



Expte.: R-35/2015

ACUERDO 29/2015, de 14 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don J.M.G.V., frente a la Resolución de la Concejalía Delegada de Empleo, Comercio, Turismo, Participación Ciudadana, Juventud y Deporte del Ayuntamiento de Pamplona, de fecha 1 de abril de 2015, por la que se adjudica la contratación de los trabajos fotográficos para el Ayuntamiento de Pamplona.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de enero de 2015 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación, mediante procedimiento abierto, de la contratación de los trabajos fotográficos para el Ayuntamiento de Pamplona.

SEGUNDO.- El día 1 de abril de 2015 se aprobó y notificó al adjudicatario y a los demás interesados en el procedimiento la Resolución de la Concejalía Delegada de Empleo, Comercio, Turismo, Participación Ciudadana, Juventud y Deporte por la que *“se procede a adjudicar a don D.M.F. la contratación de los trabajos fotográficos para el Ayuntamiento de Pamplona, por un importe máximo anual de 29.947,50 euros según la oferta y precios presentados y conforme al condicionado que rige el contrato, al ser su oferta la mejor valorada globalmente como refleja el acta de adjudicación”*.

TERCERO.- El día 10 de abril de 2015 don J.M.G.V. presenta reclamación en materia de contratación pública frente a la citada Resolución de la Concejalía Delegada de Empleo, Comercio, Turismo, Participación Ciudadana, Juventud y Deporte, de fecha 1 de abril del 2015, por la que se procede a adjudicar la contratación de los trabajos fotográficos para el Ayuntamiento de Pamplona. Fundamenta su reclamación, en síntesis, en los siguientes motivos:

- a) Infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato, porque se ha infringido lo dispuesto en el artículo 92.5 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), ya que la resolución de adjudicación que le fue notificada no hace referencia “*ni a los motivos de rechazo de la oferta presentada por mi parte, ni a las características y ventajas de la oferta seleccionada*”, careciendo por ello de la motivación necesaria.
- b) Falta de solvencia económica y financiera, técnica o profesional del adjudicatario”.
- c) La oferta seleccionada para la adjudicación puede presumirse de anormalmente baja, “*extremo que no ha sido aplicado por parte del Ayuntamiento de Pamplona*”, infringiendo las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados.

Por ello, solicita del Tribunal que se declare nula la Resolución de adjudicación por infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia y por falta de solvencia técnica o profesional del adjudicatario del contrato.

CUARTO.- Los días 15 y 16 de abril de 2015, se remitió por la entidad local el expediente de la licitación, sin que este resultara completo. Por ello, el mismo día 16 de abril se requirió por la Secretaria del Tribunal que se procediera a completar el expediente, indicándose a la entidad que en caso de que hubiera algún tipo de documentación de carácter confidencial, existía la obligación de remitirla, si bien, para salvaguardar dicha confidencialidad, se podía enviar la documentación grabada en un soporte electrónico válido, no introduciéndola en la aplicación web del Tribunal de forma directa, ya que la misma resulta de acceso libre para todos los interesados en el procedimiento. Así mismo, se recordó el derecho que asiste a dicha Administración de presentar, si lo consideraba conveniente, alegaciones frente a la reclamación interpuesta.

Los días 17 y 20 de abril de 2015, el Ayuntamiento de Pamplona procedió a completar el expediente en la aplicación del Tribunal, así como a remitir, el día 17 de abril, en un sobre un disco compacto (CD) en el cual aportaban la documentación que consideraba que contenía “datos sensibles”, la cual ha sido puesta a disposición de los miembros del Tribunal para su estudio y consulta, pero manteniendo la reserva solicitada por la entidad reclamada.

En el escrito de alegaciones el Ayuntamiento señala, respecto de las tres presuntas infracciones en que se basa la reclamación interpuesta, en síntesis, lo siguiente:

A) En primer término, respecto a la falta de motivación en la notificación de la resolución de adjudicación, el Ayuntamiento de Pamplona afirma que si en un principio pudo existir infracción del deber de motivar la adjudicación, posteriormente el defecto se ha subsanado con la entrega efectuada el día 13 de abril “*de toda la documentación presentada por el adjudicatario, a excepción del listado de clientes que consta en el libro de ventas e ingresos presentados para acreditar la solvencia*”, así como con la puesta a disposición del expediente.

