta técnica, lo que lleva a pensar que la recurrente ya conoce que esa parte de la oferta forma parte de la estrategia comercial y que ha de ser protegida, por lo que no puede ir contra sus propios actos.

Asimismo, señala que no puede comprenderse que la reclamante manifieste indefensión si no se le da acceso completo a toda la oferta técnica, cuando en la valoración de la misma obtuvo 48 puntos, mientras que Magmacultura obtuvo 29,65 puntos, resultando por tanto Guiarte absolutamente favorecida en la valoración de la oferta técnica.

3ª. La resolución por la cual se concede una ampliación del plazo solicitado por Magmacultura para la presentación de la documentación exigida para la adjudicación está debidamente motivada

Señala que el 1 de diciembre la Mesa de Contratación requirió a Magmacultura la presentación de la documentación exigida para la adjudicación del contrato en el plazo de 7 días naturales, documentación entre la que se encontraba la siguiente:

- 4ª Documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, en los términos establecidos en este pliego.

- 8ª La documentación que permita comprobar el cumplimiento de los criterios de adjudicación en los que haya obtenido puntuación la oferta de la licitadora que resulte adjudicataria (apartado 18). En concreto, la documentación relativa al criterio de adjudicación “Formación del personal”, las titulaciones o certificados que la acrediten.

El 3 de diciembre representantes de Guiarte comunicaron directamente por correo electrónico a Magmacultura que existía personal adscrito al centro con la obligación de subrogar, acompañando al correo electrónico un *estado* del personal a subrogar. Se acompaña como documento anexo número 2 el listado del personal a

subrogar enviado y, como documento anexo número 3, copia del e-mail enviado por Guiarte.

Señala que, como consecuencia de este correo electrónico y de las obligaciones laborales que suponía la subrogación, Magmacultura solicitó al órgano de contratación el 7 de diciembre una ampliación del plazo conforme al artículo 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para poder presentar la documentación exigida en el citado apartado del pliego regulador respecto de la formación del personal (acreditación de titulaciones o certificados del conocimiento de idiomas y de la formación reglada de sus integrantes), ya que no era causa imputable a Magmacultura que no se pudiera presentar toda la documentación al ser Guiarte la obligada a ello.

Señala que, conforme a lo exigido en el citado artículo, tanto la solicitud como la ampliación del plazo se produjeron antes de su vencimiento, siendo facultad de la Mesa de Contratación conceder a petición de los interesados la ampliación del plazo si las circunstancias lo aconsejan, hecho que ha quedado debidamente acreditado, puesto que al haber comunicado Guiarte la obligación laboral de subrogación de los trabajadores, Magmacultura venía obligada a presentar certificados de titulaciones del personal a subrogar. Alega que, por lo tanto, la resolución por la cual se amplía el plazo está debidamente motivada, siendo ajustada a derecho.

Alega que lo más surrealista no es que el 9 de diciembre de 2021 MAGMACULTURA le solicite nuevamente información sobre el personal a subrogar, sino que GUIARTE no se acuerde que fue él mismo quien anunció y comunicó a MAGMACULTURA que tenía la obligación de subrogar a los trabajadores en virtud del III Convenio colectivo marco estatal del sector del ocio educativo y animación sociocultural, una vez supo que MAGMACULTURA era la propuesta como posible adjudicataria.

Es más, se queja de la falta de motivación de la ampliación del plazo para presentar la documentación, cuando ha sido causa imputable exclusivamente a GUIARTE que MAGMACULTURA no presentara la misma.

Señala, asimismo, que es indiferente que la obligación de subrogación viniera recogida en el pliego o no, ya que viene derivada de una obligación en materia laboral marcada por el convenio sectorial de aplicación, que hay que cumplir, más allá de las normas legales administrativas o sobre contratación pública.

4ª. Resulta improcedente declarar la nulidad de los pliegos por no regular la obligación de subrogación.

Manifiesta que existe una consolidada doctrina en relación a la impugnación indirecta de los pliegos, citando las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2017 y 28 de junio de 2004, así como que el recurrente no procedió en su momento a impugnar los pliegos que regulan la presente licitación, sometiéndose a los mismos, sin que a posteriori, esto es, cuando no resulta favorecido por la adjudicación, pueda impugnarlos.

Señala que sólo sería posible la admisión de la impugnación de los pliegos con posterioridad y de forma absolutamente excepcional, según la doctrina jurisprudencial, si existe una nulidad de pleno derecho y, además, no existe una ruptura del principio de buena fe por parte del recurrente, es decir, que sólo en el momento que se le notifica el acuerdo de adjudicación haya conocido ese vicio de nulidad.

Alega que, en el supuesto presente, que no se haya incluido la exigencia de subrogación en el pliego regulador no es causa de nulidad de pleno derecho de las recogidas en la normativa sobre contratación pública o en las normas administrativas de aplicación común, resultando evidente que no existe ningún tipo de buena fe por parte del recurrente ya, que al ser esta empresa la actual prestadora del servicio, era plena conocedora que existía la subrogación de los trabajadores adscritos al servicio por el convenio sectorial aplicable, no manifestando nada al respecto hasta que no ha resultado adjudicataria del contrato, por lo que el motivo debe decaer por ser extemporáneo.

Señala que, como la recurrente es conocedora de esta doctrina, intenta justificar que Magmacultura no ha podido tener en cuenta ni valorar dicha situación a la hora de presentar su oferta económica, no siendo admisible dicho argumento ya que, mediante su recurso, la recurrente no puede defender derechos que no son los suyos propios, esto

es, no puede defender derechos de otras empresas en su nombre, como pretende, siendo así que Magmacultura ha podido efectuar la oferta económica en las debidas condiciones y ha podido valorar la situación, por lo que no existe ningún tipo de indefensión por su parte.

