Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfno. 848 42 19 64-848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 110/2020

ACUERDO 122/2020, de 23 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por doña M. N. O. F. frente al anuncio de licitación y frente a los pliegos reguladores del contrato de "*Gestión del Punto de Información y Explotación Turística en Artajona*".

ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

1º. La publicidad del procedimiento de licitación no se ajustó a lo previsto en la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP), produciéndose una vulneración de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación, dado que la publicación del anuncio contemplaba un inicio del plazo de presentación de ofertas inválido.

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

3º. Los pliegos no incluían información económica sobre la cuantía de la tarifa a abonar por los usuarios del servicio de visitas guiadas, así como que es el Ayuntamiento el que establecía la duración y el tipo de visita, restringiendo la posibilidad de la empresa gestora de diseñar nuevos o diferentes tipos de visitas, lo cual se traducía en un recorte a la capacidad de negocio.

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

5º. Señalaba que es la actual concesionaria del servicio, cuya vigencia se extendía hasta el 14 de octubre de 2020, habiéndose enterado por el anuncio de licitación de que no se iba a prorrogar el contrato. Manifestaba, asimismo, que "*cabía entender una prórroga al menos de los meses en que nos hemos visto obligados a cerrar por ley debido a la situación del Covid, en tanto que han sido unos meses que no hemos podido realizar la actividad*", lo cual se comunicaba para que el Ayuntamiento lo tuviera en cuenta en cuanto a los plazos de inicio del nuevo contrato.

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

TERCERO.- Por el Acuerdo 81/2020, de 23 de septiembre, se resolvió la citada reclamación, desestimándose la alegación relativa al defecto de publicidad y al plazo de presentación de ofertas, y estimándose la alegación atinente a la falta de cuantificación de los gastos y de los eventuales rendimientos de la concesión, por carecer el expediente del previo y preceptivo estudio de viabilidad. Por ello, se estimó la reclamación interpuesta, declarándose la nulidad de la licitación.

CUARTO.- Con fecha 26 de octubre de 2020, el Ayuntamiento de Artajona procedió a publicar un nuevo anuncio de licitación del contrato en el Portal de Contratación de Navarra.

QUINTO.- Con fecha 5 de noviembre de 2020, doña M. N. O. F. interpuso una nueva reclamación especial en materia de contratación pública frente al anuncio de licitación y frente a los pliegos de dicho contrato.

Con fecha 6 de noviembre se requirió a la reclamante la subsanación de su reclamación, lo cual hizo con fecha 10 de noviembre.

En la reclamación interpuesta se alega lo siguiente:

1º. Los pliegos siguen sin estipular las tarifas a abonar por los usuarios, como deberían según la LFCP, siendo este un motivo de nulidad de la anterior licitación que no se ha corregido.

2º. Los pliegos siguen sin determinar el número exacto de días y/u horas que el concesionario tendrá derecho efectivo a la explotación de las visitas guiadas a la iglesia, dejando un umbral indeterminado e infinito de días en los que no hay posibilidad de hacer ingresos, pero sí están sujetos a costes, no estableciéndose compensación económica que contrarreste los gastos fijos que se deben soportar esos días.

Señala, a este respecto, que el “estudio de viabilidad” no ha contemplado el impacto de ninguno de los días de apertura de la iglesia en sus cálculos, sino que estima incorrectamente que el 100% de las horas de apertura al público son horas de ingresos.

Manifiesta, asimismo, que los pliegos obligan a la empresa a dar un mal servicio, ya que conocer con tan sólo 7 días de antelación la disponibilidad o no del recurso resulta un caos organizativo para la empresa y los visitantes.

3º. Los criterios de adjudicación del contrato no están correctamente planteados, ya que los criterios valorables mediante fórmula suponen en realidad menos del 50% de la puntuación, vulnerando lo dispuesto en el artículo 64.4 de la LFCP.

Alega que la baremación de los criterios sociales no se corresponde con una fórmula objetiva en 10 de los 12 puntos a otorgar, ya que la atribución de la puntuación

no se hace en base a fórmulas sino a criterios subjetivos como "*claridad, coherencia expositiva, idoneidad*".

Asimismo, señala que esta baremación de criterios sociales lleva a confusión pues "*no es un apartado que haya que cumplimentar aparte, sino que van a proceder a valorar la propuesta técnica, con estos criterios subjetivos para ver si darle o no esta puntuación extra a la propuesta técnica*", así como porque en la baremación de la propuesta técnica ya se evalúan estos mismos criterios cuando indica que se valorará el "*ofrecer visitas a colectivos con discapacidad visual y auditiva u otra*".

Señala que no se establece ningún criterio para determinar en qué casos se otorgará una puntuación inferior a un punto por cada uno de los grupos.

4º. El "estudio de viabilidad" está totalmente desvirtuado, ya que basta con corregir "errores" tan innegables como son el incluir los tributos de IRPF (que el estudio no contempla) para que ya salga negativo.

Asimismo, el estudio presenta otros "errores":

a) pone unos costes inferiores a los costes reales: calcula de menos el número de horas de apertura obligatoria del centro (siendo el número real para 2021 de 1.315 horas y el previsto de 1.257 horas); excluye las pagas extra obligatorias por convenio y otros pluses salariales; pone una categoría inferior a la que obliga el convenio (categoría salarial de guía de turismo – nivel 5 –, cuando correspondería, tanto por ser autónoma como por las labores a realizar, el nivel 10 del grupo profesional 1) ; y excluye gastos necesarios para el desempeño de las labores obligatorias recogidas en los pliegos (costes de dietas y desplazamientos, y otros costes como la contratación de un servidor, la compra de un ordenador y de un teléfono, la contratación de una línea de internet, la compra de un aspirador y de un fax, tickets de doble matriz, solución alcohólica y equipos individuales de protección para dar cumplimiento a las cláusulas de higiene, costes de promoción y publicidad del recurso, y coste del seguro sobre la oficina de turismo y sobre los bienes arqueológicos que contiene);

b) pone una estimación de ingresos superior a la real: no incluye en sus cálculos la tributación a Hacienda, como ya se ha señalado; y manipula los datos de visitas de 2017 utilizando el número total de personas que entraron en la oficina de turismo a pedir información como si fuera el número de compras de visitas guiadas;

c) erróneamente calcula que el 100% de las horas de apertura son horas de recaudación de ingresos por visitas guiadas, olvidando que dichas horas deben repartirse entre todas las labores no remuneradas obligadas por el pliego (limpieza, mantenimiento, gestión del turismo de la localidad, reuniones, formación, encuestas, información turística, etc.), y olvida también que hay días en los que la iglesia se abre al público por celebraciones religiosas y otros motivos;

d) el estudio de viabilidad presenta otras deficiencias: está incompleto, ya que le faltan las páginas entre la 1 y la 8, lo que supone una infracción de las normas de publicidad; y se presentan dos tablas financieras distintas sin que se explique el motivo, siendo aparentemente la única diferencia entre ellas el IVA, pero sin que la diferencia en el beneficio industrial pueda atribuirse únicamente a la aplicación o no de dicho impuesto;

e) no se entiende porqué motivo el estudio de viabilidad cita el número de consultas presenciales de la red del Gobierno de Navarra en 2019 y no hace mención alguna al año 2020, cuando hay estadísticas ya publicadas que recogen una caída de las consultas presenciales y del número de viajeros; alega, a este respecto, que ni el estudio de viabilidad ni el pliego tienen en cuenta la crisis del turismo y de la cultura a consecuencia del COVID, en un contexto que se prolongará presumiblemente durante todo o parte del tiempo de la concesión; alega, asimismo, que no se hace ninguna referencia al gasto en gel hidroalcohólico y a los equipos de protección personal, así como al incremento de tiempos de limpieza.

Concluye, a este respecto, que el beneficio industrial calculado en el estudio de viabilidad es inválido y el real es negativo.

5º. El condicionado de los pliegos deja en peor situación económico financiera a la empresa concesionaria del servicio que a cualquier otro guía turístico que se ubique

por libre en el Cerco de Artajona y/o en los dólmenes, sin tener que estar sujeto a los costes fijos recogidos en este contrato, lo cual no es acorde a los principios de la LFCP.

Señala, a este respecto, que los costes fijos son muy elevados y que el horario de apertura es muy amplio, que la ubicación de la oficina de turismo no es la idónea, que la exclusividad que proporciona el ayuntamiento se refiere únicamente a las visitas a la iglesia, así como que las tarifas y la tipología de las visitas se impone por el Ayuntamiento.

6º. En las fechas en que se ha sacado la licitación todavía le correspondía la explotación del servicio y/o una reducción del canon anual de 2020, por haberse producido este año un cierre obligatorio en primavera por causa mayor (COVID) y recoger su contrato un derecho al restablecimiento del equilibrio económico, no habiéndose producido ninguna de las dos situaciones, por lo que solicita la suspensión cautelar del procedimiento de licitación.

Atendiendo a todo lo expuesto, solicita que se declaren nulos el anuncio de licitación y los pliegos reguladores del contrato.

SEXTO.- Con fecha 10 de noviembre de 2020, se requirió al Ayuntamiento de Artajona la aportación del expediente de contratación, así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 13 de noviembre, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el 13 de noviembre de 2020 el citado Ayuntamiento aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones, al que se acompaña de

un informe emitido por la técnica de asesoramiento empresarial que redactó el estudio de viabilidad de la concesión.

Se formulan las siguientes alegaciones:

1º. Que, tras la declaración de nulidad de la primera licitación del servicio, el Ayuntamiento encomendó la realización de un estudio de viabilidad al Grupo de Acción Local de la Zona Media, habiéndose incorporado este al expediente, en el cual se valoran, entre otros aspectos, la sostenibilidad y rentabilidad económica, financiera y social de la inversión, así como el impacto de género.

