TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA

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

Expediente: 28/2019, 31/2019, 32/2019, 33/2019

ACUERDO 50/2019, de 7 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelven las reclamaciones especiales en materia de contratación pública interpuestas por "ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.", "DORNIER, S.A.", "APARCAMIENTOS URBANOS SERVICIOS Y SISTEMAS, S.A." y "CONTINENTAL PARKING, S.L.", frente a su exclusión de la licitación del lote nº 1 del contrato de "*Concesión de estacionamiento de permanencia limitada y retirada de vehículos con grúa*", por parte del Ayuntamiento de Tudela.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de mayo de 2018 se procede a la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea del anuncio de licitación del contrato de "*Concesión de estacionamiento de permanencia limitada y retirada de vehículos con grúa*"; publicándose en el Portal de Contratación de Navarra el día 24 del mismo mes, y finalizando el plazo de presentación de ofertas el 25 de junio de 2018.

Con fecha 31 de mayo y 19 de junio se publican sendas aclaraciones en el Portal de Contratación de Navarra. En la primera, se precisa que en el lote nº 1 el artículo 16 del "Pliego de Condiciones Administrativas" se refiere a la fórmula expresada en el artículo 20 n), no en el artículo 18 n), y en la segunda, se precisan tres cuestiones: "*1. El excedente se calculará mediante la* ***fórmula del artículo 20.n****., primando sobre lo expuesto en el Bloque 7 del Anexo V. De esta manera:*
Excedente mensual = Recaudación bruta mensual - (Coste mensual de la explotación + aportación fija mensual). *El componente de COSTE MENSUAL DE EXPLOTACIÓN, se corresponde al BLOQUE 3 del ANEXO V ANTEPROYECTO DE EXPLOTACIÓN, pero prorrateado mensual. Las amortizaciones se recuperarán vía % del excedente.*

*2. Sobre 3 Oferta económica: - Que se compromete, conforme a todo lo dicho, a ejecutar los trabajos objeto del contrato en la cantidad de …… **COSTE ANUAL DE LA EXPLOTACIÓN** ….. € anuales, (**IVA excluido**).*

3. Se adjunta modelo de factura mensual a emitir al M.I. Ayuntamiento".

SEGUNDO.- Finalizado el plazo de presentación de proposiciones, se reúne la Mesa de Contratación con fecha 4 de septiembre de 2018, reunión en la que se procede a la apertura de los sobres nº 1, que contienen la documentación general, y se admite a la licitación a los licitadores, dando plazo para subsanar las ofertas que adolecen de defectos. Con fecha 17 de septiembre se reúne nuevamente la Mesa y acuerda admitir a la licitación las ofertas que adolecían de defectos.

TERCERO.- Con fecha 11 de enero de 2019 la Mesa de Contratación acuerda suscribir el informe técnico de valoración de las propuestas técnicas realizado por el Técnico de Servicios Contratados, que se adjunta al Acta, y se aprueba la puntuación otorgada por el mismo. A continuación se levanta nueva Acta de la misma fecha en la que se recoge la apertura de las propuestas económicas. Respecto al lote nº 1, se dice en el Acta: "*se debate sobre cómo aplicar la fórmula del pliego al ser una de las ofertas 0, ya que la regla de tres inversa prevista da como resultado infinito. Se deja pendiente la decisión de la próxima junta*".

Con fecha de 15 de febrero, la Mesa procede a la valoración de las propuestas, aprobando el informe técnico emitido al respecto por el Técnico de Servicios Contratados, de fecha 8 de febrero, y respecto al lote nº 1 acuerda excluir a los siguientes licitadores:

- "VECTALIA-SICE" y "CONTINENTAL PARKING, S.L.", por indicar 0€ en los gastos de explotación.
- "DORNIER, S.A.", "APARCAMIENTOS URBANOS SERVICIOS Y SISTEMAS, S.A." (en adelante, AUSSA), "ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A." (en adelante, EYSSA), "CONTINENTAL PARKING, S.L."

y “VECTALIA-SICE”, por ofertar un coste de explotación inferior al coste desglosado en su oferta.

- “HIBISCUS” y AUSSA, por no incluir en su oferta el desglose de los costes de explotación.

Quedan dos licitadores no excluidos, a los que se aplica la puntuación correspondiente a la propuesta económica, resultando adjudicataria “SETEX APARKI, S.A.”.

CUARTO.- Con fecha de 1 de marzo de 2019 EYSSA interpone reclamación especial en materia de contratación pública frente al acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 15 de febrero, por el que se le excluye de la licitación del lote nº 1 del contrato de “*Concesión de estacionamiento de permanencia limitada y retirada de vehículos con grúa*”.

Indica que de la lectura del Pliego de Condiciones Administrativas y Técnicas se deducen una serie de cuestiones. En primer lugar, que los licitadores se obligan a realizar unas inversiones mínimas de 117.800€, debiendo presentar un Proyecto que es valorable. En segundo lugar, que se obligan a sufragar unos costes mínimos de explotación anuales calculados por el Ayuntamiento en 237.968€, indicándose que los costes del personal que debe ser subrogado ascienden a 208.598,8€. En tercer lugar, como no se admitirán propuestas cuyo coste anual de explotación sea superior a 238.000€, los licitadores podrán ofertar un coste de explotación anual de entre el mínimo de 237.968€ y el máximo de 238.000€. En cuarto lugar, que se obligan al pago de un canon anual de 96.600€, salvo modificación posterior del contrato. En quinto lugar, se obligan a pagar un porcentaje del excedente mensual, que es la recaudación bruta mensual menos los costes de explotación mensual y la aportación fija mensual (el canon). En sexto lugar, los criterios de valoración mediante fórmula son el porcentaje de participación del Ayuntamiento en el excedente y el coste de explotación. En séptimo lugar, los criterios de valoración están relacionados, pues el cálculo del excedente tiene en cuenta el coste de explotación ofertado. En octavo lugar, que la retribución del adjudicatario es la diferencia entre la recaudación y el importe a satisfacer al Ayuntamiento, por lo que el coste anual de explotación de 238.000€ no es todo el

precio, ya que la participación en el excedente también es precio. Por último, que la combinación del coste del servicio y del excedente ofertado determina la retribución total para afrontar el coste del servicio y obtener un beneficio.