Alega que, como ya especifica el informe del órgano de contratación al respecto, no procedía incluir en el pliego la obligación de subrogación del personal, ya que dicha obligación viene dispuesta por las disposiciones legales o con eficacia normativa, como es el caso de los convenios colectivos aplicables.

Asimismo, el contrato no incluye la información del artículo 67 de la LFCP ya que, en el momento de iniciar el proceso de adjudicación, no existía propiamente un contratista ejecutando un contrato con el mismo objeto, puesto que Guiarte no había resultado adjudicataria en 2010 de un contrato administrativo de los regulados en la LFCP como es el actual, sino que lo venía gestionando a través de una concesión demanial, por lo que no era obligatorio solicitar la información del personal a subrogar a Guiarte e incluirla en el pliego.

Concluye que, no obstante, y de acuerdo con la Resolución 695/2019, de 27 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *el hecho de que en el pliego no se contemplen específicamente las distintas obligaciones impuestas por la normativa correspondiente no significa que las mismas no hayan de ser cumplidas.*

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.- La interposición de la reclamación 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 entrar a su análisis procede, con carácter previo, 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.”

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 acredita el informe pericial que adjunta y se ha detallado en los antecedentes.

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 su 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 tener en cuenta que la reclamante aporta un informe pericial, apelando a lo dispuesto en el artículo 67 de la LFCP y a la necesaria apertura de un procedimiento contradictorio conforme a lo dispuesto en el artículo 98 de la LFCP. Alega, por último, que solicitó al órgano de contratación que se valorara mediante informe técnico la viabilidad económica de dicha oferta, solicitud que no ha recibido respuesta y no ha sido tenida en cuenta por aquel.

Frente a ello 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, de igual modo tal como se señala en el informe de necesidad del contrato, se ha calculado teniendo en consideración la evolución de los visitantes durante el periodo 2015-2021 y los beneficios y gastos declarados por la empresa Guiarte, señalando igualmente que *los últimos datos apuntan a una rápida recuperación turística (el número de visitantes en julio de 2021 del Palacio de Olite es el más alto de toda la serie histórica 2015-2021), estimada en parcial para el 2022 y ya igualando los números anteriores a la pandemia en 2023*.

En este sentido se ha de tener en cuenta también el informe económico que obra en el expediente en el que se señala que para la fijación del canon se ha tenido en cuenta lo siguiente: los datos económicos de los ejercicios 2017 a 2019 (Anexo I), el aumento propuesto de tasas del 25%, el impacto de la Ley de Derechos Culturales de Navarra, la comparativa con otros recursos, las medidas de mitigación del impacto COVID y el número y evolución de visitantes en el periodo 2015-2021 (Anexo II).

Teniendo en cuenta además que el adjudicatario conoce - y acepta - los costes que conllevan la ejecución del contrato, pues, 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 transcrita.

En relación con la concreta 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.

Al respecto debe ponerse de manifiesto 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 realizadas por la reclamante ante el canon ofertado y que no quedan entredichas, como veremos, con el informe aportado de parte en el que concluye un resultado económico negativo de 75.184 euros derivado de la aplicación de dicho canon.

Frente a ello debe primar lo dispuesto en el propio pliego y en la legislación foral previamente citada, coincidente con la doctrina igualmente expuesta. Así, además de la doctrina relativa a los pliegos como ley del contrato antes referida, interesa traer a colación, sobre esta concreta cuestión, la Resolución 198/2021, de 6 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, conforme a la cual *La recurrente considera que la oferta de la adjudicataria debió ser rechazada, por los motivos que se analizan a continuación:*

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

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

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

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

Vistas las alegaciones de las partes, procede, en primer lugar, traer a colación la reiterada doctrina que declara que el Pliego de Cláusulas Administrativas constituye la ley de contrato a la que deben sujetarse los licitadores, así como el propio órgano de contratación. Al efecto, hemos de partir del valor vinculante del Pliego aprobado por el órgano de contratación. El Pliego constituye auténtica lex contractus, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación.

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

Por su parte, el artículo 139 de la LCSP establece “1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como

la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”.

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

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

Una vez acreditado el cumplimiento estricto de los pliegos, circunstancia que tampoco ha sido cuestionada por el recurrente, no cabe sino considerar que la adjudicación, en este punto, es ajustada a derecho, por lo que procede la desestimación del presente motivo.”

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.”

Pues bien, como decíamos, la aplicación de esta doctrina al presente caso, nos lleva a concluir que no habiéndose fijado en el pliego regulador del contrato ningún parámetro relativo al canon ofertado por los licitadores para su consideración como temerario o anormal, no procede la exclusión del adjudicatario por tal motivo, como tampoco resulta procedente la sustanciación del procedimiento previsto en el artículo 98 de la LFCP al objeto de que acredite la viabilidad de su oferta, por cuanto dicho procedimiento requiere de la previa concurrencia de la existencia de una oferta que incurra en anormalidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

(...).

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

Resultando, en consecuencia, que la adjudicataria asume el riesgo operacional derivado de la concesión, pudiendo incurrir incluso en pérdidas durante la misma, de tal forma que los ingresos que obtenga podrían, incluso, resultar insuficientes para hacer frente al pago del canon que ha ofertado. Circunstancia por tanto inherente al tipo de contrato licitado, por lo que no justifica por tal motivo la anulación de la adjudicación.