B) En segundo lugar, respecto a la falta en el adjudicatario de solvencia económica y financiera y técnica o profesional, el Ayuntamiento de Pamplona señala que de la propia literalidad del Pliego se deduce una interpretación no restrictiva en cuanto a la experiencia exigida que presuponga una capacidad técnica para ejecutar el contrato, a fin de favorecer la concurrencia, eso sí con el límite de haber facturado por los mismos al menos 25.000 euros/año. Además, señala, la Mesa de Contratación, en ejercicio de su discrecionalidad técnica, considera qué tipo de trabajos encajan en el requisito de experiencia de trabajos iguales o similares que exige el cuadro de características del contrato.

C) Finalmente, en cuanto a la alegación de que la oferta presentada por el adjudicatario puede presumirse como anormalmente baja, señala la entidad local que el

Pliego de condiciones no fija dicha baja y que no es necesario tramitar el procedimiento previsto en el artículo 91 de la LFCP aunque el porcentaje de baja sea superior al consignado en el mismo si la mesa no aprecia que exista temeridad y la Mesa de Contratación consideró justificadamente que la oferta realizada por D.M. no era temeraria.

En consecuencia, solicita la desestimación de la reclamación presentada.

QUINTO.- Con fecha 20 de abril de 2015 se procedió a notificar a los interesados la existencia de la reclamación para que en el plazo de tres días hábiles, pudieran presentar las alegaciones a la reclamación y aportar y solicitar las pruebas que consideraran oportunas.

Dentro del plazo concedido para ello, no se han presentado alegaciones frente a la reclamación interpuesta por los demás interesados en el procedimiento.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Pamplona, entidad contratante, es una entidad local sita en Navarra y, en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 2.1.c) de la LFCP, las decisiones que adopte el citado ente en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, están sometidas a las disposiciones de la LFCP y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de uno de los licitadores participantes en el procedimiento de adjudicación, puesto que presentó oferta dentro del plazo establecido, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato.

TERCERO.- Por otro lado, la LFCP contempla un plazo de diez días naturales para la interposición de la reclamación en materia de contratación pública, contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto impugnado cuando se recurran los actos de licitación y de adjudicación por parte de los licitadores, como ocurre en este caso (artículo 210 apartado 2, letra b, de la LFCP), por lo que la reclamación debe entenderse interpuesta en plazo.

CUARTO.- La reclamación formulada se fundamenta en que existe infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados. Así mismo, también se alega por el reclamante la falta de solvencia económica y financiera, técnica o profesional del adjudicatario.

Estos motivos están incluidos entre los que el artículo 210.3 de la LFCP recoge como motivos tasados que pueden fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- Como primer motivo de impugnación afirma el reclamante que existe infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados y ello porque entiende que se ha infringido lo dispuesto en el artículo 92.5 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), ya que la resolución de adjudicación que le fue notificada no hace referencia *“ni a los motivos de rechazo de la oferta presentada por mi parte, ni a las características y ventajas de la oferta seleccionada”*, careciendo por ello de la motivación necesaria.

De contrario, para justificar su actuación el Ayuntamiento de Pamplona realiza el siguiente relato de hechos:

- El día 7 de abril de 2015 el hoy reclamante, vía telefónica, solicitó al Ayuntamiento la documentación presentada por el adjudicatario para acreditar su solvencia, requiriéndole la entidad local que formalizara su

solicitud vía email o mediante instancia, como efectivamente hizo el día 8 de abril mediante instancia presentada en un registro auxiliar de la entidad local.

- La referida solicitud no ha sido conocida por la unidad gestora del contrato hasta el día 13 de abril del 2015, fecha en la cual le fue remitida la documentación solicitada, concretamente las actas de la mesa así como el informe de valoración técnica, poniendo a su disposición igualmente el expediente para su consulta.

Señala el Ayuntamiento que *“en concreto ha tenido acceso y se le ha facilitado copia de toda la documentación presentada por el adjudicatario, a excepción del listado de clientes que consta en el libro de ventas e ingresos presentados para acreditar la solvencia”*, entendiendo que con la documentación facilitada resultaba suficiente para la defensa de su alegación en torno a la solvencia técnica o profesional del adjudicatario ya que *“proporcionarle dicha información, que reitero es innecesaria, podría afectar el secreto y competencia directa de adjudicatario”*.

