



Expediente: 3/2020

ACUERDO 15/2020, de 24 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por INSTALACIONES DEPORTIVAS MASQUATRO, S.L. frente al anuncio de licitación del contrato de concesión de servicios “*Gestión de las instalaciones deportivas municipales del Valle de Egüés/Eguesibar*”, promovido por el Ayuntamiento del Valle de Egüés.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento del Valle de Egüés publicó el 10 de enero de 2020 en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación del contrato de concesión de servicios “*Gestión de las instalaciones deportivas municipales del Valle de Egüés/Eguesibar*”. Asimismo, con fecha 13 de enero de 2020 se publicó dicho anuncio en el Portal de Contratación de Navarra.

SEGUNDO.- Con fecha 20 de enero de 2020, INSTALACIONES DEPORTIVAS MASQUATRO, S.L. (en adelante MASQUATRO) ha interpuesto una reclamación especial en materia de contratación pública frente al Pliego de dicha licitación.

Comienza dicha reclamación destacando los aspectos que considera más relevantes de los anuncios de licitación publicados. Así, entre otras cosas, señala que el contrato no se ha dividido en lotes, conforme a lo previsto en el artículo 41 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante LFCP), lo cual no ha sido justificado.

Realiza, a continuación, las siguientes alegaciones:

1º. Nulidad de la cláusula 7ª del Pliego de Condiciones Particulares, relativa a la solvencia económica.

Señala que, para acreditar la solvencia económica del licitador, esta cláusula del Pliego exige una declaración sobre el volumen de negocios en un ámbito de actividades similar al del objeto del contrato, estableciéndose que *“el volumen de negocios anual deberá ser superior a 2.000.000 euros durante cada uno de los tres últimos ejercicios (2018, 2017 y 2016)”*.

Manifiesta, a este respecto, que la citada cláusula hace referencia a los tres últimos ejercicios, aludiendo a los años 2018, 2017 y 2016, pero no a 2019, lo cual contraviene el artículo 16.1.c) de la LFCP.

Señala, asimismo, que este requisito de solvencia económica, sin justificación alguna, está enfocando toda la licitación a que sólo pueda presentarse el actual gestor de la misma.

Por otro lado, señala que el volumen mínimo de 2.000.000 euros por año vulnera los principios de concurrencia y no discriminación en la licitación, así como el mismo precepto de la LFCP, que establece que *“el volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros. En este caso se indicarán las principales razones de la imposición de dicho requisito en los pliegos”*. Dado que el valor estimado del contrato es de 500.000 euros, según dicho límite, el volumen mínimo exigido en la solvencia económica no podría exceder de 750.000 euros. Además, dicho importe sería el límite máximo legal, debiendo el órgano de contratación justificar si es adecuado al presente contrato.

Asimismo, alude al preámbulo de la LFCP, donde se señala que uno de sus objetivos es facilitar la participación de las PYMES en la contratación pública, para lo que se establece una limitación en el volumen de negocio exigible como solvencia económica.

2º. Nulidad de la cláusula 8ª del Pliego de Condiciones Particulares, relativa a la solvencia técnica.

Señala que como solvencia técnica se solicita una relación de los principales servicios efectuados en los tres últimos años, exigiendo como requisito mínimo la aportación de *“al menos un certificado correspondiente a la gestión de un centro deportivo con un volumen de negocios de al menos 1.500.000 euros en alguno de los tres últimos años (2018, 2017 ó 2016)”*.

Considera que este criterio de solvencia técnica se convierte en una suerte de “solvencia económica bis”, dado que la Cuenta de Explotación de la concesión está incluida en la general, en el volumen de negocio total del licitador, de modo que se está pidiendo nuevamente haber tenido un volumen de negocio de al menos 1,5 millones en alguno de los últimos tres años.

Además, señala que el artículo 17 de la LFCP regula con carácter imperativo la “Solvencia técnica o profesional de quien licite”, estableciendo de forma amplia y pormenorizada cómo se puede acreditar, y no contemplando en ninguno de los supuestos el volumen de negocios como forma de acreditación. Así, al referirse a los trabajos, puede señalarse su importe, pero no se permite que se establezca una limitación económica mínima en relación al mismo.