A mayor abundamiento, en relación con el informe económico aportado por la reclamante en el que se analiza la viabilidad de la concesión con base en el canon ofertado por la adjudicataria, hay que tener en cuenta que tal como se alega por esta última y por el órgano de contratación, los datos de ingresos y gastos de los que parte son los propios de la reclamante, obviando otros datos de especial importancia que inciden en el resultado de la explotación, como lo es la propia estructura empresarial del concesionario que podría repercutir en los gastos con una minoración al existir diferencias en el equipo directivo o un aumento de los ingresos con una política de comunicación y comercialización que permita captar nuevos públicos.

Finalmente, por la reclamante se instaba al órgano de contratación a la solicitud de un informe que valorara “ad hoc” la viabilidad económica de las ofertas económicas, pretensión que no fundamenta en cláusula del pliego ni precepto legal alguno, quedando

por tanto dentro de la facultad discrecional de la propia Mesa de Contratación conforme dispone el artículo 51.3 de la LFCP, y que como es sabido no se ha estimado oportuno por dicho órgano.

Por tanto, conforme a la doctrina del pliego como la ley del contrato, la presentación de la oferta aceptando las cláusulas, la vinculación a la oferta realizada formulada con información suficiente -como ha quedado acreditado-, y teniendo en cuenta también que no se prevé en el pliego regulador del contrato ningún parámetro relativo al canon ofertado por los licitadores para su consideración como temerario o anormal y tratándose además de un contrato de concesión que se caracteriza porque la adjudicataria asume el riesgo operacional derivado de la concesión, razones todas ellas que nos llevan a desestimar este primer motivo de impugnación.

SEXTO. – La segunda de las cuestiones a analizar es la vulneración del derecho de defensa por diversos motivos referidos al acceso al expediente de contratación y a la declaración de confidencialidad de su oferta técnica solicitando por ello, si bien con carácter subsidiario, la anulación de la adjudicación y el acceso completo a los apartados “Plan de visitas guiadas” y “Equipo de trabajo” de la oferta de la adjudicataria. Todo ello es rebatido tanto por el órgano de contratación como por el adjudicatario como así consta en los antecedentes a los cuales nos remitimos.

En relación con la alegación referida a la vulneración de derecho de defensa, aduciendo a su vez indefensión como consecuencia de la dilación del órgano de contratación en darle acceso al expediente, debemos traer a colación la doctrina de este Tribunal prevista, entre otros, en su Acuerdo 47/2021, de 20 de mayo, conforme al cual *como apunta la Resolución 166/2019, de 22 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el derecho de acceso se extiende a lo que constituye el expediente, tal y como éste viene definido en el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, no extendiéndose a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada. Teniendo, en todo caso, un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los*

cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso. Consideraciones que este Tribunal ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones, por todos, en el Acuerdo 88/2020, de 7 de octubre, donde señalamos que “Otro tanto cabe señalar respecto del solicitado trámite de vista del expediente, cuya tramitación debe quedar restringido a los casos en que exista una clara constancia de indefensión, y a aquellos en que la vista resulte esencial para la fundamentación del recurso; ello como consecuencia del carácter instrumental de dicho trámite”.

En igual sentido la Resolución 935/2021, de 22 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, señala: *Sobre esta cuestión, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal, en numerosas ocasiones. Así, puede citarse la Resolución n°893/2020, de 14 de agosto de 2020 que, sobre el menester se pronuncia así:*

“Octavo. En primer lugar, debe recordarse la doctrina que este Tribunal ha sentado sobre el derecho de acceso al expediente, resumida en nuestra Resolución n° 616/2019, de 6 de junio: “«A la vista de lo anterior, este Tribunal ha venido generando una doctrina constante, que se basaba ya en lo dispuesto en el antiguo artículo 140 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y que resulta plenamente aplicable a la luz de la nueva normativa antes expuesta.

En síntesis, dicha doctrina viene a señalar: a) El carácter confidencial de la documentación no puede señalarse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, debiendo venir referida a secretos técnicos o comerciales, como aquella documentación confidencial que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, siendo obligación del licitador que invoca el deber de confidencialidad justificar suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial y al órgano de contratación decidir de forma motivada (Resolución n° 58/2018). b) El derecho de acceso se extiende a lo que constituye el expediente, tal y como éste viene definido en el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, no extendiéndose a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada (Resolución n° 732/2016). c) La confidencialidad solo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente

secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros (Resolución n° 393/2016). d) En todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso (Resolución n° 741/2018)».

El análisis de esta cuestión requiere recordar los hechos relevantes sobre el asunto: la reclamante solicitó el 13 de diciembre acceso al expediente de contratación, solicitud que reiteró el 15 de diciembre, así como el 18 de diciembre, el día después de que se le notificara la resolución de adjudicación del contrato, solicitud esta última en la que alude a la posibilidad de interponer una reclamación especial en materia de contratación, solicitando acceso al expediente completo al amparo de lo dispuesto en el artículo 126.1 de la LFCP. Finalmente, el acceso al expediente se produjo el 22 de diciembre.

El artículo en cuestión señala, tras la redacción dada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, que *Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición de la reclamación, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá obligación de ponerlo de manifiesto, sin perjuicio de los límites de confidencialidad previstos en el artículo 54.1 de esta ley foral.*

La solicitud de acceso deberá realizarse dentro del plazo de interposición de la reclamación especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los tres días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud.

