



Expte.: R-30/2016

ACUERDO 32/2016, de 23 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública presentada por doña A.R.A., en representación de la Agrupación de Licitadores formada por "MERIDIANO ZERO MARKETING, S.L." y "SEPINUM, S.L." frente a la exclusión de su oferta de la licitación del contrato de "Asistencia para la elaboración del dossier de candidatura a la Carta Europea de Turismo Sostenible, Plan de Acción y Plan de Gestión de Turismo y Uso Público del Parque Natural y Reserva de la Biosfera de Bardenas Reales de Navarra".

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 30 de marzo de 2016 la Comunidad de Bardenas Reales de Navarra publica en el Portal de Contratación el anuncio de licitación del contrato para la elaboración del dossier de candidatura a la Carta Europea de Turismo Sostenible, Plan de Acción y Plan de Gestión de Turismo y Uso Público del Parque y Reserva de la Biosfera de Bardenas Reales de Navarra.

A dicha licitación presentaron una oferta como licitadores en participación las mercantiles "MERIDIANO ZERO MARKETING, S.L." y "SEPINUM, S.L." por un importe de 38.000 euros (I.V.A. excluido) lo que suponía una rebaja del 15'56% sobre el precio de licitación que ascendía a 45.000 euros (I.V.A. excluido).

Con fecha 17 de mayo de 2016 recibe la notificación de la resolución de adjudicación del contrato en la que, entre otros puntos, figura el acuerdo de exclusión de su oferta por resultar anormalmente baja.

SEGUNDO.- Con fecha 26 de mayo de 2016 la mercantil "Meridiano Zero Marketing, S.L." interpone reclamación en materia de contratación pública contra la

exclusión de su oferta fundamentada en las siguientes alegaciones que se exponen en síntesis:

a) Que en las alegaciones que presentó ante la entidad adjudicadora para argumentar que su oferta era cumplible, señalaba que tenía capacidad para rebajar el precio de sus servicios en 250 euros que es la cifra en la su oferta excedía del límite porcentual (15'56%) establecido en los pliegos. Asimismo señala que, en las alegaciones presentadas en su día para justificar que su oferta se podía cumplir, las explicaciones versaban sobre los apartados a) y b) del artículo 91 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP) que versan sobre los ahorros en la prestación del servicio y las soluciones técnicas y condiciones favorables de las que dispone el licitador.

b) Que la comunicación de su exclusión por haber presentado una oferta anormalmente baja no se encuentra motivada tal como exige el artículo 91 LFCP.

En consecuencia solicita que su oferta sea admitida a la licitación.

TERCERO.- Con fecha 31 de mayo de 2016 la Comunidad de Bardenas Reales de Navarra aporta el expediente de contratación y presenta las siguientes alegaciones, que se transcriben en síntesis:

a) Que el apartado 9.2 del pliego al regular la resolución del trámite de valoración de una oferta anormalmente baja dice: *“A la vista de dichas alegaciones, y previo asesoramiento técnico oportuno, se resolverá motivadamente sobre la admisión de dicha oferta”*. Entiende que, de acuerdo con esa regulación, la motivación es obligatoria en los casos en que se acepte una oferta anormalmente baja pero no se requiere dicha motivación cuando se rechaza una oferta.

b) Que en la fijación del límite de la oferta anormalmente se hizo considerando el umbral a partir del cual se ponían en riesgo los salarios de los trabajadores que debían prestar el servicio ya que el 90% de todo el gasto en el que incurre una empresa que

presta los servicios objeto del contrato son costes laborales. Por otra parte al encontrarse dicha fórmula en los pliegos fue aceptada por los licitadores desde el mismo momento en que presentaron las ofertas. Considera que excluir a las empresas que ofertaron por debajo del 15% del precio de licitación garantiza el respeto a los costes laborales y, por otro lado, mantener la igualdad de trato al conocer todos los licitadores el límite establecido.