2º. Que los pliegos de cláusulas administrativas y técnicas ahora aprobados presentan sólo pequeñas diferencias con respecto a los aprobados en la anterior licitación, y que en el Acuerdo 81/2020, de 23 de septiembre, constan las siguientes consideraciones que entendemos de importancia para dar respuesta a la nueva reclamación y que se consideran resueltas por el mismo:

"*Pues bien, frente a lo expuesto hemos de reparar en las siguientes consideraciones consecuencia de las cláusulas del pliego regulador anteriormente transcritas: (…)*".

3º. Respecto a la alegación de la reclamante relativa a que los pliegos no estipulan las tarifas a abonar por los usuarios/as, ello es debido a que las citadas tarifas han sido incluidas en el Estudio de Viabilidad elaborado al efecto y que se ha incorporado al expediente, y que consta en el anuncio de licitación que se ha publicado, por lo que son de general conocimiento, habiendo quedado con ello subsanada la deficiencia detectada por el Tribunal de que no estaban establecidas las tarifas que deben abonar los usuarios.

Señala, asimismo, que el Ayuntamiento aprueba todos los años las tarifas que deben abonar las personas usuarias, y estas se publican tanto en el BON como en la web municipal, por lo que están a disposición de cualquier persona interesada. Manifiesta que "*es evidente que el Ayuntamiento aprueba las tarifas a abonar una vez conocida la Propuesta Técnica que ha resultado adjudicataria y de acuerdo al contenido de la*

misma, y a la vista de la proposición presentada por la persona adjudicataria". Concluye que estas consideraciones ya fueron validadas en el Acuerdo 81/2020.

4º. Respecto a lo señalado por la reclamante de que los pliegos no determinan con exactitud el número de días/horas que el contratista va a poder explotar las visitas guiadas a la iglesia, alega que tampoco es cierta esa argumentación dado que en el Pliego de Condiciones Técnicas se indica un horario mínimo de apertura del centro y para las visitas, que puede ser ampliado por la persona que resulte adjudicataria del servicio, "*así como que se le indican una serie de fechas en las que por motivos puntuales se deben respetar*". Señala, asimismo, que este aspecto ya fue resuelto por el Tribunal en el Acuerdo 81/2020.

Manifiesta que resulta sorprendente que sea la reclamante quien manifieste que no es posible conocer a priori cuantas veces al año no se van a poder realizar visitas guiadas a causa de una celebración religiosa o por el uso de la iglesia por cuestiones de orden interno, considerando que es ella quien está llevando la gestión del servicio y tiene los datos de las celebraciones que se han venido realizando en los últimos años, que no han sido muy numerosas.

El informe técnico adjunto a las alegaciones señala que los eventos que impiden la realización de visitas se comunican en el momento en que se conocen a la empresa beneficiaria de la concesión, al objeto de que esta pueda alterar el recorrido de la visita o modificar su horario, así como que ello no influye en la generación de ingresos previstos en el plan de empresa.

Señala, asimismo, que "*se recomienda a la empresa concesionaria que comunique en su página web, y siempre que se contraten las visitas con antelación, que los horarios están sujetas a posibles modificaciones, atendiendo a la celebración de eventos en el interior de la iglesia*".

5º. Respecto a la alegación de que los criterios de adjudicación del contrato no están correctamente planteados, ya que los criterios valorables mediante fórmulas suponen en realidad menos del 50% de la puntuación, señala que los criterios que constan en el pliego actual son los mismos que figuraban en los pliegos que fueron

aprobados en la anterior licitación, si bien se han corregido atendiendo a la consideración que, de oficio, realizó el Tribunal en el Acuerdo 81/2020, por lo que los citados criterios ya están testados por aquel, que los estimó conformes.

6º. Respecto a las argumentaciones que se realizan contra el estudio de viabilidad, las alegaciones del Ayuntamiento reproducen el informe técnico, en el que se señala lo siguiente:

a) En relación a que el estudio manipula los datos de ingresos al alza al no descontar la tributación a Hacienda, señala que las actividades económicas tributan por el beneficio económico o rendimiento neto de la actividad, así como que la base imponible del IRPF la componen, además de aquel, otros conceptos, por lo que, tal y como se indica en el plan de empresa, "*No se contempla el pago de impuestos sobre el beneficio porque este depende de factores a priori desconocidos*". Señala que será la persona o empresa interesada quien deba calcular el coste de los impuestos y evaluar el riesgo económico del contrato en función del resultado económico final de la actividad.

El Ayuntamiento añade que la reclamante no ha realizado bien el cálculo del impuesto sobre la actividad, ya que aplica un porcentaje sobre los ingresos brutos y no sobre el beneficio esperado, lo que desvirtúa el resultado final.

b) En relación con el cálculo de horas de apertura obligatoria del centro, señala que las horas de apertura se utilizaron para realizar una aproximación a la retribución salarial de la persona emprendedora, añadiendo el Ayuntamiento que "*existe un pequeño desfase de 9 horas, que obviamente, dado su pequeño número no es relevante para el cálculo económico incluido en la viabilidad del plan y que por lo tanto no lo desvirtúa*".

c) En relación con que deliberadamente se excluyen las pagas extra y otros pluses salariales, lo que falsea a la baja los costes salariales, señala que en ningún caso es de aplicación el convenio para el caso de personas autónomas, así que lo que establece el plan es facilitar información sobre el convenio de aplicación y nivel salarial para el tipo de actividad que se realiza para que las personas o empresas interesadas

puedan evaluar el riesgo económico del contrato, en función de la categoría profesional en las que se encuadren y de los pluses salariales que reciban.

d) La misma alegación se realiza respecto a la incorrecta determinación de la categoría profesional aplicada.

e) En relación con que el estudio excluye gastos necesarios para el desempeño de las labores obligatorias recogidas en los pliegos, como costes de dietas y desplazamientos y otros costes, señala que el estudio de viabilidad del contrato está basado en una situación concreta de gastos que pueden corresponderse o no con aquellos en que finalmente incurra cada persona o empresa licitadora, pudiendo incrementarse o disminuirse en función de cómo se realice la prestación del servicio y de cuál sea la estructura de empresa, a priori desconocida.

f) En relación con que el estudio manipula los datos de visitas de 2017, para así estimar unos ingresos superiores a los reales, señala que "*para la elaboración del plan de empresa, se ha utilizado la cifra facilitada por el Ayuntamiento de Artajona e indicada como visitantes, es decir, aquellas personas que contratan las visitas*".

Añade el Ayuntamiento que esos son los datos facilitados por la adjudicataria, que es la propia reclamante.

g) En relación al cálculo erróneo del umbral de rentabilidad, señala que el plan utiliza este para establecer a partir de qué nivel de ingresos el negocio comienza a dar beneficios, todo ello basado en los supuestos de gastos fijos estimados, así como que de esta forma se facilita información a la empresa interesada, quien puede replicar la herramienta a su estructura de gastos y así evaluar el riesgo económico del contrato.

Señala, asimismo, que en ningún caso se establece que sólo puedan realizarse visitas guiadas durante el horario de apertura previsto como mínimo para el centro de visitantes, siendo "*lógico pensar que un empresario o empresaria diligente aprovechará de forma eficaz el tiempo del que dispone, ya que son muchas las tareas de gestión de un negocio propio que no pueden facturarse*".

h) En relación a que al documento le faltan varias páginas, señala que existe un error en su paginación ya que comienza a numerarse en la página 8 en lugar de en la 1, por lo que no falta ninguna página. Señala, asimismo, que el documento ha sido firmado digitalmente y no ha habido modificaciones desde su firma.

i) En relación a las incongruencias entre las dos tablas financieras, señala que el plan de empresa incluye información sobre los resultados económicos previstos para 2021 e incluye, también, información sobre la situación prevista de tesorería por meses. Para la realización del plan de tesorería se incluye el IVA que, aunque no supone un gasto ni un ingreso para la empresa, sí supone una entrada y salida de dinero. Esta es, en principio, la única diferencia entre ingresos y cobros, y gastos y pagos. Por lo tanto, el "cash-flow" anual de la segunda tabla no se corresponde con el resultado económico, sino que es la diferencia acumulada entre cobros y pagos, siendo la diferencia mayor que la del resultado económico porque a 31 de diciembre todavía no se ha satisfecho el pago correspondiente al cuarto y último trimestre de IVA, que asciende a 552,86 euros.

j) En relación con el empleo de datos públicos antes del COVID y la omisión total a la pandemia, a sus consecuencias en el sector turístico y a los costes extraordinarios asociados, señala que el contrato se prevé para el año 2021 y siguientes, en que existe la esperanza de una recuperación de la actividad económica, así como que el plan de empresa recoge los datos de Navarra de 2019, precisamente, porque datos más actualizados están distorsionados a causa de la alerta sanitaria provocada por el COVID.

Manifiesta, asimismo, que "*en el improbable caso de que se repita la situación de paralización de la actividad, habrá que acudir a la normativa correspondiente, que atendiendo a los principios que rigen la contratación pública en materia de contratos concesionales, devuelvan el reequilibrio económico*", así como que "*el contrato se ejecuta a riesgo y ventura de la empresa concesionaria, quien asume los riesgos a que está expuesto el desarrollo de este contrato y que repercuten en el beneficio económico que espera obtener*".

7º. Respecto a la alegación relativa a que el servicio no era económicamente viable atendiendo a las condiciones de la anterior concesión, señala que la reclamante procedió a suscribir una prórroga del mismo, deduciéndose de su escrito que incluso

está dispuesta a suscribir más prórrogas, lo cual contradice su argumentación. Alude, asimismo, al Dictamen pericial que la reclamante presentó con ocasión de una reclamación de responsabilidad patrimonial por unos supuestos daños que se le habían causado como consecuencia de la tramitación del procedimiento de contratación, en donde se hacía una valoración del lucro cesante.

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

8º. Detalla los intentos realizados para notificar a la reclamante que se iba a proceder a una nueva adjudicación y para conocer su intención acerca de un posible restablecimiento del equilibrio económico del contrato, de conformidad con lo establecido en la Ley Foral 7/2020, de 6 de abril.

Considera que cualquier reclamación del reequilibrio económico del anterior contrato es ajena a la actual licitación y debería, si fuera el caso, sustanciarse al margen del presente recurso.

9º. Señala que la prestación del servicio se realiza a riesgo y ventura de la persona o entidad adjudicataria, bajo la premisa de que junto al derecho de explotación del servicio el operador debe también asumir la responsabilidad del mismo, sin que en ningún momento el Ayuntamiento haya dudado de la complejidad y del trabajo que ello lleva consigo.

10º. Sobre los beneficios que para el Ayuntamiento reporta la adjudicación del contrato – ya que la reclamante alega que el mismo es el único beneficiario –, señala que no hay ningún beneficio dado que el canon mínimo a abonar (2.000 euros) ni tan siquiera cubre los gastos generales de electricidad, aguas y basuras, que ascienden a 4.801,49 euros, y que son asumidos por el Ayuntamiento.

Atendiendo a lo expuesto, se solicita que se declaren válidos y conformes a derecho los pliegos reguladores del contrato.

SÉPTIMO.- Por el Acuerdo 110/2020, de 17 de noviembre, se desestimó la solicitud de adopción de medida cautelar formulada por la reclamante consistente en la suspensión del procedimiento de licitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

QUINTO.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas interesa recordar la normativa reguladora de este tipo de contratos y lo dispuesto por la doctrina al respecto.

Así debemos partir de que el contrato licitado por el Ayuntamiento de Artajona es un contrato de concesión de servicios como así se concreta en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en la cláusula 1ª:

1 OBJETO Y NATURALEZA DEL CONTRATO

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

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

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

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

De conformidad con lo establecido en el art. 40 de la LF 2/2018, por parte de este Ayuntamiento se ha solicitado un Estudio de Viabilidad en el que se valoran, entre otros aspectos, la sostenibilidad y rentabilidad económica, financiera y social de la inversión y en particular el impacto de género. El citado informe se anexa a los pliegos que han de regir la licitación.

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

Quienes liciten podrán presentar oferta para un único lote."

Sobre este tipo de contratos la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, señala en su Considerando 11 que "*Las*

concesiones son contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos. El objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago. Estos contratos pueden conllevar o no la transferencia de la propiedad a los poderes o entidades adjudicadores, pero estos obtienen siempre los beneficios derivados de las obras o servicios".

El considerando 18 alude al concepto de riesgo operacional que caracteriza este tipo de contratos:

"Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público han generado una inseguridad jurídica continua para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por lo tanto, debe aclararse la definición de «concesión», en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional. La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato. Al mismo tiempo, hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios."

El considerando 20 se refiere, igualmente, al riesgo operacional: "*Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede* tomarse *en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario.*"

Finalmente, el art. 5.1.b) de la citada Directiva define la concesión de servicios, insistiendo en que la transferencia al concesionario del riesgo operacional es un elemento definitorio de dicho contrato.

Por su parte la Ley Foral de Contratos Públicos define en el art. 32 el contrato de concesión de servicios 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*".

En relación con el concepto de riesgo operacional se define en el art. 204.2, que señala que "*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.*"

Por último interesa recordar lo dispuesto en la Resolución 1022/2019, de 16 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la que se señala, respecto del riesgo operacional, lo siguiente:

"La transferencia a los empresarios del riesgo operacional es el elemento imprescindible y configurador de la naturaleza jurídica del contrato de concesión del servicio, pues ha de ser el concesionario el que ha de asumir el "riesgo de demanda", en definitiva, no está garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento del servicio, vaya a recuperar las inversiones realizadas, ni a cubrir los costes en que vaya a incurrir para explotar dicho servicio.

La parte de los riesgos transferidos al concesionario en un contrato de concesión de obras o de servicios ha de suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no sea meramente nominal o desdeñable."

SEXTO.- Partiendo de lo expuesto en nuestro anterior fundamento procede ya entrar a analizar las diversas alegaciones formuladas en la reclamación y las consideraciones relativas a las mismas, si bien es necesario precisar que el juicio de legalidad de este Tribunal debe limitarse al contenido de los pliegos que constituyen el objeto de la reclamación que se interpone y a ellas se circunscriben las alegaciones, por ello, a pesar de que la reclamante solicite la nulidad de pleno derecho tanto de los pliegos como del anuncio de licitación, en aplicación del principio de congruencia (art. 127.2 de la LFCP), únicamente serán objeto de análisis lo relativo a los pliegos que rigen la licitación.

El primero de los motivos de impugnación es el referido a la ausencia de tarifas a abonar por los usuarios en los pliegos reguladores, lo que considera un incumplimiento de la LFCP, siendo además uno de los motivos de nulidad de la anterior licitación que no se ha corregido.

Por su parte el órgano de contratación señala que las tarifas han sido incluidas en el estudio de viabilidad publicado en el anuncio de licitación, habiéndose subsanado así la deficiencia detectada por este Tribunal. Si bien, con posterioridad señala que la

aprobación de las tarifas se produce anualmente por el Ayuntamiento y que estas se publican tanto en el BON como en la web municipal, así como que las tarifas se aprueban a la vista de la propuesta técnica del adjudicatario y de su proposición, concluyendo que ello fue validado por este Tribunal en su Acuerdo 81/2020, de 23 de septiembre.

Expuestas sucintamente las divergentes posturas, cabe señalar que el art. 206.1 de la LFCP establece 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*".

A ello alude, igualmente, el art. 207.d) cuando señala que los contratos de concesión de servicios deberán incluir necesariamente la "*determinación del sistema de tarifas para la remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la Administración.*"

A este respecto, debemos recordar lo expuesto en la cláusula 6ª del pliego de cláusulas administrativas particulares que regula el sistema de retribución de la concesión del siguiente modo:

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

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

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

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

Pues bien, claramente se deduce que el sistema de retribución de la persona concesionaria no es otro que la percepción de las tarifas que abonen los usuarios y, por tanto también, la necesidad de que los pliegos determinen el sistema de tarifas así como los procedimientos para su revisión. Y se observa de nuevo la ausencia de su cuantificación en la transcrita cláusula 6ª que se limita a señalar que será el Ayuntamiento quien aprobará los precios de las diferentes visitas y/o actividades, previendo, no obstante lo anterior, que la empresa adjudicataria pueda formular propuesta de aprobación de precios que en su caso el Ayuntamiento aprobará si la estima conveniente, previsión que dista mucho de cumplir con la previsión legal de fijar *las tarifas que hubieren de abonar los usuarios.*

Sin que para ello se pueda esgrimir, como hace el órgano de contratación, que el estudio de viabilidad, elaborado al efecto y que se ha incorporado al expediente, considera como tarifas las vigentes para el año 2020. Efectivamente el estudio de viabilidad utiliza dichas tarifas pero con el fin de realizar una previsión sobre los ingresos que pueda generar la explotación del servicio, sin embargo, en ningún apartado del estudio, ni en ninguna cláusula del pliego encontramos una fijación de dichas tarifas en la nueva concesión que estará vigente en 2021, más bien al contrario, claramente se remite en la precitada cláusula 6ª a que será el Ayuntamiento quien aprobará en un momento posterior los precios de las diferentes visitas y/o actividades. Llegando incluso a señalar que "*es evidente que el Ayuntamiento aprueba las tarifas a abonar una vez conocida la Propuesta Técnica que ha resultado adjudicataria y de acuerdo al contenido de la misma, y a la vista de la proposición presentada por la persona adjudicataria*". Lo cual como venimos reiterando contraviene lo establecido en la normativa foral.

De igual modo debemos señalar que este Tribunal, en su anterior Acuerdo 81/2020, ya puso de manifiesto expresamente la ausencia tanto del estudio de viabilidad como de la determinación de las tarifas: *"Pues bien, tras lo expuesto, se puede comprobar como los pliegos no dan cumplimiento a dichas prescripciones legales: no contienen información alguna relativa a la variación de los costes de las prestaciones, ni la imputación de los riesgos a la demanda de dichas prestaciones, no estableciéndose tampoco las tarifas que deben abonar los usuarios ni los procedimientos para su revisión. Asimismo, tampoco se desglosan los criterios utilizados para calcular los costes de funcionamiento del servicio."*

El propio informe de la Secretaría que consta en el expediente en relación con la contratación de la gestión del punto de información y explotación turística en Artajona, establece expresamente, al referirse a la naturaleza jurídica del contrato, que "*Los pliegos de contratación 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."* desconociendo el motivo por el que a pesar de reconocer esta necesidad sin embargo no se traslada posteriormente al pliego aprobado, en el que si se recoge el canon a abonar por el concesionario (cláusula 7ª).