El incumplimiento de lo dispuesto con anterioridad por el órgano de contratación no eximirá a los interesados de su obligación de interponer la reclamación especial dentro del plazo previsto en esta ley foral. No obstante, dicho incumplimiento podrá ser alegado por el reclamante en su reclamación. El Tribunal, a la vista de lo alegado por el reclamante y por el órgano de contratación, así como en atención a las circunstancias concurrentes, podrá conceder al reclamante el acceso al expediente de contratación aportado por el órgano de contratación, con carácter previo a la formulación de alegaciones para completar su reclamación, durante un

plazo de tres días hábiles. En este supuesto, el órgano de contratación podrá formular asimismo nuevas alegaciones en un plazo de dos días hábiles.

Pues bien, de los hechos relatados se deduce claramente que el acceso al expediente se produjo dentro del plazo de tres días hábiles previsto legalmente, resultando que el reclamante pudo examinar el expediente de contratación, -excepto la documentación de la oferta declarada confidencial por la adjudicataria-, con carácter previo a la interposición de su reclamación el 27 de diciembre. Razones que nos llevan a desestimar este concreto motivo al no existir vulneración al derecho de defensa, ni limitación a la transparencia ni en consecuencia produce indefensión alguna.

En lo que respecta a la confidencialidad de parte de la oferta de la adjudicataria y su denegación de acceso, cabe recordar que el artículo 2.1 de la LFCP señala que las entidades sometidas a la misma la aplicarán respetando, entre otros, los principios de transparencia e integridad, estableciendo el artículo 54.1 lo siguiente: *Los poderes adjudicadores sometidos a esta ley foral no divulgarán dato alguno de la información técnica o mercantil que haya facilitado quien licita, que forme parte de su estrategia empresarial y que éstos designen expresamente como confidencial y, en particular, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas. En todo caso, la declaración de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de transparencia, publicidad e información que debe darse a cada participante.*

Quien licite no podrá extender la declaración de confidencialidad a toda su propuesta. En caso de que lo haga, corresponderá al órgano de contratación determinar motivadamente aquella documentación que no afecta a secretos técnicos o comerciales.

Conviene recordar al respecto lo señalado con anterioridad sobre la confidencialidad de las ofertas por este Tribunal. Así, en nuestro Acuerdo 87/2021, de 26 de agosto, señalamos que: *“tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 52/2019, de 11 de junio, que el propio artículo 54.1 LFCP pone de manifiesto que el derecho a la confidencialidad de la documentación incorporada a las ofertas no se configura como un derecho absoluto, sino que -además de los condicionantes que para su ejercicio prevé el mismo precepto- viene limitado por el cumplimiento de las obligaciones de*

transparencia y publicidad que la propia normativa impone a los poderes adjudicadores y por el derecho de acceso a la documentación que conforma el propio expediente de contratación del que son titulares quienes han participado en el procedimiento de licitación y que reviste carácter esencial en orden a una eventual impugnación del resultado del mismo. Teniendo en cuenta que “En la ponderación ente el principio de transparencia y la confidencialidad de la documentación contenida en la oferta, se revela como fundamental la motivación de la decisión de no autorizar el examen de determinados documentos, resultando claro que la confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta de los licitadores. Siendo esto así, como razona la Resolución anteriormente citada, para que pueda ser sacrificado el principio de transparencia y el derecho de defensa de los licitadores a favor del deber de confidencialidad configurado con arreglo al artículo 54 LFCP es necesario que los licitadores que invocan tal deber justifiquen suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial; justificación que debe ser revisada por el propio órgano de contratación, que es el competente para decidir si efectivamente concurre dicho carácter.

Así las cosas, hay que partir del principio conforme al cual en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario.”

(...).

A mayor abundamiento en el Acuerdo 14/2017, de 7 de abril, de este Tribunal, al que alude el órgano de contratación en sus alegaciones, señalamos lo siguiente:

“Esta disposición no implica que una vez finalizada la licitación pública, pueda facilitarse la vista de toda la documentación presentada por los licitadores. A este respecto, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en su considerando 51 adelanta que “Es preciso aclarar que las disposiciones relativas a protección de información confidencial no evitarán en modo alguno la divulgación pública de partes no confidenciales de contratos celebrados, incluidas sus modificaciones posteriores”, y en su artículo 21 determina que “1. Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la

información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas. 2. Los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación”. Añadiendo el artículo 22.3 que “Los poderes adjudicadores velarán por que en todas las comunicaciones, intercambios y almacenamiento de información se preserven la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas y las solicitudes de participación. No examinarán el contenido de las ofertas y solicitudes de participación hasta que venza el plazo previsto para su presentación”.

Es decir, la norma comunitaria permite que las legislaciones internas definan la cuestión relativa al acceso al expediente por parte de los licitadores, reconociendo que la confidencialidad constituye un derecho de los licitadores e incidiendo, eso sí, en la necesidad de respetar las obligaciones en materia de publicidad y de información a los licitadores; por lo que habrá de encontrarse un razonable equilibrio entre la confidencialidad y la publicidad e información; y ello por cuanto, tal y como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia UE de 21 de septiembre de 2016 “(...) De la jurisprudencia resulta que las ofertas presentadas por los licitadores en una licitación pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación de la excepción relativa a la protección de los intereses comerciales, debido, en particular, a los elementos económicos y técnicos que contienen las ofertas (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de enero de 2013, Cosepuri/EFSA, T-339/10 y T-532/10, EU:T:2013:38, apartado 95). (...) Esta restricción es inherente al objetivo de las normas de la Unión en materia de contratos públicos que se basa en una competencia no falseada. Para alcanzar dicho objetivo es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores”.

(...).