En consecuencia solicita que se desestime la reclamación. Igualmente, de forma subsidiaria que se declare la invalidez de todo el procedimiento ya que retomar el proceso de valorar las ofertas anormalmente bajas supondría discriminar y, en su caso, romper el equilibrio con el resto de las ofertas que respetaron el precio mínimo establecido por las bases.

CUARTO.- Con fecha 13 de junio de 2016 se persona en la reclamación la mercantil “Hidria Ciencia Ambiente y Desarrollo, S.L.” y alega que el órgano de contratación no resulta competente para comprobar el cumplimiento de la legislación laboral en el ámbito de los costes salariales, algo que nada tiene que ver con el cumplimiento de la cláusula 9.2 que es de carácter puramente económico, ni de rechazar una proposición o impedir la adjudicación del contrato por la única causa de un hipotético incumplimiento, ya que su misión se centra en comprobar la capacidad de contratar, el no hallarse incurso en causa de prohibición de contratar y en comprobar la solvencia económica y técnica del licitador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las decisiones que adopten las Entidades Locales de Navarra, en este caso la Comunidad de Bardenas Reales de Navarra, en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, están sometidas, conforme a lo previsto en el artículo 2.1.c) de la LFCP, 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 reclamante ostenta legitimación activa conforme a lo prescrito en el artículo 210 de la LFCP, que establece que la reclamación en materia de contratación pública se podrá interponer ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por las empresas, profesionales e interesados en la licitación de un contrato público contra los actos de trámite o definitivos, que les excluyan de la licitación o perjudiquen sus expectativas, como licitadora cuya oferta ha sido excluida de la licitación.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal de 10 días naturales previsto en el artículo 210.2.b) de la LFCP.

En el citado precepto se establece que "En el caso de que se impugne un acto de exclusión de un licitador o la adjudicación, el plazo se computará a partir del día siguiente al de la notificación de la información preceptiva que establecen el artículo 92.5 y el apartado 3 del artículo 200 de la presente Ley Foral.

Por tanto, el plazo del que dispone el licitador para impugnar la exclusión de su oferta de la licitación debe computarse a partir del día siguiente a la notificación de la Resolución de adjudicación, que es la aquí impugnada, toda vez que es a través de la misma cuando le ha sido notificada su exclusión con las formalidades exigibles y la información preceptiva.

CUARTO.- La reclamación formulada se fundamenta en la vulneración de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación, motivo incluido entre los que de forma tasada señala el artículo 210.3 de la LFCP para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- La parte reclamante, impugnando la resolución de adjudicación, viene a reclamar frente al acuerdo de la Mesa de Contratación determinante de la exclusión de su oferta de la licitación, fundando dicha reclamación en la falta de motivación de dicho acuerdo de exclusión.

En este caso, la Agrupación de Licitadores representada en esta reclamación aduce que la oferta económica que presentaron por valor de 38.000 euros representó un 15,56% de baja respecto del precio máximo de licitación fijado en 45.000 euros, esto es 250 euros, procediendo la Mesa de Contratación a excluirla de la licitación, de modo automático, por el sólo hecho de la existencia de baja económica y sin ninguna otra consideración, a pesar de haber justificado dicha baja en el trámite de alegaciones conferido al respecto.

Efectivamente, habiendo incurrido la licitadora en presunción de oferta anormalmente baja conforme a los PCAP, la Mesa de Contratación le requirió para que justificara, en aplicación de lo prescrito en el artículo 91 LFCP y en el propio PCAP, su oferta, a cuyo efecto se le confirió un plazo de 5 días para presentar alegaciones, trámite que cumplimentó mediante escrito en el que la hoy reclamante expuso, por las razones que se contienen en el mismo, su capacidad de rebajar su propuesta económica en 250 euros por debajo del límite estipulado sin menoscabo de los trabajos ofertados, razones que la Agrupación reclamante considera que le llevaron a justificar la admisibilidad de su oferta con base en los puntos a) y b) del artículo 91 LFCP:

"a) El ahorro que permita el procedimiento de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios".