Una vez analizado el pliego, la reclamante entiende como una interpretación lógica del mismo que debe preverse en el estudio económico un coste de explotación anual real, que debe ofertarse al Ayuntamiento un coste de explotación anual y un porcentaje del excedente, que la proporción del precio que resulte del excedente depende del riesgo que asume el licitador y que el coste de explotación ofertado podrá ser inferior al coste de explotación real. Como apoyo de que el coste de explotación ofertado podrá ser inferior al coste de explotación real, señala que el pliego no establece en ningún sitio que el coste de explotación anual a ofertar no pueda ser inferior a ningún valor o al coste de explotación real del estudio económico, por lo que no puede ser motivo de exclusión.

Sin embargo, el 19 de junio se realiza una aclaración del pliego sobre la oferta económica, que indica que el contenido del sobre 3 deberá ser "*Que se compromete, conforme a todo lo dicho, a ejecutar los trabajos objeto del contrato en la cantidad de… COSTE ANUAL DE LA EXPLOTACIÓN…. € anuales*", por lo que atendiendo a esta aclaración, aduce que ya no se puede ofertar un coste anual de explotación inferior al tipo de licitación de 238.000€ del artículo 6.1 del Pliego de Condiciones Administrativas, sino que es obligatorio ofertar el coste anual de la explotación de 237.968€, lo que supone una modificación de los pliegos que incumple la Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP).

Señala que el artículo 206 LFCP permite a los licitadores formular aclaraciones al órgano de contratación, pero no consta que la aclaración haya sido suscrita por el único órgano competente para responder, cual es el órgano de contratación, y esta respuesta no supone una aclaración sino una modificación del contenido de los pliegos, lo que hubiera requerido una nueva publicación de la licitación, además de que supondría eliminar uno de los tres criterios de adjudicación, al estar todos los licitadores obligados a ofertar la misma cantidad.

También añade que se publicó la aclaración el 19 de junio, habiendo finalizado ya el plazo para impugnar el contenido de los Pliegos, por lo que se vulneraría el derecho de los licitadores a impugnar el contenido de los pliegos modificados.

De este modo, considera que debe declararse la nulidad del acuerdo de 15 de febrero y del procedimiento de licitación, por suponer la aclaración en realidad una modificación del pliego contraria a la LFCP.

Subsidiariamente, para el caso de que este Tribunal entienda que la aclaración no supone modificación de los pliegos, defiende igualmente la nulidad porque lo que debía ser una aclaración supuso en realidad una mayor confusión para los licitadores. Alega la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2018, nº 279/2018, sec. 4º, en la que se determina que unas aclaraciones realizadas por el órgano de contratación contravenían el pliego, causando confusión a los licitadores, de modo que declara la nulidad del procedimiento de contratación por ser un vicio producido con anterioridad a la presentación de las ofertas de los licitadores.

De nuevo subsidiariamente, si este Tribunal entiende que la aclaración no supone modificación de los pliegos ni induce a confusión, considera que cualquier interpretación posible de la aclaración conlleva que el actuar de la Mesa al validar el informe técnico causa la nulidad del procedimiento. Alega que la aclaración tiene dos interpretaciones posibles, y cualquiera de ellas implica la nulidad del procedimiento por las posteriores actuaciones de la Mesa.

La primera interpretación, atendiendo al tenor literal de "*coste anual de la explotación*", implica que todos los licitadores deberían consignar en su oferta un coste anual de explotación de 237.968,8€. De este modo, se habría vulnerado el principio de igualdad al excluir a seis de los ocho licitadores por incluir un importe inferior al coste anual de la explotación, ya que los dos licitadores no excluidos también han ofertado un coste anual inferior a esta cantidad.

La segunda interpretación, atendiendo a los actos coetáneos y posteriores de los licitadores, consiste en que los ocho licitadores interpretaron la aclaración en el sentido

de que se podían ofertar a la baja los costes anuales de la explotación sin límite alguno, ya que el licitador se resarce de dichos costes tanto a través del coste anual de la explotación ofertado, como del excedente de recaudación que le corresponde al adjudicatario. De esta forma, entiende la reclamante que debe acordarse la nulidad del acto de exclusión y la retroacción de actuaciones para que la Mesa puntúe de nuevo las ofertas económicas de los ocho licitadores, aunque posteriormente también aduce que debe declararse la nulidad de todo el procedimiento, por vulnerarse el principio de proporcionalidad por uno de los criterios adjudicadores, el de menor coste de la explotación, ya que al ofertar uno de los licitadores 0, el resto de los licitadores obtendrán 0 puntos. También alega que ni el acto de exclusión ni el informe técnico motivan la interpretación aplicada por la Mesa.

La reclamante rechaza que se pueda interpretar la aclaración en el sentido de que no puede ofertarse por parte de los licitadores una baja sobre los costes anuales de explotación del estudio económico.

Asimismo, sin perjuicio de lo anterior, manifiesta que el informe técnico aplica incorrectamente la fórmula para otorgar los puntos correspondientes al porcentaje de excedente que corresponde al Ayuntamiento ya que al puntuar las dos ofertas no excluidas ha comparado los porcentajes ofertados en lugar de los importes, como señala el artículo 16 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares.

Por lo anteriormente expuesto, solicita que la reclamación especial en materia de contratación pública sea estimada en los términos indicados.

QUINTO.- Con fecha 15 de marzo de 2019 el Ayuntamiento de Tudela aporta el expediente de contratación, junto con sus alegaciones frente a la reclamación interpuesta por EYSSA, conforme al artículo 126.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

El Ayuntamiento señala que el reclamante ha sido excluido por presentar presupuesto de licitación (117.810€) inferior al coste de explotación, que en su proyecto de explotación prevé de 245.567,01€. Respecto a la aclaración de fecha 19 de junio,

defiende que no innova las condiciones inicialmente aprobadas, ya que después de indicar el lugar donde ofertar la cantidad por la que se compromete a ejecutar el contrato, incluye una nota que señala "*no se admitirán propuestas cuyo coste anual de explotación sea superior a 238.000€/anuales*". Además, la fórmula de retribución al contratista prevé el coste de explotación como parte de la misma, ya que esa cantidad se va a pagar íntegramente, siendo el resto variable.

Por otro lado, señala que este coste de explotación es conforme al artículo 66.3 b) LFCP, que exige advertir que la oferta económica debe ser adecuada para que el adjudicatario haga frente al coste del convenio y de Seguridad Social, y la cantidad ofertada no garantiza el cumplimiento del contrato, ya que la oferta es de 117.810€ y el coste del personal subrogado de 180.000€.

En consecuencia, el Ayuntamiento solicita que se desestime la reclamación presentada.

SEXTO.- Con fecha de 5 de marzo de 2019 "DORNIER, S.A." interpone reclamación especial en materia de contratación pública frente al acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 15 de febrero, por el que se acuerda excluir a la misma de la licitación del lote nº 1 del contrato de "*Concesión de estacionamiento de permanencia limitada y retirada de vehículos con grúa*".

