



Expte.: 55/2017

ACUERDO 69/2017, de 6 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don J.D.L., don J.A.C. y don J.O.L., frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela, de 11 de agosto de 2017, por el que se inadmite su propuesta en la licitación del contrato de Dirección facultativa de las obras de renovación de pavimento y redes de abastecimiento y saneamiento de diversas calles del Barrio de Lourdes (situadas entre Arcos Escribano y Fernández Portoles) y se adjudica el citado contrato.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 5 de junio de 2017 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de la licitación del contrato de Dirección facultativa de las obras de renovación de pavimento y redes de abastecimiento y saneamiento de diversas calles del Barrio de Lourdes (situadas entre Arcos Escribano y Fernández Portoles), promovida por el Ayuntamiento de Tudela. En dicha licitación presentaron proposición conjunta don J.D.L., don J.A.C. y don J.O.L..

SEGUNDO.- Tras la presentación de proposiciones, la apertura en acto interno de la documentación relativa a la capacidad y solvencia y de la oferta técnica y realizada su valoración, con fecha 11 de julio de 2017 la Unidad Gestora del contrato procedió, en acto público, a la apertura de las ofertas económicas.

Efectuada la apertura pública, la Unidad Gestora comprobó que dos de los equipos licitadores, entre ellos el conformado por don J.D.L., don J.A.C. y don J.O.L., habían presentado una oferta inferior en más de treinta puntos porcentuales al importe

estimado del contrato, por lo que su oferta se presumía anormalmente baja. Por ello, en aplicación del artículo 91 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), otorgó a los licitadores afectados un plazo para que presentaran la oportuna justificación de la viabilidad de la oferta.

Presentadas las justificaciones, con fecha 21 de julio de 2017 la Unidad Gestora no las entendió suficientes para considerar admisibles las ofertas, por lo que propuso al órgano de contratación su inadmisión así como la adjudicación del contrato a don F.V.N..

TERCERO.- El día 11 de agosto de 2017, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela adoptó Acuerdo por el que entre otras, se inadmite la propuesta presentada por don J.D.L., don J.A.C. y don J.O.L. y se adjudica el contrato a don F.V.N..

CUARTO.- El día 1 de septiembre de 2017 don J.D.L., don J.A.C. y don J.M.O. interponen reclamación en materia de contratación pública frente al citado Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela, de 11 de agosto de 2017. Los reclamantes manifiestan que el acto impugnado es contrario a sus intereses y al ordenamiento jurídico y ello porque entienden que se han aplicado incorrectamente los criterios de adjudicación, que su oferta económica ha sido suficientemente motivada y debe ser admitida por el órgano de contratación a pesar de poder considerarse anormalmente baja y, finalmente, alegan otra serie de circunstancias que entienden irregulares.

En particular, por lo que se refiere a la aplicación de los criterios de adjudicación, los reclamantes consideran que en el apartado referido al criterio denominado “*propuestas de intervención que puedan mejorar el proceso de ejecución y dirección de los trabajos, optimizando los recursos disponibles y los que se aportan en la propuesta*”, en otras ofertas se han tenido en cuenta como mejoras actuaciones que no corresponden al objeto del contrato (exclusivamente la dirección de obra) y en cambio su oferta no ha recibido puntuación por algunas de sus propuestas que sí están

directamente relacionadas con las actuaciones que deben llevarse a cabo como parte del contrato. En consecuencia, entienden que hay omisiones en unos casos, consideraciones subjetivas en otros y que en su conjunto evidencian errores e irracionalidad en la aplicación de los criterios de valoración, rozando, a su juicio, la arbitrariedad.

Acerca de la inadmisión de su oferta económica afirman los reclamantes que la Unidad Gestora entendió que dos de las ofertas debían considerarse anormalmente bajas sin justificar el motivo de tal consideración y no es hasta el acuerdo de adjudicación del contrato cuando se aporta un motivo para la consideración de la “baja temeraria”: la existencia de dos ofertas con bajas superiores al 30%.

Significan los reclamantes que dicho límite porcentual no consta en los Pliegos, ni tampoco se justifica debidamente por el órgano gestor porque se elige el mismo, como si lo hace en el previsto en la licitación del proyecto de obras cuyo pliego establece en su cláusula 8.C) que *“en el presente contrato se presumirá que una oferta es anormalmente baja cuando sea inferior en 30 puntos porcentuales al valor estimado del contrato”*.