Manifiesta que según el Acuerdo 73/2017, de 27 de noviembre, de este Tribunal, las entidades adjudicadoras no pueden exigir en el Pliego otros medios de prueba para acreditar la solvencia que los señalados en la LFCP y, en el mismo sentido, el Acuerdo 19/2018, de 38 de febrero, trata además el aspecto de la desproporción en el criterio de solvencia técnica establecido como restricción de la libertad de concurrencia.

3º. Nulidad de la cláusula 5ª del Pliego de Condiciones Particulares, relativa al plazo de duración del contrato.

Se alega, en relación con esta cláusula, que la misma establece para la concesión un plazo inicial de 6 años, admitiéndose prórrogas anuales de mutuo acuerdo hasta

alcanzar los 10 años en total, pero previéndose además una especie de “periodo de prueba”, que se considera ilegal por constituir un fraude de ley

Se señala que este “período de prueba” supone una facultad de libre desistimiento sin causa ni penalización, que no se encuentra contemplada en la LFCP. Además, afirma que supone un enriquecimiento injusto del órgano de contratación, porque, aunque el licitador recupere la inversión efectuada, no se le indemniza por el coste que le ha supuesto licitar o por costes laborales no previstos a causa de la rescisión del contrato.

Entiende que este desistimiento sin causa altera el riesgo y ventura que caracteriza al contrato de concesión de servicios, y que el órgano de contratación puede proceder al rescate de la concesión cuando concurra un interés público, debiendo reequilibrar económicamente al adjudicatario en todos los daños, no sólo por la inversión efectuada, por lo que este período de prueba previsto en el Pliego vulnera la LFCP.

En consecuencia, solicita que se declare la nulidad de pleno derecho del Pliego y, subsidiariamente, *“la nulidad parcial del Pliego en las partes apuntadas en este escrito, y otras que advierta el Tribunal, integrando el mismo de forma ajustada a la normativa”*. Se solicita, por último, la suspensión del procedimiento de licitación de forma automática o como medida cautelar.

TERCERO.- Con fecha 22 de enero de 2020, el Ayuntamiento del Valle de Egüés ha aportado el expediente del contrato y ha presentado un escrito de alegaciones frente a la reclamación interpuesta, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP, en el que manifiesta lo siguiente:

1º. Sobre la cláusula 7 del pliego relativa a la solvencia económica y financiera.

Respecto a que no se incluya el año 2019, señala que el pliego y el expediente se aprobaron el 10 de diciembre de 2019, por lo que su contenido es el único posible, ya que en dicha fecha los años 2018, 2017 y 2016 eran los tres últimos ejercicios disponibles.

Respecto al importe para acreditar la solvencia, considera que la limitación de una vez y media el valor estimado del contrato prevista en el artículo 16.2.c) de la LFCP no es absoluta, pudiendo justificarse una solvencia superior a este límite, lo que en este pliego se considera más que justificado por el volumen de negocio de las instalaciones, que resulta superior al establecido como requisito mínimo de solvencia (2.438.057,94 euros en el ejercicio 2017 y 2.427.924,37 euros en el ejercicio 2018, frente a los 2.000.000 euros de requisito de solvencia económica establecido en el pliego).

Además, señala que el valor estimado del contrato se ha calculado considerando exclusivamente el canon fijo mínimo, sin tener en cuenta el canon variable y la inversión mínima de 300.000 euros, lo que redunda en una mayor justificación de un requisito de solvencia económica más elevado.

2º. Sobre la cláusula 8 del pliego relativa a la solvencia técnica o profesional.

Manifiesta que el artículo 17 de la LFCP define la solvencia técnica como *“la capacitación técnica o profesional para la adecuada ejecución del mismo, bien por disponer de experiencia anterior en contratos similares o por disponer del personal y medios técnicos suficientes. El nivel de solvencia técnica o profesional será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada a las características de la prestación contratada”*, así como que entre los medios de acreditación de la misma se incluye la *“relación de los principales suministros o de los principales servicios efectuados durante como máximo los tres últimos años en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado, avalada por cualquier prueba admisible en Derecho”*.