La reclamante considera improcedente la exclusión por el motivo señalado en el informe técnico, "*no se considera adecuado ni coherente desglosar de forma correcta un coste de explotación anual en la oferta y sin embargo, modificar a la baja esa cantidad por el mismo concepto a la hora de ofertar la baja*". Considera que en ninguno de los documentos que rigen la contratación se indica que no pueda ofertarse un coste de explotación anual por debajo de lo establecido en el desglose que realice el licitador en la oferta.

Señala que el artículo 9 del Pliego indica que "*no se admitirá propuestas cuyo coste anual de explotación sea superior a 238.000€/anuales*", y "*no se precisa seguir el modelo del ANEXO V, si bien es recomendable ajustarse en lo posible*". De este modo, entiende que la propuesta realizada no incumple lo dispuesto en el Pliego, ya que se

compromete a ejecutar el contrato por la cantidad de 162.000€, y ofrece una aportación del 84%, de modo que sigue lo dispuesto en el Pliego y oferta un coste inferior a 238.000€.

Hace referencia a la conocida doctrina del Pliego como ley del contrato, indicando a estos efectos la Resolución nº 219/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), de 1 de abril, y se reitera en que lo único que exige el pliego es ofertar un coste limitado por la cantidad de 238.000€ y un porcentaje de excedente al Ayuntamiento, siendo objeto de valoración estas dos cuestiones, no el desglose de la oferta económica, por lo que al no ser valorable no puede ser objeto de exclusión. Se apoya en la Resolución 164/2018 del TACRC, y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 52/2016. Añade que aunque dicho documento fuera valorable, no existe falta de adecuación o coherencia entre el coste de explotación ofertado y la propuesta económica, ya que lo relevante es la viabilidad del servicio, lo que se garantiza con la parte del excedente que se queda la licitante, como se recoge en el punto 2.8 Viabilidad del Servicio, del sobre nº 3.

Por tanto, defiende que la oferta presentada es viable económicamente, que no se ha producido ningún incumplimiento del Pliego y que, aún en el caso de que existiera incumplimiento, no cualquier incumplimiento conlleva la exclusión, conforme a la Resolución 613/2014 del TACRC, por lo que entiende que en caso de duda respecto a la oferta presentada, el Ayuntamiento debería haber solicitado aclaración en lugar de proceder a la exclusión.

En consecuencia, solicita la anulación del acuerdo de fecha 15 de febrero por el que se le excluye de la licitación, y se dicte nuevo acto de adjudicación a favor de la oferta económicamente más ventajosa.

SÉPTIMO.- Con fecha 15 de marzo de 2019 el Ayuntamiento de Tudela aporta el expediente de contratación, junto con sus alegaciones frente a la reclamación interpuesta por “DORNIER, S.A.”, conforme al artículo 126.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

En su escrito de alegaciones, el Ayuntamiento reitera lo ya indicado en las alegaciones a la reclamación de EYSSA. Señala que la reclamante oferta ejecutar el contrato por la cantidad de 162.000€, cuando en su proyecto de explotación prevé un coste real de 182.589,28€, por lo que no garantiza la ejecución del contrato.

Respecto a la alegación de la reclamante de que el Pliego no impide ofertar un coste de explotación por debajo del desglose de la propuesta económica, el Ayuntamiento entiende lo contrario, que el Pliego no obliga a seguir el modelo del Anexo V exacto, pero que el resultado de la suma de todos los conceptos debe ser el coste de explotación del servicio, que debe expresarse en la oferta económica.

En consecuencia, solicita se tenga por formalizado escrito de alegaciones a la reclamación interpuesta, y se desestime la misma.

El día 15 de marzo de 2019 se dio traslado a los interesados para que aleguen lo que estimen oportuno, en virtud del artículo 126.5 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, presentándose en fecha 20 de marzo alegaciones por parte de EYSSA a la reclamación, en la que solicita la acumulación de las reclamaciones presentadas frente a esta licitación y que se estime la pretensión de "DORNIER, S.A." de nulidad del acto de exclusión pero también de todo el procedimiento de licitación, ya que si se estimara la pretensión de "DORNIER, S.A." de retroacción de actuaciones, se estaría adjudicando el contrato en base a unos criterios de adjudicación distintos de los establecidos en los pliegos, lo que vulneraría la LFCP.

OCTAVO.- Con fecha de 5 de marzo de 2019 AUSSA interpone reclamación especial en materia de contratación pública frente al Acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 15 de febrero, por el que se acuerda excluir a la misma de la licitación del lote nº 1 del contrato de "*Concesión de estacionamiento de permanencia limitada y retirada de vehículos con grúa*".

Respecto a su exclusión por haber ofertado un coste de explotación inferior al coste desglosado en su oferta, muestra su disconformidad por no encontrarse recogida esta exigencia en los pliegos del contrato ni en la normativa aplicable. Afirma que el

Pliego no establece la obligación de que el menor coste de explotación ofertado deba ser igual al total de costes de explotación del anexo V, además de que este total de costes no es objeto de valoración, sino que es el menor coste de explotación ofertado lo que es objeto de valoración.

Rechaza que su oferta no sea económicamente viable, ya que aunque su coste de explotación ofertado sea menor que el coste de explotación anual, puede asumirlo con el precio ofertado y el excedente previsto, tal y como acredita en el estudio económico aportado. Por ello, considera que se encuentra dentro del ámbito de la ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista, conforme con el artículo 18 del Pliego.

De este modo, considera que no se ajusta a Derecho la exclusión de su oferta por ofertar un coste de explotación inferior al desglosado en el estudio económico, ya que el Pliego no exige que el coste ofertado sea el mismo que el desglosado en el estudio, no se prevé como causa de exclusión, y se encuentra acreditado que la oferta es económicamente viable.

Respecto a su exclusión por no haber incluido en la oferta el desglose de los gastos de explotación, considera errónea esta valoración por considerar que el estudio presentado sí incluye un desglose de los gastos de explotación. Señala el desglose contenido en el estudio, presentado como un diagrama con forma circular con los porcentajes respecto al coste de explotación anual, del cual se extrae el dato concreto de cada concepto mediante una regla de tres. Al mismo se adjunta una explicación de la financiación y el beneficio industrial.

Por tanto, considera que su oferta sí incluye un desglose del presupuesto de los costes de explotación, de modo que si el órgano de contratación quería el desglose expuesto de una manera determinada, debería especificarlo en los pliegos. Aporta Resolución nº 420/2014 TACRC, según la cual si no se determina con claridad en los pliegos, el porcentaje puede ser calculado de cualquier forma.