Por ello, añaden, *“de aplicarse este criterio en su tenor literal, el órgano gestor debió considerar también anormalmente baja la propuesta de CIMA Ingenieros, SL, al haber llegado a una rebaja económica de 30 puntos porcentuales, tal y como se acredita en el acta de 21 de julio, y se define en el art .91 de la LFCP. (...) Sin embargo, no se consideró tal baja, ni se le notificó para que emitiera alegaciones que justificaran su postura al respecto, al menos que esta parte haya tenido conocimiento, lo cual conculca claramente el principio de concurrencia en igualdad de oportunidades en todas las fases del proceso.”*

En relación con la justificación de su oferta, los reclamantes manifiestan que su justificación abarcaba todos los aspectos necesarios para entender que su oferta era aceptable.

Para terminar, los reclamantes exponen una serie de irregularidades que entienden invalidantes del procedimiento y que se resumen en que las actas no han sido firmadas por todas las persona asistentes a las reuniones; que las firmas no coinciden con dichas personas; que no se les notificó la fecha de apertura de ofertas económicas por ninguno de los medios señalados en su oferta como direcciones a efectos de notificaciones; que la documentación de algunos de los participantes se encuentra sin encuadernar, grapar o sellar por la unidad gestora y en folios sueltos, lo que a su juicio supone facilitar su manipulación y va en contra de la seguridad jurídica y, finalmente, que se solicitó al adjudicatario que depositase una fianza por importe de 10.000 euros que debía ser equivalente al 50% del precio de adjudicación del contrato y, sin embargo, no corresponde a dicha cantidad sino al 50% del precio de la oferta de los reclamantes.

En definitiva, solicitan retroacción del procedimiento al momento de la valoración de las propuestas técnicas a fin de que se proceda a la correcta valoración de la propuesta técnica de los reclamantes en lo relativo a mejoras y se proceda a la aceptación de la oferta económica realizada.

QUINTO.- El día 15 de septiembre de 2017, el Ayuntamiento de Tudela finaliza la aportación del expediente del contrato, que acompaña con un escrito de alegaciones en el que señala que la exclusión de la oferta presentada por los reclamantes es conforme a Derecho de acuerdo con la doctrina del propio Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra (cita varios Acuerdos, entre ellos el más reciente 36/2017) y afirma que en este caso, la unidad gestora del contrato, tras comprobar que se habían presentado dos ofertas incursas en la presunción legal de ser anormalmente bajas se limitó a cumplir lo que la normativa establece acerca del procedimiento a seguir para la justificación de la oferta y que dicha justificación no fue considerada suficiente, resumidamente, porque omite costes y trabajos que son de obligado cumplimiento. Señala el Ayuntamiento que sólo se contemplan 500 horas de visitas a las que se aplica un 15% de gastos generales y beneficio industrial, 10% de imprevistos y 1.250 euros de gastos adicionales.

El Ayuntamiento también defiende la correcta aplicación de los criterios de adjudicación previstos en el pliego, y señala que la unidad gestora valoró, en las diferentes proposiciones, las que presentaban una serie de mejoras u optimizaciones del proyecto de ejecución existente. Estas nuevas propuestas, señala, son valorables en la contratación de los servicios de dirección de obra por cuanto su aplicación precisa de la tramitación de precios contradictorios y/o modificaciones del proyecto. Afirma que este criterio se contempló en el pliego precisamente para poder comprobar el grado de estudio realizado sobre el proyecto por parte de los licitadores y por otra parte para comprobar el margen de mejora del mismo.

Finalmente, en relación con las supuestas irregularidades del procedimiento, afirma que resultan irrelevantes respecto a las cuestiones de fondo de la reclamación y que en nada han perjudicado a los intereses de los reclamantes, en concreto señala que:

