



Expediente: 79/2023

ACUERDO 84/2023, de 17 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por TECNOLOGÍAS VIALES APLICADAS TEVA, S.L. frente al anuncio de licitación y los pliegos reguladores del “*Contrato del Servicio de estacionamiento regulado en la vía pública de Pamplona, incluyendo el servicio de retirada de vehículos de la vía pública*”, licitado por el Ayuntamiento de Pamplona.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de junio de 2023, el Ayuntamiento de Pamplona publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del “*Contrato del Servicio de estacionamiento regulado en la vía pública de Pamplona, incluyendo el servicio de retirada de vehículos de la vía pública*”, siendo el plazo de presentación de ofertas desde el 22 de junio a las 00:01 horas al 20 de julio a las 14:30 horas.

SEGUNDO.- Con fecha 30 de junio, doña A. S. E. interpuso, en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA, una reclamación especial en materia de contratación pública frente al pliego de prescripciones técnicas particulares de dicho contrato.

Por el Acuerdo 61/2023, de 17 de agosto, de este Tribunal, se estimó parcialmente dicha reclamación, disponiendo la anulación del apartado “*Respuesta a alegaciones y recursos relacionados con los procedimientos sancionadores*” del punto 7 del pliego de prescripciones técnicas particulares del contrato y, con ello, la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de adjudicación del mismo.

Igualmente, con fecha 3 de julio, don C. A. S. J. interpuso, en nombre y representación de INTEGRA PARKING SOLUTIONS, S.L., una reclamación especial en materia de contratación pública frente al pliego técnico del contrato.

Dicha reclamación fue estimada parcialmente por el Acuerdo 62/2023, de 17 de agosto, que dispuso la anulación de su cláusula 4 en lo referido a la prohibición de cobrar al ciudadano más cuantía por el servicio que la establecida en las Ordenanzas Fiscales cuando el pago se realice a través de cualquier aplicación móvil, y, con ello, la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de licitación.

Finalmente, el 5 de julio don L. L. O. interpuso, en nombre y representación de EASYPARK ESPAÑA, S.L.U., otra reclamación especial frente al pliego técnico del contrato, que fue parcialmente estimada por el Acuerdo 65/2023, de 5 de septiembre, disponiendo la anulación de su cláusula 4.3 en lo que se refiere a la condición de que la aplicación de pago por móvil a implementar por la adjudicataria sea gratuita, así como de la prohibición de cobrar al ciudadano más cuantía por el servicio que la establecida en las Ordenanzas Fiscales cuando el pago se realice a través de cualquier aplicación móvil, y, con ello, la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de licitación.

TERCERO.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona, de 18 de septiembre de 2023, dicho órgano se dio por enterado de los referidos acuerdos, acordando modificar el pliego de prescripciones técnicas conforme a su contenido, así como aprobar el pliego técnico resultante tras las modificaciones señaladas, y aprobar también la ampliación del plazo de presentación de ofertas, otorgando un plazo de 30 días naturales a partir de la publicación de dicho acuerdo y del pliego técnico modificado en el Portal de Contratación de Navarra.

Con fecha 19 de septiembre se publicó en el Portal de Contratación de Navarra una aclaración al anuncio de licitación del contrato, bajo la denominación “*Finalización*”

suspensión de la licitación y ampliación del plazo de presentación de ofertas”, con el siguiente contenido:

“Vistos los acuerdos del Tribunal Administrativo de contratos públicos N° 61/2023, 62/2023 y 65/2023 estimando parcialmente las reclamaciones presentadas, la Junta de Gobierno Local ha acordado la aprobación del Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato resultante tras las modificaciones realizadas conforme a los términos indicados en los citados Acuerdos, y la ampliación del plazo de presentación de ofertas. Se adjuntan el Acuerdo de JOB y el pliego de prescripciones técnicas”.

Se insertan, a continuación, los citados documentos, señalándose como nuevo plazo de presentación de ofertas desde el 19 de septiembre a las 23:59 horas hasta el 20 de octubre a las 23:59 horas.

CUARTO.- Con fecha 29 de septiembre TECNOLOGÍAS VIALES APLICADAS TEVA, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente al anuncio de licitación y los pliegos reguladores del contrato.

Señala que, conforme a lo establecido en el artículo 123 de la LFCP, se encuentra legitimada activamente para la interposición de la reclamación, por tener interés legítimo, dado que la licitación que nos ocupa incluye, entre otros objetos, el control de las cámaras de accesos y del resto de sensores, la verificación de las denuncias, la tramitación, las labores administrativas, la carga de listas, la actualización de las aplicaciones móviles y sus mantenimientos y realización de informes para el adecuado seguimiento del servicio. Manifiesta que tiene por objeto social, precisamente, la ejecución de dichas prestaciones, tal y como acredita con las adjudicaciones a su favor y con idéntico objeto que adjunta como Documento 2.

Asimismo, señala que está interesada en presentar una oferta en la presente licitación junto con otra empresa del sector del estacionamiento regulado y de la retirada

de vehículos mediante grúa, con compromiso de constituir una unión temporal de empresas en el caso de que su oferta sea seleccionada como la mejor oferta.

Formula, a continuación, las siguientes alegaciones:

1ª. Infracción de lo dispuesto en los artículos 2 y 89 de la LFCP

Señala que el artículo 89.3 de la LFCP dispone que *“El envío del anuncio al «Diario Oficial de la Unión Europea» deberá preceder a cualquier otra publicidad. El anuncio se publicará además en el Portal de Contratación de Navarra, una vez recibida la confirmación de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea o transcurridas 48 desde la confirmación de la recepción del envío. En todo caso, esta última publicidad deberá indicar la fecha de aquel envío y no contener indicaciones distintas a las incluidas en el anuncio europeo”*.

Manifiesta que en el anuncio de licitación publicado en el DOUE se señala como plazo para la recepción de las ofertas o solicitudes de participación el 20 de julio a las 14:30 horas, mientras que en el anuncio publicado en el Portal de Contratación la fecha de presentación de ofertas es hasta el 20 de octubre a las 23:59 horas, por lo que existe una discordancia entre la información publicada.

Señala que esta discordancia se ha producido debido a que, tras los acuerdos dictados por este Tribunal respecto al pliego de prescripciones técnicas del contrato, la Junta de Gobierno Local ha publicado un nuevo pliego técnico y un nuevo plazo de presentación de ofertas en el Portal de Contratación de Navarra, sin dar la correspondiente publicidad en el DOUE, infringiendo lo dispuesto en el citado artículo 89.3 de la LFCP, que establece que no podrá haber discordancias entre la información facilitada en ambos medios de publicidad.

Alega que potenciales licitadores que, en su día, decidieron no presentar una oferta en la presente licitación porque los pliegos no permitían implementar una aplicación de pago por móvil no gratuita, no son concedores de que, tras los Acuerdos

62/2023 y 65/2023 de este Tribunal, sí está permitida la implantación de dicha aplicación, no siendo una cuestión accesoria, dado que, conforme a lo establecido en la cláusula 4.3 del nuevo pliego técnico, la recaudación a través de aplicación de pago por móvil está en torno al 65% de la recaudación total.

Alega, igualmente, que la discordancia entre lo publicado en el DOUE y el Portal de Contratación de Navarra equivale a una falta de publicación en el DOUE, y es doctrina de los órganos y tribunales administrativos especializados en materia de contratación pública que la falta de publicación de la licitación en el DOUE es un vicio de nulidad de pleno derecho de la licitación (Acuerdo 66/2018 de 31 de julio, de este Tribunal, y Resoluciones 795/2016, de 7 de octubre, y 520/2021 de 7 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras muchas), que puede ser alegado, incluso, en una reclamación especial en materia de contratación contra la adjudicación.

Señala, a mayor abundamiento, que en el Portal de Contratación de Navarra ni tan siquiera se ha eliminado el pliego técnico anulado, ni se ha incluido ninguna advertencia de que está anulado, y la publicación del nuevo pliego técnico se ha realizado dentro del enlace denominado “*Ver las aclaraciones realizadas sobre la licitación*”, lo cual crea confusión a los potenciales licitadores e infringe las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación a las que hace referencia el artículo 2 de la LFCP.

2ª. Otra infracción de lo dispuesto en los artículos 2, 88 y 89 de la LFCP

Señala que el artículo 88.2 de la LFCP viene a establecer que la transparencia en la contratación pública se articulará a través del Portal de Contratación de Navarra, configurado éste como un instrumento fundamental de información, de lo que debe concluirse que los eventuales enlaces o links incluidos en el anuncio de la licitación en el DOUE deben dirigir a dicho Portal. Alega que, sin embargo, en el anuncio de la licitación en el DOUE no se incluye ninguna referencia a que la información sobre la licitación se encuentra publicada en el Portal de Contratación de Navarra, sino que se

señala que el acceso libre, directo, completo y gratuito a los pliegos de la licitación se encuentra en la dirección <https://plataformalicitacion.navarra.es:8443/sede/>, link que redirige al usuario a la Plataforma de licitación electrónica de Navarra. Manifiesta que si un licitador se descarga el pliego técnico que aparece en la citada Plataforma, accederá al pliego que fue anulado por este Tribunal, no existiendo ningún acceso al nuevo pliego que fue aprobado el 18 de septiembre.

Alega que se está ofreciendo a los potenciales licitadores una información no veraz y errónea sobre el contenido de los pliegos de la licitación, lo cual vulnera los principios de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación a los que hace referencia el artículo 2 de la LFCP. Señala que, nuevamente, nos encontramos ante un vicio de nulidad de pleno derecho que podría ser alegado, incluso, en una reclamación especial en materia de contratación contra la adjudicación.