De la regulación transcrita se infiere que el órgano de contratación sólo está obligado a guardar reserva y, por ende, a denegar el acceso, respecto de la información que los propios licitadores hayan designado como confidencial al presentar su oferta, declaración que, por lo demás, en ningún caso puede extenderse a la totalidad de la misma. Dicho en otros términos, si no media esa declaración, la regla es que deberá permitirse el examen de la documentación presentada por los licitadores concurrentes, en consonancia con el derecho de acceso que reconoce el artículo 53.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

(...).

De igual modo interesa recordar lo indicado en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 270/2016, de 15 de abril, *“Finalmente, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular su oferta, haya expresado qué extremos de ésta se encuentran afectos a la exigencia de confidencialidad, a lo que este Tribunal añade, en los términos antes expresados, la posibilidad de designación posterior a instancia del órgano de contratación”*.

Resultando ajustado a derecho que el órgano de contratación, ante una solicitud de acceso a la oferta de otro licitador, en la que no se ha realizado declaración alguna de confidencialidad, solicite de éste que manifieste, en el momento de resolver tal petición, si considera que la oferta contiene información que no deba ser divulgada.

Pues bien, en el supuesto analizado, la adjudicataria declaró como confidencial la totalidad de su oferta técnica, lo que no es conforme con lo previsto en el artículo 54.1 de la LFCP, anteriormente transcrito, circunstancia que determinó que ante la solicitud de acceso al expediente de la reclamante, por el órgano de contratación se le requiriera, el 16 de diciembre, para que especificara los aspectos considerados confidenciales, obteniendo respuesta el 20 de diciembre, concretando la confidencialidad en el plan de visitas y el apartado de prestación de servicios adicionales en su totalidad y los apartados de plan de trabajo y el plan de mejoras en la gestión y desarrollo de productos turísticos de forma parcial, argumentando que los mismos *recogen la experiencia de gestión de nuestra empresa en aspectos clave, que permiten a nuestra empresa ser más competitivos en la gestión de servicios. Su difusión*

puede afectar a la posición comercial de nuestra empresa en futuras licitaciones, al ser aspectos clave en la valoración de los proyectos, así como que muestran las propuestas de innovaciones tecnológicas aplicadas al proyecto de gestión del Castillo de Olite, y que consideramos fundamentales para aumentar el número de visitantes y en consecuencia, la mejora en la gestión y los resultados del proyecto, y, finalmente, que recoge la estrategia de comercialización y captación de nuevos públicos, mediante el uso de plataformas tecnológicas, así como de la estrategia de comunicación.

Consideraciones que fueron valoradas y ponderadas por el órgano de contratación, como se hace constar en el acto administrativo que facilitó el acceso al expediente, esto es, en la Resolución 198/2021, de 22 de diciembre. Debiendo señalar que como se informa en dicha resolución “*Lo mismo ocurre con la parte de la oferta declarada confidencial por Guiarte Servicios Turísticos, S.L.*”, relativa a las tarifas propuestas para las visitas guiadas.

Razones por las que este Tribunal considera que no se produce indefensión en la reclamante por lo que debe desestimarse la alegación realizada, así como la solicitud subsidiaria realizada.

SÉPTIMO. - El siguiente de los motivos esgrimidos es el referido a la ampliación del plazo concedido a la adjudicataria para presentar la documentación exigida para la adjudicación, referida a la documentación relativa al personal a subrogar, siendo así que dicha obligación de subrogación no estaba contemplada en el pliego.

El análisis del asunto requiere acudir al expediente de contratación para verificar si efectivamente se requirió la documentación y si está era procedente. Así podemos constatar que la Mesa de Contratación, requirió a la adjudicataria, el 1 de diciembre, para que presentara en el plazo de 7 días naturales la documentación prevista en la cláusula 19ª del pliego, entre la que se incluye la *Documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, en los términos establecidos en este pliego* (apartado 4) y *La documentación que permita comprobar el cumplimiento de los criterios de adjudicación de los en los que haya obtenido puntuación la oferta de la licitadora que resulte adjudicataria* (apartado 18). En

concreto, la documentación relativa al criterio de adjudicación “Formación del personal”, las titulaciones o certificados que la acrediten (apartado 8).

Documentación que ha de precisarse debía acreditar, entre otras cuestiones, la formación tanto en idiomas como formación reglada de su personal, por venir así exigido por el pliego, en concreto en la cláusula 11.1.b) dentro del requisito de solvencia técnica o profesional *-Disponer de personal que permita ofertar visitas guiadas al Castillo-Palacio de Olite en euskera, inglés y francés, con una titulación mínima de B2 o una titulación reconocida oficialmente como equivalente*, debiendo aportar la licitadora que vaya a resultar adjudicataria de la concesión *La titulación que acredite el conocimiento de los idiomas indicados (B2 o una titulación reconocida oficialmente como equivalente)*, conforme a la cláusula 11.2.b).

De igual modo, la cláusula 18.A, prevé la valoración como criterio de adjudicación cualitativo el proyecto de explotación y, dentro de este, el “Equipo de trabajo”, donde se valorará la *adecuada previsión (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*. Razones por las que igualmente requiere el órgano de contratación su acreditación.

De todo ello resulta que efectivamente la adjudicataria debía presentar documentación que acreditara la formación, tanto en idiomas como formación reglada, de su personal, por venir así exigido por el pliego. En este sentido, y sin entrar a valorar en este momento la procedencia o no de subrogar al personal afectado por la licitación, que será objeto de análisis en nuestro siguiente fundamento, si debemos analizar si la concesión de un plazo para la aportación de la documentación requerida es procedente o vulnera, como se alega por innecesaria, el pliego que rige la licitación.