- la unidad gestora del contrato no es una Mesa de Contratación y, por tanto, no está sometida a las formalidades de funcionamiento de las mismas por lo que resulta irrelevante que las personas que actúan cambien de una reunión a otra y que las diferencias en las firmas se deben únicamente a que las actuaciones han coincidido con periodos vacacionales. Entiende el Ayuntamiento, que esta irregularidad, en caso de serlo, sería subsanable.
- Respecto a la propuesta económica presentada por CIMA ingenieros señala que para ser considerada anormalmente baja debe ser inferior en 30 puntos porcentuales al importe estimado del contrato y no igual a 30 puntos, no obstante, aunque se hubiera considerado que la oferta resultaba anormalmente baja, en nada afectaría a los reclamantes porque no resultó adjudicataria.
- Acerca de la forma de presentación de las ofertas de otros licitadores, señala que la misma es conforme a lo establecido en el pliego, que ha sido expresamente aceptado por los ahora reclamantes, por lo que no habiendo sido recurrido en su momento, ha devenido en ley del contrato.
- Señala el Ayuntamiento que el lugar, fecha y hora de apertura de ofertas económicas fue anunciado en el Portal de Contratación de Navarra con la

debida antelación, y que la comunicación a los licitadores no debe ser entendida como una notificación personal sino como el cumplimiento de la obligación legal a este respecto. Prueba de ello, afirman, es que cuatro licitadores asistieron a la apertura de ofertas. Añaden además, que esta supuesta irregularidad no ha conllevado ningún perjuicio para sus intereses.

- En cuanto al importe de la garantía solicitada al adjudicatario del contrato, el Ayuntamiento de Tudela afirma que obedece a un error que tampoco le ha producido ningún perjuicio al reclamante.

En definitiva, considera que procede la desestimación de la reclamación.

SEXTO.- El día 15 de septiembre de 2017, según consta en el expediente, se concedió trámite de alegaciones a los interesados, concediéndoles un plazo para que realizasen las alegaciones que estimasen convenir a sus intereses. Dentro del plazo establecido don F.V.N. presentó escrito en el que hace las siguientes consideraciones:

Acerca de la aplicación de los criterios de adjudicación afirma que: “Entendimos en todo caso que esta actuación se solicitaba exclusivamente como método para conocer por parte de la Administración si los licitadores disponíamos de suficiente experiencia en el método constructivo de una reforma de urbanización y del grado de conocimiento y estudio del proyecto ya redactado, proponiendo lo que técnicamente consideráramos.” Y “consideramos correcta la puntuación otorgada, en contra de lo defendido por el recurso interpuesto, ya que el reclamante realiza propuestas de prestaciones adicionales que son aplicables a cualquier tipo de obra (son mejoras generales de cualquier obra y no específicas de las obras objeto de licitación), y no realiza en su propuesta aportaciones que confirmen a la Administración un estudio del proyecto inicial ni un conocimiento específico del tipo de obras al que se refiere la contratación”

En cuanto a la incorrecta consideración de la oferta anormalmente baja afirma el interesado que *“Atendiendo a las propuestas sobre la asistencia a las obras de todas las ofertas y, comparándolas con las ofertas económicas, resulta totalmente contradictorio*

que la oferta que en teoría dedica más recursos a las obras, sea por el contrario la oferta más barata. Y por tanto, la que mayor puntuación tiene en este aspecto y en el económico. Cualquier análisis objetivo de ambas circunstancias llevaría a concluir que existen discrepancias en la oferta presentada por el recurrente, máxime si se considera lo indicado en el pliego regulador en cuanto a la oferta económica... el Ayuntamiento ya introdujo un punto aclaratorio para determinar que la oferta deberá garantizar como mínimo el coste del convenio sectorial y los costes de seguridad social. Es por tanto que a mayor asistencia del personal adscrito a la obra, mayor cuantía debiera tener la oferta económica”

Para terminar el interesado se refiere a las irregularidades puestas de manifiesto por los reclamantes y afirma que se remite a lo expuesto por la entidad contratante.

De acuerdo con lo anterior, solicita la desestimación de la reclamación interpuesta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Tudela es una Administración Pública sometida a la LFCP.

Conforme a lo previsto en el artículo 2.1 de la LFCP, las decisiones que adopten las Administraciones Públicas sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral 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 ha sido interpuesta por persona legitimada 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 LFCP (artículo 210 apartado 2, letra b) 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 adjudicación por parte de los licitadores, como ocurre en este caso, por lo que la reclamación debe entenderse interpuesta en plazo.

CUARTO. La reclamación formulada se fundamenta en la 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, 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.- Los reclamantes formulan su reclamación tanto frente a la valoración de su oferta técnica como frente a la exclusión de su oferta económica, además de denunciar diversas presuntas infracciones detectadas a lo largo del procedimiento de adjudicación.