3ª. Modificación de los pliegos de la licitación por la vía de respuestas a solicitudes de aclaraciones de los pliegos

Señala que recientemente se han publicado en el Portal de Contratación de Navarra las respuestas a diversas solicitudes de aclaración de los pliegos formuladas por los licitadores, que se adjuntan como documento 4, donde se contiene la siguiente pregunta: “*¿El personal dedicado a la gestión del ZAC y de la ZBE deberá estar ubicado en un local del adjudicatario? o dispone el Ayuntamiento de oficinas para este servicio donde irá ubicado este personal?*”.

La respuesta a la misma es la siguiente:

“Para el personal dedicado a la gestión del ZAC y de la ZBE de deberán contemplar las dos situaciones:

1. Que el adjudicatario disponga un local para todos los servicios, ya que no necesariamente deberán diferenciarse.

2. Que el Ayuntamiento ponga a disposición de la adjudicataria un local.”

Alega que la respuesta ofrecida por el Ayuntamiento de Pamplona es desafortunada ya que, en virtud de la misma, da a entender a los licitadores que pueden presentar una oferta con dos variantes (local propio o local del Ayuntamiento) cuando en el apartado A.5.a) de las condiciones particulares del contrato se establece que no está admitida la presentación de ofertas con variantes.

Señala que, conforme a las definiciones de los órganos administrativos especializados en materia de contratación, la presentación de una variante supone la presentación de más de una proposición.

Concluye que se está materializando una modificación de los pliegos por la vía de las respuestas a las solicitudes de aclaración, por lo que debe acordarse la nulidad de todo el procedimiento y su retroacción al momento inmediatamente anterior a la publicación del anuncio de la licitación en el DOUE para que el órgano de contratación apruebe unos nuevos pliegos en los que sí se permita la presentación de variantes, si realmente ese es su interés, o mantenga la no admisibilidad de variantes, anulando la respuesta publicada en el Portal de Contratación de Navarra.

4ª. Imposición de la relación comercial contraria al ordenamiento jurídico

Señala que en el apartado “10. *INVERSIONES*” del nuevo pliego técnico aprobado el 29 de mayo se establece lo siguiente:

“El adjudicatario deberá abonar a la anterior empresa adjudicataria (DORNIER S.A.) antes de la entrada en vigor del presente contrato la cantidad de 1.313.512,68 €, correspondiente a la suma de las cantidades pendientes de amortización financiera a fecha de 1 de enero de 2024.

Estas cantidades se tendrán en cuenta para el plan de amortización que establezca el nuevo adjudicatario.

Asimismo, sufrirá esta cantidad variación si por alguna causa la contrata no puede iniciarse el día 1 de enero de 2024 en la parte que corresponda. En tal caso el

ayuntamiento antes de la puesta en servicio transmitirá el cálculo de la cantidad que deba satisfacer al nuevo adjudicatario.”

Alega que, conforme al Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 11/1993 de 12 de julio, la obligación que se está imponiendo al eventual adjudicatario de pagar al anterior las inversiones pendientes de amortización es contraria a nuestro Ordenamiento Jurídico, porque se está imponiendo una relación comercial entre el anterior y el nuevo adjudicatario, máxime cuando la misma estaría sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido (compraventa). Señala que, si dicha cantidad la paga el Ayuntamiento de Pamplona a Dornier en concepto de indemnización por las inversiones no amortizadas, ese pago no está sujeto al IVA por tratarse de una indemnización. Por el contrario, si es el nuevo adjudicatario el que paga a Dornier, dicha cantidad debe incrementarse en un 21% porque no se está pagando una indemnización (no hay relación contractual previa), sino que la operación se asimilaría a una compraventa de parquímetros que estaría sujeta al IVA.

Señala que, además, la opción elegida por el Ayuntamiento de Pamplona no permite al nuevo adjudicatario comprobar que no se ha cometido ningún error en la determinación de su importe. Así, el riesgo ante un eventual error en la determinación de las inversiones pendientes de amortizar debe de asumirlo dicho Ayuntamiento y no el nuevo adjudicatario.

Manifiesta que, si en el anterior contrato entre Dornier y el Ayuntamiento de Pamplona hubiese inversiones pendientes de amortización, sólo cabe que el Ayuntamiento indemnice a Dornier por el importe de las mismas, y, en ese contexto, el Ayuntamiento bien podría establecer en la presente licitación la obligación del nuevo adjudicatario de pagarle un canon equivalente al importe de aquellas inversiones pendientes de amortizar y, tras su cobro, destinar el importe de dicho canon al pago de las inversiones pendientes de amortizar de Dornier, pues de esa forma no se estaría imponiendo una relación comercial entre el anterior y el nuevo adjudicatario. Lo que no cabe, concluye, es imponer una relación comercial consistente en el pago de una cantidad a favor del anterior adjudicatario, pues dichas eventuales relaciones

comerciales con empresas de la competencia podrían estar prohibidas por los accionistas del nuevo adjudicatario o, incluso, podrían ser objeto de investigación por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que se declare la nulidad de todo el procedimiento de licitación y se ordene su retroacción al momento inmediatamente anterior a la publicación del anuncio de licitación en el DOUE. Igualmente, solicita la suspensión automática de la licitación.

QUINTO.- Con fecha 29 de septiembre 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 6 de octubre, 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 11 de octubre, una vez transcurrido el plazo legalmente previsto para ello, el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones, donde señala lo siguiente:

1ª. Alega que la doctrina citada por el reclamante analiza supuestos en los que no se publicó el anuncio de licitación en el DOUE existiendo obligación legal para ello, no siendo este el caso de la presente impugnación, en el que resulta pacífico, aceptado y acreditado que se procedió a la publicación del anuncio de licitación.

Señala que es cierto que no se ha producido una nueva publicación del anuncio de licitación, a la vista de las pequeñas modificaciones introducidas en el pliego técnico del contrato como consecuencia de las estimaciones parciales de tres reclamaciones especiales en materia de contratación pública.

Manifiesta que la información facilitada en el anuncio publicado en el DOUE y la que figura en el Portal de Contratación de Navarra es idéntica, a excepción única y exclusivamente de la fecha para la recepción de ofertas o solicitudes de participación, lo que se traduce en una nula incidencia sobre la publicidad y consecuente conocimiento del procedimiento de licitación, por cuanto todos aquellos que pudieran estar interesados en el proceso han tenido pleno conocimiento de la suspensión de la licitación como consecuencia de las reclamaciones presentadas, así como del resultado de las mismas, de los cambios efectuados en el pliego y del nuevo plazo concedido.

Alega que las causas de nulidad de pleno derecho son tasadas, debiendo ser interpretadas de forma restrictiva, así como que la prevista en el artículo 124.3.c) de la LFCP está reservada para los supuestos de incumplimiento absoluto de las normas mínimas de publicidad obligatoria, siendo más un requisito de eficacia jurídica que de validez/invalidéz.

Concluye que se han respetado los principios de publicidad, concurrencia y transparencia de la licitación del artículo 2 de la LFCP y que no existía ninguna exigencia legal de realizar una nueva publicación en el DOUE.

2^a. Respecto a la alegación relativa a que se han modificado los pliegos por la vía de la respuesta dada a una solicitud de aclaración, señala que resulta oportuno transcribir lo que el pliego dice sobre los locales destinados a la prestación de los distintos servicios objeto de licitación.

Señala que el pliego técnico establece en su artículo 8, relativo a los medios materiales, que *“Los medios materiales que los licitadores consideren necesarios para la gestión del servicio serán objeto de descripción en la oferta cualitativa e incluirá,*

además de los aspectos propios del sistema, la disponibilidad de oficinas (es obligatorio contar con oficina de tamaño bastante, en Pamplona) ...”, mientras que en su artículo 11, Oferta cualitativa, Documentación a presentar y valoración, en su apartado 2 Medios materiales, dispone que “Para cada servicio que se va a prestar (gestión del estacionamiento regulado, aparcamientos disuasorios y autocaravanas, grúa y ZAC-ZBE), se realizará una separata independiente que recogerá para su valoración, los siguientes conceptos.

Oficinas de Pamplona: Ubicación, tamaño, accesibilidad para el ciudadano, otras características”.

Manifiesta que, por lo tanto, resulta meridianamente claro que el licitador debe poner a disposición del servicio una oficina u oficinas de tamaño bastante en la ciudad de Pamplona y que ello será objeto de valoración dentro del apartado de medios materiales.

Alega que, por si ello no resultara suficientemente claro, en el Portal de Contratación de Navarra se publicaron las respuestas dadas por el Ayuntamiento de Pamplona a las solicitudes de aclaración formuladas, y, en concreto, en la inmediatamente anterior a la que pretende fundar su argumentación el recurrente, se dice lo siguiente:

“En relación a los locales necesarios ¿pueden realizarse las tareas de todos los servicios en un solo local si tiene las dimensiones suficientes o es necesario disponer de un local para cada uno de los servicios?

No, no es necesario disponer de un local para cada uno de los servicios”.

Señala que, de esta respuesta y del contenido del pliego, se colige sin ningún género de dudas que será suficiente con que el licitador oferte un local dentro de Pamplona, si bien puede ofertar más, lo que será objeto de valoración en su momento conforme a los criterios establecidos en el pliego.

Respecto a la aclaración solicitada y a la respuesta dada a las que se refiere el reclamante, señala que la misma ya había sido resuelta con la respuesta anterior, por cuanto todos los servicios pueden ser prestados en un solo local puesto a disposición del contrato por parte del ofertante, si bien existe la posibilidad de que el Ayuntamiento pueda poner a disposición del adjudicatario un local para aspectos concretos del servicio, pero sin que ello suponga en ningún caso la liberalización de la obligación de poner a disposición del contrato la oficina u oficinas que considere oportuno el ofertante. Alega que de esta respuesta de ninguna manera puede concluirse que los licitadores puedan presentar una oferta con dos variantes (local propio o local del Ayuntamiento).