Sobre la exclusión por ofertar un coste de explotación inferior al coste desglosado en su oferta, alega también doctrina según la cual si las palabras parecieren

contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas, conforme al art. 1.281 del Código Civil. En este sentido, reitera que de ninguna manera se recoge que el menor coste de la explotación ofertado tenga que ser idéntico al coste de explotación anual del Anexo V, y añade que cuando no hay claridad en los pliegos por una deficiente redacción, esta oscuridad no puede perjudicar a los licitadores, según Resolución nº 100/2014 TACRC.

En consecuencia, solicita que se declare la nulidad del acuerdo de fecha 15 de febrero, por el que se le excluye de la licitación, su admisión a la misma y, subsidiariamente, la anulación del procedimiento de licitación.

NOVENO.- Con fecha 15 de marzo de 2019 el Ayuntamiento de Tudela aporta el expediente de contratación, junto con sus alegaciones frente a la reclamación interpuesta por AUSSA, conforme al artículo 126.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

En las mismas, el Ayuntamiento vuelve a indicar que la oferta económica de AUSSA es de 203.409€, mientras que su proyecto de explotación es de 241.560,78€, lo que conduce a su exclusión por contravenir el pliego y la aclaración efectuada. Respecto a la consideración de que la reclamante no aporta un desglose de los costes de ejecución, señala que el informe técnico considera "*poco seria*" la forma de presentación del mismo como un gráfico con forma "*de queso*", sin incluir el cálculo sobre los costes, obligando a la Mesa a realizarlos, de modo que entiende que el "*quesito*" presentado no se ajusta en nada al modelo que, aunque no era obligatorio, recomendaban ajustarse al mismo.

Por ello, solicita la desestimación de la reclamación presentada.

El día 15 de marzo de 2019 se dio traslado a los interesados para que aleguen lo que estimen oportuno, en virtud del artículo 126.5 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, presentándose en fecha 20 de marzo alegaciones por parte de EYSSA a la reclamación, alegaciones idénticas a las presentadas en la reclamación de "DORNIER, S.A.".

DÉCIMO.- Con fecha de 6 de marzo de 2019 "CONTINENTAL PARKING, S.L." interpone reclamación especial en materia de contratación pública frente al tan citado Acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 15 de febrero, por el que se acuerda excluir a la misma de la licitación del lote nº 1 del contrato de "*Concesión de estacionamiento de permanencia limitada y retirada de vehículos con grúa*".

Respecto al primer motivo de exclusión, "*el coste de explotación en ningún caso puede ser cero ya que los gastos derivados de la explotación existen siempre*", la reclamante señala el artículo 146.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que indica que al utilizar una pluralidad de criterios de adjudicación, se dará preponderancia a los que hagan referencia a características que se valoren a través de la mera aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos. De modo que, dado que uno de los criterios de adjudicación es "*el menor coste de explotación*", y que se indica que no se admitirán propuestas cuyo coste anual de explotación sea superior a 238.000€ pero no inferior, entiende que en aplicación de la fórmula prevista en el pliego debería habérsele otorgado la máxima puntuación.

Defiende que, aunque al aplicar la fórmula con el 0 puede dar un valor nulo, la doctrina de los tribunales administrativos, a modo de ejemplo Resolución nº 482/2016 TACRC, afirma que las ofertas de 0€ no son indeterminadas y se consideran correctas. Si los pliegos otorgan la máxima puntuación a la oferta más baja, siguiendo este criterio deberá otorgársele a la oferta de 0€ la máxima puntuación.

Aún así, considera que en cualquier caso lo procedente hubiera sido requerirle para que justificara por presentar oferta anormalmente baja, y no la exclusión.

Respecto al segundo motivo, "*no se considera adecuado ni coherente desglosar de forma correcta un coste de explotación anual en la oferta y sin embargo, modificar a la baja esa cantidad por el mismo concepto a la hora de ofertar a la baja*", reitera la reclamante que ningún apartado del Pliego indica que los costes ofertados en la propuesta económica deban coincidir con el desglose de los costes de explotación calculados, entendiendo que el desglose justifica la oferta al sufragar el coste a través

del excedente. Por ello, considera que si acredita la viabilidad del servicio la propuesta es lícita, asumiendo el licitador el riesgo de compensar el coste con el excedente. Asimismo, alega la conocida doctrina del Pliego como ley del contrato.

En consecuencia, solicita que se declare la nulidad del Acuerdo impugnado, y se le adjudique el contrato por ser su oferta la más ventajosa.

UNDÉCIMO.- Con fecha 15 de marzo de 2019 el Ayuntamiento de Tudela aporta el expediente de contratación, junto con sus alegaciones frente a la reclamación interpuesta por "CONTINENTAL PARKING, S.L.", conforme al artículo 126.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

Respecto al primer motivo de exclusión, el Ayuntamiento defiende que esta causa sí se encuentra recogida en el Pliego, concretamente en el modelo de proposición económica, en el que sólo hay un apartado para indicar el coste anual de explotación, por lo que considera evidente que la nota del modelo se refiere a la oferta económica. Asimismo, indica que la aclaración del 19 de junio aclara que el importe es el del "coste anual de explotación".

Respecto al segundo motivo de exclusión, el Ayuntamiento considera un fraude de ley indicar un precio de explotación de 0€, ya que supone dejar sin puntuación a los demás licitadores y prácticamente excluirlos, y de admitirse ofertas con coste de explotación de 0€ resultarían adjudicatarias ofertas que no son las más ventajosas, de modo que se plantearía incluso desistir del contrato.

Respecto a la alegación de la reclamante de que en cualquier caso debería habérsele requerido para que justificase su oferta por considerarla anormalmente baja, en lugar de excluirla, lo que el Ayuntamiento califica como audiencia previa a la exclusión, la considera igualmente innecesaria por no encontrarse prevista en el pliego y no caber subsanación alguna ante una oferta inadecuada.

El día 22 de marzo de 2019 se dio traslado a los interesados para que aleguen lo que estimen oportuno, en virtud del artículo 126.5 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de

abril, de Contratos Públicos, presentándose en fecha 25 y 27 de marzo alegaciones por parte de EYSSA y de "SETEX APARKI, S.A.".

EYSSA alega de nuevo que no debe declararse la nulidad sólo del Acuerdo impugnado sino de todo el procedimiento de licitación, por los motivos expuestos en su reclamación.

"SETEX APARKI, S.A.", respecto a "CONTINENTAL PARKING, S.L.", alega que su propuesta no se ajusta al pliego ni a la aclaración de 19 de junio. Considera que no puede realizarse una oferta de 0€, porque para calcular el excedente se deduce de lo recaudado el coste de explotación, así como defiende que los costes ofertados en la propuesta económica sí deben coincidir con el desglose de los costes de explotación. De este modo, la baja sobre el coste de explotación tendría que haberla reflejado en el presupuesto de explotación y haberla trasladado a la propuesta económica, no incluir 0€ como coste de explotación y asumir el riesgo de compensarlo con el excedente del contrato.

Respecto a EYSSA, se opone a su solicitud de nulidad del Acuerdo impugnado y del procedimiento de licitación, por entender que la aclaración no supone ninguna modificación de los pliegos, y no considerar vulnerado el principio de igualdad porque "SETEX APARKI, S.A." y "SABA APARCAMIENTOS, S.A." no fueron excluidos de la licitación.

Por tanto, solicita la desestimación de la reclamación interpuesta por "CONTINENTAL PARKING, S.L.", la solicitud de EYSSA y la confirmación del Acuerdo impugnado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP), las decisiones que adopten las Entidades Locales de Navarra en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos

públicos están sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 122.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por personas legitimadas al tratarse de licitadores participantes en el procedimiento, cumpliendo con ello el requisito establecido en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

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

CUARTO.- Las reclamaciones se fundamentan en los motivos legalmente tasados, infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia y, en particular, en los criterios de adjudicación aplicados, de acuerdo con los requerimientos del artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Frente a similares actos administrativos, las exclusiones de la licitación del mismo contrato público, se han interpuesto cuatro reclamaciones especiales, resultando clara la existencia de una íntima conexión entre los cuatro procedimientos que justifica su tramitación y resolución acumulada por este Tribunal al amparo de lo establecido en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

La existencia de una íntima conexión entre las reclamaciones, que justifica su tramitación y resolución acumulada tal y como constante jurisprudencia ha exigido (sentencias del Tribunal Supremo de fecha 6 de mayo de 2011 y de 30 de noviembre de 1999), se evidencia en la repercusión que la eventual estimación de alguna de ellas tendría sobre las demás, que quedarían sin efecto, ya que la hipotética estimación de alguna de ellas podría conllevar la anulación del procedimiento, quedando las demás reclamaciones sin objeto.

SEXTO.- Es objeto de las reclamaciones que se acumulan el acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 15 de febrero, por el que se acuerda excluir a las empresas

reclamantes de la licitación del lote nº 1 del contrato de "*Concesión de estacionamiento de permanencia limitada y retirada de vehículos con grúa*".

SÉPTIMO.- La primera de las reclamaciones presentadas es la de la empresa EYSSA que expone los siguientes, en síntesis, motivos de impugnación:

-El Pliego, en su redacción inicial, establece, de manera expresa que no se aceptará una propuesta cuyo coste anual sea superior a 238.000 €, pero no establece ningún límite inferior para la referida propuesta, ni umbral, ni regulación alguna que ampare la exclusión impugnada.

-La aclaración publicada el 19 de junio de 2018, constituye una modificación de los pliegos no suscrita por el órgano de contratación y que no ha respetado los plazos legales indicados para tal modificación, por lo que incurre en causa de nulidad.

De igual manera considera que la referida aclaración conlleva anulación, según doctrina que cita, por haber creado mayor confusión, así como que cualquiera de las interpretaciones posibles de la misma infringe, bien el principio de igualdad, bien el de riesgo y ventura, conduciendo igualmente a la nulidad del procedimiento.

-La presentación de una oferta al coste de explotación, con valor 0, desvirtúa el correspondiente criterio de adjudicación, vulnera el principio de proporcionalidad y el de adjudicación a la oferta más ventajosa.

-Incorrecta aplicación de la fórmula prevista para la valoración de las ofertas sobre participación del Ayuntamiento en los excedentes de recaudación.

OCTAVO.- A la vista de esta exposición de los motivos de impugnación se observa que la reclamante, tras exponer el contenido del Pliego antes de la aclaración publicada el 19 de junio de 2019, conforme al cual habría realizado su oferta, alega la nulidad de la referida aclaración y con ella la de todo el procedimiento, argumentando que ésta constituye en realidad una modificación del Pliego realizada al margen del

procedimiento establecido para ello, y a partir de la cual resultan igualmente nulas sus posibles aplicaciones.

Así pues, el análisis de esta motivación requiere despejar en primer lugar el carácter y alcance de la referida aclaración.

Para ello hemos de determinar con carácter previo la regulación que resulta del Pliego con anterioridad a la aclaración y compararla con la que resulta después de la misma.

El Pliego de condiciones del contrato, anterior a la aclaración publicada el día 19 de junio de 2019, contiene las siguientes disposiciones relacionadas con el precio de licitación y la presentación de las ofertas:

Importe máximo de licitación.

El importe máximo que ha de servir de base a la licitación (IVA excluido) asciende a:

LOTE 1: concesión de servicio para la gestión del estacionamiento regulado

238.000 euros anuales. Habida cuenta de que el plazo de duración del contrato es de 6 años, el importe máximo de licitación es de 1.428.000 euros.

SOBRE 3: El modelo de propuesta económica será el siguiente:

*Para el **LOTE 1:***

(…)

- Que se compromete, conforme a todo lo dicho, a ejecutar los trabajos objeto del contrato en la cantidad de …… € anuales, (IVA excluido).

- Que ofrece al M.I. Ayuntamiento de Tudela una aportación del _____% del excedente.

Nota: no se admitirán propuestas cuyo coste anual de explotación sea superior a 238.000 €/anuales (IVA excluido)

b) El coste anual de prestación del servicio en base al presupuesto de explotación, descompuesto en costes de personal, mantenimiento, gastos generales, financiación y beneficio industrial. No se precisa seguir el modelo del ANEXO V, si bien es recomendable ajustarse en lo posible.

Artículo 16. Criterios de Adjudicación

Los criterios que han de servir de base para la adjudicación de los trabajos, por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuye, serán:

LOTE 1

1.1 Valoración oferta económica:

a) Mayor porcentaje de participación del Ayuntamiento en el excedente (para valorar este apartado, el Ayuntamiento calculará el ingreso que obtendría, aplicando la fórmula expresada en el artículo 18 n), y la recaudación bruta de los 21 expendedores actualmente instalados (23 en propiedad), del último año natural hasta la última liquidación mensual que el Ayuntamiento disponga en el momento de la valoración por la Mesa de Contratación)……

Se valorará mediante una regla <u>simple directa</u>

$$\left.\begin{array}{l} A \longrightarrow B \\ C \longrightarrow x \end{array}\right\} \; x = \frac{B \cdot C}{A}$$

40%

b) Menor coste de la explotación…….....