Por ello, considera el pliego ajustado a la LFCP, al exigirse una relación de los principales servicios efectuados en los que se indique, entre otros datos, el importe de los mismos, siendo requisito mínimo que al menos un certificado sea de la gestión de un centro deportivo con un volumen de negocios de, al menos, 1.500.000 euros.

3º. Sobre cláusula 5 del pliego relativa a la duración del contrato.

Respecto al año de prueba establecido en la cláusula 5ª, alega que el pliego es la ley del contrato y que el artículo 131 de la LFCP permite que las Administraciones Públicas concierten los contratos, pactos y condiciones que tengan por convenientes siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, así como que el artículo 160.1.1) de la LFCP recoge como causa de resolución de los contratos administrativos “*las que se establezcan expresamente en el contrato*”.

En consecuencia, al prever el pliego esta causa de resolución, sólo está estableciendo una prerrogativa de la Administración referente a la resolución del contrato que no es contraria al interés público, ni al ordenamiento jurídico por encontrar soporte en el citado artículo, ni a los principios de buena administración, pues pretende evitar que una mala administración (administración insatisfactoria) de la gestión derive en perjuicios para el servicio y los usuarios.

Igualmente, rechaza que esta previsión altere el riesgo y ventura del contrato, pues es inherente al mismo, y no resulta sorpresiva al encontrarse expresamente contemplada en el pliego.

Alega, como “cuestión tangencial”, que concurren circunstancias justificativas para que la prestación se licite en un único contrato, tales como la unidad de gestión de las instalaciones deportivas, que permite trasladar actividades de una instalación a otra, evitar duplicidades de los servicios que se ofertan y dimensionar las posibilidades de servicios en las instalaciones. Asimismo, indica que si se dividiera en lotes se duplicarían las actividades, ya que llevaría a los gestores a competir por unos mismos usuarios de determinados servicios en detrimento de otras actividades y servicios de interés.

Del mismo modo, considera que la división en lotes perjudicaría la subrogación de los actuales trabajadores, que prestan servicios en ambas instalaciones indistintamente.

Por último, considera que no procede la suspensión automática del procedimiento, dado que el artículo 124.4 de la LFCP la prevé para unos supuestos

concretos dentro de los cuales no se encuentra la impugnación de los pliegos reguladores, ya que no constituyen actos de trámite sino condiciones definitivas reguladoras de los derechos y obligaciones de las partes.

Asimismo, considera que tampoco procede adoptar la suspensión del procedimiento como medida cautelar, ya que ningún perjuicio produce al reclamante la continuación del mismo: a nadie se le impide presentar oferta y a ninguna situación irreversible se llega.

Se solicita, por todo ello, la desestimación de la reclamación interpuesta y de la medida cautelar solicitada.

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 concurrencia en la licitación del contrato, motivo previsto en el 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 lo previsto en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP, dado que el objeto del contrato tiene relación directa con el objeto social de la mercantil reclamante.

QUINTO.- Con carácter previo, debe abordarse la petición subsidiaria formulada por la empresa reclamante, en el sentido de declarar la nulidad parcial del

pliego impugnado e integrar éste conforme las normas y principios que rigen la contratación administrativa.

Pues bien, al respecto se ha de señalar como se ha hecho en numerosos acuerdos previos, entre otros, el Acuerdo 66/2019, de 26 de julio, que, *“existe un límite a la competencia de este Tribunal, respecto a la pretensión de la reclamante, y ello por cuanto la función del Tribunal – tal y como pusimos de relieve, entre otros, en nuestro Acuerdo 105/2018, de 16 de octubre – es exclusivamente una función revisora de la legalidad de los actos impugnados, sin que en ningún caso pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad de pleno derecho. Por tanto, debe inadmitirse dicha pretensión por falta de competencia de este Tribunal.”*

Así pues, la consecuencia de este carácter revisor en el caso que nos ocupa es la inadmisión de la pretensión de integración del pliego, de modo que, de resultar éste anulado será al órgano de contratación a quien corresponda la debida corrección.