Debemos partir al respecto de lo previsto en el artículo 32 de la Ley 39/2015, que en su apartado 1º señala que *La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo*

aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero. El acuerdo de ampliación deberá ser notificado a los interesados. El precepto en cuestión es de aplicación igualmente al procedimiento de adjudicación del presente contrato en virtud de lo dispuesto en el artículo 34.1 de la LFCP, conforme al cual los contratos que celebren las Administraciones Públicas tendrán carácter administrativo salvo que la ley disponga otra cosa, y se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por dicha ley foral y sus disposiciones reglamentarias, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Igualmente resulta de interés lo señalado por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 141/2017, de 26 de abril, cuando señala que *La cuestión objeto de debate se refiere a la posibilidad de ampliación del plazo de diez días hábiles establecido en el artículo 151.2 del TRLCSP y si en caso de ser posible dicha ampliación, el órgano de contratación debió concederla o motivar su denegación y en definitiva, si el acuerdo que considera retirada la oferta es o no conforme a derecho.*

En primer lugar debe señalarse que artículo 151.2 mencionado establece lo siguiente:

“El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente (...).

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en el que hayan quedado clasificadas las ofertas”.

Por su parte, el artículo 32.1 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de aplicación supletoria al TRLCSP, determina que: (...).

En consecuencia, debe concluirse que en principio, salvo que la norma diga lo contrario, los plazos son ampliables, si bien es una facultad discrecional de la Administración la concesión de dicha ampliación, atendiendo a las circunstancias concurrentes.

En este sentido, este Tribunal comparte el criterio expresado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 43/2015, de 8 de abril, en el que sostiene que “En la teoría general del Derecho, la distinción entre “perentoriedad” e “improrrogabilidad” de los plazos, -categorías que pertenecen al Derecho procesal- se refieren a la potestad procesal de ampliarlos o no. Un plazo es prorrogable si está dentro de la potestad del juez su ampliación; y es perentorio, si por su mero transcurso, la parte pierde el ejercicio de su derecho, pues se trata de una sanción a la inactividad procesal de un litigante. Sin embargo, esta distinción propia del Derecho procesal, es inaplicable, en sentido estricto, tanto en el procedimiento administrativo, como en el procedimiento contractual, porque en ambos la Administración, o el poder adjudicador, actuarían en tal caso en el doble carácter de juez y parte. De ahí que pueda afirmarse que, en términos generales, en el procedimiento administrativo todos los plazos son prorrogables, salvo previsión legal en contra. De manera que este Tribunal reitera, que el plazo de diez días establecido en el artículo 151.2 del TRLCSP, puede ser objeto de ampliación conforme a lo dispuesto en el artículo 49 LRJPAC, regla aplicable a todo poder adjudicador, sea o no Administración pública, ya que la normativa supletoria no resulta, en este caso, contraria al contenido general y principios generales que inspiran la normativa aplicable en primer lugar”. Cita también el Tribunal de Aragón, el Informe 18/11 de 6 de julio, de la Junta Consultiva Aragonesa, en el que se abordaba la cuestión, manteniendo el criterio expresado.

En consecuencia, debemos considerar que el plazo es ampliable con carácter general.

Resultando por tanto que se trata de una facultad discrecional de la Administración la de conceder dicha ampliación, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la cual debe ejercerse de forma motivada, debiéndose dejar constancia en

el acto administrativo que acuerde tal ampliación de las circunstancias que la aconsejan, conforme al mandato legal, tal como señala la sentencia 168/2018, de 6 de febrero, del Tribunal Supremo, -citada por el órgano de contratación en sus alegaciones-. Motivación concisa pero existente en el supuesto analizado, que se contiene en la decisión adoptada por el órgano de contratación al conceder tal ampliación, a la vista de la petición de la adjudicataria y su dificultad para recabar la documentación exigida para acreditar la solvencia técnica o profesional, así como de la documentación que permita comprobar el cumplimiento de los criterios de adjudicación en los que su oferta ha obtenido puntuación, y que se fundamenta en el precepto legal transcrito del artículo 32 de la LPAC.

Por lo expuesto, consideramos que la alegación formulada debe ser desestimada.

OCTAVO. – Se alega en último lugar la falta de regulación en los pliegos de la subrogación prevista legalmente y por tanto incumpliendo lo previsto en los artículos 66.3.c) y 67 de la LFCP, lo que conlleva la nulidad de estos y también de la adjudicación del contrato. Si bien el reclamante reconoce que no es el momento procedimental para su impugnación, no obstante considera que se trata de un vicio de nulidad de pleno derecho, que además se ha puesto de manifiesto al conocerse la oferta económica de la adjudicataria, que pone de relieve la inviabilidad económica de la concesión presuponiendo que no se ha tenido en cuenta ni valorado dicha situación a la hora de presentar la oferta económica.

Alegaciones que son rebatidas tanto por el órgano de contratación como por la adjudicataria tal como se ha detallado en los antecedentes a los cuales nos remitimos.

Pues bien, debemos partir, como hechos no controvertidos por las partes, que el pliego del contrato no recoge la advertencia prevista en el artículo 66.3.c) de la LFCP, en el sentido de que *la contratación se encuentra sometida, en las condiciones previstas en el artículo 67, a la subrogación de todos a pesar de pertenecer a otra empresa, vengan realizando la actividad objeto del contrato, ni la obligación prevista en el artículo 67.2 de incluir la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una*

exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo. Asimismo, del expediente resulta que el órgano de contratación tampoco ha dado cumplimiento al artículo 67.1, que establece su obligación de comunicar a la representación sindical del centro de trabajo la intención de licitar nuevamente el contrato al efecto de que, en el plazo máximo de quince días, esta pueda informar que existiendo convenio colectivo sectorial de aplicación, las condiciones laborales de aplicación en el centro de trabajo de las personas trabajadoras a subrogar resultan superiores. Emitido informe por la representación sindical sobre las condiciones de aplicación, el pliego deberá incluir estas.