Por su importancia, vamos a empezar por analizar la impugnación de la exclusión de la oferta económica, dado que la desestimación de la reclamación en este punto supondría que los reclamantes carecieran de legitimación para impugnar el acto por el resto de los motivos expuestos ya que, una vez excluidos de la licitación, no denunciándose una infracción que pudiera llevar a este Tribunal a anular el procedimiento y existiendo otras cinco ofertas admitidas, su interés legítimo sería inexistente al ser imposible que pudieran resultar adjudicatarios del contrato.

Los reclamantes aducen la incorrecta inadmisión de su oferta económica, que fue considerada inicialmente por la entidad adjudicadora como anormalmente baja y, posteriormente, no suficientemente justificada.

Al respecto, hemos señalado en numerosos acuerdos (por todos véase el Acuerdo 57/2016), que 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: *“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 recogía también en el artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que la LFCP transpuso a nuestro ordenamiento interno, y se recoge ahora en el artículo 69 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.

El considerando 103 de la Directiva 2014/24/UE significa 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”*.

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”*.

Finalmente, como significa el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en su Resolución 877/2017, de 3 de octubre, *“el hecho de que una oferta se encuentre en presunción de anormalidad constituye un mero indicio, que en ningún caso puede dar lugar a la exclusión automática de la oferta, sino que*

necesariamente y en todo caso, debe el órgano de contratación iniciar un procedimiento contradictorio, dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en dicha presunción, para que pueda justificar satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos y, por tanto, que es susceptible de cumplimiento en sus propios términos, y solo en caso contrario, cabe el rechazo de la oferta anormalmente baja y la exclusión del licitador oferente”.

Ahora bien, como ya dijimos en nuestro Acuerdo 32/2016, de 23 de junio, ninguna de las Directivas comunitarias en materia contractual ha establecido la forma de determinar cuándo nos encontramos ante una oferta anormalmente baja, dejándolo en manos de los legisladores nacionales, por lo que para ello tendremos que acudir a nuestro ordenamiento interno.

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”.

Por tanto, el licitador debe justificar adecuadamente la viabilidad de su oferta y esta justificación debe ser analizada técnicamente por la entidad adjudicadora de forma detallada, no bastando la simple admisión o inadmisión sin mayor motivación. Al

respecto, el Tribunal Supremo (Sentencia de 17 de junio de 1990) tiene dicho que 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.

En cuanto a la justificación de la viabilidad de la oferta, dispone el apartado 3 del artículo 91 de la LFCP (en similares términos lo hace el artículo 69 de la Directiva 2004/18/CE) que son circunstancias que justifican, entre otras, la admisibilidad de la oferta presentada:

- 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.
- c) La originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador.
- d) El respeto de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación.
- e) La posible obtención de una ayuda de Estado por parte del licitador.

A esto añade el artículo 69 de la Directiva 2004/18/CE, precepto directamente aplicable, aun sin transposición expresa, al tratarse de un mandato claro, preciso e incondicionado, que *“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”*, es decir, 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.

SEXTO.- En relación con la consideración de su oferta como anormalmente baja, afirman los reclamantes en primer lugar que no consta en los Pliegos ningún límite porcentual de baja sobre el importe máximo de licitación que permita esa presunción y que tampoco se justifica debidamente por el órgano de contratación porque se elige el porcentaje utilizado, lo que permite colegir que lo que pretenden es impugnar dicha actuación.

Y es cierto que nada regula el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige la licitación acerca de cuándo deben entenderse incursas en presunción de anomalía las ofertas económicas, pero también es cierto que la LFCP no exige al órgano de contratación dicha regulación.

Como se ha dicho, la LFCP determina en su artículo 91 cuando podrá presumirse que una oferta es anormalmente baja (cuando sea inferior en treinta puntos porcentuales al importe estimado del contrato), pero la norma también atribuye al órgano de contratación la potestad de indicar en el PCAP un porcentaje distinto o no indicarlo, al disponer en el último inciso del apartado 2 del citado artículo que dicho porcentaje se podrá aplicar “*salvo que se haya indicado otra cosa en las condiciones reguladoras del contrato*”.

En consecuencia, no indicado porcentaje alguno en el PCAP, en este caso será de aplicación el límite del 30% establecido por la norma, por lo que la entidad adjudicadora actuó correctamente. A mayor abundamiento, el artículo 45, apartado 1, de la LFCP dispone que los Pliegos “*no podrán consistir en una mera repetición de disposiciones legales*”, por lo que si la entidad adjudicadora consideró el límite porcentual establecido por la norma como adecuado a la licitación, actuó también correctamente obviándolo en el PCAP.