Se valorará mediante una regla <u>simple inversa</u>

$$\left.\begin{array}{l} A \longrightarrow B \\ C \longrightarrow x \end{array}\right\} \; x = \frac{A \cdot B}{C}$$

40%

1.2 Valoración del Proyecto a desarrollar en la ejecución del servicio: medios materiales y humanos a emplear, atención al mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones y señalizaciones, atención al usuario y a los requerimientos del Ayuntamiento, etc ***20 %***
.....……

La entidad reclamante afirma que de esta redacción inicial se deduce que los licitadores se obligan a pagar los costes mínimos de explotación calculados por el Ayuntamiento en 237.968 €, y que dado que la remuneración del contrato se realiza, tanto con lo ofertado sobre el precio de licitación, como con la participación del contratista en la recaudación (que resulta del porcentaje ofertado en dicho concepto), es la suma de ambos tipos de remuneración la que debe tenerse en cuenta a efectos de valorar la capacidad de cada oferta para hacer frente a los costes de explotación reales, es decir, a los que deben figurar en el presupuesto de explotación desglosado que debe presentarse junto con las ofertas (apartado b del modelo).

La entidad contratante por su parte considera que tanto antes como después de la aclaración discutida, lo que el Pliego prevé es que con el coste de explotación propuesto (que es el precio de licitación) se haga frente a la adecuada ejecución del contrato, ya que, la parte variable de la retribución es aleatoria por depender de la recaudación.

Tras lo expuesto debemos comenzar recordando la doctrina que este Tribunal viene aplicando de forma reiterada – por todos, Acuerdo 33/2017, de 30 de junio - relativa a que los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares constituyen la ley del contrato y obligan tanto a la entidad contratante como a los licitadores que participan en el procedimiento de licitación mediante la presentación de una proposición.

El Pliego no ha sido objeto de reclamación, por lo que el contenido del mismo constituye la ley del contrato.

Por otra parte, lo que las posiciones de las partes muestran es una evidente disparidad de criterio en la interpretación de las normas que rigen la licitación. Por ello debemos traer a colación la doctrina que sobre esta cuestión ha venido aplicando este Tribunal.

Así en nuestro Acuerdo 38/2019, de 24 de abril, decíamos que, "*En relación con la interpretación de las cláusulas contenidas en los pliegos, este Tribunal ha señalado en varios Acuerdos - por todos Acuerdo 34/2019, de 9 de abril - que es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil dado que los contratos públicos son ante todo, contratos, por lo que las dudas que ofrezca la interpretación de los diversos documentos contractuales (entre los que figuran, indudablemente, los pliegos) deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la normativa en materia de contratación pública y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, que se ocupa de esta materia en el capítulo IV del Título II del Libro IV, "De la interpretación de los contratos". A estos efectos, el artículo 1.281 del Código Civil establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982), y si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, y a la interpretación lógica y teleológica, sin que la ambigüedad u oscuridad en la redacción de las cláusulas de los pliegos pueda perjudicar a los licitadores. Pero también se deberá tener en cuenta que el artículo 1.284 del mismo Código Civil dispone que si alguna cláusula de los contratos admitiere diverso sentido, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto y que las cláusulas deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (artículo 1.285 de la misma norma). Así pues, las cláusulas que conforman los Pliegos no pueden ser interpretadas de forma aislada, sino que deben serlo de manera global, lógica y sistemática teniendo en cuenta todo su clausulado."*

Pues bien, del contenido del Pliego transcrito resulta que, de un lado en su artículo 6.6.1, "Importe máximo de licitación", se establece, en relación con el lote I, que éste asciende a 238.000 €, no conteniéndose disposición alguna sobre posibles bajas

o mínimos, y sin incluir referencia alguna a que tal importe máximo se corresponda con el coste anual de explotación.

Este presupuesto o importe máximo de licitación constituye el importe máximo limitativo del compromiso de gasto para el órgano de contratación y se erige así en límite máximo para las ofertas económicas de los licitadores, procediendo la exclusión de aquéllas que superen dicho límite.

Por otra parte, en el modelo de oferta económica (sobre 3), tras el apartado en que los licitadores deben insertar el importe de licitación y el porcentaje de participación del Ayuntamiento de Tudela en la recaudación, (porcentaje que debió haberse incluido en el importe de licitación y en el valor estimado del contrato, de conformidad con el artículo 42, 6 a) LFCP), se establece que, "*no se admitirán propuestas cuyo coste anual de explotación sea superior a 238.000 €/anuales (IVA excluido)",* resultando de ello un modelo un tanto confuso en la medida en que el modelo de oferta parece asimilar el importe de licitación y el coste de explotación, y ello en contradicción con el apartado 6.6.1 citado (que regula el importe de licitación sin mención alguna a otros conceptos), y a la propia esencia de la licitación.

Es en este apartado en el que apoya su posición la entidad contratante, según puede apreciarse en sus alegaciones cuando señala que "*el Pliego prevé que sea el coste de explotación de su propuesta y no otra cuantía, la cantidad a la que se compromete cada licitador para poder ejecutar adecuadamente el contrato".*

Sin embargo, como resulta de la doctrina citada, las cláusulas oscuras no pueden amparar a quien las hubiera ocasionado, razón por la que no podemos admitir la citada alegación. Es más, del propio tenor literal de la cláusula 6.6.1. en ningún caso cabe deducir tal afirmación; pareciendo lógico, además, tratándose del precio de licitación, dar prioridad en la interpretación al apartado que lo regula expresamente, frente una nota incluida en el modelo de oferta económica, máxime si tenemos en cuenta que tal nota tampoco se corresponde exactamente con la afirmación que realiza la entidad contratante. De hecho, si así fuera no tendría sentido realizar aclaración alguna sobre tal extremo, como sucedió, y cuyas consecuencias jurídicas analizamos a continuación.

NOVENO.- Entrando ahora en las alegaciones que formula la reclamante EYSSA, en relación con la aclaración publicada el 19 de junio de 2018, se advierte que siendo la fecha de interposición de esta reclamación el 1 de marzo de 2019, se habría superado ampliamente el plazo de 10 días que el artículo 124.2 LFCP establece para su impugnación, resultando extemporáneas. Sin embargo, se ha comprobado que la publicación de la aclaración no incorporó expresión de los recursos, ni el plazo para interponerlos; infringiendo con ello las exigencias que en tal sentido regula el artículo 45 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, reguladora del *Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que determina que "1. Los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente.*

En todo caso, los actos administrativos serán objeto de publicación, surtiendo ésta los efectos de la notificación, en los siguientes casos:

a) Cuando el acto tenga por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas o cuando la Administración estime que la notificación efectuada a un solo interesado es insuficiente para garantizar la notificación a todos, siendo, en este último caso, adicional a la individualmente realizada.

b) Cuando se trate de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo. En este caso, la convocatoria del procedimiento deberá indicar el medio donde se efectuarán las sucesivas publicaciones, careciendo de validez las que se lleven a cabo en lugares distintos.

2. La publicación de un acto deberá contener los mismos elementos que el artículo 40.2 exige respecto de las notificaciones. Será también aplicable a la publicación lo establecido en el apartado 3 del mismo artículo. (…)"

Como hemos señalado en el Acuerdo 44/2019, de 21 de mayo, *"encontrándonos ante plazos preclusivos, dichas aclaraciones deben garantizar que han sido notificadas en forma o constar acreditado su conocimiento, debiendo en todo caso informar de que dicho acto es susceptible de recurso y la posibilidad de ser recurrido: recursos procedentes, plazo para su interposición y órgano ante el que ha de interponerse, al*

igual que se indica en los pliegos. Sólo si la aclaración se realiza con sujeción a dichos requisitos dará inicio el plazo para la interposición del recurso, con carácter preclusivo, pero garantizando el principio de seguridad jurídica. En caso contrario se considera defectuosa la notificación". Por tanto, debemos considerar que la publicación efectuada no surtió los efectos inherentes a la notificación hasta la comunicación del Acuerdo de exclusión de 15 de febrero de 2019 que le fue efectuada el día 25 de febrero, según consta en el expediente, por lo que es aplicable a esta aclaración lo establecido en el fundamento tercero sobre la interposición en plazo de la reclamación.

Respecto de la aclaración impugnada, la entidad reclamante manifiesta en primer lugar, que se trata en realidad de una modificación del pliego que no ha seguido los trámites necesarios para ello, pues no consta el correspondiente acuerdo del órgano de contratación, ni se ha dado un nuevo plazo de presentación de ofertas como corresponde conforme a la determinación del artículo 46.3 LFCP. A ello añade que la aclaración ha creado mayor confusión, así como que cualquiera de las interpretaciones posibles de la misma infringe, bien el principio de igualdad, bien el de riesgo y ventura, conduciendo todo ello a la nulidad del procedimiento.

En relación con la primera de las alegaciones el Ayuntamiento de Tudela por su parte, afirma que no hay tal modificación, que con la aclaración nada se innova puesto que de la nota que figura en el modelo de oferta, resaltada en negrita conforme a la cual se señala: *"(no se admitirán propuestas cuyo coste anual de explotación sea superior a 238.000 €/anuales (IVA excluido)*", resulta evidente que se establece que la oferta económica debe ser la cantidad por la que la licitadora se compromete a ejecutar el contrato y que, añadiendo a ello la fórmula de retribución, el Pliego quiere que sea el coste de explotación de la propuesta, la cantidad por la que el licitador se comprometa a ejecutar el contrato, puesto que esa es la cantidad que se paga íntegramente, siendo el resto variable en función de la recaudación.

El contenido de la aclaración es el siguiente:

"1. El excedente se calculará mediante la fórmula del artículo 20.n., primando sobre lo expuesto en el Bloque 7 del Anexo V. De esta manera:

Excedente mensual = Recaudación bruta mensual - (Coste mensual de la explotación + aportación fija mensual).

El componente de COSTE MENSUAL DE EXPLOTACIÓN, se corresponde al BLOQUE 3 del ANEXO V ANTEPROYECTO DE EXPLOTACIÓN, pero prorrateado mensual. Las amortizaciones se recuperarán vía % del excedente.

2. Sobre 3 Oferta económica:

- Que se compromete, conforme a todo lo dicho, a ejecutar los trabajos objeto del contrato en la cantidad de … COSTE ANUAL DE LA EXPLOTACIÓN …. € anuales, (IVA excluido)."

Con carácter previo a la resolución de esta cuestión debe precisarse la diferencia entre los contenidos que bajo el término "aclaraciones", contenido en el artículo 88 LFCP, son objeto de publicación en el Portal de Contratación de Navarra. Este artículo señala:

"Artículo 88. *Portal de Contratación de Navarra.*

1. El Portal de Contratación de Navarra, portal de Internet bajo la dependencia de la Junta de Contratación Pública de Navarra, es el medio oficial para la publicidad de las licitaciones de las entidades sometidas a esta Ley Foral.

2. La transparencia en la contratación pública se articulará a través del Portal de Contratación de Navarra, configurado éste como un instrumento fundamental de información en el que deberán figurar:

(….)

l) La información sobre preguntas frecuentes y aclaraciones relativas al contenido de los contratos.

Pues bien, el artículo 49 LFCP, recoge uno de los referidos contenidos al regular el acceso a la información de la licitación, determinando en su apartado tercero que *"Los interesados en la licitación obtendrán, a través del Portal de Contratación, aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación*

complementaria en el plazo de tres días desde que la soliciten, salvo que en los pliegos que rigen la licitación se estableciera otro plazo distinto". Previsión que permite la realización de aclaraciones para el mejor entendimiento del pliego, sin que ello permita la modificación de dicho documento contractual.

Llegados a este punto, es necesario precisar que "aclarar", según la RAE, significa "disipar o quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo"; en cambio, "modificar" significa "transformar o cambiar algo mudando alguna de sus características". Con la modificación se produce un cambio en algo, en nuestro caso en el Pliego, mientras que con la aclaración nada debe cambiar sino solamente quedar más "claro o transparente".

Por su parte, el artículo 46.3 del mismo cuerpo legal establece que *"La introducción de modificaciones significativas en el pliego o en las condiciones reguladoras conllevará la apertura de un nuevo plazo para la presentación de las ofertas y solicitudes de participación",* de donde se deduce que los pliegos una vez publicados pueden ser objeto de modificación, si bien, cuando ésta tenga carácter sustancial conllevará la apertura de un nuevo plazo para la presentación de enmiendas.

Así las cosas, el último de los preceptos citados ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de modificar el pliego una vez aprobado por parte del órgano de contratación; posibilidad que, con anterioridad, únicamente resultaba ajustada a derecho en los casos en que se tratase de una mera rectificación de errores.