"b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios"

Pese a ello, la Mesa de Contratación, en sesión convocada con el objeto de analizar y valorar las alegaciones presentadas, acordó por unanimidad excluir de la licitación, entre otros licitadoras, a la Agrupación reclamante *"al entender que las ofertas económicas presentadas son anormalmente bajas, circunstancia que específicamente se recoge en las bases del concurso al presentar ofertas económicas por debajo del porcentaje del 15 % del propio concurso"*, formulando Propuesta de Adjudicación a favor de la empresa que presentó la oferta más ventajosa tras las exclusiones de las ofertas que habían incurrido en oferta a anormalmente baja.

En esta tesitura, la reclamante entiende que la exclusión de su oferta de la licitación no está motivada porque no va acompañada de ningún motivo o justificación que la avale y que, por tanto, la propuesta de adjudicación resulta arbitraria.

De este modo, a través de la impugnación de la Resolución de adjudicación del contrato, la reclamante viene a suscitar el debate sobre la conformidad a derecho del acuerdo de la Mesa de contratación por el que se le excluye de la licitación por haber incurrido en supuesto de oferta anormalmente baja.

La entidad contratante, por su parte, se opone a las alegaciones formuladas de contrario para fundar la reclamación y considera que la declaración o no de una oferta anormalmente baja no se sustenta en la posibilidad o no de que una empresa concreta pueda prestar el servicio objeto de la licitación, sino que dicha calificación proviene de un elemento totalmente objetivo, cuál es la baja presentada por la empresa licitadora en su oferta económica, porcentaje determinado por las bases que rigen la licitación, y que fueron aceptadas por los licitadores al presentar sus propuestas, es este caso fijado en un 15% respecto del precio máximo de licitación.

Junto a lo señalado, añade que, siendo el capital humano el mayor gasto en el que incurren las empresas licitadoras a la hora de ejecutar el contrato, en clara alusión tanto la normativa nacional como las directrices europeas que imponen como bajas anormales aquellas que afectan a materias de trabajo y empleo, entiende que las empresas presentan dichas ofertas anormales porque arrastran un desfase en el sueldo de sus empleados.

Por ello, manifiesta que la Comunidad de Bardenas Reales de Navarra, al aprobar las bases de la convocatoria, pretendió limitar el umbral a partir del cuál el servicio objeto del contrato ponía en riesgo el sueldo de los trabajadores que objetivamente debían prestarlo, máxime cuando considera que todo el gasto en el que incurre una empresa de este tipo es el capital humano.

De este modo, fijadas las posiciones de las partes, la única cuestión a dilucidar es si la decisión de la Mesa de Contratación de excluir a la oferta de la reclamante de la licitación por considerarla anormalmente baja es conforme a derecho.

SEXTO.- Toda licitación de un contrato público debe respetar los principios rectores de la contratación recogidos en el art. 21 LFCP como criterios de interpretación y concretados a los principios de transparencia, tratamiento igualitario y no discriminatorio y de competencia orientada a la búsqueda de la máxima eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Así ha sido reiteradamente manifestado por este Tribunal en muchos de nuestros Acuerdos (por todos el Acuerdo 43/2015, de 3 de agosto).

Dichos principios rectores de la contratación pública quedan garantizados, tal como señala la Resolución 40/2012, de 3 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, “...*mediante la exigencia de que la adjudicación de los contratos se realice, en principio, a favor de la oferta económicamente más ventajosa, considerándose como tal aquella que reúna las mejores condiciones tanto desde el punto de vista técnico como económico*”, añadiendo que “... *por excepción, y precisamente para garantizar el interés general, se prevé la posibilidad de que reúna tal característica y no sea considerada sin embargo la más ventajosa, cuando en ella se entienda que hay elementos que la hacen incongruente o desproporcionada o anormalmente baja...*”

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*“.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva

2004/18/CE, pone de manifiesto en su Considerando 103 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”*.