Alude a la doctrina relativa a la consideración del pliego como ley del contrato y a sus reglas interpretativas, para concluir que el pliego prohíbe expresamente la posibilidad de presentar variantes y a ello deben sujetarse tanto los licitadores como la propia Administración, y que, en caso de no hacerlo, entonces sí nos encontraríamos con una verdadera causa de nulidad de pleno derecho.

3ª. Por último, respecto al apartado 10 “inversiones” del pliego técnico, señala que, como el propio recurrente reconoce, fue aprobado el 29 de mayo, no habiendo sido recurrido en su momento y que, dado que han expirado los plazos para ello, devino firme y consentido para el ahora recurrente.

Señala que no nos encontramos ante una nueva licitación ya que, tal y como reconoce y expone el recurrente, *“La Junta de Gobierno Local acordó modificar el pliego de Prescripciones Técnicas particulares del contrato aprobado por el Acuerdo de junta de Gobierno local de 12 de junio de 2023, conforme a los términos señalados en cada una de las resoluciones del tribunal Administrativo de contratos Públicos de Navarra...”*.

Concluye que, por ello, la posibilidad de impugnación del pliego se limita a los apartados objeto de modificación, sin que entre los mismos se encuentre el apartado 10, motivo por el cual no procede entrar a conocer del mismo.

SEXTO.- No existen otras personas interesadas a las que deba dársele traslado de la reclamación a los efectos previstos en el artículo 126.5 de la LFCP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra, siendo susceptibles de impugnación ante este Tribunal los pliegos de contratación y los actos de trámite o definitivos que excluyan a los licitadores o perjudiquen sus expectativas, tal y como establece su artículo 122.2.

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

TERCERO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada, conforme a los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP, por cuanto se trata de una empresa interesada en la licitación y adjudicación de un contrato público, habiendo acreditado dicha legitimación mediante la aportación de diversos contratos que le fueron adjudicados y que revisten un contenido similar al presente.

CUARTO.- La reclamación se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas, este Tribunal debe pronunciarse sobre la petición formulada por el reclamante relativa a la suspensión cautelar del procedimiento de contratación hasta la resolución de la presente reclamación.

Al respecto, cabe señalar que la LFCP, modificada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, prevé dicha suspensión de forma automática por la mera interposición de la reclamación; disponiendo en su artículo 124.4 que *“La impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, acuerdo marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada”*.

Por su parte, el artículo 125 del mismo cuerpo legal, en el que se regulan las medidas cautelares, señala en su apartado 1º que *“Los interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público podrán solicitar del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en los plazos señalados en el artículo anterior, la adopción de medidas cautelares para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas la suspensión del procedimiento o de cualquier decisión adoptada en el seno del mismo, siempre y cuando, en los citados casos, no se produzca la suspensión automática del acto impugnado prevista en el artículo 124.4 de esta ley foral”*.

Por último, el apartado 3º del mismo precepto prevé que *“El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra recabará de la entidad afectada el expediente administrativo o la documentación del contrato. El órgano de contratación dispondrá de dos días hábiles para presentarlo y para efectuar las alegaciones que considere oportunas. Transcurrido dicho plazo, se haya aportado o no la documentación requerida, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra resolverá motivadamente, en el plazo de cinco días hábiles. Finalizado dicho plazo sin que se haya notificado la resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud, salvo que se haya solicitado la suspensión de un acto o del procedimiento de licitación, en cuyo caso la falta de notificación en plazo tendrá carácter estimatorio de la solicitud de suspensión*.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la suspensión automática de los actos de trámite, del acto de adjudicación, de un acuerdo marco o del

encargo a un ente instrumental cuando se presente una reclamación especial en materia de contratación pública contra dichos actos”.

Por lo tanto, con la interposición de la reclamación se produce la suspensión automática del acto impugnado y, con ella, la del propio procedimiento de contratación, sin que resulte necesario realizar un pronunciamiento respecto a la petición realizada por el reclamante.

SEXTO.- Con igual carácter preliminar, este Tribunal debe detenerse en un aspecto relacionado con el procedimiento de reclamación especial en materia de contratación pública, como es el relativo a las consecuencias que derivan de la inobservancia del plazo previsto legalmente para la formulación en su seno de las alegaciones por parte del órgano de contratación.

Debe recordarse, a este respecto, que, a tenor de lo preceptuado en el artículo 126.4 de la LFCP *“Interpuesta la reclamación, la Secretaría del Tribunal la notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación o la documentación del contrato a la entidad que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes, acompañado de las alegaciones que a su derecho convengan.*

...

Si el expediente completo o la documentación no se aportan en dicho plazo, el plazo de resolución de la reclamación quedará en suspenso hasta su aportación completa. En este caso, el plazo de suspensión durará como máximo cinco días, pasados los cuales el Tribunal continuará la tramitación...”.

En el presente caso, el órgano de contratación presentó el escrito de alegaciones a la reclamación interpuesta, una vez transcurrido el plazo máximo previsto legalmente para ello en dicho precepto y expirado, asimismo, el habilitado a tales efectos en el segundo requerimiento formulado con tal objeto por este Tribunal, advirtiéndole de las consecuencias que la inobservancia de dicho plazo tendrían en lo que a la admisión de tales alegaciones se refiere.

El criterio seguido respecto a la improcedencia de la admisión de alegaciones formuladas extemporáneamente por el órgano de contratación es unánime y reiterado, pudiendo traerse a colación, entre otros, el Acuerdo 42/2023, de 8 de junio, de este Tribunal, conforme al cual *“(…) cabe recordar, como ya hicimos en nuestro Acuerdo 102/2022, de 15 de noviembre, que el procedimiento de la reclamación especial en materia de contratación pública se rige por el principio de máxima celeridad, lo que justifica la previsión en la LFCP de unos plazos muy reducidos para la tramitación y resolución de aquella y en el que la tramitación de la reclamación se configura legalmente como una sucesión de trámites preclusivos, donde cada parte debe formular sus alegaciones en el trámite procedimental legalmente previsto, motivo por el cual, con carácter general, la presentación de éstas fuera del plazo habilitado al efecto determina su inadmisión, salvedad hecha de aquellos supuestos en que se justifique en la complejidad del asunto o el conocimiento de nuevos datos que se desconocían en el momento de finalizar el plazo correspondiente.”*

De este modo, habiéndose presentado las alegaciones por el órgano de contratación fuera del plazo legalmente previsto, sin que por su parte se haya aportado alguna razón justificativa de su extemporaneidad (complejidad del asunto o conocimiento de nuevos datos que se desconocían en el momento de finalizar el plazo), las mismas no han de ser tenidas en cuenta para la resolución de la presente reclamación.

SÉPTIMO.- Entrando en el examen de las cuestiones de fondo, dirige la reclamante su impugnación frente al anuncio de licitación y los pliegos reguladores del “Contrato del Servicio de estacionamiento regulado en la vía pública de Pamplona, incluyendo el servicio de retirada de vehículos de la vía pública”, licitado por el Ayuntamiento de Pamplona.

Se hace preciso recordar que los pliegos de prescripciones técnicas de dicho contrato fueron objeto de hasta tres reclamaciones especiales en materia de contratación, habiendo sido todas ellas estimadas parcialmente por este Tribunal, que dispuso la

anulación de diversas determinaciones de dichos pliegos y la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de licitación.

Como consecuencia de ello, el órgano de contratación, mediante Acuerdo de 18 de septiembre de 2023, acordó modificar el pliego técnico y aprobar uno nuevo, así como ampliar el plazo de presentación de ofertas, publicando el citado acuerdo y el nuevo pliego técnico como una aclaración en el anuncio de licitación del Portal de Contratación de Navarra ya existente, sin que se publicara, ni un nuevo anuncio de licitación en el DOUE, ni en el citado Portal, lo que enlaza con el primer motivo de impugnación de la presente reclamación.

A este respecto, alega la reclamante una serie de omisiones y deficiencias en la publicidad de la licitación, referidas a la falta de publicación de un nuevo anuncio de licitación en el DOUE, siendo este preceptivo, la discordancia entre la información publicada en el antiguo anuncio del DOUE y el del Portal de Contratación en cuanto al plazo de presentación de ofertas, el mantenimiento en el anuncio publicado en el Portal de Contratación del pliego técnico anulado, la publicación del nuevo pliego mediante una aclaración, lo que induce a confusión, así como el envío por el antiguo anuncio del DOUE a la Plataforma de licitación electrónica de Navarra (PLENA), en lugar de al Portal de Contratación, donde, además, se encuentra publicado el pliego técnico anulado y no el nuevo.

Debe repararse, en este momento, en que, tras la anulación de determinadas prescripciones técnicas por este Tribunal en los tres acuerdos mencionados, el Ayuntamiento de Pamplona no procedió a iniciar un nuevo procedimiento de licitación, sino que se limitó a aprobar un nuevo pliego técnico y a ampliar el plazo de presentación de ofertas, dándoles publicidad en el anuncio de licitación ya existente en el Portal de Contratación.

Se aprecia en ello una actuación contraria al sentido de los acuerdos dictados por este Tribunal, dado que los mismos, además de anular determinadas cláusulas del pliego técnico, declararon la imposibilidad de continuar válidamente con el procedimiento de

adjudicación, lo que equivale a la anulación del mismo, debiendo el órgano de contratación, si desea adjudicar el servicio, proceder a tramitar un nuevo procedimiento.