SEXTO.- Sobre los motivos de fondo, la empresa reclamante, MASCUATRO, comienza señalando la vulneración del artículo 41 LFCP, por la falta de justificación de la decisión de no división del contrato en lotes.

El apartado primero del referido artículo señala que:

“Con carácter general los contratos se dividirán en lotes y alguno de ellos deberá reservarse a la participación de las entidades previstas en el artículo 36 de esta ley foral. Cuando el órgano de contratación decida no dividir en lotes el objeto del contrato, o decida no calificar como reservado ninguno de los lotes, deberá justificarlo.”

Del examen del expediente resulta que tal justificación no consta en ninguno de los informes que obran en el mismo y tampoco lo hace en el pliego.

Es en las alegaciones presentadas donde se encuentra por primera vez esta motivación, por lo que es clara la vulneración legal alegada. Sin embargo, habida cuenta

que la justificación contenida en las alegaciones proviene del mismo órgano llamado a realizarla en el expediente, la anulación por este motivo tendría como única consecuencia el traslado al expediente de la motivación realizada en vía de alegaciones, razón por la que la anulación del pliego por este motivo resultaría contraria al principio de economía procedimental.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales en cuya Resolución 190/2019, de 13 de junio, mediante cita de la 162/2018, de 1 de junio, del mismo tribunal, establece que, *“se advierte que la motivación determinante de la unidad contractual no se expresa por el órgano de contratación en los pliegos o en el expediente de contratación como establece el artículo 46 de la directiva y el vigente artículo 99 de la LCSP, sino en el informe al recurso, lo que nos lleva a analizar las consecuencias que esta falta de motivación previa tiene”*, razonando que *“el hecho de estimar que la ausencia de motivación en el expediente determina la anulación de la licitación solo produciría el efecto de que aquella se incorporase formalmente al mismo, pero ello no cambiaría la configuración del objeto efectuada por el órgano de contratación, ni ningún beneficio o ventaja reportaría a la recurrente”*, por lo que concluye que es contrario a la economía procedimental anular para que el órgano de contratación incluya la justificación del informe en el pliego.

En el mismo sentido, la Resolución 349/2018, de 6 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, señala que *“(…) por economía procedimental, tampoco resultaría operativo anular los Pliegos para que el órgano de contratación reiterare en los nuevos pliegos los razonables motivos para la no división en lotes expresados en su informe, razón por la cual no se considera procedente la estimación del recurso interpuesto”*.

Por tanto, no procede la anulación por este motivo.

SÉPTIMO.- El siguiente motivo planteado por la empresa reclamante es la nulidad de la cláusula 7 del pliego, relativa a la solvencia económica, cuyo contenido es el siguiente:

“-Declaración sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades similares a las del objeto del contrato. A estos efectos, el requisito mínimo considerado es el siguiente:

El volumen de negocios anual deberá ser superior a 2.000.000 euros durante cada uno de los tres últimos ejercicios (2018, 2017 y 2016)”.

Señala al respecto que la exclusión del año 2019, resulta ilógica e incongruente, al ser este año el anterior a la licitación, además de resultar contraria al artículo 16.1 c) de la LFCP. A ello añade que la exigencia de un volumen de negocios superior a 2.000.000 de euros supera el límite que dicho artículo impone, al establecer que el volumen de negocio no excederá de una vez y media del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados, siendo que dicho valor estimado es de 500.000 euros, y que no media justificación alguna.

La entidad contratante por su parte, alega que los tres últimos ejercicios disponibles en la fecha de aprobación del expediente (10 de diciembre de 2019), no podían ser otros que los señalados, así como que el volumen de negocios exigido se justifica tomando como base el volumen de negocios de las instalaciones objeto del contrato, que supera la cantidad exigida, y que, además, debe realizarse una inversión mínima de 300.000 euros.

El artículo 16.1 c) LFCP, cuya infracción se alega establece lo siguiente:

“Una declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades similar al del objeto del contrato, referida como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades de quien vaya a licitar, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios.

El volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros. En este caso se indicarán las principales razones de la imposición de dicho requisito en los pliegos.”

La LFCP no establece el momento de inicio del cómputo de los ejercicios a considerar en relación con la exigencia relativa al volumen de negocio, de modo que nada parece que pueda oponerse al hecho de que la entidad contratante refiera los tres ejercicios anteriores a aquel en que aprueba el expediente.

Por otra parte, la expresión “*ejercicios disponibles*”, debe entenderse referida a periodos contables, que abarcan el tiempo necesario para la contabilización de los resultados del ejercicio, en lugar de a años naturales, como parece haber entendido la entidad reclamante. En consecuencia, no se aprecia la alegada infracción del artículo 16.1.c de la LFCP.

No acontece lo mismo, sin embargo, con el volumen de negocios exigido (2.000.000 euros), ya que éste se sitúa muy por encima del límite establecido por el referido artículo (vez y media el valor estimado del contrato que asciende a 500.000 euros), con clara infracción del mismo.

Sobre la trascendencia de este límite, en relación con los principios de la contratación pública, en particular, los de competencia, concurrencia e igualdad, así como con los objetivos marcados por la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, y recogidos en la LFCP en relación con las PYMES, el título preliminar de ésta última contiene la siguiente declaración:

“se establece una limitación en el volumen de negocio exigible como solvencia económica, en el afán de facilitar la participación de las pymes en el mercado de la contratación pública. No obstante, esta cantidad de una vez y media del valor estimado del contrato debe ser bien entendida, como tope máximo que es, y aplicada en todo caso de acuerdo con el principio de proporcionalidad, con el único fin de garantizar que las empresas o profesionales que concurren a la licitación se encuentran en disposición de cumplir adecuadamente con los compromisos financieros que del contrato puedan derivarse. De esta forma, resulta imperativo para el órgano de contratación valorar caso por caso la solvencia que va a exigirse y de esta valoración puede resultar que una cifra de negocio de una vez y media del valor estimado del contrato resulte excesiva y por ello ilegal al restringir desproporcionadamente la competencia y violar los principios de concurrencia e igualdad.”

Volviendo al volumen de negocios impugnado, a la vista del expediente de contratación, se observa que el informe sobre la necesidad de la contratación, parte de un error al establecer que, *“en lo que respecta a la solvencia, la misma se ha determinado en función del contenido del contrato y volumen de las últimas cuentas de explotación de las instalaciones”*, ya que, esta consideración desconoce por completo que conforme al artículo transcrito, el medio de solvencia consistente en la exigencia de determinado volumen de negocios debe establecerse en función del valor estimado del contrato y no del volumen de las instalaciones cuya gestión es objeto del contrato.

Por ello, tampoco pueden ser acogidas las justificaciones en dicho sentido realizadas en fase de alegaciones, ni la relativa a que *“el valor estimado se ha calculado teniendo en cuenta el canon fijo mínimo, pero no el canon variable y la inversión mínima de 300.000 euros”* pues, no es mediante la superación del referido límite, el modo en que el órgano de contratación puede corregir los defectos detectados en el cálculo del valor estimado del contrato. Ello, porque según se establece con absoluta claridad en el artículo de referencia, la única excepción posible al límite establecido en el mismo es la concurrencia de *“riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros”*, debiendo en este caso indicarse en los pliegos las principales razones de tal decisión.

Conforme a lo expuesto se aprecia clara vulneración del artículo 16.1.c) de la LFCP, resultando de ello la exigencia de un nivel de solvencia desproporcionado que restringe injustificadamente la concurrencia e infringe el principio de igualdad, motivo por el que se estima la alegación, declarándose la solicitada nulidad de la cláusula 7 impugnada.

OCTAVO.- En relación con la cláusula 8 del Pliego del contrato, alega la reclamante ser aquella contraria a los principios de concurrencia y no discriminación, por venir a constituir una nueva exigencia de volumen de negocios igualmente desproporcionado y no siendo éste ninguno de los medios que a efectos de determinación de la solvencia técnica se señalan en el artículo 17 de LFCP.

La cláusula en cuestión establece:

“-Relación de los principales servicios efectuados durante como máximo los tres últimos años en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado, avalada por cualquier prueba admisible en Derecho.

El requisito mínimo considerado es la aportación de al menos un certificado correspondiente a la gestión de un centro deportivo con un volumen de negocios de al menos 1.500.000 euros en alguno de los tres últimos años (2018, 2017 ó 2016)”.

Contrariamente a lo señalado por la empresa reclamante, este medio de determinación de la solvencia está incluido en el apartado 17.2.b) LFCP, que establece: *“relación de los principales suministros o de los principales servicios efectuados durante como máximo los tres últimos años en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado, avalada por cualquier prueba admisible en Derecho. Los poderes adjudicadores podrán, previa justificación de las circunstancias que así lo aconsejen, tener en cuenta las pruebas de los servicios efectuados en periodos anteriores.”*

A esta regulación debe añadirse lo establecido en el apartado 1 del mismo artículo en el siguiente sentido: *“Se entiende por solvencia técnica o profesional la capacitación técnica o profesional para la adecuada ejecución del mismo, bien por disponer de experiencia anterior en contratos similares o por disponer del personal y medios técnicos suficientes. El nivel de solvencia técnica o profesional será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada a las características de la prestación contratada.”*

Lo que de todo ello resulta es que la mención al volumen de negocios sólo puede entenderse referida a los importes de las concesiones gestionadas con anterioridad por las empresas licitadores, ya que, tal mención tiene como fin determinar la similitud, como prueba de experiencia, entre los contratos gestionados por las licitadoras y la concesión objeto de la licitación. Así, la argumentación de la alegación carece de sentido, por lo que debe ser desestimada.

NOVENO.- En cuarto lugar la reclamante alega la nulidad de la cláusula 5 del Pliego, por ser ésta contraria a los principios y normas de la contratación y al principio

de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, al prever un período de prueba de un año durante el que la entidad contratante puede resolver el contrato, si no estuviera satisfecho con el servicio y sin que la empresa adjudicataria tenga más derecho que la devolución de las inversiones realizadas.

La entidad contratante defiende la legalidad de la cláusula, argumentando que ésta tiene cabida en el artículo 160.1 l) de la LFCP, que regula las causas de resolución de los contratos incluyendo la posibilidad de añadir otras, al señalar, tras las que enumera: *“las que se establezcan expresamente en el contrato”*. A esta razón añade el carácter de Ley del contrato que asiste a los pliegos.

El contenido de la cláusula es el siguiente:

“Se establece una duración inicial del contrato de seis años, admitiéndose la prórroga anual del mismo, de mutuo acuerdo, hasta un máximo total de diez anualidades. No obstante, el primero año se realizará a modo de prueba, pudiendo el Ayuntamiento del Valle de Egüés, resolver el mismo, antes de la finalización del primer año, para el caso de que no estuviese satisfecho con el servicio o la modalidad de gestión, en ese caso el adjudicatario no tendrá derecho a reclamación ni indemnización de ninguna clase excepto la recuperación de las inversiones realizadas en la instalación acordadas con el Ayuntamiento en cumplimiento del presente pliego, en tal caso el Ayuntamiento deberá abonar el importe de las inversiones realizadas y no amortizadas.

Así mismo en caso de la finalización del contrato antes del plazo total establecido en el pliego (10 años), el Ayuntamiento deberá abonar a la empresa gestora el importe de las inversiones realizadas y no amortizadas hasta dicha fecha.

Tanto las prórrogas anuales de mutuo acuerdo del contrato como la resolución unilateral del contrato dentro del primer año han de realizarse con un preaviso de dos meses.”

De este texto no resulta una causa de resolución del contrato, como entiende el Ayuntamiento de Egües, sino la autoatribución por dicha entidad de una potestad o prerrogativa administrativa de carácter discrecional, infringiéndose con ello el principio

de legalidad, así como el señalado por la reclamante, de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En efecto, no cabe si no es mediante la flagrante infracción de los principios señalados como podría establecerse una causa de resolución contractual basada en la falta de satisfacción de la entidad contratante, sin ningún tipo de referencia objetiva y sin una clara relación con el incumplimiento del contrato.