Por todo ello, y en virtud del principio de economía procesal, considera el Ayuntamiento que si en un principio sí pudo existir infracción del deber de motivar la adjudicación por la entidad contratante, no procede retrotraer el expediente al momento de una nueva notificación ya que se ha subsanado con la entrega efectuada el día 13 de abril así como con la puesta a disposición del expediente, lo cual permitió al reclamante contar con un nuevo plazo para que *“precise, fundamente mejor o amplíe su reclamación si considera necesario, no existiendo indefensión material, de forma que el resultado sería el mismo.”*

Examinada por este Tribunal la Resolución de la Concejalía Delegada de Empleo, Comercio, Turismo, Participación Ciudadana, Juventud y Deporte del Ayuntamiento de Pamplona, de fecha 1 de abril de 2015, por la que se adjudica el contrato, este Tribunal comprueba que en ella ninguna motivación se incluye en su parte expositiva sobre la decisión de adjudicación que se recoge después en su parte dispositiva, lo que, en principio, constituye una infracción de lo dispuesto en el artículo

92.5 de la LFCP (“*La resolución de adjudicación contendrá, al menos, los motivos por los que se ha rechazado una candidatura u oferta, las características o ventajas de la oferta seleccionada ...*”) y de lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Como ya hemos señalado en anteriores Acuerdos (por todos los Acuerdos 8/2014 y 49/2014), la Mesa de Contratación, como órgano colegiado ajeno a intereses particulares, debe garantizar el correcto desarrollo del procedimiento de licitación teniendo como objetivo que la propuesta de adjudicación que realice al órgano de contratación sea la más beneficiosa para el interés público al que responde el contrato y, para ello, las mesas de contratación actúan con objetividad e independencia del órgano que las ha nombrado y valoran las diferentes ofertas de acuerdo con lo establecido en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas del contrato, concretando dichas valoraciones en aplicación de la discrecionalidad técnica de la que gozan.

Con respecto a esta discrecionalidad técnica, jurisprudencia reiterada significa que la aplicación de los criterios de adjudicación, conforme a las reglas de la ciencia o la técnica, no es susceptible de impugnación salvo en los casos de error patente o irracionalidad en su aplicación. En definitiva, no se puede sustituir la necesaria discrecionalidad técnica de las entidades adjudicadoras de contratos públicos por la discrecionalidad del órgano administrativo o judicial encargado de velar por la legalidad de la contratación, y menos aún podrá aquélla sustituirse por un informe elaborado a instancia de una de las partes concurrentes en el procedimiento de licitación.

No obstante, en varios Acuerdos (entre otros, 5/2013, de 16 de mayo, 6 /2013, de 16 de mayo, 34/2013, de 16 de octubre y 4/2014, de 17 de febrero) este Tribunal también ha puesto de manifiesto que la discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste. Y es que, como señala el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 5 de mayo de 1994 : "*lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la*

*discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales -artículo 103.1 de la Constitución Española, y, por lo tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita".*

El mismo Tribunal Supremo explica en la Sentencia de 9 de julio de 2010 lo siguiente: *"con carácter general, la motivación de los actos administrativos precisa, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuya reiteración excusa cita, de una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada (...), poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa adoptada. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE".*

La motivación exigible en las resoluciones administrativas es aquella que permite conocer, a los propios interesados y a los órganos administrativos o judiciales que hayan de realizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción, para lo cual dichas razones deben expresarse de una forma suficiente para permitir al interesado oponerse mediante la interposición de un recurso fundado.

Es claro que en el caso que nos ocupa la decisión de adjudicación se ha comunicado a los interesados sin contener ninguna motivación, por lo que ello debiera producir el efecto, en principio, de que la reclamación se estimara, anulándose el acto y



ordenándose la retroacción de actuaciones, a fin de que el órgano de contratación dictara una resolución de adjudicación debidamente motivada. Pero decimos “en principio” porque el reclamante, pese a no haberse dictado una resolución debidamente motivada, ha podido conocer posteriormente el contenido del expediente de la licitación (actas de la Mesa de Contratación, informe de valoración de las ofertas presentadas y demás documentos que recogen los motivos que justifican la adjudicación) y ha podido interponer una reclamación debidamente fundada, por lo que no ha sufrido indefensión. Por ello, en este caso, el principio de economía procesal obliga a este Tribunal a desestimar este primer motivo de impugnación para continuar con el análisis del resto de infracciones denunciadas en la reclamación.