Cabe mencionar, en este sentido, el contenido del artículo 129.1 de la LFCP, conforme al cual *“Los Acuerdos que pongan fin al procedimiento de reclamación especial se ejecutarán por el autor del acto impugnado con sujeción estricta a sus términos.*

Si el Acuerdo estableciera la anulación del procedimiento de licitación, para poder proceder a la adjudicación del contrato, el órgano de contratación deberá convocar una nueva licitación. Cuando proceda la retroacción del procedimiento, la anulación de trámites ordenada por el Tribunal no será obstáculo para que se mantenga la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción”.

Así, habiéndose anulado el procedimiento de licitación, el órgano de contratación debió tramitar uno nuevo, dotando al mismo del régimen de publicidad exigido legalmente. Cabe traer a colación, a este respecto, lo señalado por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el informe emitido en el Expediente 60/2021, en el sentido de que la anulación de un pliego debe dar lugar a una nueva licitación: *“En el presente caso, de la consulta resulta que el pliego de cláusulas administrativas particulares fue anulado y se inició una nueva licitación. De todo ello cabe deducir que si el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen en una licitación es anulado lo actuado hasta ese momento queda sin efecto, pudiendo iniciarse –si, como en este caso, se estima procedente por el órgano convocante- una nueva licitación que se regirá, como resulta obvio, por un nuevo pliego. (...).*

Indudablemente el nuevo procedimiento de selección del contratista, aun cuando tenga el mismo objeto, es un procedimiento distinto e independiente del anterior. En consecuencia, salvo que en la resolución que declara la nulidad del pliego se disponga otra cosa, estaremos ante un procedimiento contractual que no guarda con el anterior ninguna vinculación desde el punto de vista de sus participantes, que podrán ser los mismos o distintos atendiendo a si deciden presentarse. Por eso, cumplido adecuadamente el requisito de la publicidad del procedimiento a través del anuncio, en

los casos en que proceda, no pueden considerarse como interesados en él, sin más, a quienes tuvieran tal condición en el anterior procedimiento concluido sin adjudicación.”

Razón por la que no puede sostenerse que la publicidad de la licitación que resultó anulada por este Tribunal resulte suficiente y válida a los efectos del nuevo procedimiento, debiendo procederse a publicitar la nueva licitación conforme a las determinaciones legales, lo que obliga a tomar en consideración que, conforme a lo señalado en el artículo 89.1 de la LFCP, *“Deberá procederse a la publicación de un anuncio en el «Diario Oficial de la Unión Europea», conforme al procedimiento y modelos oficiales establecidos por la Unión Europea, para la celebración de un contrato, de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de compra, cuando su valor estimado, sea superior a los siguientes umbrales”*, siendo así que el valor estimado del presente contrato de servicios supera ampliamente el umbral fijado en la letra a) de dicho apartado.

Igualmente, el apartado 3 del mismo artículo prevé que *“El envío del anuncio al «Diario Oficial de la Unión Europea» deberá preceder a cualquier otra publicidad. El anuncio se publicará además en el Portal de Contratación de Navarra, una vez recibida la confirmación de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea o transcurridas 48 desde la confirmación de la recepción del envío. En todo caso, esta última publicidad deberá indicar la fecha de aquel envío y no contener indicaciones distintas a las incluidas en el anuncio europeo”*, previsión con la que queda clara la prevalencia de la publicidad comunitaria respecto a cualquier otra.

En este caso, habiéndose omitido el anuncio en el DOUE, la consecuencia que de ello deriva es la nulidad de pleno derecho del procedimiento de contratación, tal y como sostiene el reclamante, y dispone el artículo 116.1.c) de la LFCP, habiéndolo declarado así este Tribunal en múltiples ocasiones, pudiéndose citar al respecto el Acuerdo 14/2015, de 23 de febrero, donde se dijo que *“la falta de publicidad comunitaria de una licitación es una irregularidad que supone una de las infracciones más graves del Derecho comunitario (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión*

Europea de 11 de enero de 2005 -asunto C-26/03, Stadt Halle)”, así como el Acuerdo 66/2018, de 31 de julio, en cuya virtud “La publicidad de la licitación constituye la exteriorización de unos de los principios esenciales de la contratación pública, cuyo fundamento último además se encuentra en el propio texto constitucional a fin de garantizar la efectividad del derecho fundamental a la igualdad de trato (artículo 14 de la Constitución) en este concreto sector del ordenamiento jurídico, y que la LFCP acoge entre los principios rectores de la contratación pública”, así como que “la omisión de la publicidad comunitaria del anuncio de licitación cuando ésta, como en el caso que nos ocupa, es preceptiva constituye un vicio de nulidad de pleno derecho del procedimiento de adjudicación, tal y como razona la Sentencia de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 266/2016 de 2 junio: “(...) Respecto a los efectos de la falta de publicación en el DOUE del anuncio de licitación, no puede considerarse como una mera causa de anulabilidad, sino de nulidad de pleno derecho ex lege, por aplicación del referido art. 126.2 LFCP (...). Esto es, en el caso de contratos de valor estimado superior al umbral comunitario el anuncio de licitación que se debe enviar al DOUE es indisponible y su omisión produce la nulidad de la licitación, quedando todos los demás anuncios supeditados a éste.

Como se destaca en la resolución recurrida, en la exposición de motivos de la Ley Foral 13/2013 de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio de Contratos Públicos se explica que: “La adjudicación directa ilegal es, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la infracción más importante del Derecho comunitario en materia de contratación pública. A estos efectos, la Directiva 2007/66/CE considera como adjudicación directa ilegal (considerandos 14 y 15) toda adjudicación sin la previa publicación de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)”, incluyendo en el art. 126 como causa de nulidad radical la falta de la publicidad preceptiva.

Por tanto, la falta de publicación de la contratación en el DOUE determina la nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento de contratación, siendo así conforme al Ordenamiento Jurídico la resolución recurrida, sin necesidad de analizar ya los motivos de impugnación en cuanto a los criterios de valoración”.

En el mismo sentido se pronuncia la Resolución 33/2019, de 11 de febrero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, señalando que en los *“contratos sujetos a regulación armonizada (como el impugnado) es requisito previo ineludible la publicación del anuncio de la licitación en el DOUE bajo pena de nulidad de pleno derecho (artículo 39.2 c) de la LCSP), y tanto la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en su artículo 52.1, como la LCSP en su artículo 135.3, señalan que dicha publicación debe preceder a la publicidad nacional, incluida la del perfil del contratante. La finalidad de esta obligación es garantizar que todos los operadores económicos que pueden estar interesados en presentar una oferta o, en su caso, en impugnar las bases de la licitación, disfruten para ello de los mismos plazos, sin que quepa discriminación al respecto por razón geográfica o de nacionalidad”*.

E, igualmente, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales apunta, en su Resolución 1137/2015, de 11 de diciembre, que *“Ya declaramos en nuestra resolución 394/2015 que la omisión del trámite de publicidad en el ámbito de la Unión Europea no sólo vulnera lo dispuesto en el artículo 142.1 del TRLCSP y los artículos 35 y 36 de la Directiva 2004/18/CE, sino que, sobre todo, supone una ruptura radical del principio de publicidad tal como es regulado en la normativa comunitaria. En efecto, la falta de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea supone la vulneración de uno de los principios fundamentales de la contratación pública en la medida en que constituye el medio a través del cual es posible dar cumplimiento al principio de concurrencia, fundamento de toda la regulación comunitaria sobre la materia, y sustento de los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia que consagra de modo expreso en su considerando segundo la Directiva que antes hemos mencionado.*

Constituye, por tanto, la publicación de la convocatoria en el DOUE un trámite fundamental para permitir el acceso a la licitación de los operadores económicos comunitarios y su preterición, en consecuencia, representa la omisión de uno de los trámites esenciales del procedimiento.

En tales términos, debe considerarse que la licitación se encuentra incurrida en el supuesto de nulidad absoluta contemplado en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de aplicación al caso por remisión del artículo 32 a) del TRLCSP. Tal supuesto contempla la nulidad de pleno derecho de los actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”, dentro del cual reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo considera que deben incluirse los casos de omisión de trámites esenciales del procedimiento.”

La publicidad comunitaria se erige, de esta forma, en garantía de la libre concurrencia, la transparencia y la igualdad de trato, principios que, en el presente caso, se han visto vulnerados por la ausencia de publicación de un nuevo anuncio de licitación en el DOUE que, como decimos, resultaba preceptivo tras los acuerdos dictados por este Tribunal, procediendo, por consiguiente, la estimación del presente motivo de impugnación, con la consiguiente declaración de nulidad del procedimiento de licitación.

A mayor abundamiento, no obstante dicha declaración de nulidad, por exigencias derivadas del principio de congruencia en la resolución de la reclamación al que alude el artículo 127.2 de la LFCP, abordaremos seguidamente las restantes alegaciones, conexas con la anterior, formuladas por la reclamante.

Derivada de esta falta de nueva publicidad comunitaria resulta, como sostiene la reclamante, la existencia de una discordancia, en cuanto al plazo de presentación de ofertas, entre el anuncio de licitación que fue publicado en el DOUE el 22 de junio y la modificación operada el 19 de septiembre en el anuncio publicado en el Portal de Contratación, señalándose en aquél, como plazo para la recepción de ofertas o solicitudes de participación, el 20 de julio a las 14:30 horas, y en éste, el 20 de octubre a las 23:59 horas. Divergencia que afecta a un aspecto esencial del procedimiento, como es el plazo de que disponen los licitadores para realizar sus ofertas, y que resulta contraria a lo señalado en el artículo 89.3 de la LFCP, cuando dispone que “*esta última*

publicación – la del Portal de Contratación de Navarra – deberá indicar la fecha de aquel envío y no contener indicaciones distintas a las incluidas en el anuncio europeo”, razón por la que consideramos que también procede estimar la reclamación en este punto.