El artículo citado por la entidad contratante, en particular la dicción "*las que se establezcan expresamente en el contrato*", lejos de ofrecer base alguna para el establecimiento del referido período de prueba viene a establecer la posibilidad de introducir una causa específica de resolución por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del contrato, pues no otra cosa cabe interpretar a la luz de las normas y principios de la contratación, y de la propia esencia de la institución contractual.

Olvida la entidad contratante que las Administraciones Públicas únicamente pueden realizar aquello que las leyes les permitan hacer, según resulta del mandato derivado de los artículos 9.3, 103 y 106 de la Constitución.

Conforme al artículo 103 del texto citado las Administraciones tienen que actuar con "sometimiento pleno a la ley y al Derecho". Así ha sido puesto de manifiesto, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 26 de noviembre de 1990 en la que se dice que "*es conocido que la Administración no tiene otros poderes que los que la Ley le atribuye, de manera que lege silente aquélla carece de esa potestad reglamentaria o de cualquier otra*".

Consecuencia de ello es que las prerrogativas de que goza la Administración en materia contractual, como las de interpretación y modificación, se limitan a las expresamente contenidas en las leyes de contratos, en nuestro caso en la LFCP, que no contempla nada similar a lo contenido en la cláusula impugnada y cuyo artículo 131 deja bien a las claras el sometimiento a la ley de los pactos y condiciones reflejados en los Pliegos de la contratación.

Artículo 131. Libertad de pactos. Las Administraciones Públicas podrán concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas a su favor por esta ley foral.

Por todo ello la cláusula debe ser anulada, estimándose así la pretensión realizada con carácter subsidiario por la empresa reclamante, sin que se aprecie la concurrencia de ninguna de las causas que conforme al artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, determinarían la nulidad de pleno derecho solicitada con carácter principal.

DÉCIMO.- Respecto a la solicitud de suspensión del procedimiento de licitación, bien de forma automática o como medida cautelar, que realiza la empresa reclamante, cabe señalar que la misma opera de forma automática en virtud de lo dispuesto en el artículo 124.4 de la LFCP, que señala que *“la impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, acuerdo marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada”*.

El poder adjudicador se opone a dicha suspensión señalando, respecto a la producida de forma automática, que el citado artículo 124.4 no la prevé en el supuesto de que se hubieran recurrido los pliegos reguladores.

Sin embargo, no puede admitirse tal alegación, porque si bien es cierto, como señala aquel, que los pliegos reguladores tienen por finalidad fijar los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes, en sus aspectos jurídicos, administrativos, económicos y técnicos, conforme a lo dispuesto en el artículo 58.1 de la LFCP, también lo es que su aprobación y publicación se inserta en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos, constituyendo el contenido fundamental de un acto de trámite de especial relevancia dentro del mismo.

Así, respecto a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, el artículo 138 de la LFCP señala que los pliegos reguladores de la contratación “*aprobados por el órgano de contratación*” serán parte del expediente de contratación, disponiendo el apartado 4º de dicho artículo lo siguiente: “*Completado el expediente de contratación, excepto en el procedimiento simplificado, en el procedimiento negociado sin convocatoria de licitación y en el procedimiento especial para contratos de menor cuantía, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución comprenderá también la autorización del gasto*”.

Los pliegos, por lo tanto, constituyen uno de los contenidos del acto por el que se inicia el procedimiento de contratación; acto que, si bien puede ser calificado de trámite, reviste especial importancia tal y como señala el Informe 31/05, de 29 de junio de 2005, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado: “*(...) el acto del órgano de contratación por la que se aprueba el mismo – el expediente de contratación - y se autoriza el gasto necesario, es decir, se aprueban los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas conforme a lo dispuesto en el artículo 69.1 de la Ley, procediendo seguidamente a la convocatoria de la licitación pública, acto de significada trascendencia que permite a las empresas interesadas admitir el contenido de los pliegos y, en su caso, presentar sus proposiciones o impugnarlos conforme al procedimiento establecido*”.