SÉPTIMO.- La cláusula 3 del PCAP indica que el valor estimado del contrato y el importe máximo de licitación ascienden a 41.322,31 euros, IVA excluido.

Las ofertas económicas presentadas y su porcentaje de baja con respecto a ese importe máximo de licitación (redondeado a dos decimales) fueron los siguientes:

LICITADOR	OFERTA (€)	BAJA (%)
1. J.D.L	20.000	51,60
2. F.M.L	22.700	45,07
3. CIMA INGENIEROS, S.L.U.	28.926	30,00
4. F.P.A	28.950	29,99
5. ARQUITRABE COMPAÑÍA DE INGENIERÍA, S.L.L.	30.000	27,40
6. F.V.N	31.000	24,98

Por ello, que la Unidad Gestora presumiera que las proposiciones presentadas por los licitadores 1 y 2 incurrieran en presunción de anormalidad es ajustado a lo dispuesto en el artículo 91 de la LFCP, al superar ambas ampliamente el límite establecido en la norma.

En cuanto al licitador número 3, afirman los reclamante que *“de aplicarse este criterio en su tenor literal, el órgano gestor debió considerar también anormalmente baja la propuesta de CIMA Ingenieros, SL, al haber llegado a una rebaja económica de 30 puntos porcentuales, tal y como se acredita en el acta de 21 de julio, y se define en el art .91 de la LFCP. (...) Sin embargo, no se consideró tal baja, ni se le notificó para que emitiera alegaciones que justificaran su postura al respecto, al menos que esta parte haya tenido conocimiento, lo cual conculca claramente el principio de concurrencia en igualdad de oportunidades en todas las fases del proceso”*.

Visto lo alegado y realizados los cálculos pertinentes, tampoco podemos estimar en este punto la reclamación formulada ya que si bien el porcentaje de baja de “CIMA INGENIEROS, S.L.U.”, redondeado a dos decimales, es del 30,00%, redondeado a cuatro decimales es del 29,9991%, por lo que su proposición no puede ser considerada incurso en presunción de anormalidad al no alcanzar exactamente el porcentaje del 30% dispuesto por la norma.

En definitiva, la entidad adjudicadora también actuó correctamente en este caso.

OCTAVO.- En relación con la justificación de su oferta, los reclamantes manifiestan que la misma abarcaba todos los aspectos necesarios para entender que su oferta era aceptable. En concreto, señalan que *“se plantea una estimación de la dedicación a prestar, que no solo contempla los trabajos de visita a obra como incorrectamente interpreta la unidad gestora. Evidentemente en una dirección de obra, las visitas a las mismas pueden llegar a constituir un ochenta o noventa por ciento del tiempo total a dedicar, según sea el desarrollo de las obras, pero se explica expresamente, para que no se interprete torticeramente, que el tiempo en obra por visita u otra dedicación puede llegar a ser muy variable según requiera la propiedad o constructor. Además, en dicho escrito aclaramos con compromiso mediante, que incluso, por el precio ofertado, podríamos prestar una dedicación superior si fuera preciso, explicando además “que como ha quedado demostrado existe margen suficiente para acometer cualquier tipo de imprevisto”. Adicionalmente, por si quedase algún género de dudas respecto a la justificación presentada, se finaliza indicando que esta parte está “en condiciones de mantenerla con total solvencia técnica, profesional y económica”. Y todo ello justificado con unos precios de mercado y coeficientes de rendimiento, incluidos en el precio hora justificado, precios que por normativa estatal y europea son de libre aplicación para favorecer la libre competencia, cuya incorrección la Unidad gestora no ha atinado a justificar ni motivar”*.

Revisado el expediente, en el documento presentado por los reclamantes para justificar su oferta, que denominan *“Declaración responsable justificación oferta anormalmente baja”*, se expone, literalmente, lo siguiente:

“DECLARACIÓN RESPONSABLE, en la que manifiestan que pueden mantener la oferta presentada sin ningún tipo de inconveniente, de acuerdo a las siguiente justificación:

- *Que los licitadores, y las personas de su equipo o colaboradoras, han estudiado concienzudamente los trabajos a desarrollar y el plazo previsto para ello, y debido a su amplia experiencia profesional se pueden comprometer con certeza*

a desarrollar la totalidad de las funciones recogidas en el pliego dentro del precio ofertado.

- *Que han calculado la dedicación a prestar, de acuerdo al siguiente criterio y pueden justificar que están dentro del precio de mercado y sus coeficientes de rendimiento profesional quedan garantizados.*

1 visita diaria de Arquitecto y Arquitecto técnico de una hora de duración aproximada, durante 20 días laborables al mes (4 semanas), más media hora estimada para Ingeniería según necesidad de la obra. Estimación a compensar con rendimientos del conductor, ya que unos días puede ser necesario media hora y otros 2 horas. O incluso un día 15 minutos para supervisar la corrección de trabajos, y otros 4 horas en realización de pruebas.

2,5 h x 20 días/mes x 10 meses de obra = 500 h x 30 €/hora = 15.000 €

15 % Gastos Generales y Beneficio Industrial= 2.250 €

10 % Imprevistos = 1.500 €

Gastos adicionales = 1.250 €

Oferta presentada 20.000 €

- *Que ni los licitadores, ni su equipo o colaboradores, disponen de impedimentos en sus próximos compromisos profesionales contratados en prestar la dedicación anteriormente descrita o incluso superior, si fuera necesario por las necesidades del constructor o la propiedad. Ya que como ha quedado demostrado existe margen suficiente para acometer cualquier tipo de imprevisto.”*

Por su parte, en el informe evacuado por la Unidad Gestora con fecha 21 de julio de 2017, en lo referido a la justificación de la oferta presentada por los reclamantes, se dice lo siguiente:

“No se expone circunstancia alguna que justifique la baja propuesta, sino que se limita a indicar el número de visitas a la obra, número de horas que ello supone y precio hora, lo que resulta exactamente el precio ofertado. Con dicha justificación, el licitador limita su oferta a los trabajos de visita de obra sin contemplar otra serie de

servicios que son de obligado cumplimiento según el pliego de condiciones regulador y que suponen un coste, como es la seguro, emisión de informes, posibles modificaciones de unidades o precios contradictorios; certificaciones, posible retraso de la obra, etc...

Se entiende, por tanto, que justificar una baja oferta económica con el coste profesional de las visitas a obra no da cumplimiento al pliego, por cuanto se omiten costes y trabajos que son de obligado cumplimiento.

(...)

Por todo lo expuesto, se entiende que las circunstancias expuestas por los interesados no justifican la baja temeraria propuesta ni, por tanto, la admisibilidad de sus ofertas”.

Visto lo expuesto es claro que los licitadores no justifican la viabilidad de su oferta en ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 91.3 de la LFCP y que las únicas justificaciones aportadas vienen referidas al coste profesional de las visitas de obra, de modo que, como indica la entidad adjudicadora “*se omiten costes y trabajos que son de obligado cumplimiento*”.

Pero es que, además, como hemos señalado de forma reiterada (por todos, nuestro Acuerdo 36/2015, de 19 de junio) la valoración de si la oferta es o no anormalmente baja 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 realizarla.

En este mismo sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) 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...”

Sobre la discrecionalidad técnica el Tribunal Constitucional sostiene (Sentencias 219/2004, de 29 de noviembre, y 39/1983, de 16 de mayo) que “*la existencia de la discrecionalidad técnica no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina ha realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente,*

deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad”.

El Alto Tribunal también señala en su Sentencia 86/2004, de 10 de mayo que *“... lo que no pueden hacer los tribunales de justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores”.*

Igualmente el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 24 de julio de 2012, entre otras, afirma que *“la discrecionalidad técnica expresada conduce a partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción "iuris tantum" sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”.*

Respecto a la motivación que debe efectuar la entidad contratante se ha pronunciado el TACRC, 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).”

En conclusión, no se puede sustituir la necesaria discrecionalidad técnica de las entidades adjudicadoras por la discrecionalidad del órgano administrativo o judicial encargado de velar por la legalidad de la licitación, y menos aún sustituirse por la opinión técnica formulada por una de las partes concurrentes en el procedimiento de licitación, y la función revisora de este Tribunal en estos casos se circunscribe a 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 realizarla, para lo cual es preciso que la entidad contratante previamente haya motivado de forma racional y suficiente y con la suficiente amplitud su decisión, de forma 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 significa el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de julio de 2000, la discrecionalidad técnica *“deja fuera de este limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”*.

Al respecto es bien clarificadora la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 416/2015, cuando señala:

“...para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los

contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado. Sin que en el contenido del Informe técnico, ya a la postre, en la resolución recurrida, se aprecie error material, ni arbitrariedad o discriminación. En efecto, conforme a la doctrina expuesta, como tiene reiteradamente reconocido este Tribunal, los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.

En definitiva, solo la existencia de arbitrariedad o discriminación en la valoración técnica efectuada, o bien errores manifiestos de carácter material o de hecho, permiten la revisión de la imparcial valoración efectuada por la mesa de contratación, teniendo en cuenta en todo caso que los criterios sujetos a juicios de valor son, por su propia naturaleza, subjetivos y ese criterio subjetivo del órgano de contratación, que es quien mejor conoce sus propias necesidades y las del interés general cuya consecución se pretende con el contrato, no puede ser suplido por el del Tribunal en su función meramente revisora.”

Así mismo, es igualmente aplicable la doctrina recogida en la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2013, en el recurso contencioso administrativo 97/12, fundamento jurídico tercero, cuando dice: *“La controversia estaba clara y los términos controvertidos de ambas partes muy definidos y por ello nos encontramos ante dos consideraciones técnicas contrarias que a falta de una prueba técnica independiente, aportada o suscitada en su práctica por aquel en quien recae la carga probatoria, y dado la falta de conocimientos “ad hoc” del Tribunal, ha de resolverse a favor de la Administración por la presunción de imparcialidad que merece tal criterio ya que*

gozaba de la imparcialidad que le confiere su naturaleza y la condición de los funcionarios que lo emiten, frente al mero del perito de parte (...)”.

En este caso este Tribunal debe aplicar el criterio favorable a la presunción de validez y de competencia técnica de la Administración y dado que no se aprecia incoherencia, error material, arbitrariedad o discriminación en el informe técnico, la reclamación también debe ser desestimada en este punto.

NOVENO.- Como se ha dicho, los reclamantes también denuncian la incorrecta aplicación de un criterio de adjudicación, al considerar que en el apartado referido al criterio denominado *“propuestas de intervención que puedan mejorar el proceso de ejecución y dirección de los trabajos, optimizando los recursos disponibles y los que se aportan en la propuesta”* en otras ofertas se han tenido en cuenta como mejoras actuaciones que no corresponden con el objeto del contrato.

Al respecto debemos decir que, desestimada la pretensión principal de la reclamación (la exclusión de su oferta), los reclamantes carecen de legitimación para la impugnación de la valoración de las ofertas técnicas de los demás licitadores ya que, aunque ésta prosperase, los reclamantes nunca podrían resultar adjudicatarios del contrato.

Como señala en TACRC en numerosas resoluciones (por todas la reciente Resolución nº 752/2017, de 5 de septiembre), *“...el interés legítimo al que se refiere el citado artículo 42 ha de ser propio y requiere que la resolución impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre. En este caso, aunque se estimara el recurso en lo relativo a la adjudicación a (...) no le reportaría un beneficio cierto a (...), que seguiría clasificada en último lugar, sin posibilidad de resultar adjudicataria. Por tanto, carece del interés legítimo al que se refiere el artículo 42 del TRLCSP para recurrir la adjudicación”*.

Por ello, la reclamación debe inadmitirse en lo referido a la aplicación del citado criterio de adjudicación.

DÉCIMO.- No ocurre lo mismo con otras presuntas irregularidades que los reclamantes denuncian y que entienden invalidantes del procedimiento ya que las mismas pudieran dar lugar a la anulación del mismo, lo que supondría para los reclamantes que se abriera la posibilidad de resultar adjudicatarios en un futuro nuevo procedimiento de adjudicación del mismo contrato.

Las irregularidades denunciadas son, en resumen, que las actas no han sido firmadas por todas las personas asistentes a las reuniones; que las firmas no coinciden con dichas personas; que no se les notificó la fecha de apertura de ofertas económicas por ninguno de los medios señalados en su oferta como direcciones a efectos de notificaciones; que la documentación de algunos de los participantes se encuentra sin encuadernar, grapar o sellar por la unidad gestora y en folios sueltos, lo que a su juicio supone facilitar su manipulación y va en contra de la seguridad jurídica y, finalmente, que se solicitó al adjudicatario que depositase una fianza por importe de 10.000 euros que debía ser equivalente al 50% del precio de adjudicación del contrato y, sin embargo, no corresponde a dicha cantidad sino al 50% del precio de la oferta de los reclamantes.