Resta por señalar que cuando el art. 206.1 de la LFCP se refiere a que en los pliegos de contratación se fijarán las condiciones de prestación del servicio "*y, en su caso, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios*", viene a reconocer que no siempre resulta obligada la fijación de las tarifas. Sólo cuando su importe tenga influencia en el canon a abonar por el concesionario a la Administración, es decir, cuando sean los licitadores los que, como parte de los criterios a valorar, deban ofertar unas tarifas, en esos casos, lógicamente no resultará obligada la fijación de las tarifas en el pliego. En este sentido interesa traer a colación la Resolución 597/2017, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la que se señala, respecto a la fijación de las tarifas en la concesión de servicios, lo siguiente:

"Pues bien fijada la postura de ambas partes, este tribunal entiende que procede desestimar las alegaciones de la recurrente y ello en lo relativo al requisito de fijación de las tarifas máximas ex artículo 133 del TRLCSP, por cuanto el citado

artículo 133 del TRLCSP, a diferencia de la normativa históricamente antecedente, no se exige ya que en los pliegos se contemplen las tarifas máximas y mínimas que hubieren de satisfacer los usuarios, sino que aluce (sic) a que "…en su caso, se fijen la tarifas que hubieren de abonar los usuarios…", lo que es totalmente distinto, pues ya no estamos ante casos en que la prestación del servicio constituía en todo caso el hecho imponible de una tasa, sino que caben precios privados en los que no procede a priori fijar las tarifas a cobrar a los usuarios, ya que se fijarán a resultas del procedimiento de adjudicación, lo que, en nuestro caso, viene regulado en los pliegos, en la medida en que prevén la oferta de tarifas mínimas que servirán con otros factores para determinar el canon a abonar por el concesionario a la Administración concedente, y de los factores técnicos y económicos precisos que delimitarán los parámetros precisos para, en función de la oferta económicamente más ventajosa aceptada por el órgano de contratación y a propuesta del concesionario, aprobar las tarifas máximas por la concedente y dentro de ellas, la fijación por el concesionario de las tarifas a aplicar en la explotación de las distintas áreas de actividad del aeropuerto objeto de concesión."

Sin embargo, dicha excepción, no sucede en el presente contrato, donde entre los criterios de adjudicación previstos en la cláusula 15ª. 4 del pliego administrativo únicamente se contempla como criterio económico el canon que debe abonar el concesionario.

Por lo tanto, consideramos que debe estimarse esta alegación al adolecer el pliego de un contenido preceptivo.

El segundo de los motivos alude a que los pliegos siguen sin determinar el número exacto de días y/u horas que el concesionario tendrá derecho efectivo a la explotación de las visitas guiadas a la iglesia, dejando un umbral indeterminado e infinito de días en los que no hay posibilidad de hacer ingresos, pero sí están sujetos a costes, no estableciéndose compensación económica que contrarreste los gastos fijos que se deben soportar esos días. Señalando que *el "estudio de viabilidad" no ha contemplado el impacto de ninguno de los días de apertura de la iglesia en sus cálculos, sino que estima incorrectamente que el 100% de las horas de apertura al público son horas de ingresos.* Manifiesta, asimismo, que *los pliegos obligan a la empresa a dar un mal servicio, ya que conocer con tan sólo 7 días de antelación la*

disponibilidad o no del recurso resulta un caos organizativo para la empresa y los visitantes.

Para su análisis resulta necesario comprobar lo establecido en el pliego administrativo. En la cláusula 22ª se establece que el concesionario tiene la obligación de respetar las celebraciones religiosas de los días de culto que tradicionalmente se ofician a lo largo del año en la iglesia de San Saturnino, las cuales se especifican (apartado m), así como que "*deberá tener en cuenta otras eventuales actividades inesperadas que puedan ir surgiendo, tales como bautizos, bodas y funerales. De lo que es previsible (bodas o bautizos) se avisará con siete días de antelación, de lo inesperado (funerales) el día anterior*" (apartado p).

Similares términos encontramos en la cláusula 6ª del pliego técnico, en donde además se señala un horario mínimo de apertura del centro de acogida o punto de información turística y para la realización de las visitas, añadiendo al final de dicha cláusula que "*la empresa adjudicataria puede proponer cambios en los citados horarios que deberán contar con la aprobación del pleno del Ayuntamiento*".

Pues bien, en estos términos no cabe apreciar un "*umbral indeterminado e infinito de días en los que no hay posibilidad de hacer ingresos*", como alega la reclamante, por diversos motivos: no cabe esperar que sean muy numerosos los días en que en la iglesia se producirá alguno de estos eventos, además durante dichos días los horarios de visita pueden ser modificados, es decir, no se imposibilita la realización de visitas, pero sí se exige su adaptación al uso de la iglesia, por lo que existe la posibilidad de generar ingresos. De igual modo hay que tener en cuenta que aunque el derecho a realizar visitas a la iglesia se asigna en exclusiva al concesionario, ello no conlleva la imposibilidad de realizar otro tipo de visitas guiadas (recinto amurallado, dólmenes y municipio), de las que también es posible obtener un beneficio. Finalmente debemos indicar que la gestión de un recurso turístico como el que es objeto de la licitación exige una adaptación a este tipo de circunstancias, sin que ello genere el "*caos organizativo*" que se alega. Además, y en todo caso, esta sería una circunstancia que cabría encuadrar dentro del concepto de riesgo operacional de la concesión. Por todo ello consideramos que debe desestimarse esta alegación.

En la tercera causa alegada se esgrime que los criterios de adjudicación del contrato no están correctamente planteados, ya que los criterios valorables mediante fórmula suponen en realidad menos del 50% de la puntuación, vulnerando lo dispuesto en el artículo 64.4 de la LFCP.

Alega que la baremación de los criterios sociales no se corresponde con una fórmula objetiva en 10 de los 12 puntos a otorgar, en concreto en la referida a la adaptación de la propuesta técnica a necesidades específicas de grupos receptores del servicio, ya que la atribución de la puntuación no se hace en base a fórmulas sino a criterios subjetivos como "*claridad, coherencia expositiva, idoneidad*". Asimismo, señala que esta baremación de criterios sociales lleva a confusión pues no es un apartado que haya que cumplimentar aparte, "*sino que van a proceder a valorar la propuesta técnica, con estos criterios subjetivos para ver si darle o no esta puntuación extra a la propuesta técnica*", así como porque en la baremación de la propuesta técnica ya se evalúan estos mismos criterios cuando indica que se valorará el "*ofrecer visitas a colectivos con discapacidad visual y auditiva u otra*". Señala además que no se establece ningún criterio para determinar en qué casos se otorgará una puntuación inferior a un punto por cada uno de los grupos.

Con carácter previo a su examen debemos recordar lo previsto al respecto en el pliego regulador de la concesión. En la cláusula 15ª se establecen los criterios de adjudicación, estableciendo como criterio cualitativo valorable con hasta 45 puntos la propuesta técnica, y como criterios valorables mediante la aplicación de fórmulas los siguientes: formación del personal adscrito al contrato (hasta 18 puntos); criterios sociales (hasta 12 puntos); y oferta económica (hasta 25 puntos).

Este reparto de la puntuación a asignar respetaría, en principio, lo dispuesto en el art. 64.4 de la LFCP, que señala que "*Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, al menos el 50% de la puntuación deberá calcularse mediante la aplicación de fórmulas objetivas que se establecerán en los pliegos, que determinarán la ponderación relativa de cada uno de ellos*".

Sin embargo, la alegación formulada cuestiona uno de los dos criterios sociales previstos en el pliego, valorable mediante la aplicación de fórmulas, otorgándole hasta 10 puntos, del siguiente modo:

"- Se valorará con hasta 10 puntos la adaptación de la propuesta técnica a necesidades específicas de grupos receptores del servicio:

- Necesidades especiales de atención de las personas con discapacidad física, psíquica y sensorial, así como a los niños y niñas y a las personas mayores, valorándose la claridad en su detección y coherencia expositiva (1 punto por cada uno de los 5 grupos especiales de atención).

- Medidas propuestas, con medios propios de la empresa adjudicataria, de adecuación de las necesidades de atención de las personas con discapacidad física, psíquica y sensorial, así como a los niños y niñas y a las personas mayores, valorándose la idoneidad de las mismas (1 punto por cada uno de los 5 grupos especiales de atención)."

Resta por indicar la doctrina existente respecto a la configuración de los criterios valorables automáticamente y a la ausencia de discrecionalidad en su aplicación, cabe recordar para ello lo dispuesto en el Acuerdo 94/2020, de 21 de octubre, de este Tribunal, que señala:

"Para analizar dicho motivo, debemos recordar lo puesto de manifiesto en nuestro Acuerdo 21/2020, de 6 de marzo, en relación con los criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas: "no se interpreta, se calcula aplicando un algoritmo o "conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema" y su característica principal es la ausencia total en ellos de discrecionalidad o aplicación subjetiva, sin que quepa interpretación alguna sobre su alcance, sino solo la pura y simple aplicación de la fórmula expresada en los pliegos.

Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 14 de febrero de 2011, señala que la discrecionalidad de la Administración en relación con los criterios automáticos se agota en la redacción del pliego, pues una vez publicado éste

carece de discrecionalidad alguna para su aplicación: "Lo acabado de exponer evidencia que si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (SsTS de 28 de Junio de 2.004, recurso de casación 7106/00, y de 24 de Enero de 2.006, recurso de casación 7645/00)."

A diferencia de los criterios sujetos a un juicio de valor, que se caracterizan por su carácter discrecional, lo que obliga a su motivación con la finalidad de proceder a un control adecuado de los mismos en orden a evitar la arbitrariedad, los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula se caracterizan por su automatismo, razón por la que no se necesita su motivación, pues de la mera aplicación de la fórmula se obtiene el resultado de la ponderación.

Así pues, ha de afirmarse que en la valoración de tales criterios no cabe discrecionalidad alguna por parte de la Administración, ni técnica ni de ninguna otra clase, debiendo limitarse la Mesa de Contratación a aplicar los criterios automáticos sin ningún margen de apreciación técnica o juicio de valor."