La jurisprudencia también viene considerando la aprobación del expediente de contratación como un acto de trámite frente al que cabe recurso, lo cual resulta indubitado a la vista del artículo 122.2 de la LFCP. Así, la STSJ Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Única) 14 febrero 2000. R.º 504/1998, señala que:

“El acto por el que se convoca un procedimiento de adjudicación de un contrato administrativo, aun siendo un acto de trámite en cuanto es evidente que sólo inicia el procedimiento de adjudicación, está provisto de virtualidad propia ya que, si se quiere que prospere un eventual recurso contra el acto final de adjudicación definitiva --que es el que cierra el procedimiento-- con base en causas que afectan a la convocatoria propiamente dicha, la citada impugnación devendría inadmisibile porque el mero hecho

de participar en la misma conlleva la aceptación de sus bases (conforme a que nadie puede ir contra sus propios actos), de ahí que admitiendo esa tesis estaríamos ocasionando indefensión al recurrente”.

En idéntico sentido se pronuncia la sentencia de 5 de julio de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta), confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 28 Ene. 2014, Rec. 3368/2012:

“Ahora bien, no puede haber duda sobre la posibilidad general de impugnación del pliego de cláusulas técnicas, o más exactamente la resolución que lo aprobó, dado que se trata de un acto de trámite cualificado que condiciona definitivamente la licitación. En ese contexto, si no procedía el recurso especial en materia de contratación, la Administración había de haber recalificado el recurso de acuerdo con lo previsto en el art. 110.2 de la ley 30/1992, tomándolo en definitiva como un recurso ordinario”.

Cabe señalar, asimismo, que la publicación del correspondiente anuncio de licitación en el Portal de Contratación de Navarra y, en su caso, en el Diario Oficial de la Unión Europea, facilitando el acceso completo a los pliegos del contrato, constituye una obligación prevista en el artículo 88.2.c) de la LFCP, siendo la forma a través de la cual los posibles licitadores tienen conocimiento del acto de aprobación del expediente de contratación y posibilitándoles, con ello, la interposición de los recursos y reclamaciones pertinentes.

Por todo ello, debemos concluir que los pliegos reguladores constituyen uno de los contenidos del acto de aprobación del expediente de contratación, que su publicación faculta a los posibles interesados para accionar las correspondientes vías de recurso, y que, como acto de trámite, resulta susceptible de impugnación ante este Tribunal, la cual conlleva su suspensión automática. Todo ello, atendiendo a que la previsión del artículo 124.4 de la LFCP tiene como finalidad preservar el efecto útil de la reclamación especial en materia de contratación, limitando los perjuicios que pudieran derivarse de las infracciones cometidas en los procedimientos de licitación en cualesquiera de sus fases, también, en la fase inicial de aprobación del expediente.

Por último, debemos referirnos a la solicitud de “*nulidad radical*” del Pliego impugnado, con la que la empresa reclamante termina su escrito. Se trata de una solicitud carente de motivación, en la línea de las previamente realizadas con motivo de cada una de las alegaciones practicadas y que éste Tribunal ha estimado únicamente en relación con la primera.

Pues bien, al respecto se considera que el principio de conservación de los actos, así como el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad de pleno derecho, y la interpretación restrictiva de la que debe ser objeto, conforme a lo que resulta de los precedentes fundamentos no procede la declaración de nulidad del Pliego impugnado sino, únicamente la de la cláusula 7 y la anulación de cláusula 5.

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 INSTALACIONES DEPORTIVAS MASQUATRO, S.L. frente al anuncio de licitación del contrato de concesión de servicios “*Gestión de las instalaciones deportivas municipales del Valle de Egüés/Eguesibar*”, promovido por el Ayuntamiento del Valle de Egüés, declarando la nulidad de la cláusula 5 y la anulación de la cláusula 8 del Pliego de Prescripciones Económico-Administrativas de dicho contrato.

2º. Notificar este acuerdo a INSTALACIONES DEPORTIVAS MASQUATRO, S.L., al Ayuntamiento del Valle de Egüés 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, 24 de febrero de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, M^a Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.