También resulta censurable, en el sentido alegado por la reclamante, que, en el anuncio de licitación publicado en el Portal de Contratación sigan constando, en el apartado “Pliegos y documentación complementaria”, los pliegos de prescripciones técnicas que fueron anulados por este Tribunal en los acuerdos mencionados, sin que se advierta, en modo alguno, de su anulación, habiéndose incluido los nuevos pliegos técnicos aprobados por la Junta de Gobierno Local el 18 de septiembre, dentro del apartado de aclaraciones, lo cual conculca el principio de transparencia previsto en el artículo 2.1 de la LFCP, pudiendo hacer incurrir a los licitadores en confusión o error respecto a cuáles son las condiciones técnicas por las que se regirá el contrato.

A este respecto, no está de más recordar la obligación de transparencia que incumbe a los órganos de contratación en la redacción del pliego y del anuncio de licitación, habiendo señalado este Tribunal, en su Acuerdo 25/2023, de 14 de marzo, que *“A este respecto, tal y como señala la Resolución 116/2020, de 3 de septiembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, dicha obligación de transparencia “implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, Succhi di Frutta, apartado 111, asunto C-496/99P, ECLI:EU:C:2004:236). Esta obligación de transparencia (i) recae sobre el poder adjudicador, (ii) es un instrumento para que éste asegure el respeto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación para conseguir la apertura a la competencia y*

el control de la imparcialidad del procedimiento de adjudicación y (iii) garantiza una publicidad adecuada a los potenciales licitadores, que son sus beneficiarios (véase en este sentido las sentencias del TJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, ECLI: ECLI:EU:C:2000:669, apartados 61 y 62, y de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, ECLI: ECLI:EU:C:2005:605, apartado 49, así como la Resolución 44/2018 del OARC / KEAO)”. Obligación de transparencia a que alude el artículo 2.1 de la LFCP cuando prevé que “Las entidades sometidas a esta ley foral la aplicarán respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia e integridad, interpretados a la luz de las Directivas y la jurisprudencia europea”.

Finalmente, este Tribunal no aprecia inconveniente en que el enlace obrante en el DOUE, donde se da acceso a los pliegos, dirija a PLENA, siempre y cuando en dicha plataforma se ofrezca información completa y veraz sobre los pliegos del contrato, siendo así que, en el presente caso, como alega la reclamante, en PLENA siguen constanding los pliegos técnicos anulados por este Tribunal, lo cual infringe nuevamente el principio de transparencia, razón añadida para la estimación del motivo de recurso.

OCTAVO.- El segundo motivo de impugnación viene referido a la supuesta modificación de los pliegos de la licitación, que prohíben la presentación de variantes, por la vía de la respuesta a una solicitud de aclaración publicada en el Portal de Contratación, de la que se deduce su admisión.

A este respecto, constituye doctrina reiterada de este Tribunal que las aclaraciones que el órgano de contratación realice a solicitud de los interesados, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.3 de la LFCP, no pueden suponer una modificación del pliego, en una interpretación sistemática de dicho precepto con lo señalado en el artículo 46.3 de la misma ley. Cabe citar, en este sentido, el Acuerdo 28/2023, de 25 de abril, de este Tribunal, donde dijimos que “*Relacionado con ello, obligado es poner de manifiesto que las respuestas dadas a las consultas realizadas durante el procedimiento sobre los Pliegos no pueden constituir un cauce a través del cual modificar el contenido de aquellos; y ello por cuanto así se deduce de lo*

expresamente señalado en el precitado artículo 46 LFCP, que tras regular en los términos anteriormente citados los supuestos en que procede la ampliación del plazo inicial de presentación de proposiciones derivada de las solicitudes de información adicional, dispone expresamente en su apartado tercero que “La introducción de modificaciones significativas en el pliego o en las condiciones reguladoras conllevará la apertura de un nuevo plazo para la presentación de las ofertas y solicitudes de participación”. Resultando así que una interpretación sistemática e integradora de dicho precepto y de lo dispuesto en el también anteriormente citado artículo 49.3 del mismo texto legal no puede conducirnos a otra conclusión que no sea la imposibilidad de que a través de las respuestas a las consultas que pudieran formularse se introduzcan modificaciones en el pliego, y ello no sólo por la obligación legal en este caso de abrir un nuevo plazo para la presentación de propuestas – adviértase que el apartado tercero no habla de ampliación del plazo sino de apertura de uno nuevo, es decir, en su integridad -, sino por cuanto el único órgano competente a estos efectos sería el propio órgano de contratación y no el designado por éste para dar respuesta a las solicitudes de información adicional que puedan presentarse.”

De este modo, a la diferencia entre aclarar y modificar alude el Acuerdo 49/2021, de 28 de mayo, al señalar que *“Llegados a este punto, es necesario precisar que “aclarar”, según la RAE, significa “disipar o quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo”; en cambio, “modificar” significa “transformar o cambiar algo mudando alguna de sus características”. Con la modificación se produce un cambio en algo, en nuestro caso en el Pliego, mientras que con la aclaración nada debe cambiar sino solamente quedar más “claro o transparente”.*

Pues bien, partiendo de lo anterior, se hace preciso analizar las disposiciones del pliego sobre la exigencia al adjudicatario de un local para la prestación de los servicios, así como la respuesta dada a la aclaración sobre dicha cuestión, para determinar si ésta constituye una modificación de aquéllas, en el sentido de permitir la admisión de variantes al respecto.

Así, la cláusula 8 del pliego técnico dispone que *“Los medios materiales que los licitadores consideren necesarios para la gestión del servicio serán objeto de descripción en la oferta cualitativa e incluirá, además de los aspectos propios del sistema, la disponibilidad de oficinas (es obligatorio contar con oficinas de tamaño bastante, en Pamplona), almacenes, vehículos, medios de comunicación e informáticos, material de reposición, señalización, etc.”*

Igualmente, su cláusula 9 prevé que *“El adjudicatario deberá contar con un/a Técnico/a Superior en sus oficinas de Pamplona para resolver aquellos asuntos que le sean requeridos desde la dirección del Servicio”*.

Por su parte, la cláusula 11, denominada *“OFERTA CUALITATIVA. DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR Y VALORACIÓN”*, respecto de los medios materiales, señala que *“Para cada servicio que se va a prestar (gestión del estacionamiento regulado, aparcamientos disuasorios y autocaravanas, grúa y ZAC-ZBE), se realizará una separata independiente que recogerá, para su valoración, los siguientes conceptos:*

- *Oficinas en Pamplona: Ubicación, tamaño, accesibilidad para el ciudadano, otras características.”*

Disposición de medios materiales que se valora con hasta 12 puntos según lo dispuesto en la cláusula L de las condiciones particulares del contrato. Y, asimismo, el Anexo 5 del pliego incluye en la estimación de costes del servicio el coste del alquiler de instalaciones, entre ellas, de una oficina.

Debe tenerse en consideración, también, que el apartado B.5.a) de las condiciones particulares del contrato establece que no está admitida la presentación de ofertas con variantes.

La pregunta realizada al respecto fue: *“¿El personal dedicado a la gestión del ZAC y de la ZBE deberá estar ubicado en un local del adjudicatario? o dispone el Ayuntamiento de oficinas para este servicio donde irá ubicado este personal?”*; y la

respuesta publicada la siguiente: “*Para el personal dedicado a la gestión del ZAC y de la ZBE de deberán contemplar las dos situaciones:*

1. Que el adjudicatario disponga un local para todos los servicios, ya que no necesariamente deberán diferenciarse.

2. Que el Ayuntamiento ponga a disposición de la adjudicataria un local.”

La reclamante deduce de dicha respuesta que el órgano de contratación está permitiendo la presentación de dos variantes, por cuanto los licitadores podrán ofertar un local propio o bien utilizar un local del Ayuntamiento, lo cual contraviene la prohibición contenida en el apartado A.5.a) (en realidad es el apartado B.5.a)), de las condiciones particulares del contrato.

En relación con las reglas de interpretación de los pliegos, este Tribunal ha señalado, entre otros, en el ya citado Acuerdo 28/2023, de 25 de abril, que “*De hecho, y aun en el hipotético supuesto de que admitiésemos que los términos en que está formulada la respuesta pudieran a lo sumo introducir cierta confusión con el contenido del pliego, lo procedente sería indagar el sentido que ha de atribuírseles desde una perspectiva global, sistemática o integradora. En esta labor, como hemos señalado entre otros en nuestro Acuerdo 104/2022, de 1 de diciembre, de interpretación de los pliegos reguladores de los contratos públicos cabe la aplicación supletoria de las reglas interpretativas previstas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil para la totalidad de los contratos, dado que los contratos públicos son ante todo, contratos, por lo que las dudas que ofrezca la interpretación de los diversos documentos contractuales (entre los que figuran, indudablemente, los pliegos) deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la normativa en materia de contratación pública y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, que se ocupa de esta materia en el capítulo IV del Título II del Libro IV, “De la interpretación de los contratos”.*

A estos efectos, el artículo 1.281 del Código Civil establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982), y si las palabras

parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas. Pero también se deberá tener en cuenta que el artículo 1.284 del mismo Código Civil dispone que si alguna cláusula de los contratos admitiere diverso sentido, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto y que las cláusulas deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (artículo 1.285 de la misma norma).