Empezando por la primera de ellas, la firma de las actas, debemos señalar que en el PCAP que rige la licitación no se establece la actuación de Mesa de Contratación alguna por lo que, conforme al artículo 62 de la LFCP, la valoración de la solvencia económica y financiera, técnica o profesional, así como de las ofertas presentadas, correspondía a los servicios técnicos del órgano de contratación. Al respecto dispone la norma también que en los casos en que se carezca de personal técnico suficiente dichos informes serán emitidos al menos por dos miembros del personal que desempeñen actividades relacionadas con la materia objeto del contrato o que hayan participado directamente en la tramitación del expediente.

En el expediente del procedimiento de adjudicación constan los siguientes documentos elaborados por los servicios técnicos del órgano de contratación:

- “Acto interno apertura sobre 1”, de fecha 27 de junio de 2017, en el que consta, con nombre y apellidos, que asisten tres personas al servicio del Ayuntamiento y aparecen tres firmas ilegibles.
- “Acto interno apertura sobre 2 y valoración propuesta técnica”, de fecha 6 de julio de 2017, en el que consta, con nombre y apellidos, que asisten tres personas al servicio del Ayuntamiento y aparecen dos firmas ilegibles.
- “Apertura pública sobre 3”, que documenta la apertura pública de la oferta económica, de fecha 11 de julio de 2017, en el que consta, con nombre y apellidos, que asisten cuatro personas al servicio del Ayuntamiento y aparece una firma ilegible.
- “Valoración ofertas anormalmente bajas y propuesta de adjudicación”, de fecha 21 de julio de 2017, en el que consta, con nombre y apellidos, que asisten tres personas al servicio del Ayuntamiento y aparecen dos firmas ilegibles.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56, letra j), del Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, aprobado por Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, los funcionarios tienen, entre otros, el deber de responsabilizarse con su firma de los informes, proyectos o actuaciones profesionales que realicen en el ejercicio de su cargo.

En consecuencia, alguno de los documentos relacionados adolece del defecto de no recoger la firma de todos los funcionarios actuantes en cada caso, aunque constan su nombre y apellidos y la firma ilegible de algunos de ellos.

No obstante, esta mera irregularidad no puede invalidar por sí sola el procedimiento de adjudicación ya que, conforme a lo previsto en el artículo 52 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), puede ser subsanada.

En lo que respecta a la notificación de la fecha de apertura de ofertas económicas, tampoco se puede acoger la pretensión de los reclamantes ya que esta notificación se realizó por el medio legalmente establecido (artículo 58 de la LFCP), mediante anuncio publicado en el Portal de Contratación de Navarra.

Del mismo modo, tampoco se puede acoger la pretensión anulatoria basada en que la documentación de algunos de los participantes se encuentra sin encuadernar, grapar o sellar por la unidad gestora y en folios sueltos, puesto que ninguna norma impone tales actuaciones a los licitadores o a la Administración, salvo a esta última la de conservar el expediente debidamente ordenado (artículo 70.1 de la LPAC).

Finalmente, como indica la entidad adjudicadora, que se solicitara por error al adjudicatario que depositase una fianza por importe de 10.000 euros que debía ser equivalente al 50% del precio de adjudicación del contrato y, sin embargo, no corresponde a dicha cantidad sino al 50% del precio de la oferta de los reclamantes, además de ser un hecho en relación con el que el licitador carece de legitimación para reclamar, no supone motivo que pueda invalidar la adjudicación combatida.

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.D.L., don J.A.C. y don J.O.L., frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela, de 11 de agosto de 2017, por el que se inadmite su propuesta en la licitación del contrato de Dirección facultativa de las obras de renovación de pavimento y redes de abastecimiento y saneamiento de diversas calles del Barrio de Lourdes (situadas entre Arcos Escribano y Fernández Portoles) y se adjudica el citado contrato.

2º. 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.

3º. Notificar este Acuerdo a los reclamantes, al Ayuntamiento de Tudela y a todos los demás interesados que figuren en el expediente, y ordenar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

Pamplona, a 6 de noviembre de 2017. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.