Tampoco resulta discutido por las partes si, en el presente caso, y pese a las carencias antes advertidas, existe o no obligación de subrogación, señalando aquellas que la misma operará en virtud de lo dispuesto en el mismo artículo 67.1 de la LFCP, conforme al cual *Las condiciones de subrogación serán las establecidas en el convenio colectivo sectorial de la actividad objeto del contrato en el caso de que este exista y regule la subrogación. Si no existiese convenio sectorial de aplicación en la actividad objeto del contrato o existiendo no regulase la subrogación, procederá la subrogación de todos los trabajadores que, a pesar de pertenecer a otra empresa, vengan realizando la actividad objeto del contrato.*

Resultando, por tanto, la cuestión a dilucidar, si dichas deficiencias del pliego constituyen o no causa de nulidad de pleno derecho, y si cabe su apreciación frente a un acto de adjudicación del contrato. Es decir, si cabe la impugnación indirecta del pliego en los términos señalados.

En relación con esta cuestión, en el Acuerdo 91/2021, de 10 de septiembre, de este Tribunal, señalamos al respecto que *como indicamos en nuestro Acuerdo 2/2021, de 7 de enero, la admisión de la impugnación del pliego regulador más allá del momento procedimental habilitado al efecto, con ocasión de uno de los actos posteriores del procedimiento como puede ser la adjudicación resulta excepcional. Ello obedece a que el pliego regulador constituye una actuación administrativa dentro del procedimiento de licitación susceptible de impugnación autónoma; lo que, obviamente, debe realizarse dentro del plazo legalmente previsto, siendo el dies a quo del cómputo*

de dicho plazo el siguiente de su publicación en el medio que en cada caso corresponda. Por eso, una vez que los Pliegos devienen firmes, solo es posible examinar si el acto de adjudicación se ha ajustado o no a estos, pero no discutir la legalidad de aquellos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2006).

Este principio quiebra, ciertamente, en los casos en los que los Pliegos adolezcan de vicios de nulidad de pleno derecho, que pueden apreciarse y declararse en cualquier momento posterior, si bien tales motivos deben apreciarse de forma excepcional y restrictiva. Así, la única excepción a esta regla es que se tratase de un vicio de nulidad de pleno derecho que no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación del pliego por una interesada normalmente diligente y razonablemente informada, siendo en un momento posterior de la licitación cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego (sensu contrario, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58).

Doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2021, cuyo fundamento de derecho cuarto razona lo siguiente: (...).

En línea con la doctrina jurisprudencial citada, la Sentencia 365/2017, de 13 septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en la que se recoge la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de los Pliegos de contratación, no impugnados en tiempo y forma, expuso lo siguiente: “Tras lo expuesto, queda claro que en el presente supuesto, el reclamante, al no impugnar el Pliego, se somete a sus determinaciones y lo convierte en Ley del contrato siguiendo reiterados criterios jurisprudenciales y que por tanto nos encontramos ante un recurso indirecto contra los pliegos, que resulta extemporáneo y respecto del que, en aplicación de la doctrina anteriormente transcrita, únicamente procederá la admisión cuando exista un vicio de nulidad de pleno derecho y no exista ruptura del principio de buena fe por parte del recurrente, ni de la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando a la adjudicación. A este respecto, en la última de las sentencias citadas se precisa que para considerar que alguna cláusula de un pliego incurre en causa de nulidad de pleno derecho se requiere de una motivación detallada y, en todo caso, ésta debe evidenciarse “con una grosera y cualificada vulneración de un derecho con amparo constitucional.”

En sentido análogo cabe citar el Acuerdo 112/2021, de 16 de noviembre, así como la sentencia 929/2008, de 27 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (RJCA/2009/172), conforme a la cual *Como se dijo en la STS de 28 de Junio de 2.004 (recurso de casación 7106/00), con cita de otra anterior de 4 de Noviembre de 1.997 (RJ 1997, 8158), "puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir el contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar, adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentado que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico"*.

Significa, pues, que aceptadas las bases de la convocatoria solo podemos entrar a examinar si la adjudicación del concurso ha respetado o no los pliegos de condiciones. Como se afirmaba en la STS de 28 de Junio de 2.004 (recurso de casación 7106/00) "la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resulta a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación".

Pues bien, la reclamante, como se ha expuesto, justifica la extemporaneidad de su reclamación -en lo que a la subrogación se refiere-, en que se trata de un vicio de nulidad puesto de manifiesto en el momento de conocer la oferta económica formulada por la adjudicataria, al presuponer que dicha oferta no ha tenido en cuenta la subrogación del personal al no estar previsto en el pliego. Alegaciones que sin embargo no pueden ser estimadas por las razones que pasamos a exponer.

Así, no cabe admitir la alegación realizada por cuanto la reclamante, actual gestora del servicio, conocía la obligación de subrogación y los costes aparejados, no habiendo informado ni interpuesto reclamación sobre el pliego en el momento procedimental oportuno, pese a su claridad, cuando este fue objeto de publicación en el Portal de Contratación.