En el supuesto analizado la aparente confusión ha de dirimirse a favor del enunciado de la cláusula del pliego, pues la reglas indicadas obligan a rechazar una interpretación aislada y literal de la respuesta trasladada, postulando como única admisible la que resulte de su integración con lo señalado en la cláusula h) del pliego, esto es, a entender que en todo caso resultan también admisibles a efectos de acreditar la solvencia técnica o profesional servicios de características o similares al del objeto del contrato. La simple omisión en la respuesta a una consulta de la referencia a la experiencia en contratos similares no puede prevalecer a la norma que el propio pliego recoge expresamente de forma acorde con lo señalado al respecto por la LFCP; conclusión, además, respetuosa con los principios de proporcionalidad y concurrencia.”

Pues bien, en aplicación de dicha doctrina, y en una interpretación sistemática de las disposiciones del pliego, que contienen la obligación de los licitadores de contar con oficinas en Pamplona, cuyas características serán valoradas como parte de la oferta técnica, y contemplándose en la estimación de los costes del servicio, no cabe otro entendimiento que el de la necesidad de ofertar locales en Pamplona, sin que quepa deducir de la respuesta publicada respecto de dicha cuestión, que hace referencia a la posibilidad de que el Ayuntamiento también ponga a disposición del adjudicatario un local, la admisibilidad, como variante, de la oferta sin local, debiendo interpretarse, como decimos, en coherencia con el contenido del pliego.

De este modo, la respuesta dada a la consulta planteada no supone una modificación de las disposiciones del pliego, toda vez que en la misma se señala que los licitadores deben contemplar dos situaciones, siendo la primera, precisamente, la prevista en el pliego, sin que la segunda, consistente en la posibilidad de que el

Ayuntamiento ponga a disposición del servicio un local, altere o modifique aquella, de tal manera que la aclaración realizada no implica una modificación del pliego, procediendo, en consecuencia, la desestimación de este motivo de impugnación.

NOVENO.- Como último motivo de impugnación, cuestiona la reclamante la legalidad de la cláusula 10 del pliego técnico, por cuanto impone al adjudicatario la obligación de pagar al anterior prestador del servicio las inversiones pendientes de amortización, siendo la imposición de tal relación comercial contraria al ordenamiento jurídico, tal y como entendió la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en Informe 11/1993, de 12 de julio.

Previamente al análisis de la cuestión de fondo alegada, hemos de examinar si tal previsión aparecía contemplada en el condicionado técnico inicial, anterior a las modificaciones derivadas de los acuerdos dictados por este Tribunal y, en caso de ser así, si existiría obstáculo formal, impuesto por las exigencias de la cosa juzgada administrativa, para su enjuiciamiento.

Pues bien, hemos de advertir que la cláusula en cuestión no ha sufrido variación alguna tras la modificación del pliego técnico como consecuencia de los acuerdos de este Tribunal, siendo su redacción idéntica en el pliego inicialmente aprobado y en el posteriormente modificado, y, por consiguiente, susceptible de impugnación ya con ocasión de la publicación del pliego inicial.

Sin embargo, no resultaría de aplicación en este caso la denominada doctrina de la cosa juzgada en vía administrativa y de los actos consentidos y firmes, al no concurrir la triple identidad de sujeto, objeto y fundamento exigida al efecto por nuestra jurisprudencia, siendo así que, en nuestro supuesto, la reclamante es persona distinta a los sujetos que recurrieron el pliego técnico de este servicio con anterioridad. Así, entiende el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), en su Sentencia de 5 de noviembre de 1999, Recurso de Casación nº 9537/1995, que *“La cosa juzgada -recogida en el art. 1212 del Código Civil-, ha sido formulada con reiteración por la doctrina científica y jurisprudencial en el sentido que para que la*

cosa juzgada pueda desplegar su eficacia es necesario el concurso de las condiciones prescritas taxativamente en el precepto señalado, es decir: a) identidad de la cosa - «eadem res»-; b) de la causa -«eadem causa petendi»- y c) de las partes -«eadem personae»-, o lo que es lo mismo identidad personal, real y causal que opere en ambos procesos de que se trate, dado que la cosa juzgada es la vinculación que dimana de una sentencia de fondo firme y definitiva; vinculación que en su faceta negativa o preclusiva impide que el mismo u otro órgano jurisdiccional del mismo orden pueda conocer en el futuro de pretensión ya decidida por Sentencia precedente. El óbice procesal, que la cosa juzgada supone, se da, entonces, siempre que exista relación de identidad entre el objeto de los dos litigios: entre el primero, en el que recayó la Sentencia que la crea, y el que se promueve con posterioridad entre las mismas partes contendientes, y con relación a la misma causa de pedir, si bien en el proceso contencioso-administrativo esta excepción adopta algunas peculiaridades, como es substancialmente, la de que la identidad entre ambos procesos requiere la de los actos enjuiciados en cada uno de ellos”.

En análogos términos, la Sentencia 372/2021, de 22 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, señala que “*El TS en sentencia de 19-12-2006, rec. 7498/2002 ha establecido “... Tal manifestación de la cosa juzgada, que consagraba el artículo 1252 del CC (EDL 1889/1) y ahora el artículo 222 de la LEC 2000 (EDL 2000/77463), atiende de manera especial a la seguridad jurídica, evitando que la discusión jurídica se prolongue indefinidamente mediante la iniciación de nuevos procesos sobre lo que ha sido ya definido o determinado por la Jurisdicción y, al mismo tiempo, que se produzcan resoluciones o sentencias contradictorias.*

La concurrencia de cosa juzgada exige, de acuerdo con los referidos preceptos, la triple identidad de sujetos, "causa petendi" y "petitum". A tal efecto, existe identidad subjetiva cuando recurrente y recurridos son los mismos en ambos procesos y, además, actúan en la misma calidad.”

Descartado el óbice formal, procede el examen y resolución de la alegación formulada, debiéndose partir del tenor de la cláusula 10 del pliego técnico impugnada

que, bajo la denominación de “Inversiones”, contiene la siguiente previsión: *“El adjudicatario deberá abonar a la anterior empresa adjudicataria (DORNIER S.A.) antes de la entrada en vigor del presente contrato la cantidad de 1.313.512,68 €, correspondiente a la suma de las cantidades pendientes de amortización financiera a fecha de 1 de enero de 2024.*

Estas cantidades se tendrán en cuenta para el plan de amortización que establezca el nuevo adjudicatario.

Asimismo, sufrirá esta cantidad variación si por alguna causa la contrata no puede iniciarse el día 1 de enero de 2024 en la parte que corresponda. En tal caso el ayuntamiento antes de la puesta en servicio transmitirá el cálculo de la cantidad que deba satisfacer al nuevo adjudicatario.”

Se hace preciso, asimismo, tener en cuenta que, tratándose de un contrato de servicios, que tiene por objeto diversas prestaciones en relación con la gestión del estacionamiento regulado, el artículo 226.4 de la LFCP faculta a que *”En determinados servicios complejos en los que la ejecución del contrato lleve aparejados costes de inversión iniciales y se prevea que las obras o equipamientos que se generen vayan a incorporarse al patrimonio de la entidad contratante al concluir o resolverse el contrato, podrá establecerse un sistema de retribución que compense por las mismas”*. sistema de retribución que pudo incluirse, en su caso, en el anterior contrato relativo a la gestión de este servicio, adjudicado a la empresa DORNIER, S.A.

Al margen de ello, lo cierto es que la cláusula 10 del pliego técnico del contrato que ahora se licita impone al nuevo adjudicatario la obligación de abonar al anterior, a DORNIER, S.A., una cantidad por las inversiones pendiente de amortizar a 1 de enero de 2024, siendo esta previsión la que la reclamante considera contraria al ordenamiento jurídico.

Aduce, a tal efecto, el Informe 11/93, de 12 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que se pronuncia respecto a una consulta donde, entre otras cuestiones, se planteaba la siguiente: *“Se interesa informe sobre la forma de incluir en los Pliegos de Cláusulas destinadas a recoger la obligación por parte de los*

adjudicatarios de abonar al anterior el importe de la inversión no amortizada, a razón del 25% anual, u otro porcentaje que se pudiera acordar”, indicando al respecto que “La correcta interpretación del acto de adjudicación, cuya propuesta no suscitó objeción por parte de la Intervención Delegada de la Intervención General de la Administración del Estado, en fecha 16 de septiembre de 1992, permite sostener que “Administración de Servicios Hoteleros S.A.” se compromete a realizar una inversión de 40 millones de pesetas y que la Dirección General de la Guardia Civil se compromete a amortizarla en cuatro años.

En este sentido y no en otro hay que interpretar la cláusula de la adjudicación según la cual es propósito de la Jefatura de los Servicios de Apoyo “proponer que los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rigen la contratación de los servicios en períodos sucesivos, se incluya la obligación a los futuros adjudicatarios de abonar a “Administración de Servicios Hoteleros S.A.” la parte de la inversión no amortizada, pues no hay que olvidar que el contrato que ahora se examina es un contrato entre la Dirección General de la Guardia Civil y “Administración de Servicios Hoteleros S.A.” que no puede vincular en el futuro a terceros, en los que, además, concurre la circunstancia de ser inciertos en su misma existencia, resultando obvio que si la Dirección General de la Guardia Civil no asume su compromiso o los futuros adjudicatarios los suyos, “Administración de Servicios Hoteleros S.A.” deberá dirigir sus reclamaciones a la Dirección General de la Guardia Civil por incumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato celebrado.