SEXTO.- En segundo término, alega el reclamante *“la falta de solvencia económica y financiera, técnica o profesional del adjudicatario”*. Al respecto, considera que el adjudicatario no cumple el nivel de solvencia técnica o profesional mínimo exigido en el Pliego de Condiciones, puesto que no ha realizado prestaciones iguales o semejantes por encima de 25.000 euros durante los últimos tres años, *“ ya que hace más de siete años que no colabora con la U.P.N.A (sic)”* aun cuando le consta que *“realiza trabajos que superan el importe de 25.000 euros, ya que es un reconocido profesional de fotografía de moda, peluquería, producto, etc, pero que en ningún caso son similares o semejantes a los que son objeto de la licitación publicada por el Ayuntamiento de Pamplona.”*

Para justificar lo dicho se remite el reclamante a lo dispuesto en la letra B del Cuadro de Características del Contrato, *“Definición del objeto del contrato”*, en la cual se dispone que *“El objeto del contrato es contratar el servicio de fotografía para actos protocolarios, instituciones, comunicación y publicidad del Ayuntamiento de Pamplona”* y a las prestaciones que comprende dicho contrato, tal y como se recogen en el Pliego de Prescripciones Técnicas, contraponiéndolos a los trabajos realizados por el adjudicatario en los últimos tres años, de lo cual concluye la no existencia de similitud alguna y por tanto, la no acreditación de la solvencia técnica.

A estas afirmaciones contesta el Ayuntamiento de Pamplona exponiendo que *“la solvencia debe ser proporcional al objeto del contrato teniendo el órgano de contratación la potestad para determinar las necesidades del servicio a contratar, para elegir el método de acreditación de la misma de entre los señalados en el artículo 14 de la LFCP y los límites de solvencia mínima que considere necesarios siempre que sean proporcionales al mismo”*.

Según la entidad local, de la propia literalidad de la correspondiente Cláusula del Pliego (letra H del Cuadro de Características del Contrato que señala el nivel y modo de acreditación de la solvencia técnica requerida para la ejecución del contrato) *“se deduce, sin ningún género de duda, una interpretación no restrictiva en cuanto a la experiencia exigida que presuponga una capacidad técnica para ejecutar el contrato (servicios iguales o similares) a fin de favorecer la concurrencia, eso sí con el límite de haber facturado por los mismos al menos 25.000 euros/año”*.

Concluye el Ayuntamiento que *“ la Mesa de Contratación como órgano técnico especializado y dentro de su discrecionalidad técnica, tal y como consta en el expediente, considera que tipo de trabajos encajan en el requisito de experiencia de trabajos iguales o similares que exige el cuadro de características del contrato, no siendo necesarios unos conocimientos especializados distintos para realizar los trabajos ni material diferente; incluso el propio reclamante reconoce que se trata de un reconocido profesional de la fotografía. Admitir otra interpretación restrictiva de la solvencia sería desproporcionado e injusto teniendo en cuenta las prestaciones objeto del contrato, e iría en contra del principio de concurrencia.”*

Fijados los términos de la discusión, comprueba el Tribunal que en el apartado correspondiente a la letra *“H.- SOLVENCIA TÉCNICA Y PROFESIONAL. Niveles y medios de acreditación de la solvencia técnica y profesional”* del Cuadro de características que acompaña al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del contrato se dice: *“1º.- Relación de los principales contratos que tengan por objeto la realización de trabajos fotográficos que impliquen prestaciones iguales o semejantes a las previstas en este contrato, efectuados por el licitador durante los tres*

*últimos años (años 2011, 2012 y 2013), en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado.”* Por su parte, en la letra “B. – DEFINICIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO” del mismo Cuadro se dice: “1- Objeto del contrato: *CONTRATACIÓN TRABAJOS FOTOGRÁFICOS DEL AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA. Se trata de contratar el servicio de fotografía para actos protocolarios, institucionales, comunicación y publicidad del Ayuntamiento de Pamplona”*.”

Consta en el expediente que el adjudicatario incluyó en el “Sobre 1” una relación de los trabajos fotográficos efectuados durante los años 2011, 2012 y 2013 (extracto del Libro de Ventas e Ingresos ejercicios 2011, 2012 y 2013), conteniendo la relación de facturas giradas e importes de las mismas así como el destinatario de los trabajos. En cada ejercicio el importe de las facturas supera el mínimo exigido por el PCAP para acreditar la solvencia. Por ello, en lo referido a los límites económicos necesarios para acreditar la solvencia, el adjudicatario cumple con lo requerido.

En cuanto a la similitud de los trabajos efectuados con los que son objeto del contrato que nos ocupa debemos traer a colación la doctrina expresada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), entre otras, en las Resoluciones 415/2014, de 23 de mayo y 528/2014, de 11 de julio y las que en ella se citan, sobre cómo deben interpretarse los requisitos de solvencia: “*Este Tribunal ha sostenido reiteradamente que la solvencia exigible ha de estar relacionada con el objeto y el importe del contrato y no producir efectos de carácter discriminatorio, sin que pueda identificarse la discriminación con la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir las exigencias establecidas y otros no. Como razona la Resolución de este Tribunal 198/2013, de 29 de mayo, citada por la Resolución 612/2013, de 11 de diciembre: “Pues bien, en tal sentido, es preciso tener en cuenta que en este apartado de la licitación rige la máxima de abrir ésta al mayor número de empresarios posible, evitando, en todo caso, exigencias que puedan resultar restrictivas de la libre concurrencia o discriminatorias.”*”

Si bien es cierto que la entidad contratante debe asegurarse de que los empresarios o profesionales que concurren a la licitación cuentan con la solvencia

suficiente para garantizar una adecuada ejecución del contrato, el nivel de solvencia exigido deberá ser adecuado y proporcionado a las características de la prestación contratada y al importe económico del contrato, como determinan los artículos 13.1 y 14.1 de la LFCP, a fin de respetar los principios rectores de la contratación pública y, en especial, los de igualdad y concurrencia (artículo 21 de la LFCP).

Además, como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta) de 2 de diciembre de 1999 (asunto C-176/98), el único objetivo de los criterios de selección cualitativa fijados es definir las reglas de apreciación objetiva de la capacidad de los licitadores, en particular, en materia financiera y económica y en materia técnica, permitiendo al prestador justificar su capacidad financiera y económica mediante cualquier documento que las entidades adjudicadoras consideren apropiado, lo que impone la obligación de determinar tales criterios y, a su vez, impide que puedan ser aplicados criterios o condiciones que no han sido expresados.

Por ello, expresados estos criterios en el PCAP que rige la licitación e indicándose en el mismo que los trabajos realizados deben implicar “*prestaciones iguales o semejantes*” a las previstas en el contrato, corresponde a la Mesa de Contratación (artículo 61.1.c) de la LFCP) apreciar el cumplimiento del requisito, lo que en el caso que nos ocupa supone, como significa el TACRC en su Resolución 696/2014, de 23 de septiembre, referida a un supuesto similar, que “*ha de atenderse a una valoración de las condiciones técnicas exigidas a aquellos trabajos comparándolos con las exigidas en el contrato objeto de licitación*”.

Como dice el Tribunal Central, “*Se trata, por tanto, de una evaluación técnica del contenido de las prestaciones de los contratos para cuyo examen es indiferente, y, por tanto, no ha de tenerse en cuenta el ámbito material de competencias de las administraciones, organismos, órganos de contratación u órganos proponentes de aquellos contratos y del licitado. De otra parte, semejanza o similitud no es identidad, de modo que las prestaciones de unos y otros contratos comparados no han de identificarse completamente, sino que el examen ha de dirigirse a determinar si entre*

*las prestaciones ya realizadas y las que son objeto de licitación existe el grado de semejanza necesario para concluir que la empresa que llevó a cabo aquellos trabajos tiene capacidad técnica suficiente para ejecutar las prestaciones del contrato licitado.”*

En ejercicio de las potestades atribuidas, la Mesa de Contratación, en sesión celebrada el 30 de enero de 2015 (acta nº 2), acordó admitir a la licitación, entre otros, al actual adjudicatario, sin más motivación, admitiendo tácitamente que cumplía con los requisitos de solvencia precitados.

En esta decisión no aprecia el Tribunal un error patente o irracionalidad, dado que son muy numerosos los trabajos de fotografía acreditados por el licitador, que el propio reclamante afirma que *“es un reconocido profesional de fotografía”* y que la entidad local la justifica afirmando que los trabajos *”encajan en el requisito de experiencia de trabajos iguales o similares que exige el cuadro de características del contrato, no siendo necesarios unos conocimientos especializados distintos para realizar los trabajos ni material diferente”*. Por ello, como se ha dicho en el fundamento anterior, no apreciándose un error patente o irracionalidad no puede ahora este Tribunal sustituir la necesaria discrecionalidad técnica de entidad adjudicadora y menos aún podrá aquélla sustituirse por la opinión de una de las partes concurrentes en el procedimiento de licitación.

En consecuencia, el motivo de impugnación no puede ser estimado.

SÉPTIMO.- El reclamante también entiende que la oferta seleccionada puede presumirse de anormalmente baja y ello por que la oferta presentada por don D.M.F. respecto de los reportajes para entorno on-line *“incumple el tarifario que tiene aprobado VEGAP (Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos), reconocida como entidad de gestión de los derechos patrimoniales que la Ley de Propiedad Intelectual concede a los autores de artes plásticas, creaciones graficas y de la fotografía, en virtud de la O.M. de 5 de junio de 1990 del Ministerio de Cultura y de la O.M de 29 de junio de 1992, respectivamente”*.

El reclamante también indica que fue “*el mismo licitador*” quien notificó al Ayuntamiento de Pamplona la existencia de un error en la oferta económica presentada por el mismo, “*intentando subsanar el mismo, extremos que dicha entidad local no permitió al amparo de la normativa de contratación pública*”.

Por el contrario, el Ayuntamiento de Pamplona señala que, conforme a lo dispuesto en el Cuadro de Características del Contrato, “*se trata de contratar la creación de una obra, de la que se adquiere su propiedad y los derechos patrimoniales de explotación (letra T) del CCC letra B) y en la Cláusula 18 del Pliego Tipo que rige la presente licitación apartado 3ª “Obligaciones del adjudicatario, punto 7 que trata el tema de la propiedad intelectual, el Ayuntamiento adquiere todos los derechos de utilización y explotación de los trabajos fotográficos objeto del encargo*”.

Por ello, entiende el Ayuntamiento que no resulta de aplicación al contrato el tarifario que tiene aprobado la entidad de gestión de derechos de autor Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual, por lo cual no existe infracción del mismo, ni sirve de referencia para poder entender la oferta económica presentada por el adjudicatario como anormalmente baja.

Así mismo, respecto al posible error en la presentación de dicha oferta por parte del adjudicatario y su posterior intento de rectificación, además de indicar que no consta a dicha entidad que sucediera tal cosa, reitera que “*En ningún caso habría lugar a una rectificación de oficio por parte del Ayuntamiento, interpretando la voluntad del licitador, o un posible requerimiento de subsanación de la misma ya que habría supuesto una posibilidad de modificación de su oferta, aspecto prohibido por la norma.*”

Entrando en la primera de las cuestiones planteadas respecto a la anormalidad de la oferta económica, es decir, su ajuste con las tarifas Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP), el Tribunal se inclina por la postura fijada por la entidad contratante y ello porque el Propio PCAP estipula que el Ayuntamiento adquiere todos

los derechos de utilización y explotación de los trabajos fotográficos objeto del encargo y, por tanto, en ningún caso serían de aplicación unas tarifas fijadas por la asociación VEGAP, precisamente, para remunerar la utilización de las obras cuyos derechos de explotación continúan en poder de sus autores.

Respecto al respecto al posible error en la presentación de la oferta por parte del adjudicatario y su posterior intento de rectificación, nada consta en el expediente, por lo que nada se puede resolver sobre ello.

OCTAVO.- El reclamante afirma también que la oferta seleccionada puede presumirse de anormalmente baja y que este extremo *“no ha sido aplicado por parte del Ayuntamiento de Pamplona”*.

En cuanto a esta alegación señala la entidad local que el PCAP no fija dicha baja y que no es necesario tramitar el procedimiento previsto en el artículo 91 de la LFCP aunque el porcentaje de baja sea superior al consignado en el mismo si la mesa no aprecia que exista temeridad. Ese *“podrá considerarse”*, dice el Ayuntamiento, *“viene a reflejar la potestad discrecional de la entidad adjudicadora que no ha determinado un porcentaje de baja en el pliego, previa valoración de las circunstancias concurrentes sobre si la oferta puede ser cumplida regularmente, no solicite alegaciones a los licitadores aun cuando la oferta ganadora supere la baja de 30 puntos porcentuales”*.

Examinado el PCAP se comprueba que el “presupuesto de licitación”, según señala el Cuadro de Características del contrato en su apartado “C” es de 24.750 € (IVA excluido). Por su parte, en el apartado “L” del mismo Cuadro se fijan los criterios de adjudicación del contrato y, entre ellos, los criterios que se utilizarán para valorar la oferta económica, que son los siguientes:

*“1º.- OFERTA ECONÓMICA: hasta 60 puntos*

*La puntuación se asignará a los siguientes conceptos:*

- Fotografías informativas, precio para cada una de las tomas: 20 puntos*
- Fotografías para edición, precio para cada una de las tomas: 15 puntos*
- Reportajes para entorno on-line, precio por reportaje (8 tomas): 10 puntos*

- *Por la entrega de copias en papel: 5 puntos*
- *Recopilación mensual en soporte digital u on-line del conjunto de fotografías realizadas descritas en una base de datos conforme al criterio del Archivo Municipal de Pamplona. hasta 10 puntos*

*Los puntos que se obtengan serán la suma de los obtenidos en cada uno de los cinco conceptos anteriores. Se valorará cada uno de ellos de la siguiente manera: a la oferta más económica se le dará la máxima puntuación y al resto de forma inversamente proporcional.”*

Asimismo, se observa que en el Anexo IV del PCAP se recoge el modelo que los licitadores deben completar para presentar su oferta económica, en el que se debe cumplimentar por cada licitador el importe que se oferta para cada uno de los siguientes trabajos:

- “1.-Por la realización de fotografías informativas, precio para cada una de las tomas.*
- 2.-Por la realización de fotografías para edición, precio para cada una de las tomas.*
- 3.-Por la realización de reportajes para entorno on-line, precio por reportaje (8 tomas)*
- 4.-Por la entrega de copias en papel.*
- 5.- Por la recopilación mensual en soporte digital u on-line del conjunto de fotografías realizadas descritas en una base de datos conforme al criterio del Archivo Municipal.”*

En ningún lugar del PCAP ni de sus documentos anexos se señala un precio máximo de licitación para cada uno de los precios unitarios que corresponden a las prestaciones a realizar y ni siquiera en los informes que constan en el expediente se justifica el modo de obtención del “*presupuesto de licitación*”, que no debiera ser otro que la operación matemática consistente en multiplicar el importe máximo de licitación fijado para cada prestación por el número estimado de prestaciones que se prevén durante la vigencia del contrato. Además, ni siquiera se recoge una estimación de estas prestaciones a realizar en cada ejercicio.

Por tanto, nos encontramos ante un claro incumplimiento de lo previsto en el artículo 68 de la LFCP, que en su letra c) exige que en el PCAP del procedimiento abierto inferior al umbral comunitario, que es el seguido en esta licitación, se fije el



importe del contrato. Este importe será el importe máximo de licitación que no puede ser rebasado por las ofertas económicas y la base para comprobar, como luego veremos, si una oferta puede presumirse anormalmente baja.

Al respecto no se podrá decir que el “*presupuesto de licitación*”, señalado en el Cuadro de Características del contrato en su apartado “C” (24.750 €) es el que la LFCP denomina “importe del contrato” porque esta cifra no se justifica en el expediente y, además, la licitación se realiza teniendo en cuenta no el citado “*presupuesto de licitación*” sino los precios unitarios ofertados, que serán no el precio del contrato sino los precios de cada una de las prestaciones comprendidas en el mismo.

En definitiva, el PCAP debió prever bien un importe máximo de licitación obtenido mediante la multiplicación de los precios unitarios máximos fijados para cada prestación por el número de prestaciones previstas o por el índice o porcentaje que les correspondiera según su volumen previsto, o bien únicamente un precio máximo de licitación para cada uno de los tipos de prestación, de forma que las ofertas a presentar en ningún caso pudieran superar estos importes máximos, tanto en el caso de que se valorara la oferta conjunta como en el caso de hacer la valoración teniendo en cuenta cada precio unitario.

Esta infracción hace imposible un juicio objetivo sobre la anormalidad o no de la oferta presentada. No obstante, no se ha impugnado el PCAP por esos motivos, ni la infracción ha sido alegada durante el procedimiento, por lo que siendo una mera cuestión de anulabilidad este Tribunal no puede pronunciarse al respecto en estos momentos.

En relación con las ofertas anormalmente bajas, el artículo 91.1 de la LFCP establece que “*cuando en un procedimiento de licitación se presente una oferta anormalmente baja respecto de las prestaciones del contrato que haga presumir que no va ser cumplida regularmente, la Administración antes de rechazar la oferta comunicará dicha circunstancia a todos los licitadores afectados para que en el plazo de cinco días presenten las alegaciones oportunas. A la vista de las alegaciones de los licitadores y previo el asesoramiento técnico oportuno se resolverá motivadamente*

*sobre la admisión de la oferta, pudiendo solicitarse un informe de la Junta de Contratación Pública en circunstancias excepcionales”. El apartado 2 del mismo artículo dispone que “Podrá presumirse que una oferta es anormalmente baja cuando sea inferior en treinta puntos porcentuales al importe estimado del contrato, salvo que se haya indicado otra cosa en las condiciones reguladoras del contrato.”*

Como ya señalamos en nuestro Acuerdo 12/2015, de 23 de febrero, la técnica de baja anormal o desproporcionada se fundamenta en la previsión del artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio que establece que “...*En caso de que una entidad haya recibido una oferta anormalmente más baja que las demás ofertas presentadas podrá pedir información al licitador para asegurarse de que éste puede satisfacer las condiciones de participación y cumplir lo estipulado en el contrato*” y esta previsión se recoge también en el artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

También dijimos en nuestro Acuerdo citado que considerar que una determinada oferta o proposición incluye valores anormales o desproporcionados es simplemente una presunción o un indicio de que esta oferta o proposición no se podrá cumplir pero no puede conllevar la exclusión automática (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/201027, de 15 de mayo de 2008, SECAP asuntos C-147/06 y C-148/06, de noviembre de 2001, Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni, y sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2007).

El Considerando 103 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE pone de manifiesto que “*Las ofertas que resulten anormalmente bajas con relación a las obras, los suministros o los servicios podrían estar basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, económico o jurídico. Cuando el licitador no pueda ofrecer una explicación suficiente, el poder adjudicador*

*debe estar facultado para rechazar la oferta. El rechazo debe ser obligatorio en los casos en que el poder adjudicador haya comprobado que el precio y los costes anormalmente bajos propuestos resultan del incumplimiento del Derecho imperativo de la Unión o del Derecho nacional compatible con este en materia social, laboral o medioambiental o de disposiciones del Derecho laboral internacional”, y el artículo 69 exige que antes de la exclusión de la oferta que incurre en anormalidad se justifique por el licitador incurso en ella la viabilidad de la misma.*

Respecto la motivación que debe efectuar la Mesa para decidir si existe o no justificación de la anormalidad se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales entre otras en su Resolución 88/2013 de 27 de febrero de 2013 en los siguientes términos: *“la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio, SSTs de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000).”*

La valoración de si la oferta es o no anormal corresponde a la Mesa de Contratación, operando en estos casos la discrecionalidad técnica de la que goza. Pero, como se ha dicho en los fundamentos anteriores, la discrecionalidad técnica no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste. Por ello, sí es competencia de este Tribunal analizar los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminación o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al ejecutarla.

En este mismo sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 786/2014, de 24 de octubre, citando la Resolución

677/2014, de 17 de septiembre, señala que *“la revisión de la apreciación del órgano de contratación acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración, y que a tal respecto es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones en relación con el de las propias ofertas debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que en buena medida pueden ser apreciados en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal. Tal es el caso de que en una oferta determinada puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones ... para desvirtuar la valoración realizada por el órgano de contratación en esta materia será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del órgano de contratación teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador cuya oferta se ha considerado inicialmente como anormal o desproporcionada resulta infundado, o a apreciar que se ha incurrido en ese juicio en un error manifiesto y constatable...”*

En sus alegaciones, el Ayuntamiento de Pamplona señala que la Mesa de Contratación consideró que la oferta realizada por don D.M.F. no era temeraria por las siguientes razones: *“el precio de cada trabajo está en función de la valoración personal que cada licitador hace del coste que le supone realizarlo, siendo todos los trabajos en Pamplona y sin que haya gastos de desplazamiento, de ahí la variedad de precios que reflejan las ofertas y no existe ningún material a amortizar ni ningún gasto general adicional que no tenga ya el adjudicatario por su condición de fotógrafo profesional autónomo (cotización al RETA, seguro profesional en su caso)”*.

En consecuencia, no apreciándose en este juicio de la Mesa arbitrariedad, discriminación o error material y no habiendo aportado el reclamante argumento alguno

que desvirtúe este juicio, procede la desestimación de la reclamación también en este punto.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

**ACUERDA:**

1º. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don J.M.G.V., frente a la Resolución de la Concejalía Delegada de Empleo, Comercio, Turismo, Participación Ciudadana, Juventud y Deporte del Ayuntamiento de Pamplona, de fecha 1 de abril de 2015, por la que se adjudica la contratación de los trabajos fotográficos para el Ayuntamiento de Pamplona.

2º. Notificar este Acuerdo a don J.M.G.V., al Ayuntamiento de Pamplona y a los demás interesados que así figuren en la documentación del expediente y acordar su publicación en la sede electrónica 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, 14 de mayo de 2015. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Ana Román Puerta.