Por su parte, el artículo 69 *“Ofertas anormalmente bajas”* establece que:

“1. Los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate.

2. Las explicaciones contempladas en el apartado 1 podrán en particular referirse a lo siguiente:

a) el ahorro que permite el proceso de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción;

b) las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras;

c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;

d) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 18, apartado 2

e) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 71;

f) la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador.

3. El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2.

Los poderes adjudicadores rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2.

4. Cuando el poder adjudicador compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, solo podrá rechazar la oferta por esa única razón si consulta al licitador y este no puede demostrar, en un plazo suficiente, fijado por el poder adjudicador, que la ayuda era compatible con el mercado interior, a efectos del artículo 107 del TFUE. Los poderes adjudicadores que rechacen una oferta por las razones expuestas deberán informar de ello a la Comisión.

5. Los Estados miembros pondrán a disposición de los demás Estados miembros, previa solicitud y mediante cooperación administrativa, toda la información de que dispongan, sean disposiciones legales y reglamentarias, convenios colectivos universalmente aplicables o normas técnicas nacionales, relativa a las pruebas y documentos justificativos presentados en relación con los elementos enumerados en el apartado 2”.

Asimismo, la citada Directiva establece en su artículo 18.2 que” Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”.

Por tanto, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que tiene efecto efecto directo a partir del 18 de abril de 2016, únicamente permite a los poderes adjudicadores rechazar las ofertas de los licitadores incursas en supuesto de oferta anormalmente baja cuando el licitador afectado requerido de explicación cuando dicho licitador no pueda ofrecer una explicación satisfactoria sobre el bajo nivel de los precios o coste propuestos o cuando resulte acreditado que los mismos resultan del incumplimiento de las normas que resultan aplicables en materia

medioambiental, social o laboral, pero en todo caso después de evaluar la información proporcionada por el licitador.

Ahora bien, ninguna de las Directivas comunitarias en materia contractual, incluida la Directiva 2014/24/UE, ha definido qué se entiende por oferta anormalmente baja y, por tanto, tampoco ha establecido la forma de determinar cuando nos encontramos ante una oferta anormalmente baja, dejándolo en manos de los legisladores nacionales, por lo que, a la hora de determinar cuando nos encontramos ante una oferta que se presume inicialmente como anormal o desproporcionada, deberemos acudir a nuestra propia normativa sobre contratación pública, regulando la cuestión la LFCP en su artículo 91, que dispone 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”.

Este Tribunal se ha manifestado en varias ocasiones en relación al tratamiento de las ofertas anormalmente bajas, por todos el Acuerdo 25/2013, de 3 de septiembre, que al respecto señala que:

“(…) Como afirma la Resolución del Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales nº 145/2012 de 8 de agosto de 2012 el principio de

transparencia exige que la adjudicación de los contratos se haga a favor de aquella empresa que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa.

Ello se traduce en que la oferta ganadora debe ser aquella que contenga el precio más bajo, o que valorando conjuntamente los aspectos técnicos y económicos obtenga la mayor puntuación.

Como afirma el Acuerdo 2/2013, de 6 de enero de 2013, del Tribunal Administrativo de contratos Públicos de Aragón, “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. “

“Sin embargo, este principio tiene una excepción: la posibilidad de considerar que la oferta es anormalmente baja o desproporcionada, es decir que contiene valores económicos inferiores a lo razonable o que los diferentes elementos que la integran carecen de la adecuada congruencia entre sí. Sin embargo esta excepción no puede considerarse ilimitada. (...) obliga a la entidad contratante, antes de poder rechazar una oferta por contener valores que pudieran en principio considerarse anormalmente bajos o desproporcionados, a dar audiencia a los licitadores que hubieran presentado las mencionadas ofertas anormales”, conforme la interpretación ofrecida por la Resolución de 23 de octubre de 2012 del Tribunal Administrativo de Navarra, Sección 3ª, rec. 12-01567/2012.

Con ello viene a determinarse el criterio de 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, rec. C-599/201027, de 15 de mayo de 2008, SECAP C-147/06 y C-148/06, de noviembre de 2001, Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni, y sentencia de la Audiencia Nacional e 21 de noviembre de 2007]. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales entre otras en la resolución 64/2010 de 9 de febrero de 2010 afirma que: “...la apreciación de que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser

cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. De acuerdo con ello la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática.”

En definitiva, la finalidad básica de la normativa de contratación pública en la regulación de las ofertas normalmente bajas es evitar que se puedan rechazar automáticamente dichas ofertas sin verificar previamente una comprobación de las mismas a efectos de determinar su posible cumplimiento porque 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.

Así, en el caso de que una empresa haya presentado una oferta anormalmente baja, la mesa de contratación no puede rechazar directamente su oferta, excluyendo sin más al licitador, sino que debe otorgarle un plazo de audiencia para darle la oportunidad de explicar su oferta y en la respuesta a esta audiencia el licitador puede justificar el por qué de su precio, explicando sus ventajas (con respecto a competidores, proveedores, etc.), el ahorro que obtiene, las razones por las que es más ventajoso (situación de sus proveedores, capacidad de ofertar precios más bajos que sus competidores, soluciones técnicas adoptadas) y explicación económica de cómo a pesar de que la oferta es baja podrá obtener beneficios, haciendo un cálculo de los ingresos, gastos y beneficios del empresario, como la posibilidad del licitador de conseguir contratos a través de otros diferentes canales y, así, demostrar que su proposición va a ser cumplida a satisfacción de la Administración.

Por tanto, se impone la obligatoriedad de que, ante una oferta anormalmente baja, bien se abra un procedimiento contradictorio, bien que la Mesa de Contratación o la entidad contratante motive adecuadamente los fundamentos que le llevan a apreciar que no existe temeridad, operando en estos casos la discrecionalidad técnica.

A lo señalado hay que añadir que, tras la modificación operada la LFCP por la Ley Foral 1/2015, de 2 de febrero de 2015, para la introducción de cláusulas sociales en los pliegos de cláusulas administrativas, los costes laborales constituyen también un parámetro de interpretación del enjuiciamiento de la viabilidad de la oferta porque las entidades contratantes van a venir vinculadas por lo pactado en el propio convenio al resultar obligadas a tener necesariamente en cuenta, a la hora de fijar los precios de licitación, los salarios y demás prestaciones incluidas en los convenios colectivos aplicables.

Así resulta del artículo 49.3 de la LFCP, que en su redacción actual señala al respecto la obligación de incorporar en los pliegos de cláusulas administrativas las siguientes advertencias:

“a) La de que el contrato se halla sujeto al cumplimiento de las disposiciones legales, glamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y de seguridad y salud en ell trabajo y, en particular, a las condiciones establecidas por el último convenio colectivo sectorial del ámbito más inferior existente en el sector en el que se encuadre la actividad de la empresa contratista.

b) La de que 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.”

Esta exigencia legal de que las ofertas económicas sean adecuadas para el cumplimiento de las obligaciones laborales derivadas del convenio sectorial de aplicación ha sido tratada en distintos pronunciamientos de este Tribunal. Así, el Acuerdo 12/2015, de 23 de febrero, viene a examinar dicha adecuación con ocasión de la exclusión de una oferta anormalmente baja concluyéndose que todo licitador debe respetar la legislación laboral y que una reducción económica que pretenda justificar una reducción económica del coste laboral y conlleve un 8 incumplimiento claro de las condiciones laborales no puede ser permitida y, en consecuencia, no puede servir para justificar la oferta.

La exigencia legal de que las ofertas económicas sean adecuadas para el cumplimiento de las obligaciones laborales derivadas del convenio sectorial de aplicación ha sido tratada en distintos pronunciamientos de este Tribunal.

Así, el Acuerdo 12/2015, de 23 de febrero, viene a examinar dicha adecuación con ocasión de la exclusión de una oferta anormalmente baja, concluyéndose que todo licitador debe respetar la legislación laboral y que una reducción económica que pretenda justificar una reducción económica del coste laboral y conlleve un incumplimiento claro de las condiciones laborales no puede ser permitido y, en consecuencia, no puede servir para justificar la oferta.

Por su parte, el Acuerdo 69/2015, de 21 de diciembre, que resuelve una reclamación en la que se denunció incumplimiento del licitador de una oferta por debajo de los costes de convenio que pudiera constituir tanto una infracción de la norma (artículo 49.3 letra b LFCP) como del PCAP, puso de manifiesto que corresponde a la Mesa de Contratación o a la unidad gestora del contrato apreciar ese ajuste antes de proceder a la valoración de la oferta, sancionando que "*...una oferta económica que sea inferior al coste salarial invariable durante la vigencia del contrato debe ser excluida, como bien hizo la Administración reclamada con la mejor proposición presentada para el Lote 1, pues en este caso no podrá nunca el adjudicatario cumplir con la exigencia normativa*".

SEXTO.- La LFCP, en su artículo 61.1. f), establece como función de la Mesa de Contratación la valoración de la concurrencia de una oferta anormalmente baja, previa tramitación del procedimiento establecido en la LFCP.

En el caso que nos ocupa, la Mesa de Contratación actuante, conforme a las funciones legalmente establecidas, valoró la oferta de la empresa licitadora que, por razón de su importe económico había incurrido en presunción de temeridad, acordando su exclusión en el ejercicio de su potestad discrecional.

Sin embargo, siendo también cierto que la discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste, la resolución del asunto enjuiciado requiere, en consecuencia, examinar, como se ha dicho, si el juicio de valor que ha conducido a la misma a la exclusión de la oferta está suficientemente motivado, conforme exige el artículo 54.1f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, que exige motivar, entre otros, los actos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales y los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

Respecto a la motivación que debe efectuar la Mesa o la entidad contratante para decidir si existe o no justificación de la anormalidad se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 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).”*

También este Tribunal, en su reciente Acuerdo 36/2015, de 19 de junio señaló que, *“La valoración de si la oferta es 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 criterio puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones para desvirtuarla 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 licitado 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.”

Ahora bien, como ya había señalado anteriormente este Tribunal en su Acuerdo 13/2014, de 24 de marzo, siendo su función meramente revisora de la legalidad de la actuación de la mesa de contratación, de manera que no es posible sustituir un juicio técnico por otro, debe limitarse a verificar la racionalidad y razonabilidad de los parámetros empleados en dicho juicio de valor en función de los aportados por los licitadores interesados en la cuestión que se suscita, sin entrar a analizar los concretos criterios técnicos tenidos en cuenta por la misma para sostener la viabilidad de la oferta de la licitadora afectada.

En este sentido, y de modo particular respecto de la cuestión aquí suscitada, los distintos Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales que han tratado esta cuestión han fijado como doctrina la necesaria motivación en el rechazo de la justificación de los licitadores y asimismo en la necesaria motivación en el informe técnico en contestación de los argumentos del licitador. Así se pronuncian las Resoluciones 32/2012 y 121/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la Resolución 59/2012 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y la Resolución 42/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía.

SÉPTIMO.- La cláusula 9.2 del PCAP del contrato de asistencia, bajo el epígrafe de "Oferta anormalmente baja" señala que "Tendrá la consideración de oferta anormalmente baja la que su ponga una baja de más de un 15% del referido valor del presupuesto máximo del contrato sin IVA. En tal caso, el órgano de contratación, antes de rechazar la oferta, comunicará dicha circunstancia a todas las entidades licitadoras afectadas para que, en un plazo de cinco días, presenten las alegaciones oportunas. A la vista de dichas alegaciones, y previo asesoramiento oportuno, se resolverá motivadamente sobre la admisión de dicha oferta".

Pues bien, a la vista de la normativa examinada y de lo previsto en el condicionado del contrato, se puede constatar que, habiendo resultado la oferta presentada por la reclamante inferior en un 15% al importe máximo de licitación, y en principio desproporcionada conforme a los parámetros señalados en la cláusula 9.2 PCAP, la Mesa de Contratación cumplió con las obligaciones legales antes señaladas al requerir de justificación a la licitador afectada, justificación que fue ofrecida por "MERIDIANO ZERO MARKETING, S.L. y SEPINUM, S.L.", en cumplimiento de dicho trámite, considerando que el precio ofertado era acorde con el servicio prestado, en los siguientes términos:

Así, en primer lugar, aduce la reclamante que su oferta económica presentada (38.000 euros) supone únicamente una rebaja de 250 euros por debajo del umbral establecido en el pliego, esto es una rebaja del 15,58% por debajo del precio de

licitación, considerando por tanto una oferta anormalmente baja. Sin embargo, también señala que su consorcio tiene la capacidad de ofertar dicho importe, sin menoscabo de una óptima calidad de los trabajos expuestos por tres motivos:

1.- Por el desarrollo intensivo de proyectos turísticos en Navarra desde 2003, todos ellos vinculados a la investigación aplicada a este sector, la planificación estratégica y el desarrollo de productos y servicios, de la mano de administraciones y empresas, varios de los cuáles se han desarrollado, incluso, en la Ribera de Navarra o englobando dicho territorio. Por lo señalado entiende que supone un detallado y extenso conocimiento personal de los agentes públicos y privados, administración, instituciones y empresas del sector en relación al proyecto, así como de la demanda actual y potencial en este territorio, lo que supone una gran cantidad de trabajo avanzado, en las fases de análisis de fuentes secundarias o mapeo de actores, por ejemplo, reduciendo así los tiempos de ejecución y presupuesto.

2.- La contrastada experiencia en la elaboración de dossiers y procesos para candidaturas de este tipo, así como en otros proyectos afines de materia turística y medioambiental.

3.- La localización de sus equipos técnicos en Pamplona y Logroño que permite un ahorro de costes, de dietas y desplazamientos, no sólo en la realización de los trabajos para la elaboración del dossier de candidatura, sino también en el acompañamiento posterior ofertado hasta su presentación.

En esta tesitura, una vez presentada por la licitadora incurso en presunción de oferta anormalmente baja la explicación requerida por la Mesa de Contratación sobre la posibilidad de cumplir regularmente el contrato a adjudicar, la misma debería haber solicitado el preceptivo asesoramiento técnico al efecto de poder examinar, conforme a criterios técnicos si las explicaciones dadas por la licitadora resultaban infundadas o, por el contrario, eran plenamente factibles para concluir que la baja económica del precio ofertado no afectaría a la ejecución del contrato.

Sin embargo, presentada dicha justificación, la Mesa de Contratación, lejos de continuar el trámite prescrito no sólo en el artículo 91 LFCP, sino en la cláusula 9.2 LFCP, por tanto en los pliegos que rigen la licitación como ley del contrato, no sólo no requiere el preceptivo informe técnico detallado, sino que sin siquiera entrar a analizar las alegaciones esgrimidas por la licitadora para justificar su oferta, que en ningún caso le interesan tal como advierte la entidad contratante en su escrito de alegaciones formulado frente a la reclamación presentada, procede a excluirla automáticamente con base al único criterio objetivo de que su baja supera el umbral máximo establecido por el órgano de contratación en el condicionado del contrato, con independencia de que la oferta afectada de temeridad pueda garantizar o no el regular cumplimiento del contrato, lo que revela que el requerimiento de justificación solicitado a la licitadora ha constituido una mera formalidad sin finalidad alguna toda vez que no han servido para configurar procedimiento contradictorio alguno.

Como contrapunto, también procede señalar que la Mesa de Contratación tampoco se atuvo al procedimiento prescrito legalmente cuando solicitó alegaciones a la totalidad de los licitadores, con independencia de que sus ofertas estuvieran o no incursas en presunción de oferta anormalmente baja, porque la norma es muy clara en este punto cuando habla en el artículo 91 LFCP de "licitadores afectados", lo que exige que la solicitud se realice a los licitadores que hayan efectuado una oferta anormalmente baja y no a todos los participantes.

A mayor abundamiento, tampoco se puede admitir el argumento esgrimido por la Comunidad de Bardenas Reales de Navarra de que toda baja económica que supera el umbral fijado por la entidad contratante deriva de una vulneración de la normativa social o laboral sin acreditar tal hecho, sin siquiera analizar qué mano de obra requiere la ejecución del contrato, qué porcentaje representa sobre el precio del contrato y, en todo caso, cuáles son los costes laborales y salariales susceptibles de incumplimiento.

A este respecto, llama poderosamente la atención como una baja económica que sólo supone una rebaja de 250 euros sobre la oferta de la empresa que ha resultado adjudicataria y, por tanto, respecto del precio del contrato, puede frustrar que el

adjudicatario haga frente a los costes salariales más los costes de la seguridad social aplicables al contrato licitado porque la entidad contratante no lo ha justificado ni en el expediente de contratación ni en el trámite de alegaciones formulado en la presente reclamación.

En dicha tesitura, no resulta justificada la excepción a la norma de que la adjudicación de los contratos se realice a la oferta económicamente más ventajosa, toda vez que la entidad contratante no ha acreditado la existencia de elementos que la hacen incongruente o desproporcionada.

De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional de la Mesa de Contratación de excluir a la oferta de la reclamante cabe calificarla de arbitraria.

En consecuencia, no habiendo resultado ajustado a derecho el rechazo de la oferta de la reclamante, de conformidad con el artículo 126.3 LFCP, en relación con el art. 63 LRJPAC, procede anular el Acuerdo adoptado por la Mesa de Contratación por el que se excluye de la licitación la oferta presentada por "MERIDIANO ZERO MARKETING, S.L. y SEPINUM, S.L.", lo que conlleva, asimismo, la anulación de la Resolución de adjudicación del contrato, y ordenar la retroacción del procedimiento al momento de emisión del informe técnico previo al Acuerdo de la Mesa de Contratación sobre la admisión de la oferta.

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. Estimar parcialmente la reclamación presentada por doña A.R.A., en representación de la Agrupación de Licitadores formada por "MERIDIANO ZERO MARKETING, S.L. y SEPINUM, S.L." frente a la exclusión de su oferta de la

licitación del contrato de “Asistencia para la elaboración del dossier de candidatura a la Carta Europea de Turismo Sostenible, Plan de Acción y Plan de Gestión de Turismo y Uso Público del Parque Natural y Reserva de la Biosfera de Bardenas Reales de Navarra”, anular dicha exclusión, así como la Resolución de adjudicación del contrato, y ordenar la retroacción del procedimiento al momento de emisión del informe técnico previo al Acuerdo de la Mesa de Contratación sobre la admisión de la oferta.

2º. Notificar este acuerdo a "MERIDIANO ZERO MARKETING, S.L. y SEPINUM, S.L.", a la Comunidad de Bardenas Reales de Navarra” y al resto de interesados que figuren en el expediente y ordenar 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, 23 de junio de 2016. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. EL VOCAL. Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Ana Román Puerta.