A ello debemos añadir, que dichos criterios automáticos no deben incorporar necesariamente la utilización de fórmulas matemáticas, sin que ello impida considerarlos criterios objetivos, puesto que en su aplicación no hay margen a la discrecionalidad o aplicación subjetiva. Así se dispone en la Resolución 175/2019, de 22 de octubre, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

"Respecto, a la ausencia de fórmula o criterio automático para la asignación de la puntuación de este criterio que reprocha la recurrente, este OARC/KEAO ha señalado reiteradamente que el modo de determinar la puntuación en un criterio automático no necesariamente requiere de una fórmula sino que puede tener una descripción literaria, siempre que ello no implique una ambigüedad que obligue a elegir al órgano de contratación entre varios sentidos posibles, lo que introduciría un elemento subjetivo inaceptable en este tipo de criterios por desvirtuar su automatismo (ver por todas, la Resolución 64/2019). En el presente caso, se observa que nos

encontramos ante un criterio automático cuya distribución de puntos se ha descrito mediante palabras con un funcionamiento binario (si/no), de tal forma que si se presenta una memoria informe con soluciones para cada uno de los subapartados, se obtendrán todos los puntos sin que los mismos puedan ser graduados por el órgano de contratación en función de la solución propuesta. Es decir, no existe margen de discrecionalidad para el poder adjudicador a la hora de la distribución de los puntos ni de su graduación, pues el automatismo le viene impuesto por la propia redacción del criterio, cumpliendo con la característica propia de los criterios automáticos. Por todo ello, este motivo de recurso debe desestimarse."

Pues bien, en la presente licitación el órgano de contratación opta en el pliego por asignar la puntuación a través de una descripción, que se baremará en función de "*la claridad en su detección y coherencia expositiva*", en un caso, y "*la idoneidad de las mismas*", en el otro. No obstante, como se alega, la puntuación obtenida de este modo no responde a la mera aplicación de una fórmula con la que se obtiene el resultado de la ponderación, no pudiendo por tanto el criterio calificarse de automático.

Finalmente cabe señalar, que si bien en el Acuerdo 81/2020 de este Tribunal, sobre la licitación anterior a la actual, se hizo una consideración de oficio respecto a los criterios de adjudicación previstos en el pliego, la modificación operada en estos no se ajusta a lo dicho en aquel, por lo que no puede entenderse, como alega el órgano de contratación, que dichos criterios estén "*testados*" por el Tribunal.

Por las razones expuestas, consideramos que debe estimarse la alegación formulada a este respecto.

En cuarto lugar la reclamante formula diversas alegaciones relativas al estudio de viabilidad de la concesión. Cabe recordar, a este respecto, que pese a tratarse de un acto preparatorio del contrato, la doctrina reconoce la posibilidad de recurrir su contenido. Así, la Resolución 344/2017, de 16 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, señala:

"Aunque, en principio, se trata de un acto preparatorio del contrato, y por tanto no sería susceptible de recurso, debe tenerse en cuenta que se refiere a la viabilidad

económico financiera de la concesión en cuanto que contiene las cifras consideradas para calcular el volumen de negocio y la previsión de ingresos y gastos. Esto supone que por su contenido se ha de entender incorporado a los Pliegos y deba considerarse recurrible, pues al igual que el presupuesto o el precio del contrato en otras figuras contractuales, cuestiones evidentemente recurribles, se trata aquí de un documento que establece las condiciones esenciales de la concesión y por tanto quedaría dentro de los supuestos del artículo 40.2 a) del TRLCSP."

Igualmente, la Resolución 406/2014, de 23 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, considera el contenido del estudio de viabilidad recurrible, dado que afecta a las ofertas de los licitadores y a las obligaciones derivadas del contrato. No obstante, el examen de las alegaciones formuladas a este respecto debe partir del reconocimiento de la discrecionalidad técnica en la elaboración del estudio de viabilidad de la concesión, tal y como señala la Resolución 387/2019, de 17 de abril, del mismo órgano revisor:

"*Pues bien, para dar respuesta a estos alegatos, como punto de partida debe invocarse la discrecionalidad técnica del órgano administrativo competente para elaborar el estudio de viabilidad previsto en artículo 285.2 de la LCSP, así como de las previsiones que posteriormente lo reflejarán en los Pliegos.*

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324) afirmó que "la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción "iuris tantum" sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los

interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador (...)".

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2014 (Recurso 3157/2013) viene a señalar que la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadores, impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico.

Por lo tanto, no se trata de realizar un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes, sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del razonamiento técnico se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos.

Así se procederá en el caso que nos ocupa. Por tanto, no se podrán tomar en consideración las argumentaciones de la recurrente anteriormente referidas que tienden a ofrecer una versión alternativa al modelo de viabilidad económica elaborado por el Ayuntamiento con fecha de 16 de mayo de 2018.

Y ello obliga por tanto a analizar aquellos aspectos que, asépticamente y exentos de valoraciones subjetivas, pongan de manifiesto un error patente o una contravención de la normativa aplicable."

Desde esta perspectiva analizaremos los motivos de impugnación esgrimidos. En el primero de ellos considera la reclamante que el "estudio de viabilidad" está totalmente desvirtuado, ya que basta con corregir "errores" tan innegables como son el incluir los tributos de IRPF (que el estudio no contempla) para que ya salga negativo. Veamos dichos errores referidos y su alcance.

Examinado el expediente figura, en el cálculo de costes contenido en el estudio de viabilidad, que se incluye un coste en concepto de IAE, no incluyéndose, sin embargo, ningún coste asociado a la tributación del IRPF, señalándose que "*No se contempla el pago de impuestos sobre el beneficio porque depende de factores a priori desconocidos*".

Pues bien, tal y como señala el art. 2 del Decreto Foral Legislativo 4/2008, de 2 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Foral sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, dicho impuesto es un tributo de carácter directo y

naturaleza personal y subjetiva que grava la renta de las personas físicas. Por su parte el art. 5.2 señala que compone la renta del sujeto pasivo, entre otros elementos, los rendimientos de las actividades empresariales o profesionales.

A este respecto, coincidimos con lo indicado en el informe elaborado por la técnica autora del estudio de viabilidad, en el que se señala que el importe a satisfacer a través de este tributo depende de diversos factores, y no exclusivamente del rendimiento de la actividad económica, por lo que su estimación no sería, en cualquier caso, más que aproximativa. Igualmente consideramos que el importe de este tributo no debe formar parte del cálculo de costes realizado en el estudio de viabilidad, dado que se trata de un impuesto de naturaleza personal, y no de un coste derivado de la gestión del servicio y por lo tanto, al no ser un coste vinculado al servicio, su falta de consideración en el estudio de viabilidad se considera correcta, debiéndose desestimar esta alegación.

En cuanto al resto de errores que se alegan en relación con el estudio de viabilidad, previamente a su análisis conviene recordarlos.

a) Así se alega por la reclamante que los costes son inferiores a los costes reales al considerar que se han calculado de menos el número de horas de apertura obligatoria del centro (siendo el número real para 2021 de 1.315 horas y el previsto de 1.257 horas); de igual modo considera que se han excluido también las pagas extra obligatorias por convenio y otros pluses salariales; advierte que se utiliza una categoría inferior a la que obliga el convenio (categoría salarial de guía de turismo – nivel 5 –, cuando la que le correspondería, tanto por ser autónoma como por las labores a realizar, sería la del nivel 10 del grupo profesional 1) ; considera finalmente que se han excluido gastos necesarios para el desempeño de las labores obligatorias recogidas en los pliegos (costes de dietas y desplazamientos, y otros costes como la contratación de un servidor, la compra de un ordenador y de un teléfono, la contratación de una línea de internet, la compra de un aspirador y de un fax, tickets de doble matriz, solución alcohólica y equipos individuales de protección para dar cumplimiento a las cláusulas de higiene, costes de promoción y publicidad del recurso, y coste del seguro sobre la oficina de turismo y sobre los bienes arqueológicos que contiene);

Tras su exposición sucinta, seguidamente los analizaremos de manera individualizada.

Respecto al cálculo del número de horas de apertura obligatoria del centro, el estudio de viabilidad cifra estas en 1.257. El Ayuntamiento manifiesta que "*existe un pequeño desfase de 9 horas, que obviamente, dado su pequeño número no es relevante para el cálculo económico incluido en la viabilidad del plan y que por lo tanto no lo desvirtúa*", no concretando si este desfase supone un incremento o una disminución en las horas de apertura.

Este Tribunal, tras calcular las horas atendiendo al calendario de 2021 y al horario mínimo de apertura previsto en la cláusula 6ª del pliego técnico, concluye que las horas señaladas en el estudio de viabilidad no son correctas, no ajustándose al calendario previsto en el pliego. Motivo por el cual, considerando que este dato tiene incidencia en el coste del servicio, puesto que sirve de base para calcular el coste salarial, consideramos que debe estimarse esta alegación.

El siguiente "error" puesto de manifiesto es el referido a la no aplicación del convenio laboral en las pagas extra, pluses salariales y categoría profesional. Al respecto debemos señalar que su observancia en el cálculo de los costes resulta preceptiva. Así, el art. 42.2.a) de la LFCP obliga a incluir en el cálculo del valor estimado del contrato, como mínimo, los costes derivados de la aplicación de los convenios colectivos sectoriales de aplicación y la normativa laboral vigente, y el art. 43.5 insiste respecto a esta cuestión para el cálculo del precio del contrato.

En consonancia con ello, el art. 66.3.b) de la LFCP señala que los pliegos deben advertir que la oferta económica deberá ser adecuada para que el adjudicatario haga frente al coste derivado, como mínimo, del convenio sectorial que corresponda, sin que en ningún caso los precios/hora de los salarios contemplados puedan ser inferior a los precios/hora del convenio más los costes de Seguridad Social. Advertencia que se contiene, en este caso, en la cláusula 11ª del pliego administrativo.

Por lo tanto, dado que el concesionario debe respetar las condiciones salariales previstas en el convenio colectivo de aplicación, el coste asociado a estas debe igualmente incorporarse en el cálculo del coste de la explotación del servicio.

Frente a lo esgrimido, el órgano de contratación se limita, a este respecto, a alegar que el convenio colectivo no es de aplicación en el caso de personas autónomas. Esta alegación está relacionada con la consideración realizada en el estudio de viabilidad que, respecto de los gastos de personal, señala lo siguiente "*En el modelo de negocio que se plantea en el presente estudio, no se establece el coste salarial de la persona autónoma, sino que es el resultado económico derivado del negocio el que compone la retribución salarial de la persona emprendedora*". Sin embargo, a pesar de esta afirmación, con posterioridad, para calcular el coste salarial de la concesión, parte del coste salarial del guía turístico conforme al convenio colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes (2016-2018). Convenio que fue registrado y publicado por la Resolución de 3 de noviembre de 2016, de la Dirección General de Empleo y que consta publicado en el BOE núm. 281, de 21 de noviembre de 2016.

Pues bien, partiendo de lo expuesto comenzaremos analizando la alegación relativa a la categoría profesional, considerando la reclamante que la propia del servicio es la del Grupo Profesional 1 y nivel 10 "Técnicos/as gestores/as", aludiendo a las funciones incluidas en la concesión, haciendo énfasis en el término "gestión" que se cita en los pliegos y a que el nivel 5 previsto en el estudio de viabilidad únicamente cabe en el caso de los guías contratados por una empresa, y no para los guías autónomos.

Respecto a ello, hemos de señalar que el art. 7 del convenio colectivo regula la clasificación profesional, señalando respecto al "Grupo 1. Técnicos/as gestores/as" que "tienen atribuidas funciones de gestión, organización, planificación y control que comprenden los trabajos de dirección de carácter central de la empresa, con dependencia de la alta dirección y jerarquía sobre sobre los centros de trabajo de sus respectivos ámbitos".

Respecto al "Grupo 2. Agentes de viajes y administración", se señala que "Comprende aquellos/as trabajadores/as que llevan a cabo tareas de atención al cliente, de oficina, administrativas, contables, comerciales, manejo del material necesario para

el desarrollo de sus actividades, y otras análogas, que desarrollan su actividad profesional en los ámbitos emisor, puntos de venta, receptivo, guías turísticos (con relación laboral), asistentes de guías turísticos (con relación laboral), etc.”.

Para un correcto análisis resulta necesario transcribir lo dispuesto en la cláusula 22ª del pliego administrativo:

“La persona adjudicataria, desde el momento en que comience la ejecución del contrato, tendrá los siguientes derechos:

A. *A explotar el punto de información turística y organizar visitas guiadas sobre los atractivos turísticos de Artajona, con la exclusividad única de las visitas a la Iglesia de San Saturnino, durante el tiempo que dure la concesión.*
B. *A la explotación de un vending en el terreno anexo a la oficina de información turística a riesgo y ventura de la persona adjudicataria.*
C. *A la explotación de los vídeos de 360º, que el Ayuntamiento pone a su disposición.*
D. *Al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión.*
E. *A adoptar las medidas necesarias, dentro del marco establecido por la explotación del servicio, formulando, en su caso, las denuncias pertinentes cuando se vean perjudicadas las instalaciones del Ayuntamiento.*
F. *A una prórroga en el plazo de concesión si el retraso se ha debido a fuerza mayor o a causa imputable al Ayuntamiento de Artajona. La prórroga que se conceda será, por lo menos, igual al retraso habido, a no ser que el concesionario solicite una prórroga menor.*

La persona adjudicataria tendrá las siguientes obligaciones:

A. *Gestionar el punto de información turística, prestando servicios de acogida información y visitas guiadas de conformidad con lo establecido en los Pliegos de Cláusulas Administrativas y Técnicas así como en la propuesta que haya formulado, asumiendo el riesgo económico de su gestión. La ejecución del contrato, por lo tanto, se realizará a riesgo y ventura de la persona concesionaria y serán por cuenta de éste las pérdidas, averías o perjuicios que experimente durante la ejecución del contrato.*
B. *Cuidar de la adecuada aplicación de las normas sobre higiene uso, policía y*

conservación, necesarias para una correcta prestación del servicio, observando en cada momento las normas que vengan establecidas por las autoridades sanitarias.

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

D. *Admitir el uso y disfrute de las instalaciones a todo usuario que de acuerdo con las normas legales en materia de establecimientos turísticos y en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, tenga derecho a ello, siempre que no se exceda la capacidad de las instalaciones.*

E. *Cuidar del buen orden y de la calidad del producto turístico, pudiendo dictar las oportunas instrucciones a tal efecto, sin perjuicio de los poderes de policía que correspondan al Ayuntamiento de Artajona.*

F. *Responder ante particulares de todos los daños y perjuicios que se causen como consecuencia de la ejecución del contrato. El Ayuntamiento de Artajona responderá únicamente de los daños y perjuicios derivados de órdenes, inmediatas y directas, del mismo.*

G. *Cumplir escrupulosamente la normativa en las materias de defensa de consumidores y Usuarios, sanidad, prevención de riesgos laborales, protección civil, medio ambiente y montes.*

H. *Soportar la presencia de expositores de información turística cuando así lo decida el Ayuntamiento.*

I. *Cooperar en la gestión de otros recursos o productos turísticos que se pudieran establecer.*

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

K. *Depositar en el ayuntamiento las quejas y sugerencias recibidas en la oficina del punto de información turística.*

L. *Emitir ticket de entrada con su correspondiente número, en el que deberá constar la modalidad del servicio prestado (que tipo de visita se contrata) y el*

coste del mismo, guardando una copia para el Ayuntamiento. Los tacos resultantes de la expedición anual serán entregados al ayuntamiento en un periodo de 15 días tras finalizar cada año del contrato. Será obligatorio que figure cartel en la oficina en sitio visible que es obligatorio expedir ticket.

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

N. *Realizar estadísticas y enviar mensualmente al Ayuntamiento de Artajona, dentro de los primeros 7 días de cada mes, datos desagregados de personas visitantes (mínimo, número de personas, género y procedencia) así como datos del tipo de visita que haya sido contratada. Y cuando se le requiera, colaborar con encuestaciones tanto del Observatorio Turístico de Navarra como con el de la Ruta del vino de Navarra.*

O. *Entregar, antes del 31 de octubre, una memoria informe en la que se recojan, datos desagregados de personas visitantes así como del tipo de visita que haya sido contratada y conclusiones y propuestas de mejora detectadas. Toda la documentación derivada de los trabajos realizados será presentada en soporte informático descargable o en papel al Ayuntamiento de Artajona. La información y documentación recogida o elaborada en el curso de los trabajos será propiedad del Ayuntamiento de Artajona.*

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

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

R. *Destinar a la ejecución del contrato el personal que la empresa*

adjudicataria haya indicado vaya a adscribir al contrato en la propuesta técnica. Si, por alguna circunstancia, hubiera de producirse algún cambio en el citado personal, el cambio deberá ser autorizado por el Ayuntamiento y a tal efecto se deberá formular la correspondiente comunicación antes de la firma del contrato a este Ayuntamiento, indicando los datos personales y las titulaciones que posea la persona a contratar que en todo caso deberán ser similares al personal al que sustituya. Sin la citada autorización el citado personal no podrá adscribirse al contrato,

S. *Utilizar en la gestión del contrato el dominio cercodeartajona.com que este Ayuntamiento ha contratado. El citado dominio deberá constar en la página web que se utilice para la promoción de las visitas.*

T. *El resto de obligaciones establecidos en el artículo 209 de la Ley Foral 2/2018, de 9 de abril, de Contratos Públicos, en la medida en que sean de aplicación al presente contrato."*

Pues bien, si atendemos a las funciones consignadas en la transcrita cláusula 22ª, se observa que estas tienen mejor encaje en el citado Grupo 2, no existiendo en la presente concesión ninguna relación jerárquica sobre centros de trabajo, requisito exigido para incluir un puesto de trabajo en el Grupo 1.

No obsta a lo anterior la consideración de la licitadora como trabajadora autónoma, por la misma razón antes esgrimida cuando justificábamos la aplicación del convenio colectivo; este se utiliza como referencia para calcular un coste laboral, sin que pueda atenderse a la hora de realizar el estudio de viabilidad a la situación empresarial propia de cada eventual licitador.

Por todo ello, consideramos que la categoría profesional y el nivel contemplados en el estudio de viabilidad es correcto, dado que la misma se corresponde con las funciones asignadas al concesionario del servicio, por lo que esta alegación debe ser desestimada.

También se argumenta que el estudio de viabilidad señala que el coste/hora del personal se ha calculado excluyendo pagas extraordinarias. Efectivamente, el art. 40 del

convenio colectivo sí alude a las gratificaciones extraordinarias, tal y como aduce la reclamante, por ello, conforme al criterio antes mantenido, dichas gratificaciones deberían ser tenidas en cuenta en el cálculo del coste salarial, por lo que en este caso si procedería estimar dicha alegación.