No solo eso, la alegación de la subrogación se utiliza por el reclamante en defensa de derechos que en todo caso le corresponden al adjudicatario, puesto que se esgrime que este último no ha podido conocer los gastos derivados de la obligación de subrogación al objeto de formular su oferta.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la doctrina ha señalado reiteradamente que las previsiones legales relativas a la obligación de información respecto al personal a subrogar tienen como finalidad que los licitadores conozcan los gastos que pueden derivarse de la ejecución del contrato, teniendo como fin último garantizar la igualdad de trato de aquellos. Así, el Acuerdo 113/2021, de 23 de noviembre, de este Tribunal, señala que *De la lectura del precepto transcrito se observa cómo el mismo impone una doble obligación a la Administración contratante, de un lado, requerir a la empresa que viniera efectuando la prestación objeto del contrato la información relativa a las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación y, de otro, facilitar a los licitadores, en el pliego, la información relativa a tales condiciones a los efectos del cálculo de los costes del personal a subrogar.*

El informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 33/2002, de 23 de octubre, concreta esta obligación señalando “La necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no solo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley (...)”.

Tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 56/2017, de 25 de septiembre, la finalidad de la citada obligación de facilitar la información referida en los pliegos es que los licitadores cuenten con datos sobre los costes laborales que habrán de asumir si resultan adjudicatarios, que son relevantes para la preparación de la oferta y que son no sólo las propias de la prestación en sí, sino también aquellas que proceden de normas sectoriales distintas de la normativa de contratación pública; resultando que la falta o insuficiencia de la misma provoca, sin lugar a duda alguna, una discriminación a favor de quien estuviera ejecutando actualmente el servicio, que quedaría colocado en una posición privilegiada con respecto a los restantes licitadores, por lo que el grado de detalle de los datos a facilitar debe ser, tal y como expone la Resolución

31/2017, de 10 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias, el suficiente para garantizar el trato igualitario de todos los que concurran a la licitación y esto debe interpretarse en el sentido de que no basta con una mera remisión a las tablas salariales contempladas en el Convenio Colectivo aplicable, sino que también han de indicarse aquellas circunstancias personales de los trabajadores a subrogar que influyan en la retribución que tiene derecho a percibir y en los costes sociales que tiene aparejada (antigüedad, jornada, tipo de contrato, condiciones que puedan suponer bonificación en las correspondientes cotizaciones, etc.).

Razones que justificarían, en su caso, una reclamación por quien podría resultar perjudicado por dicha omisión, en este caso Magma cultura, quien en cambio manifiesta su conformidad con la obligación de subrogación y reitera la validez del canon ofertado, pese a que no fue informada de los gastos salariales derivados de aquella: *“Previamente al inicio de la argumentación jurídica que aquí se expondrá, es preciso manifestar que MAGMACULTURA está de acuerdo con la obligación de subrogar a los trabajadores adscritos al servicio como consecuencia del III Convenio colectivo marco estatal del sector del ocio educativo y animación sociocultural (Código Convenio 99100055012011).”*

Pero es que, además, tampoco procede, como se pretende, presuponerse que la oferta del adjudicatario no valora los costes de subrogación, por cuanto como manifiesta el órgano de contratación en sus alegaciones: *“La diferencia entre los cánones ofertados por la reclamante (51.600 euros) y la adjudicataria (180.000 euros) no parece justificarse en que ésta última desconociera el número de personas a subrogar. Ya que, según recoge Guiarte Servicios Turísticos, S.L. en el listado facilitado a este órgano y a Magma cultura S.L. el 3 de diciembre de 2021, dichas personas serían un total de 15, que es exactamente el mismo número que la adjudicataria ofrecía como equipo de trabajo en su proyecto de explotación. Es decir, cabe presumir que, al calcular el canon a ofertar, la adjudicataria ya tuvo en cuenta que los costes laborales del personal serían los equivalentes a, como mínimo, 15 trabajadores que son los que recoge en su proyecto de explotación (sobre nº 2 de su oferta).”*

Por lo tanto, no cabe admitir la alegación del reclamante, que en su condición de actual gestora del servicio conocía la obligación de subrogación y los costes a ella

aparejados y que sin embargo no se opuso en el momento procedimental oportuno al contenido del pliego cuando este fue objeto de publicación en el Portal de Contratación, ni tampoco informó de ello hasta el 3 de diciembre, con ocasión del correo electrónico remitido al respecto a quien resultó adjudicataria. Resultando por tanto que no cabe admitir la impugnación extemporánea del pliego, al no concurrir los supuestos a los que la doctrina y la jurisprudencia anteriormente referida aluden para ello, como es la existencia de buena fe por el reclamante al no haber podido conocer del vicio de nulidad sino con ocasión de su aplicación, lo cual, como decimos, no ha sucedido en el presente caso.

Finalmente hemos de señalar que tampoco se aprecia la nulidad de pleno derecho alegada por cuanto, como se pone de manifiesto por el órgano de contratación, el pliego del contrato no incluye la información a que alude el artículo 67 de la LFCP al no existir propiamente un contratista de los regulados por la LFCP en el momento de convocarse la licitación, puesto que la gestión de los citados centros histórico-turísticos se realizaba a través de una “concesión administrativa” regulada en el artículo 87.2 de la Ley Foral de Patrimonio. Si bien, como se indica, *“a la vista de que junto con la utilización del patrimonio público –a través de la ocupación temporal de los bienes demaniales– se daba la circunstancia de que la Administración fijaba condiciones para la explotación de estos centros histórico-turísticos, se concluyó que la finalidad pública no era solamente patrimonial y, en consecuencia, que la relación era contractual y debía regirse por la LFCP y no por la legislación patrimonial.”* Razón por la que se procede a una licitación conforme a la LFCP.

Por todo ello, consideramos que esta alegación también debe ser desestimada.

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 GUIARTE SERVICIOS TURÍSTICOS, 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 GUIARTE SERVICIOS TURÍSTICOS, 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, 11 de mayo de 2022. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu.