



Expte.: R-29/2016

ACUERDO 28/2016, de 14 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don E.Z.J, en nombre y representación de la empresa GIMA “Grupo Industrial de Mantenimiento Avanzado de Navarra, S.L.”, contra el acuerdo de la Mesa de Contratación, de 13 de mayo de 2016, por el que se resolvió la inadmisión de su oferta económica, dentro del procedimiento de licitación de las obras de reforma de las instalaciones centralizadas de calefacción con cambio de combustible a gas natural en la Clínica Ubarmin (OB2/2016).

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 24 de febrero de 2016 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato “Obras de reforma de las instalaciones centralizadas de calefacción, con cambio de combustible a gas natural, en la Clínica Ubarmin de Elcano (OB2/2016).

SEGUNDO.- El 5 de abril de 2016, se procedió en acto público a la apertura de los Sobre nº2 “Proposiciones Económicas”. Tras analizar las mismas, la Mesa actuante en dicho procedimiento acordó requerir a la empresa GIMA “Grupo Industrial de Mantenimiento Avanzado de Navarra, S.L.”, (en adelante GIMA) para que procediera a justificar la posibilidad de ejecutar el contrato por el importe económico ofertado, concediéndole para ello un plazo de cinco días.

Dentro del plazo concedido para ello, la empresa requerida GIMA aportó para justificar la viabilidad de su oferta económica la siguiente documentación:

*“1. Minoración de costes económicos por reducción de los gastos generales y el beneficio industrial del 3% y el 4% respectivamente.*

*2. Oferta entera por partidas de la obra, con la justificación de cada partida con la Oferta de Saltoki y de Ofenval.*

*3. Oferta y carta de compromiso de la Obra Civil de la empresa Conslau, S.L.*

*4. Oferta y carta de compromiso del capítulo de electricidad de la empresa Electricidad Viguera”.*

En sesión de 13 de abril de 2016, la Mesa de Contratación encomendó a técnicos del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea la emisión del informe correspondiente sobre la justificación de la viabilidad de la oferta económica presentada por la empresa GIMA.

TERCERO.- En base a dicho Informe, la Mesa de Contratación acordó en fecha 13 de mayo de 2016, haciendo suyas las conclusiones de dicho Informe, excluir la oferta de la empresa GIMA del procedimiento de licitación de las obras de reforma de las instalaciones centralizadas de calefacción con cambio de combustible a gas natural en la Clínica Ubarmin por no haber justificado que garantiza la ejecución de la obra por el importe económico ofertado, siéndole notificada dicha exclusión con fecha 17 de mayo de 2016.

CUARTO.- El 26 de mayo de 2016, la empresa GIMA presentó reclamación en materia de contratación pública contra la exclusión de su oferta económica dentro de la licitación de las obras de reforma de las instalaciones centralizadas de calefacción con cambio de combustible a gas natural en la Clínica Ubarmin (OB2/2016).

La empresa GIMA basa su reclamación en la consideración del Pliego que rige la licitación como la “ley” del procedimiento, por lo que al no establecerse en ninguna parte del clausulado del mismo *“la posibilidad de la baja económica, siendo doctrina de la Junta de Contratación que no cabe apreciar la existencia de ofertas anormalmente bajas presentadas en un concurso si el Pliego no establece expresamente esta posibilidad”.*

Por ello, entiende el reclamante que la Mesa de Contratación se ha extralimitado de sus competencias, no procediendo la inadmisión o exclusión de su oferta económica al no estar previsto en el Pliego la posibilidad de existencia de ofertas económicas anormalmente bajas.

QUINTO.- El día 2 de junio de 2016 fue remitido el expediente y el escrito conteniendo las alegaciones en defensa de la legalidad del procedimiento llevado a cabo así como oponiéndose a la reclamación interpuesta por parte de la entidad reclamada, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

Las alegaciones remitidas por la entidad reclamada se basan fundamentalmente en lo constatado por los Técnicos en el informe emitido sobre la viabilidad de la oferta económica presentada por GIMA junto con el estudio de la documentación aportada por la misma.

En el informe emitido por los técnicos del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (arquitecta técnica e ingeniero técnico del Servicio de Infraestructuras), hecho propio por la Mesa de Contratación para acordar de forma razonada la exclusión de la oferta económica de la empresa GIMA, se llega a las siguientes conclusiones:

En primer término, se indica que *“del análisis del capítulo 6 de Obra Civil del proyecto de la empresa concluye que los precios de mercado que se incluyen en cada una de las partidas se consideran adecuados y hacen viable la ejecución de dicho capítulo en el importe económico ofertado.”*

Continúa el informe indicando que *“del análisis del resto de capítulos del proyecto en cuestión concluye que:*

*En la documentación aportada se indica que los gastos generales serán de un 3% y el beneficio industrial de un 4%, reduciendo el valor que estaba en proyecto de un 9%. Teniendo como ejecución material la oferta un importe de 436.229,49 euros sobre*

*una ejecución material de proyecto de 642.095,29 euros, la baja realizada es de un 32,06% sobre ejecución material.*

Constata el informe técnico que mientras la oferta realizada por la empresa es de 467.000 euros, la justificación aportada se ajusta a una oferta económica de 466.765,55 sobre un importe máximo de licitación de 699.883,87 euros.