En resumen puede afirmarse que, del contrato celebrado surge para “Administración de Servicios Hoteleros S.A.” la obligación de realizar inversiones por importe de 40 millones de pesetas en la Academia de Guardias de la Guardia Civil situada en las localidades de Ubeda y Baeza (Jaén) y para la Dirección de la Guardia Civil la obligación de amortizarlos en cuatro años, siendo indiferente, desde el punto de vista del contrato, si los fondos necesarios para la amortización sucesiva, excluyendo la cuarta parte, que ha debido ser objeto de amortización en el plazo de duración del contrato vigente, se obtienen como incremento del canon de futuros contratos o por cualquier otro procedimiento, pero sin que sea lícito trasladar una obligación de la Dirección General de la Guardia Civil, que deriva del propio contrato celebrado, a un hipotético futuro adjudicatario de un potencial contrato a celebrar”, concluyendo, por

ello, que *“la obligación que pesa sobre la Dirección General de la Guardia Civil de pagar el importe de las inversiones realizadas por las empresas adjudicatarias, o amortizarlas según la terminología empleada en los contratos en la parte pendiente que no lo haya sido durante la vigencia de los actuales contratos, no puede ser trasladada a posibles futuros adjudicatarios de contratos de este tipo, sin perjuicio de la posibilidad de la Dirección General de la Guardia Civil de compensar su obligación de abono por diversos procedimientos”*.

De este modo, carece de cobertura legal la exigencia al futuro adjudicatario del contrato del pago al anterior por las inversiones por éste realizadas, a cuyo pago, en su caso, estará obligada la Administración contratante y que podrá compensar a través de los mecanismos oportunos, pero sin crear vínculos improcedentes entre el anterior y el nuevo adjudicatario.

En este sentido, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en la Resolución 172/2022, de 11 de marzo, destaca el carácter discriminatorio de la exigencia de un canon inicial al nuevo adjudicatario para el abono de las inversiones pendientes de amortizar del anterior, en un detallado análisis de los pronunciamientos al respecto de la Junta Consultiva de Contratación Pública:

“Expuestas las alegaciones de las partes procede su examen. La controversia suscitada versa sobre la legalidad de la obligación que los pliegos impugnados imponen al adjudicatario en cuanto al pago de un canon inicial destinado a abonar al actual contratista la inversión pendiente de amortizar como consecuencia de la ejecución y equipamiento de la cocina central del hospital, objeto de un contrato anterior.

La recurrente sostiene que tal obligación supone una vulneración del principio de igualdad de trato, que otorga una clara ventaja competitiva en la licitación al contratista actual, frente al resto de licitadores que tendrán que repercutir en sus ofertas el coste de esa amortización pendiente; argumentación que es rechazada por el órgano de contratación y la entidad interesada en el presente procedimiento - adjudicatario del anterior contrato-. Asimismo, cada una de las partes esgrime en

defensa de sus posiciones resoluciones de este Tribunal e informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que abordan supuestos, a su juicio, semejantes al aquí suscitado. A ellos se aludirá oportunamente en el análisis de la controversia sin perder de vista, en cualquier caso, que la contratación pública es enormemente casuística, lo que exige atender a las circunstancias del caso concreto.

La controversia queda constreñida, pues, al análisis de la legalidad de ese canon inicial cuyo abono se impone al adjudicatario antes del inicio efectivo de la prestación; sin perjuicio de lo anterior, no podemos obviar dos aspectos que dejamos aquí reseñados a los solos efectos de definir la naturaleza y alcance del citado canon:

1. El abono de este importe inicial es una obligación impuesta al adjudicatario y no propiamente una prestación que pueda formar parte del objeto, como indebidamente señala el Anexo III del PCAP.

2. El canon permitirá al órgano de contratación cancelar una deuda que tiene con el actual contratista y así lo expresa literalmente el apartado 4.2 del PPT al señalar «CANON INICIAL PARA LA CANCELACIÓN DE LA DEUDA POR LA INVERSIÓN PENDIENTE EN LA COCINA CENTRAL (...)», finalidad que no parece compatible con lo que el citado apartado indica, a continuación, sobre que dicha aportación inicial se satisface por el derecho a usar o explotar las instalaciones puestas a disposición del contratista. De ser así, el canon se abonaría periódicamente por el uso de las instalaciones durante la ejecución del contrato y no como un desembolso único con carácter previo al inicio de la prestación, cuando todavía no se ha hecho uso de ninguna instalación.

(...).

Se observa, pues, que el anterior contrato contenía una prestación adicional no contemplada en el ahora examinado consistente en la instalación y equipamiento completo de la cocina central y cocinas satélites. Asimismo, conforme al PPT, el plazo de amortización de la inversión a realizar por el contratista para llevar a cabo la citada prestación se fijó en un plazo superior al del propio contrato (12 años frente a un plazo máximo de vigencia del contrato de 6 años), razón por la que el propio pliego previó que, en caso de que el nuevo contrato se adjudicara a otro licitador, este habría de asumir el coste de la inversión pendiente de amortizar.

De este modo, se previó en el anterior PPT una obligación futura e incierta que habría de recaer en un tercero ajeno a la relación jurídica entre Administración y contratista. Sin prejuzgar la validez de esta cláusula del pliego que ya es un acto firme y consentido, lo cierto es que su contenido se ha proyectado en la actual licitación al regular el apartado 4 del PPT el canon inicial para la cancelación de la deuda por la inversión pendiente en la cocina central del Hospital de Poniente. Y lo que procede analizar, a juicio de este Tribunal, no es tanto si dicho canon supone una ventaja para el actual contratista frente al resto de licitadores que hayan de realizar el citado desembolso inicial -pues va de suyo que la posición de aquel y la del resto de potenciales participantes no es la misma a la hora de licitar- sino si dicha desigualdad se encuentra justificada y tiene adecuado amparo legal.

La doctrina de este Tribunal sobre la materia se recoge en varias resoluciones. Nos centramos en la invocada por la entidad interesada en sus alegaciones al recurso por resumir el criterio de este órgano en la materia y analizar el informe más reciente de la Junta Consultiva de Contratación Pública sobre la materia. Se trata de la Resolución 240/2021, de 17 de junio, que estimó parcialmente un recurso contra los pliegos rectores de una concesión de servicios de transporte colectivo urbano de viajeros en un municipio. Su tenor, en lo que aquí interesa, era el siguiente:

(...).

Sobre el particular, este Tribunal en dicha Resolución 276/2018 dispuso en su fundamento séptimo lo siguiente:

«Al respecto, se ha de poner de manifiesto que los derechos y obligaciones relativos al contrato formalizado el 19 de octubre de 2016 entre (...) [órgano de contratación y actual concesionaria], han de ventilarse en el seno de dicho contrato, no pudiendo el órgano de contratación repercutir potenciales derechos que pudieran corresponder a la entidad (...) en la futura adjudicataria, ni tan siquiera por el principio de libertad de pactos.

(...).

Asimismo (...) conviene traer a colación el Informe 18/1997, de 14 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que en su conclusión cuarta dispone “Que en cuanto a la posibilidad de exigir aportaciones en nuevas licitaciones con destino a solventar deudas con el anterior adjudicatario se reitera el

criterio de su carácter irregular expuesto en el informe de esta Junta de 21 de diciembre de 1995 (Expediente 44/95)”.

(...).

Así las cosas, el pago de las amortizaciones pendientes, al igual que en el supuesto que se examinó en la citada Resolución 276/2018, supone una obligación para la entidad adjudicataria del nuevo contrato -no así para la actual contratista-, que opera como condición para la eficacia del futuro contrato, lo que supone que no todas las potenciales entidades licitadoras estén sometidas a las mismas condiciones, con clara vulneración del principio de igualdad de trato, y ello con independencia de los derechos que puedan asistir a la actual concesionaria respecto al contrato formalizado anteriormente con el órgano de contratación.

En este sentido, de admitirse la obligación impuesta por la cláusula 5.7 del PPT, se estaría conculcando el principio de igualdad de trato entre las entidades licitadoras

(...).

Con respecto, a la Resolución 21/2019 ha de ponerse de manifiesto que el contenido de la misma nada tiene que ver con el presente caso; en este sentido, teniendo en cuenta lo que se reproduce en el informe al recurso la referencia es al Informe 21/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Sin embargo, en él se concluye lo siguiente: «De acuerdo con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cabe la posibilidad de que en los pliegos de una nueva concesión de servicios se prevea que las obras no amortizadas completamente como consecuencia de la extinción anticipada de una concesión anterior, y que se pongan disposición del nuevo concesionario como activo necesario para la explotación del servicio, se integren en el nuevo contrato de concesión a cambio de su valor, bien en forma de canon o bien de aportación inicial a favor de la Administración o entidad del sector público contratante (...).».

De lo expuesto, se infiere que el supuesto que se examina difiere del tratado en dicho Informe 21/2019, dado que en este se trata de la extinción anticipada de una concesión de servicios anterior, la obligación se refiere a amortizaciones pendientes de obras realizadas y el importe ha de abonarse a la entidad contratante bien en forma de canon o de aportación inicial. Sin embargo, en el presente caso, la extinción de la

contratación anterior es por cumplimiento del contrato precedente, las amortizaciones pendientes no lo son de obras, sino de bienes muebles, situación que no se contempla en los artículos 285.2 y 287 de la LCSP que solo se refiere a obras e instalaciones, y por último, la obligación de pago de la nueva concesionaria ha de serlo a la anterior contratista y no al órgano de contratación.

En los supuestos de extinción ordinaria por cumplimiento del plazo de la concesión de servicios, lo normal es que el servicio revierta a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

En definitiva, supone una clara vulneración del principio de igualdad de trato, el establecer obligaciones que operan como condiciones de ejecución para unas entidades licitadoras y no para otras (actual concesionaria), al no estar todas las potenciales participantes sometidas a las mismas condiciones. Así las cosas, y por las mismas circunstancias, no es posible pretender que la nueva adjudicataria haya de subrogarse obligatoriamente en determinados bienes muebles de la anterior concesionaria».

De la resolución parcialmente transcrita se desprende que, como regla general, aquellas cláusulas de los pliegos que impongan al futuro adjudicatario el desembolso, al inicio del contrato, de una cantidad destinada a amortizar el coste pendiente de la inversión realizada por el actual contratista en los bienes y/o instalaciones objeto del contrato vulneran el principio de igualdad de trato entre licitadores, toda vez que suponen la aplicación de condiciones distintas a la hora de presentar las ofertas que redundan en una ventaja para el contratista actual, caso de participar en la licitación.

No obstante, esta regla general puede encontrar alguna excepción como la puntualmente analizada en el Informe 21/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública -al que se refieren tanto el órgano de contratación como la entidad interesada y que también es mencionado en nuestra Resolución 240/2021 y en la 434/2021 a la que posteriormente se aludirá-.

(...).

El Informe se refiere, pues, a un supuesto muy singular de extinción anticipada de una concesión de servicios por causa no imputable al concesionario y donde resultaba de aplicación la regulación contenida en la LCSP sobre la concesión de

servicios. El perjuicio derivado de aquella extinción anticipada para el concesionario era evidente pues, de no haberse producido, podría haber amortizado durante el periodo de la concesión la totalidad de las obras ejecutadas. Razona, pues, la Junta Consultiva que, en aplicación del artículo 295 del texto legal, la Administración venía obligada a abonar al concesionario en todo caso el importe de las inversiones realizadas por razón de la ejecución de obras de construcción, atendiendo a su grado de amortización; y que, si licitada una nueva concesión, el futuro concesionario se iba a ver beneficiado por la explotación de las nuevas obras durante la vida de la concesión, resultaba razonable que se le repercutiera al nuevo concesionario el valor de los activos que se le aportan y que no ha tenido que ejecutar como parte del objeto de la prestación.

Este es el supuesto de hecho analizado por la Junta Consultiva en su informe y en base al cual concluye que «De acuerdo con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cabe la posibilidad de que en los pliegos de una nueva concesión de servicios se prevea que las obras no amortizadas completamente como consecuencia de la extinción anticipada de una concesión anterior, y que se pongan disposición del nuevo concesionario como activo necesario para la explotación del servicio, se integren en el nuevo contrato de concesión a cambio de su valor, bien en forma de canon o bien de aportación inicial a favor de la Administración o entidad del sector público contratante». Precisamente, con base en ese informe, el Ayuntamiento de Almería (entidad que elevó la cuestión al Alto Órgano Consultivo) aprobó los pliegos de una nueva concesión incluyendo ese canon inicial; pliegos que fueron impugnados antes este Tribunal, desestimándose el recurso en nuestra Resolución 434/2021, de 5 de noviembre.

Ahora bien, el singular supuesto examinado en el citado Informe 21/2019 y en nuestra resolución no es equiparable al aquí examinado. Lo primero que hemos de reiterar es que el traslado al adjudicatario de un contrato posterior del pago de deudas que la Administración mantiene con el contratista actual no puede ser una regla general pues resulta obvio que supone imponer a los potenciales licitadores condiciones distintas a la hora de presentar sus ofertas, viéndose beneficiado el contratista actual caso de participar en la nueva licitación.

Partiendo de esta premisa, se advierten las siguientes diferencias entre el caso analizado en el Informe 21/2019 y el aquí impugnado:

1. El caso analizado por la Junta Consultiva se refería a una concesión de servicios extinguida anticipadamente por causa no imputable al concesionario, justificándose el canon inicial en la nueva concesión al amparo de la propia legislación contractual en materia de concesión de servicios. En cambio, en el presente caso, tanto el contrato anterior como el que es objeto de nueva licitación no se configuran como contratos de concesión de servicios, ni los pliegos correspondientes contemplan la aplicación del régimen jurídico propio de la concesión de servicios. En ambos supuestos, sin entrar a discutir ya tal extremo, las prestaciones se configuran como contrato de servicios aplicándose el régimen jurídico de este contrato. Falta, pues, en el caso aquí enjuiciado la base legal que ampare la imposición de ese canon inicial al adjudicatario del nuevo contrato.

2. En aquel caso, se preveía la amortización de la obra durante la vigencia de la concesión, siendo la situación anormal de extinción anticipada del contrato por causa no imputable al contratista la que provocó que una parte de la obra realizada quedara pendiente de amortizar. En el supuesto presente, no hay ninguna situación extraordinaria o anormal que impida la amortización del coste pendiente; al contrario, como quiera que la duración máxima del primer contrato de servicios según el pliego (6 años) era de partida inferior al plazo de amortización de la inversión (12 años), la propia y natural extinción del contrato por cumplimiento del plazo es la que provoca que no se haya amortizado totalmente la inversión.

Lo anterior evidencia, cuanto menos, una falta de reciprocidad de las prestaciones en el seno del propio contrato por cuanto una de las prestaciones del contratista no podía verse satisfecha completamente con arreglo al mismo. Tal irregular situación ha provocado que un contratista anterior deba ver satisfecha parcialmente su prestación a través de un contrato posterior, bien porque resulte adjudicatario del mismo, bien porque un adjudicatario distinto le abone esas cantidades adeudadas procedentes de un negocio jurídico anterior. Obviamente, la peculiar situación expuesta no encuentra amparo legal en ninguna figura contractual de las reguladas legalmente, ni siquiera en la concesión de servicios donde las obras

necesarias para la explotación del servicio deben amortizarse durante el plazo de la concesión.

3. El informe 21/2019 se refiere al abono de un canon inicial a la Administración, equivalente al importe de las obras no amortizadas, mientras que en el presente supuesto estamos hablando de equipamiento completo de las cocinas; lo que, si bien conlleva la adecuación de espacios disponibles, se desconoce su alcance y si supone propiamente una obra o contempla básicamente la aportación de bienes y maquinaria para el adecuado funcionamiento de aquellas. Todo ello, permite, al menos, dudar que estemos ante la amortización del importe de una obra como sucedía en el caso analizado por la Junta Consultiva.

Lo expuesto, nos lleva a concluir que no estamos ante un supuesto similar al analizado en el tan reiterado Informe del Órgano consultivo y posteriormente tratado en nuestra Resolución 434/2021, como para aplicar la misma solución excepcional y sacrificar el principio de igualdad de trato. Es más, los pliegos impugnados parten de la drástica solución de imponer un canon inicial mediante un desembolso único al nuevo adjudicatario, haciendo más patente si cabe esa desventaja para todos los licitadores que no sean el actual contratista. Este, de resultar adjudicatario, no tendrá que abonar el canon y podrá amortizar el importe pendiente del anterior contrato con la ejecución del presente. Mientras que a cualquier otro licitador adjudicatario se le impone el desembolso de un canon inicial al comienzo del contrato, sin ni siquiera facilitarle que pudiera satisfacerlo sucesiva y periódicamente durante el plazo de ejecución. No estamos queriendo decir con ello que esta solución menos drástica hubiese sido correcta, pues no vamos a juzgar la validez de cuestiones que no han sido planteadas, sino solo destacar la mayor carga económica que se impone a los licitadores con la solución que acogen los pliegos de establecer el abono del citado canon inicial.

Todo lo expuesto, ha de entenderse, sin perjuicio de la relación jurídica existente entre la Administración y actual contratista y de las soluciones legales que tengan que arbitrarse para que el segundo perciba del órgano de contratación el importe de la inversión realizada en las cocinas del hospital que aún se halle pendiente de amortizar.

Con base en las consideraciones realizadas el motivo debe estimarse, con anulación del contenido de los pliegos denunciado en el recurso.”

A la vista de lo expuesto, encontrándonos ante un contrato de servicios en el que, en todo caso, la retribución al contratista pudo incluir un sistema de compensación por los costes de inversiones iniciales de las obras o equipamientos necesarios para su prestación, conforme al artículo 226.4 de la LFCP, lo que no cabe es trasladar al siguiente adjudicatario del contrato la obligación de satisfacer a aquél el coste de las inversiones pendientes de amortizar a la finalización de su contrato, lo que, además, resulta vulnerador del principio de igualdad de trato previsto en el artículo 2.1 de la LFCP, de donde se concluye la procedencia de anular la citada previsión contenida en la cláusula 10 del pliego técnico.

Y ello con independencia de que la realización de dicho pago se encuentre sujeto o no al IVA, como alega la reclamante, pues no es la sujeción a dicho impuesto lo que convierte la cláusula en contraria al ordenamiento jurídico, como tampoco su eventual prohibición por el accionariado de la nueva empresa adjudicataria, que constituiría una cuestión interna de la misma, o la posible investigación por la CNMC en tanto no se acredita su infracción de la normativa de la competencia.

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

ACUERDA:

1º. Estimar parcialmente la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por TECNOLOGÍAS VIALES APLICADAS TEVA, S.L. frente al anuncio de licitación y los pliegos reguladores del *“Contrato del Servicio de estacionamiento regulado en la vía pública de Pamplona, incluyendo el servicio de*

retirada de vehículos de la vía pública”, licitado por el Ayuntamiento de Pamplona, declarando la nulidad del procedimiento de licitación, así como, específicamente, de la cláusula 10 del pliego de prescripciones técnicas, y, con ello, la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de licitación.

2º. Notificar este acuerdo a TECNOLOGÍAS VIALES APLICADAS TEVA, S.L., al Ayuntamiento de Pamplona, 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, 17 de noviembre de 2023. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer.
LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.