Por último, la reclamante alude, sin concretar ni justificar, a la ausencia de cuantificación en el estudio de viabilidad de otros pluses salariales obligatorios por convenio. Al respecto hemos de indicar que, tal y como señalamos en el Acuerdo 56/2019, de 19 de junio, si bien la jurisprudencia ha interpretado tradicionalmente los requisitos en la formulación de la demanda con un espíritu antiformalista, propio del Derecho Administrativo, "*también ha exigido un mínimo de fundamentación en el análisis de los hechos, en relación al derecho aplicable, para delimitar y justificar la pretensión. Prescindir de indicar en el escrito de interposición de la reclamación las razones que motivan el ejercicio de la acción, limitándose a plantear a este Tribunal ciertas preguntas – como sucede en este caso con las dos últimas cuestiones planteadas por la reclamante – infringe el principio de contradicción, esencial en todo proceso, y, por ende, el derecho a la legítima defensa de la parte cuyos actos se impugnan, que debe conocer en toda su extensión los aspectos sobre los que versa el procedimiento de impugnación, para poder defenderse debidamente, contestar y utilizar los medios de prueba que precise. No basta con referir determinadas cuestiones sin aludir a que las mismas adolezcan de defecto jurídico alguno y sin indicar las razones de su oposición, toda vez que sin ello no se puede pretender que sea la entidad contratante la que justifique sus actuaciones, ni mucho menos que este Tribunal sustituya a las partes y complete sus insuficiencias, fundamentalmente en un aspecto tan relevante para el proceso como es la identificación de las concretas razones de impugnación esgrimidas que, como no puede ser de otra manera, corresponden exclusivamente, en virtud del principio dispositivo, a la parte que ejercita la acción de impugnación.*" Es por ello, que ante la ausencia de concreción y justificación por parte de la reclamante esta alegación debe ser desestimada.

Resta referirnos a la alegación relativa a que el estudio de viabilidad excluye otros gastos necesarios para el desempeño de las labores recogidas en los pliegos. Que seguidamente analizaremos.

Se afirma, que no se han tenido en cuenta costes de dietas y desplazamientos para la asistencia a reuniones o a acciones de formación en el Servicio de Marketing Turístico, con sede en Pamplona, y en el Consorcio de Desarrollo de la Zona Media, con sede en Olite, y cuya asistencia se prevé en la cláusula 5ª del pliego técnico.

Pues bien, comenzando por el Consorcio de Desarrollo de la Zona Media cabe señalar que, consultada la Memoria Anual de 2019, no se aprecia la realización en dicho año de ninguna reunión o acción formativa en materia de turismo, por lo que el gasto que se genere por ello será, en caso de existir, residual.

Respecto al Servicio de Marketing e Internacionalización Turística del Gobierno de Navarra, no consta en su página web ninguna información sobre la realización de formaciones o reuniones de trabajo con profesionales del sector por lo que cabe presumir que estas actividades tampoco serán muy numerosas, no siéndolo igualmente el coste que devenguen que, en cualquier caso, tampoco se cuantifica por la reclamante.

La cláusula 11ª del pliego técnico señala que "*la persona adjudicataria deberá observar el protocolo de medidas comunes a todas las Oficinas de la Red de Información Turística del Gobierno de Navarra y a los Puntos Asociados de Información Turística*". La reclamante aduce, en relación con ello, que dicho protocolo recoge la obligación de asistir a reuniones periódicas, así como a formaciones, que se desarrollan en la sede del Departamento de Turismo o en la de la entidad formadora. Desconocemos, una vez más, el número de reuniones o formaciones obligatorias que se derivan de la ejecución del citado protocolo; ni encontramos constancia del mismo en la página web del Departamento de Desarrollo Económico del Gobierno de Navarra. Sin embargo, como en el caso anterior, cabe cuestionar el gasto que ello supondría al concesionario, que tampoco cuantifica.

La reclamante alega también que deben incluirse otros gastos, tales como la contratación de un servidor, la compra de un ordenador y de un teléfono, la contratación de una línea de internet, la compra de un aspirador y de un fax, y de tickets de doble matriz. En relación con ello debemos recordar que el estudio de viabilidad incluye bajo la denominación de "otros costes" una partida en la que se incluyen gastos de material de oficina, productos de limpieza, teléfono y asesoría fiscal y laboral. Por lo tanto, algunos de los costes citados ya estarían incluidos en dicha partida. Otros, como es el

caso del aspirador o de los tickets de doble matriz, no parecen contemplarse expresamente, si bien su coste o incluso existencia puede depender de los propios licitadores, dado que algunos ya dispondrán de dichos elementos y otros no. En concreto, dado que la reclamante es quien gestiona el servicio desde el año 2016, resulta lógico pensar que sus costes por estos conceptos serán menores que los de otros profesionales interesados en la licitación de la concesión. En todo caso, no se aprecia que el estudio de viabilidad adolezca de ningún defecto o imprecisión en este sentido. En consecuencia debe desestimarse también esta pretensión.

Alega la reclamante que tampoco se contempla el coste de solución alcohólica y equipos individuales de protección para dar cumplimiento a la cláusula de higiene. Al respecto hemos de decir que este coste no es elevado y, en todo caso, no puede estimarse el plazo durante el cual será necesario su uso. A modo de ejemplo, el coste de mascarillas higiénicas para todo un año podría suponer en torno a 60 euros, según precios de internet, lo que confirma un coste menor.

Respecto a los costes de promoción y publicidad, la reclamante se limita a señalar que no son "*nada desdeñables*", por lo que nuevamente prescinde de justificar o motivar debidamente su alegación. Por último, en relación con el coste del seguro sí ha sido considerado en el estudio de viabilidad como así figura en el expediente.

Consideramos, por lo tanto, que esta alegación relativa a los otros gastos que la reclamante considera necesarios para la ejecución del contrato debe ser desestimada.

b) El segundo grupo de errores referidos al estudio de viabilidad inciden en que la estimación de ingresos es superior a la real puesto que no incluye en sus cálculos la tributación a Hacienda, como ya se ha señalado; y manipula los datos de visitas de 2017 utilizando el número total de personas que entraron en la oficina de turismo a pedir información como si fuera el número de compras de visitas guiadas.

La cuestión relativa a la tributación a Hacienda por el rendimiento de la actividad económica ya ha sido analizada con anterioridad por lo que a ella nos remitimos.

Respecto a la utilización de los datos de visitas para el cálculo de la previsión de ingresos, la reclamante señala que la cifra incorporada en el estudio de viabilidad es el número de visitantes que acudieron al punto de información turística durante 2017, pero no el número de personas que compraron visitas guiadas, señalando que conoce este hecho porque fue quien redactó el informe en que se basa dicho dato. Sin embargo, no cuantifica cual fue el número real de visitas guiadas en dicho año.

Efectivamente, el estudio de viabilidad parte de los datos facilitados por la empresa concesionaria (la propia reclamante), y corresponden al año 2017, porque, según señala, "*la falta de datos sobre el número de consultas atendidas presencialmente en el Punto de información turística, atendiendo a la fecha de su visita o de la procedencia de visitantes, así como la falta de un registro de la venta de tickets individuales y de grupos, no permite una estimación real de la demanda*". Es decir, a falta de datos más fiables y más actuales, parte de los que tiene, que fueron suministrados por la concesionaria, debiéndose recordar a este respecto lo señalado en la Resolución 1102/2019, de 30 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, respecto al cálculo de la demanda del servicio:

"*Es doctrina reiteradísima de este Tribunal que la Administración dispone de un amplio grado de discrecionalidad para determinar tanto el precio como el valor estimado de los contratos, con el límite de no incurrir en arbitrariedad.*

En este caso, es evidente y pacífico que la estimación del tráfico anual de viajeros del servicio es uno de los parámetros esenciales para poder fijar el valor estimado de la concesión. Y también es pacífico que la concesión que se pretende licitar no existía con anterioridad a la convocatoria de esta licitación, puesto que estaba integrada por dos concesiones distintas que, en parte, se refunden en la actual, excluyendo los tráficos entre León y Valladolid. Así, es evidente que los únicos datos de tráfico reales de los que dispone la Administración son los de las concesiones refundidas en la actual, que son precisamente los que se han utilizado, con las modulaciones necesarias, para la estimación del tráfico anual del servicio. De hecho, la recurrente no plantea ninguna base de cálculo distinta ni tampoco ninguna fórmula alternativa para determinar el valor estimado del contrato, sino lo impugna de plano. También omite en su alegación que, como pone de manifiesto es Órgano de contratación, todos los datos utilizados para el cálculo son perfectamente accesibles

para cualquier empresa interesada en licitar. En definitiva, no se aprecia la infracción denunciada y el motivo se rechaza."

Por lo tanto, dado que la estimación de la demanda se ha hecho en base a los datos de los que disponía el Ayuntamiento de Artajona, y que los mismos se suministraron precisamente por la ahora reclamante, que no aporta ninguna estimación ni siquiera meramente orientativa al respecto, consideramos que esta alegación debe ser desestimada.

c) El tercer conjunto de defectos en la elaboración del estudio de viabilidad se refiere a que erróneamente calcula que el 100% de las horas de apertura son horas de recaudación de ingresos por visitas guiadas, olvidando que dichas horas deben repartirse entre todas las labores no remuneradas obligadas por el pliego (limpieza, mantenimiento, gestión del turismo de la localidad, reuniones, formación, encuestas, información turística, etc.), y olvida también que hay días en los que la iglesia se abre al público por celebraciones religiosas y otros motivos.