Esta regulación supone que, ante una eventual modificación del Pliego, deba analizarse su carácter sustancial o no; concepto jurídico indeterminado que precisa un análisis jurídico a realizar caso por caso.

En el que nos ocupa la aclaración constituye una modificación del texto del Pliego, en concreto del artículo 9.7 del mismo.

Así, la cuestión de fondo a dilucidar se centra en determinar si la aclaración correspondiente al Sobre 3 Oferta económica, publicada con fecha 19 de junio de 2018,

esto es en el período de presentación de ofertas, ha supuesto una modificación sustancial del Pliego en lo que respecta a los aspectos materiales de la oferta económica a realizar por los licitadores. Y ello, toda vez que de ser así resultaría de obligada observancia lo dispuesto en el artículo 46.3 LFCP, a saber, la necesidad de proceder a la apertura de un nuevo plazo para la presentación de ofertas.

Expuestas las anteriores consideraciones, este Tribunal no puede admitir la justificación que realiza el Ayuntamiento de Tudela, pues como hemos advertido en el fundamento anterior, la interpretación de las cláusulas debe realizarse en conjunto y como hemos concluido, del conjunto de todas ellas resulta que la oferta económica a realizar por los licitadores no pude superar el importe máximo de licitación – es decir, la cantidad de 238.000 € -, pero no obliga, como si hace la aclaración, a que dicho precio de licitación deba coincidir con el coste de explotación calculado por cada empresa. De esta circunstancia no cabe sino concluir que, en contra de lo sostenido por la entidad contratante, la aclaración publicada sí innova y modifica la cláusula 9 del pliego; y lo hace, además, en un aspecto tan relevante como es el límite y concepto de la oferta económica. Motivo por el cual tal modificación debe ser calificada de sustancial y, por ende, exigía la apertura de un nuevo plazo para la presentación de ofertas; no resultando ajustado a derecho solventar el problema interpretativo que el Pliego generaba en su redacción inicial a través del cauce de una mera aclaración.

Abunda en lo anterior el hecho de que tal proceder no ha logrado la finalidad perseguida puesto que, en atención al momento procedimental en que se lleva a efecto, lo cierto es que las licitadoras que no la advirtieron y no presentaron su oferta económica conforme a la aclaración realizada han sido excluidas de la licitación.

Decíamos en el fundamento anterior que frente a la regulación del precio de licitación (apartado 6.6.1) que establecía únicamente y con toda claridad que éste no podía rebasar la cantidad de 238.000 €, no podía oponerse la nota contenida en el modelo de oferta, que al decir que "*no se admitirán propuestas cuyo coste anual de explotación sea superior a 238.000 €/anuales (IVA excluido),* introducía confusión, que como hemos señalado debía salvarse conforme a la doctrina expuesta sobre interpretación de la Ley del Contrato. Sin embargo, la aclaración al introducir las

palabras “coste de explotación” en el hueco dispuesto en el modelo para consignar el precio de licitación, está determinando con claridad que el precio de licitación debe coincidir con el coste de explotación calculado por cada empresa.

En consecuencia estamos ante una modificación sustancial del Pliego realizada al margen del procedimiento establecido para ello, pues no consta en el expediente que tal modificación haya sido aprobada por el órgano de contratación y tampoco ha tenido lugar la apertura de un nuevo plazo para la presentación de ofertas como exige para estos casos el artículo 46.3 LFCP.

Siendo que la consecuencia de esta infracción es la nulidad de todo lo actuado a partir de ella, resulta procedente la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la aclaración realizada, de modo que el órgano de contratación proceda a darle el curso indicado, mediante el procedimiento adecuado que en todo caso conllevará la apertura de un nuevo plazo para la presentación de las ofertas, conforme dispone el art. 46 de la LFCP, quedando desechadas las ofertas iniciales. Circunstancia que hace innecesario que este Tribunal entre a analizar el resto de motivos de impugnación alegados por la reclamante.

Dado que el objeto de todas las reclamaciones acumuladas son los actos de exclusión acordados por la Mesa de Contratación de 15 de febrero, y que éstos han resultado anulados como consecuencia de este pronunciamiento, se ha producido la pérdida sobrevenida del objeto de las mismas de modo que, una vez declarada esta circunstancia, conforme al artículo 21.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al que remite el artículo 124.7 de la LFCP, debe procederse al archivo de las mismas.

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. Acumular las reclamaciones especiales en materia de contratación pública interpuestas por "ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.", "DORNIER, S.A.", "APARCAMIENTOS URBANOS SERVICIOS Y SISTEMAS, S.A." y "CONTINENTAL PARKING, S.L.", frente a su exclusión de la licitación del lote nº 1 del contrato de "*Concesión de estacionamiento de permanencia limitada y retirada de vehículos con grúa*", por parte del Ayuntamiento de Tudela.

2º. Estimar parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por "ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.", frente a su exclusión de la licitación del lote nº 1 del contrato de "*Concesión de estacionamiento de permanencia limitada y retirada de vehículos con grúa*", por parte del Ayuntamiento de Tudela, anulando la aclaración del Pliego de 19 de junio y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dicha aclaración, de modo que el órgano de contratación proceda a darle el curso indicado mediante el procedimiento adecuado que, en todo caso, conllevará la apertura de un nuevo plazo para la presentación de nuevas ofertas, conforme dispone el art. 46 de la LFCP, quedando desechadas las ofertas iniciales.

3º. Archivar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por "DORNIER, S.A.", frente a su exclusión de la licitación del lote nº 1 del contrato de "*Concesión de estacionamiento de permanencia limitada y retirada de vehículos con grúa*", por parte del Ayuntamiento de Tudela,

.

4º. Archivar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por "APARCAMIENTOS URBANOS SERVICIOS Y SISTEMAS, S.A.", frente a su exclusión de la licitación del lote nº 1 del contrato de "*Concesión de estacionamiento de permanencia limitada y retirada de vehículos con grúa*", por parte del Ayuntamiento de Tudela.

5º. Archivar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por "CONTINENTAL PARKING, S.L.", frente a su exclusión de la licitación del lote nº 1 del contrato de "*Concesión de estacionamiento de permanencia limitada y retirada de vehículos con grúa*", por parte del Ayuntamiento de Tudela,

6º. Notificar este acuerdo a “ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.”, “DORNIER, S.A.”, “APARCAMIENTOS URBANOS SERVICIOS Y SISTEMAS, S.A.”, “CONTINENTAL PARKING, S.L.”, al Ayuntamiento de Tudela, así como al resto de interesados que figuren en el expediente a los efectos oportunos y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

7º. 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, 7 de junio de 2019. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.