Asimismo, en el informe se constata la existencia de descuadres económicos en los capítulos con más peso económico analizadas como son el Capítulo I-Nueva sala de Calderas, o el Capítulo 4-reforma circuitos de refrigeración etc.

Se indica también en el Informe que en ningún lugar de la documentación aportada se localiza el 3% de los medios auxiliares que hay en proyecto en todas las partidas que en el caso de su oferta representarían 13.005,28 euros (gastos generales, beneficio industrial e IVA aparte).

Concluye el Informe que se considera que la justificación aportada por GIMA no es suficiente y no garantiza que sea viable para ejecutar la obra en el importe económico ofertado.

En consecuencia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 91 de la LFCP, solicita la desestimación de la reclamación.

SEXTO.- El día 3 de junio de 2016, previa notificación de la existencia de una reclamación, se persona en el expediente “VEOLIA SERVICIOS NORTE, S.A.U.” (en adelante VEOLIA) y presenta sus alegaciones en la que reiterando en parte lo señalado por la entidad reclamada, indica que conforme a lo dispuesto en el artículo 91.2 de la LFCP, se *“podrá presumir 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”*, con lo que no resulta operativa la fundamentación del reclamante, ya que si bien el Pliego efectivamente es la

norma que regula la licitación, el mismo siempre está sometido a lo dispuesto en la LFCP, la cual operaría a falta de previsión expresa en el mismo.

Además, entiende la empresa VEOLIA que se ha dado una indebida justificación de la oferta anormalmente baja, lo cual queda amparado y razonado en el informe técnico aportado por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, el cual ha servido de base y fundamentación del Acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de Contratación de fecha 13 de mayo de 2016.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 2.1.b) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP), las decisiones que adopten los Organismos Autónomos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, entre los que se encuentra el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, 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 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación han sido interpuestas por personas legitimadas al tratarse de un licitador participante en el procedimiento de adjudicación, 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.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal previsto en el artículo 210.2.b de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación presentada por la empresa GIMA se basa fundamentalmente en la consideración de la improcedencia de la exclusión de su oferta económica al entender que si el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no señala o regula la existencia de ofertas económicas anormalmente bajas, la Mesa de Contratación se extralimitó en sus competencias al apreciar la concurrencia de dicho

supuesto e iniciar un procedimiento en tal sentido, el cual concluyó con la exclusión , entiende que discriminatoria y no justificada, del ahora reclamante.

Al respecto de ello, como hemos señalado en numerosos acuerdos (véanse los Acuerdos 63/2015, 62/2015, 61/2015, 58/2015, 57/2015, 36/2015, 29/2015, 12/2015 y 31/2014), 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”.*

La LFCP regula la cuestión en su artículo 91, disponiendo en sus apartados 1 y 2 lo siguiente:

*“1. 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.*

*2. 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”.*

La justificación última de esta técnica, como afirma el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 2/2013, de 16 de enero de 2013, es que *“los órganos de contratación del sector público deben velar porque el precio de los contratos corresponda con el del mercado, más allá de las rebajas que se ofrezcan en el proceso competitivo licitatorio (...). Ello es así porque (...) la contratación del sector público debe asegurar entre otros principios, el de la libre competencia”*

En el supuesto que nos ocupa, el único criterio de adjudicación era el precio. Al regular el contenido del sobre nº 2, el artículo 7.2 del pliego de condiciones afirma que *“sobre nº 2 contendrá la oferta económica del licitador, redactada conforme al modelo del Anexo III de este Pliego, que se someterá a los siguientes requisitos de admisibilidad:*

- a) En todo caso, se entenderá que la oferta presentada es IVA EXCLUIDO.*
- b) No podrá ser superior al importe máximo de licitación fijado en la Cláusula 5 de este Pliego.*
- e) Se referirá al conjunto del objeto del contrato, no pudiendo incluir sólo una parte de las tareas del mismo.*
- d) No se podrán presentar variantes o alternativas y la infracción de esta norma dará lugar a la inadmisión de todas las ofertas que haya suscrito el licitador.*
- e) Deberá estar firmada por el licitador o su representante.*
- f) Según lo recogido en el artículo 49.3.b) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, en su reciente redacción dada por la Ley Foral 1/2015, de 22 de enero, por la que se introducen cláusulas sociales en los pliegos de cláusulas administrativas, la oferta económica deberá ser adecuada para que el adjudicatario haga frente al coste derivado de la aplicación del convenio sectorial que corresponda, sin que en ningún caso los precios/hora de los salarios contemplados puedan ser inferiores a los precios/hora del convenio más los costes de Seguridad Social.”*

En la lectura de la cláusula aludida no hay referencia a la determinación de la oferta que será considerada como anormalmente baja. Sin embargo, debe tenerse en

cuenta, al contrario de lo que señala la reclamante y como claramente se observa del artículo 91.2 de la LFCP que no es necesario que el pliego de condiciones establezca un umbral de temeridad pues, precisamente, en su defecto, este precepto afirma que podrá presumirse como tales aquellas inferiores *“en treinta puntos porcentuales al importe estimado del contrato, salvo que se haya indicado otra cosa en las condiciones reguladoras del contrato”*.