Conforme a lo que se ha expuesto con anterioridad, el estudio de viabilidad utiliza el dato de la previsión de ventas para calcular los ingresos esperados y, ello, a fin de determinar el umbral de rentabilidad de la concesión. Evidentemente, existen tareas asociadas a la explotación de la concesión, tales como limpieza, suministro de información a los visitantes, recopilación de datos para el Ayuntamiento, etc., que no generan un rendimiento económico directo, si bien su inclusión en la concesión no merece reproche alguno, dado que, como alega el órgano de contratación, en los negocios existen muchas tareas que no pueden facturarse.

Asimismo, respecto a la apertura de la iglesia al público por celebraciones religiosas o por otros motivos, debemos reiterarnos en lo ya expuesto, en el sentido de que en dichos días el gestor del servicio puede adaptar el horario de las visitas al momento en que la iglesia esté libre, así como que el rendimiento de la explotación no deriva exclusivamente de dichas visitas, sino que pueden hacerse otras, si bien ya no con exclusividad.

Por ello, consideramos que esta alegación debe ser desestimada.

d) En el cuarto de los motivos la reclamante considera que el estudio de viabilidad está incompleto, ya que le faltan las páginas entre la 1 y la 8, lo que supone una infracción de las normas de publicidad; y se presentan dos tablas financieras distintas sin que se explique el motivo, siendo aparentemente la única diferencia entre ellas el IVA, pero sin que la diferencia en el beneficio industrial pueda atribuirse únicamente a la aplicación o no de dicho impuesto.

El simple examen del estudio de viabilidad permite apreciar que el mismo no está incompleto, sino que existe un error en su paginación, tal y como alega el órgano de contratación. Así, tras la portada sigue el índice, y a este el contenido del estudio que se inicia con su "Objeto y alcance", primero de los puntos previstos en el índice. No cabe apreciar, por ello, infracción alguna de las normas de publicidad en los términos denunciados por la reclamante.

Respecto a las dos tablas incorporadas en las páginas 17 y 18 del estudio de viabilidad, denominadas "Resultados provisionales para 2021" y "Tesorería por meses para 2021", la alegación que se formula no pretende tanto cuestionar su acierto sino interrogarse acerca de la diferencia reflejada en las mismas respecto al beneficio industrial. La explicación dada al respecto por el órgano de contratación basta para contestar a la misma: *El plan de empresa incluye información sobre los resultados económicos previstos para 2021 e incluye, también, información sobre la situación prevista de tesorería por meses. Para la realización del plan de tesorería se incluye el IVA que, aunque no supone un gasto ni un ingreso para la empresa, sí supone una entrada y salida de dinero. Esta es, en principio, la única diferencia entre ingresos y cobros, y gastos y pagos. Por lo tanto, el "cash-flow" anual de la segunda tabla no se corresponde con el resultado económico, sino que es la diferencia acumulada entre cobros y pagos, siendo la diferencia mayor que la del resultado económico porque a 31 de diciembre todavía no se ha satisfecho el pago correspondiente al cuarto y último trimestre de IVA, que asciende a 552,86 euros.*

e) La reclamante en quinto lugar no entiende porqué motivo el estudio de viabilidad cita el número de consultas presenciales de la red del Gobierno de Navarra en 2019 y no hace mención alguna al año 2020, cuando hay estadísticas ya publicadas que

recogen una caída de las consultas presenciales y del número de viajeros; alega, a este respecto, que ni el estudio de viabilidad ni el pliego tienen en cuenta la crisis del turismo y de la cultura a consecuencia del COVID, en un contexto que se prolongará presumiblemente durante todo o parte del tiempo de la concesión; alega, asimismo, que no se hace ninguna referencia al gasto en gel hidroalcohólico y a los equipos de protección personal, así como al incremento de tiempos de limpieza.

Al respecto hemos de señalar que el estudio de viabilidad hace una previsión de la demanda partiendo del informe elaborado por el Observatorio turístico de Navarra del año 2019, comparándolo con el del año 2018, y en base a los datos de visitantes del año 2017, últimos de los que dispone el Ayuntamiento y que, conforme a lo dicho con anterioridad, fueron aportados por la reclamante, tal y como esta manifiesta. Se utilizan, por ello, los datos de las anualidades completas más recientes de los que se dispone, lo cual es correcto para estimar previsión de la demanda.

Respecto a la incidencia del COVID en la utilización del servicio, procede traer a colación lo señalado en nuestro Acuerdo 89/2020, de 9 de octubre, en donde se cuestionaba la estimación de la demanda de un servicio de transporte público regular de viajeros por carretera por no haberse tenido en cuenta la incidencia de dicha pandemia:

"En el caso analizado, la argumentación de la entidad reclamante no pone en duda la razonabilidad y falta de error o arbitrariedad en las bases que soportan el precio establecido por la entidad contratante y ello porque siendo cierto el impacto de la COVID – 19 en el servicio licitado, no lo es menos que la entidad contratante lo ha contemplado, con la exclusión del año 2019, año de incremento de la demanda, en la estimación de los datos de explotación, pero, sobre todo, porque estando previsto el comienzo de la concesión en 2021 y teniendo ésta una duración de 6 años, lo previsible es que los efectos de dicha COVID-19 resulten atenuados en los comienzos de la concesión, desenvolviéndose las previsiones en el amplio plazo posterior.

A ello debe añadirse la falta de cuantificación y concreción de las afirmaciones realizadas por la entidad reclamante, que se limitan a cuestionar los datos de explotación utilizados y los costes incluidos para la determinación del precio del contrato, por lo que no cabe sino concluir que no ha sido acreditada la imposibilidad

de garantizar la viabilidad del contrato, no habiendo por ello razón para calificar de inadecuado el presupuesto fijado por la Administración."

Similares aseveraciones cabe realizar en el presente caso, en donde la explotación del servicio tiene un plazo de duración inicial de tres años, pudiéndose prorrogar el mismo por periodos anuales hasta un máximo de tres años más, conforme a lo dispuesto en la cláusula 5ª del pliego administrativo.

En relación con la alegación relativa al incremento de gasto por la utilización de gel hidroalcohólico, a los equipos de protección personal y a la limpieza, ya se ha examinado con anterioridad a cuyo contenido nos remitimos.

Pues bien, tras lo expuesto en relación con las diversas alegaciones relativas al estudio de viabilidad de la concesión, consideramos que el umbral de rentabilidad calculado y, con ello, el beneficio esperado con la explotación del servicio debería ser recalculado en los términos anteriormente expuestos.

Continuamos el análisis con el quinto motivo de impugnación relacionado con el condicionado de los pliegos al considerar la reclamante que deja en peor situación económico financiera a la empresa concesionaria del servicio que a cualquier otro guía turístico que se ubique por libre en el Cerco de Artajona y/o en los dólmenes, sin tener que estar sujeto a los costes fijos recogidos en este contrato, lo cual no es acorde a los principios de la LFCP.

Señala, a este respecto, que los costes fijos son muy elevados y que el horario de apertura es muy amplio, que la ubicación de la oficina de turismo no es la idónea, que la exclusividad que proporciona el Ayuntamiento se refiere únicamente a las visitas a la iglesia, así como que las tarifas y la tipología de las visitas se impone por el Ayuntamiento.

Pues bien, la reclamante manifiesta su desacuerdo con las condiciones de explotación del servicio, no obstante, a este respecto, cabe recordar que es al órgano de contratación a quien corresponde fijar el objeto del contrato, constituyendo esta una facultad de ejercicio discrecional, conforme a lo reconocido reiteradamente por la

doctrina. A ello alude, entre otros, el Acuerdo 68/2017, de 30 de octubre, de este Tribunal con cita en la Resolución 245/2016, de 8 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en el que se pone de relieve que *"(…) Por lo demás, la anterior consideración no es sino concreción de la doctrina más general acerca de la discrecionalidad que debe reconocerse al órgano de contratación a la hora de establecer las características técnicas del objeto contractual. Así, en la Resolución nº 756/2014, de 15 de octubre, aludíamos a este respecto a "lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP.*

Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él (…)".

Frente a ello la reclamante se limita a realizar diversas consideraciones que han de tenerse por opiniones personales, sin identificación de posibles preceptos legales que resulten vulnerados por las condiciones de la explotación que sin embargo cuestiona. Resultando además libre de no concurrir a la licitación si considera que las condiciones planteadas en la concesión no resultan ventajosas. Pero lo que no cabe es pretender alterar los términos de esta conforme a su opinión personal, sin acreditar incumplimiento alguno de la LFCP, puesto que la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende.

La sexta y última causa se refiere al momento en el que se ha procedido a la licitación, al coincidir con fechas en las que le correspondía todavía la explotación y/o una reducción del canon anual de 2020, por haberse producido este año un cierre obligatorio en primavera por causa mayor (COVID) y recoger su contrato un derecho al

restablecimiento del equilibrio económico, no habiéndose producido ninguna de las dos situaciones, por lo que solicita la suspensión cautelar del procedimiento de licitación.

Al respecto hemos de señalar que esta alegación sirvió para fundamentar la solicitud de la medida provisional que fue desestimada mediante el Acuerdo 110/2020, de 17 de noviembre, por lo que no procede hacer ninguna consideración al respecto, remitiéndonos a lo dicho en aquel.

En consecuencia, por las razones anteriormente detalladas, procede estimar parcialmente la reclamación especial interpuesta por los diversos motivos analizados por este Tribunal.

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 doña M. N. O. F. frente a los pliegos reguladores del contrato de "*Gestión del Punto de Información y Explotación Turística en Artajona*", disponiendo la anulación de las cláusulas 6 y 15 del pliego de cláusulas administrativas particulares, conforme a lo expuesto en los fundamentos de este Acuerdo, y, por ende, la imposibilidad de continuar la tramitación del procedimiento de licitación.

2º. Notificar este acuerdo doña M. N. O. F., al Ayuntamiento de Artajona y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 23 de diciembre de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.