Se observa, de la documentación obrante en el expediente que la oferta de la licitadora excluida (467.000 € IVA excluido) superó este porcentaje, por lo que se le presumió, adecuadamente, como una oferta anormalmente baja.

Como pusimos de manifiesto en nuestro Acuerdo 25/2013, de 3 de septiembre, ante una oferta que pueda presumirse, conforme a las condiciones reguladoras de la licitación o, en su defecto, la norma contractual, incurso en baja anormal, la entidad contratante dispone de dos opciones: bien abrir el procedimiento contradictorio que determina el artículo 91 de la LFCP o bien motivar adecuadamente las razones que le llevan a apreciar que no existe tal anomalía sin tramitar el citado procedimiento

Como acertadamente se afirma en el Acuerdo 2/2008, de 7 de marzo, de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública de Navarra, los términos del apartado 2 del artículo 91 de la LFCP, en especial la expresión *“podrá considerarse”*, *“vienen a reflejar esa potestad discrecional de la entidad adjudicadora y no siempre una baja del 30% sobre el precio estimado del contrato será objeto de calificación como oferta anormalmente baja. Como tal potestad discrecional, que se justifica exclusivamente por la concesión de una libertad de medios para alcanzar un fin, en este caso, la adjudicación a la mejor oferta en términos de precio o de calidad-precio, no se pueden predeterminar los casos en que se deben considerar ofertas anormalmente bajas cuando éstas superen el límite de los 30 puntos porcentuales.”*.

En el caso que nos ocupa la Mesa el 5 de abril de 2016 solicitó la justificación debida a la ahora reclamante e informó con la motivación adecuada la documentación justificativa que ésta presentó.



Yerra, en definitiva, la recurrente cuando confunde la introducción de fórmulas económicas, o la supuesta vulneración del principio de igualdad con la posibilidad – o más bien obligación, salvo informe justificativo de la Mesa – de que se le solicite justificación de su oferta.

Por otra parte, estudiada la documentación justificativa y el informe técnico elaborado al efecto por la Jefa del Servicio de Infraestructuras del SNS-0 se verifica que la exclusión contó la motivación debida.

Al respecto, como ya señalamos en nuestro Acuerdo 36/2015, de 19 de junio: *“La valoración de si la oferta es o no anormal corresponde a la entidad contratante, operando en estos casos la discrecionalidad técnica de la que goza. Pero la discrecionalidad técnica no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste. Por ello, 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...”.*

Por su parte, en su Acuerdo 21/2013, de 30 abril de 2013, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón afirma que *“la decisión acerca de si una oferta puede o no cumplirse, no implica la libertad del órgano de contratación para admitir sin más una oferta incurrida en anomalía, sino que se requiere un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anomalía de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas de forma expresa por el TRLCSP. En consecuencia, la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad. (..) Como señala el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de junio de 1990, el informe tiende a ilustrar la voluntad del órgano que tiene que resolver y su razón de ser está en la garantía que esta valoración técnica representa para la viabilidad de la pretensión, susceptible de orientar el sentido y alcance que deba adoptar el acuerdo o su misma oportunidad”.*

Por todo ello, a la vista del acta de la Mesa de 13 de mayo de 2016, y de acuerdo con los informes técnicos que motivaron la exclusión y consideraron inadecuada la justificación ofrecida y las alegaciones de las partes, no apreciando este Tribunal arbitrariedad o discriminación, ni que se haya incurrido en error material al efectuar la valoración de la justificación de la oferta del adjudicatario, la reclamación debe ser desestimada.

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 E.Z.J, en nombre y representación de la empresa GIMA “Grupo Industrial de Mantenimiento Avanzado de Navarra, S.L.”, contra el acuerdo de la Mesa de Contratación, de 13 de mayo de 2016, por el que se resolvió la inadmisión de su oferta económica, dentro del procedimiento de licitación de las obras de reforma de las instalaciones centralizadas de calefacción con cambio de combustible a gas natural en la Clínica Ubarmin (OB2/2016).

2º. Notificar este acuerdo a la reclamante, al Servicio Navarro de Salud – Osasunbidea y a los demás interesados que figuren en la documentación del expediente, y acordar su publicación en la página web 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 junio de 2016. EL PRESIDENTE, Fermín Casado Leoz, EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla. EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu.