



Expediente: 34/2020

ACUERDO 39/2020, de 18 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por HEDA COMUNICACIÓN, S.L. contra la adjudicación del contrato de comunicación para el proyecto EGALURG, promovido por la Fundación Miguel Servet-Navarrabiomed.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de febrero de 2020, se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de servicios de comunicación para el proyecto EGALURG, promovido por la Fundación Miguel Servet-Navarrabiomed.

A dicho contrato concurren los siguientes licitadores: ELHUYAR FUNDAZIOA; ESTUDIO KEN, S.L.; GUK KOMUNIKAZIO AHOLKULARITZA, S.L.; HEDA COMUNICACIÓN, S.L.; INMEDIA SOLUTIONS, S.L.; NC ENCOMUNICACIÓN, S.L.; R. M. A. P.; y WELLDONE ESTRATEGIAS DE COMUNICACIÓN, S.L.

SEGUNDO.- Con fecha 5 de mayo de 2020 se procedió a la apertura y valoración del Sobre BC, relativo a los “criterios cuantificables mediante fórmula objetiva”. Las ofertas con mayor puntuación fueron las presentadas por R. M. A. P. (95 puntos) y por HEDA COMUNICACIÓN, S.L. (94,9993 puntos).

Dado que la oferta económica presentada por la primera era anormalmente baja se requirió su justificación, emitiéndose con fecha 13 de mayo de 2020 un informe justificativo de aceptación de dicha oferta.

Con fecha 15 de mayo se emitió propuesta de adjudicación a favor de dicha licitadora y el 19 de mayo de 2020 se le adjudicó el contrato.

TERCERO.- Con fecha 29 de mayo de 2020, HEDA COMUNICACIÓN, S.L. ha interpuesto una reclamación especial en materia de contratación pública contra la adjudicación del contrato.

Requerida la subsanación de dicha reclamación en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 126.3 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante LFCP), esta se cumplimentó el mismo 29 de mayo.

En la reclamación se señalan los siguientes antecedentes:

1º. Que en la cláusula 13.1 del pliego regulador (Criterios económicos) se establece lo siguiente: *“En este apartado el presupuesto base de licitación será 40.290€ (IVA excluido) y se considerarán ofertas anormalmente bajas aquellas cuya cuantía sea inferior al 85% del presupuesto base de licitación (34.246€).”*

La oferta económica de HEDA COMUNICACIÓN, S.L. fue de 34.246,50 euros y la de R. M. A. P. fue de 34.246 euros.

La puntuación de los criterios técnicos y sociales aprobada por la Mesa de Contratación es idéntica para ambas empresas (45 puntos en los dos casos) ascendiendo la puntuación de los criterios económicos a 49,9993 puntos para HEDA COMUNICACIÓN, S.L. y a 50 puntos para R. M. A. P..

2º. Que mediante un escrito de 19 de mayo de 2020 (puesto a disposición de la reclamante mediante notificación telemática el 20 de mayo y al que la misma accedió telemáticamente el 22 de mayo) se le informa de que el órgano de contratación acuerda adjudicar el contrato a R. M. A. P., por ser la mejor puntuada de acuerdo con la propuesta formulada por la Mesa de Contratación.

En dicha propuesta, la puntuación final de ambos licitadores es: HEDA COMUNICACIÓN, S.L.: 94,9993 puntos y R. M. A. P.: 95 puntos. Asimismo, se indica

que *“Ante la presentación de ofertas anormalmente bajas, siguiendo lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley Foral de Contratos Públicos, se solicita informe en el que se justifique la viabilidad de la oferta económica presentada. Recibido el informe y entendiendo suficientemente motivada la oferta...”*.

Se formulan, a continuación, las siguientes alegaciones:

Señala que la adjudicación del contrato deriva de una anómala redacción del pliego regulador que ha inducido a una indeseada ambigüedad en la presentación de las ofertas y, a la postre, a una injusta puntuación inferior de la oferta de la reclamante. El error se encuentra en la cláusula 13.1 del pliego, antes transcrita, que señala que el presupuesto base de licitación asciende a 40.290 euros, así como que se considerarán ofertas anormalmente bajas aquellas cuya cuantía sea inferior al 85% del presupuesto base de licitación (34.246 euros). Sin embargo, el 85% del presupuesto de licitación no es 34.246 euros, como señala el pliego, sino 34.246,50 euros.

La oferta de la reclamante ha sido de 34.246,50 euros, y la de la adjudicataria de 34.246 euros. Señala aquella, a este respecto, lo siguiente: *“Es evidente que ambas ofertas pretendían la misma intención, realizar la oferta más barata posible no anormalmente baja, solo que una de ellas tomó como referencia el texto en letra del pliego (el 85% del presupuesto) y la otra el texto en número entre paréntesis (34.246). Se trata de una contradicción patente del pliego (aunque quizás inadvertida para algún licitador), que ha inducido, indeseadamente, a un resultado diferente de las ofertas económicas cuando deberían haber sido iguales, y ello hubiera supuesto un empate final en la puntuación total de las ofertas, pues la diferencia de 7 diezmilésimas entre las dos ofertas primeras se debe únicamente a la diferencia de 50 céntimos de euro entre las ofertas económicas de ambas”*.

Señala, asimismo, que este error de la entidad contratante no puede considerarse subsanado porque esta, a posteriori, haya considerado anormalmente baja la oferta de la adjudicataria, otorgándole el preceptivo trámite de justificación de esta, ni cabe corregir el error atribuyendo preeminencia al texto con el porcentaje respecto a la cifra en paréntesis, *“pues ello debería haber sido corregido antes de convocar a la licitación, y en tal caso, a buen seguro que hubieran sido iguales las ofertas en liza*.

*Así pues, un error del pliego ha generado ambigüedad, inseguridad jurídica y confusión y ello no puede perjudicar a los participantes en una licitación, como es el caso de esta reclamante. Son numerosos los acuerdos de los tribunales de contratos públicos que establecen que los errores de los pliegos no pueden acarrear resultados injustos o perjudiciales para los licitadores. Baste citar, como ejemplo común, el Acuerdo 105/2018, de 16 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, (...)*”.

Concluye la reclamante señalando que una contradicción insalvable del pliego le ha producido un perjuicio, puesto que de no haber existido tal contradicción *“no hubiese habido la diferencia entre las dos ofertas primeras que ha determinado a la postre el resultado de la adjudicación”*. Considera, por ello, que se ha vulnerado el principio de igualdad de trato y se ha falseado la competencia, principios consagrados en el artículo 2 de la LFCP, siendo la adjudicación nula de pleno derecho conforme al artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por lo expuesto, solicita la anulación de la citada adjudicación, así como que, por motivos de eficacia, eficiencia y simplificación administrativa, se reasignen las puntuaciones, atribuyéndose la misma a la reclamante y a la adjudicataria, *“por ser intencionalmente iguales”*, y se disponga que el empate de las ofertas se resuelva de acuerdo con los criterios establecidos en la cláusula 15ª del pliego.

CUARTO.- Con fecha 29 de mayo de 2020, se requirió a la Fundación Miguel Servet-Navarrabiomed la remisión del expediente de contratación y, en su caso, de las alegaciones que estimase pertinentes, conforme a lo dispuesto en el artículo 126.4 de la LFCP.

Con fecha 3 de junio se reiteró dicho requerimiento, con la advertencia de que si no se atendía en el plazo máximo de cinco días naturales se continuaría con la tramitación de la reclamación, así como que las alegaciones que pudieran formularse transcurrido aquel, no serían tenidas en cuenta para la resolución de la misma.

Finalmente, con fecha 8 de junio, el citado órgano de contratación ha aportado, dentro del plazo concedido para ello, tanto el expediente de contratación como un escrito de alegaciones.

Dicho escrito opone a la reclamación un único fundamento jurídico: la inexistencia de ambigüedad en la regulación de los criterios económicos del pliego regulador, la legalidad del procedimiento y la absoluta conformidad de la valoración y puntuación de las ofertas. Este se desarrolla de la siguiente forma:

1º. Señala, en primer lugar, que la reclamación se funda “*exclusivamente en una apreciación subjetiva, especulativa e hipotética de la licitadora reclamante, toda vez que resulta imposible conocer los motivos o razones que condujeron a los licitadores a formular sus ofertas en las cuantías en que lo hicieron, y menos aún puede conocer el órgano de contratación la intencionalidad de los licitadores a la hora de formular una oferta económica u otra distinta. (...)*”.

Manifiesta, asimismo, que las decisiones tomadas por el órgano de contratación se han basado en el estricto cumplimiento de los principios rectores de la contratación pública, recordando la consideración de los pliegos como auténtica “*lex contractus*”, que han de interpretarse con aplicación de las reglas interpretativas propias de cualquier contrato y debiendo estarse al sentido literal ante supuestas ambigüedades, con cita del Informe 10/2017, de 13 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, y de la Resolución 181/2019, de 17 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Señala que “*la cláusula 13.1 del PCAP objeto del presente procedimiento es totalmente clara y de ningún modo conduce a ninguna interpretación o sentido diferente al expresado en su diáfano sentido literal*”, considerándose ofertas anormalmente bajas aquellas cuya cuantía sea inferior al 85% del presupuesto base de licitación, sin margen de duda alguno.

Considera, asimismo, que “*la reclamante no puede conocer la intención, interés o estrategia competitiva utilizada en el procedimiento de licitación por la adjudicataria, como tampoco lo puede conocer ni debe conocerlo el órgano de*

*contratación”, así como “que la oferta de la adjudicataria haya sido coincidente con el número expresado entre paréntesis no puede llevar a pensar que la misma desconociera la regla expuesta con claridad en la cláusula 13.1 del Pliego Regulador, o que su intención fuera ir a la baja máxima”.*

Señala a este respecto, por último, que *“el hecho de que el número expresado entre paréntesis fuese 34.246 euros en lugar de 34.246,50 euros de ningún modo imposibilitó la presentación de las ofertas económicas por el conjunto de licitadores, ni las arrastró a un error insalvable o determinante, resultando sumamente sencillo para todos los licitadores realizar el cálculo del 85% de acuerdo a su sentido evidente y literal y, con ello, evaluar diligentemente su oferta de acuerdo a su propia estrategia competitiva, sin que de una circunstancia como la ocurrida en el presente caso quepa de ningún modo sostener la invalidez de la ofertas, y mucho menos juzgar su intención o pretender que se igualen para obtener la misma puntuación”.*

2º. Señala que *“el órgano de contratación no estaba facultado para redondear el valor resultante de la puntuación de las ofertas presentadas”,* dado que ello podría suponer el incumplimiento de los principios de igualdad de trato, transparencia y concurrencia en la licitación. Cita, a este respecto, la Resolución 167/2018, de 23 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, conforme a la cual *“la equiparación de la puntuación de las ofertas mediante su redondeo sin habilitación del Pliego Regulador de la licitación es contrario a los principios vertebradores de la contratación pública”.*

Solicita, atendiendo a todo lo expuesto, la desestimación de la reclamación interpuesta.

QUINTO.- El 9 de junio de 2020 se dio traslado a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, habiéndose presentado, con fecha 12 de junio, las siguientes alegaciones por parte de R. M. A. P.:

1º. Que para resolver la controversia se ha de acudir a lo previsto en los pliegos, ya que es doctrina reiterada su carácter vinculante, no pudiendo cambiarse una vez que han adquirido firmeza.

2º. Que el contrato se adjudicó utilizando únicamente criterios automáticos o calculados mediante fórmulas, por lo que no puede alegarse arbitrariedad.

3º. Que la recurrente pretende una “*reasignación de las puntuaciones de la licitación*”, siendo este extremo francamente irregular ya que los sobres han sido abiertos, y no se puede pretender una valoración a posteriori que cambie la puntuación otorgada por la mesa de contratación basada en un recálculo arbitrario de la puntuación económica obtenida. Además, dado que la puntuación se otorga mediante cálculos aritméticos, no cabe margen interpretativo al respecto.

4º Que no existe un error interpretativo, dado que la mesa de contratación advirtió que la oferta que ella presentó era anormalmente baja, habiéndose tramitado el procedimiento del artículo 98 de la LFCP.

5º. Que no se ha producido un empate, ya que la puntuación obtenida no es la misma, por lo que no cabe aplicar los criterios previstos en la cláusula 15ª del pliego.

Se concluye, por ello, que no se han vulnerado los principios de concurrencia, igualdad de trato, ni competencia (artículo 2 de la LFCP), por lo que se solicita la desestimación de la reclamación y la imposición de una multa a la reclamante por “*ocasionar perjuicio al interés público (al tratarse de un proyecto europeo con plazos limitados) y a nuestros intereses, dada la situación económica en la que nos encontramos todos los licitadores*”.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Fundación Miguel Servet-Navarrabiomed es una fundación pública en la que concurren los requisitos previstos en el artículo 4.1.e) de la LFCP, por

lo que se encuentra sometida a dicha Ley Foral, siendo el acto impugnado susceptible de reclamación ante este Tribunal conforme al artículo 122.2.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada, conforme a lo previsto en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

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

CUARTO.- La reclamación se fundamenta en los motivos legalmente tasados, concretamente 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación especial el acto de adjudicación del contrato de comunicación para el proyecto EGALURG, promovido por la Fundación Miguel Servet-Navarrabiomed. Deduce la reclamante, como pretensión, la anulación de tal acto alegando como único motivo de impugnación la existencia en el pliego regulador del contrato de un error al señalar el importe por debajo del cual las ofertas serán consideradas anormalmente bajas; interesando, de forma adicional, que se reasignen las puntuaciones, atribuyéndose la misma puntuación final a las dos ofertas y se disponga que el empate de las ofertas se resuelva de acuerdo con los criterios establecidos al efecto en la cláusula 15 del citado documento contractual.

Debemos comenzar señalando que existe un límite a la competencia de este Tribunal respecto a la pretensión adicional de la reclamante relativa a la reasignación de las puntuaciones. Al respecto se ha de señalar como se ha hecho en numerosos acuerdos, entre otros, el Acuerdo 15/2020, de 24 de febrero, que la función del Tribunal es exclusivamente una función revisora de la legalidad de los actos impugnados, “*en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad*”. Precisamente por ello, en el supuesto de apreciarse la existencia de tales vicios, el Tribunal procederá a anular el acto o actos, ordenando que se repongan las actuaciones al momento anterior a aquél en que el vicio se produjo, pero sin que, en ningún caso,

pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso, de la mesa de contratación, por ser el órgano al que corresponde valorar las ofertas asignándoles las puntuaciones, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad de pleno derecho.

Por tanto, debe inadmitirse dicha pretensión por falta de competencia de este Tribunal para resolverla, sin perjuicio de su competencia para conocer de las restantes cuestiones planteadas.

SEXTO.- Cuestiona la reclamante la adjudicación del contrato en base a la concurrencia en la cláusula 13.1 del pliego regulador de una contradicción en la determinación de qué ofertas se considerarán anormalmente bajas; error que califica de contradicción insalvable y, según sostiene, ha generado confusión a la hora de formular las ofertas; apuntando, en este sentido, que no puede perjudicar a los participantes en la licitación. Motivo de impugnación que impone, en primer término, verificar si en la cláusula citada existe la contradicción en tal sentido alegada.

Así, la cláusula decimotercera del pliego regulador, en relación con los criterios de adjudicación, determina en su apartado primero *“13.1. Criterios económicos: hasta un máximo de 50 puntos (de un total de 100) (incluir en sobre BC)*

*La empresa licitadora deberá rellenar la tabla contenida en el Anexo II, en la que reflejará un presupuesto total para la prestación de todos los servicios requeridos en los presentes pliegos. La cifra señalada en el apartado de presupuesto total constituirá la oferta económica a valorar y vinculará a la empresa licitadora en caso de resultar adjudicataria.*

*Asimismo, los licitadores deberán desglosar el mencionado presupuesto total entre los diferentes apartados de la tabla. Esta división tendrá carácter meramente orientativo y, ni será vinculante para el licitador en caso de resultar adjudicatario, ni será objeto de valoración a efectos de adjudicación del contrato.*

*Para el cálculo de la puntuación, la proposición económica más baja admitida se dividirá entre la proposición económica a valorar y el resultado se multiplicará por el máximo de puntos posible en el presente apartado (50 puntos).*

*De esta manera, la proposición económica más baja admitida obtendrá la puntuación máxima prevista para el presente apartado (50 puntos), mientras que el resto de proposiciones obtendrán una puntuación proporcional a la misma.*

*La fórmula utilizada para ello será la siguiente*

$$\frac{\text{Proposición económica más baja admitida}}{\text{Proposición económica a valorar}} * 50$$

*En este apartado el presupuesto base de licitación será 40.290€ (IVA excluido) y se considerarán ofertas anormalmente bajas aquellas cuya cuantía sea inferior al 85% del presupuesto base de licitación (34.246€).”*

Una simple operación matemática evidencia, sin lugar a dudas, la existencia de la contradicción indicada, puesto que la cláusula transcrita señala que serán consideradas ofertas anormalmente bajas aquellas cuya cuantía sea inferior al 85% del presupuesto base de licitación, cifrando este porcentaje en 34.246 euros, cuando debiera haberlo hecho en 34.246,50 euros, por ser éste el resultado de la aplicación de tal porcentaje sobre el presupuesto del contrato. Restando, por tanto, analizar las consecuencias jurídicas de tal contradicción.

SÉPTIMO.- Como hemos indicado anteriormente, la reclamante impugna el acto de adjudicación del contrato cuestionando la legalidad de la cláusula decimotercera del pliego regulador; en una suerte de impugnación indirecta de dicha cláusula con ocasión de la adjudicación del contrato.

Este Tribunal ha puesto de manifiesto de manera reiterada - por todos, Acuerdo 6/2018, de 23 de enero,- que el Pliego constituye la ley del contrato, de forma que si no es impugnado en su momento, quedan consentidas y firmes sus cláusulas y en consecuencia vinculan a todos, Administración y contratistas, y por esa razón todas las incidencias del contrato, su ejecución, y los derechos del contratista y las facultades de la Administración se deben ajustar estrictamente a lo previsto en tales Pliegos; y ello como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades como el denominado “pacta sunt servanda”, con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios, tal y como razona la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001 en la que se afirma que “*esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida*

*doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía”.*

En consecuencia, la falta de impugnación de los Pliegos hace inviable la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación, tanto más cuando existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante la reclamación frente a los anuncios de licitación, los Pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

No obstante lo anterior, se ha aceptado la impugnación del Pliego tras la adjudicación del contrato en aquellos supuestos en que las bases estaban redactadas en términos tan oscuros o ambiguos que a un licitador bien informado le era imposible conocer con exactitud la forma de aplicarlas, de tal manera que sólo con motivo de la adjudicación tuvo cabal conocimiento de las mismas.

Como señala la Resolución 7/2020, de 16 de enero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, sobre la ambigüedad u oscuridad de los pliegos y su relación con la infracción del principio de transparencia “*De acuerdo con la doctrina mantenida por este Órgano (ver, por ejemplo, las Resoluciones 68 y 163/2018), el principio de transparencia impone una obligación de que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan*

*comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, Succhi di Frutta, apartado 111, asunto C-496/99P, ECLI:EU:C:2004:236). Esta obligación de transparencia (i) recae sobre el poder adjudicador, (ii) es un instrumento para que éste asegure el respeto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación para conseguir la apertura a la competencia y el control de la imparcialidad del procedimiento de adjudicación y (iii) garantiza una publicidad adecuada a los potenciales licitadores, que son sus beneficiarios (véase en este sentido las sentencias del TJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, ECLI ECLI:EU:C:2000:669, apartados 61 y 62, y de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, ECLI: ECLI:EU:C:2005:605, apartado 49, así como la Resolución 44/2018 del OARC / KEAO). Consecuentemente, no cabe trasladar a los licitadores la carga de acertar a integrar la voluntad del poder adjudicador mediante la interpretación de cláusulas oscuras o contradictorias, con la grave consecuencia de la exclusión de su proposición si, a juicio del poder adjudicador que ha incumplido su obligación de transparencia, no tienen éxito en dicha tarea. En este sentido, es oportuno recordar el principio jurídico que impide que la oscuridad de una estipulación pueda perjudicar a quien no es responsable de ella (ver, por todas, a Resolución 120/2017 del OARC / KEAO y el artículo 1288 del Código Civil), especialmente si se tiene en cuenta que ni siquiera se trata de una cláusula insertada en un contrato bilateral ya perfeccionado, sino de las bases de un procedimiento elaboradas únicamente por el órgano de contratación y cuya finalidad es precisamente la selección de la contraparte del negocio jurídico. Consecuentemente, una vez acreditado que el poder adjudicador ha incumplido la obligación de transparencia que le atañe, no es necesario ni adecuado que este Órgano, por vía interpretativa, fije cuál es el significado que debe darse a la documentación contractual, pues tal determinación en ningún caso podría concluir en reprochar al adjudicatario impugnado su impericia en la misma tarea y mucho menos con un corolario tan drástico como la exclusión del procedimiento. Sin embargo, no es menos cierto que el esfuerzo de transparencia debe dirigirse a operadores razonablemente informados y normalmente diligentes, los cuales pueden, por ejemplo, llegar a compensar las imprecisiones de los pliegos con una lectura atenta de los mismos o mediante consultas dirigidas al poder adjudicador (ver, por todas, la*

*Resolución 140/2017 del OARC / KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita)*”.

Descendiendo al caso concreto que nos ocupa, advertida la contradicción existente en la cláusula 13.1 del pliego, a juicio de este Tribunal ésta resulta fácilmente vencible con la mínima diligencia exigible a todo licitador al calcular su oferta económica, sin requerir, para ello, un exhaustivo análisis sistemático de otras cláusulas del citado documento contractual. De hecho, como se ha indicado, la realización de la simple operación aritmética que describe la cláusula controvertida – y que, dicho sea de paso, por una cuestión gramatical debe prevalecer sobre la cifra indicada dentro del paréntesis -, evidencia la contradicción indicada. Siendo esto así, lo cierto es que la reclamante, pudiendo haberlo hecho, no planteó aclaración al poder adjudicador mediante la oportuna consulta, a pesar de que la contradicción era evidente; y no sólo eso, sino que, a la vista de los argumentos alegados en su escrito de reclamación, la resolvió o interpretó de manera correcta.

Efectivamente, las propias manifestaciones realizadas en el escrito de interposición de la reclamación ponen de relieve que dicha circunstancia no impidió a la reclamante comprender el alcance de la previsión contenida en la cláusula 13.1, puesto que afirma que pretendía realizar la oferta más barata posible no anormalmente baja, y así lo hizo pues ofertó en el límite por debajo del cual se consideraba anormalmente baja, que no es otro que el resultante del cálculo correspondiente al 85% del presupuesto, obviando, por tanto, por errónea, la cifra que como resultado de tal operación se indica, entre paréntesis, en la citada cláusula del pliego.

Dicho lo anterior, como apunta la reclamante es doctrina reiterada la de que la obscuridad o errores de los pliegos no pueden tampoco perjudicar a los licitadores, si bien ello, además de precisar un análisis casuístico, no acontece en este supuesto, puesto que la mesa de contratación en una interpretación adecuada de la citada cláusula – insistimos, coincidente con la realizada por la propia reclamante – entendió que la oferta realizada por la adjudicataria (50 céntimos de euro menos que la de la reclamante) que era coincidente con la cifra indicada entre paréntesis debía ser normalmente baja, tramitando así el procedimiento contradictorio regulado en el artículo 98 LFCP. Decisión que, precisamente por ajustarse a la previsión legal citada, en modo alguno ha

supuesto perjuicio alguno a la adjudicataria ni al resto de licitadores, cuyas ofertas se encontraban por encima del citado umbral.

Siendo esto así, no cabe sino concluir que la contradicción existente en la cláusula 13.1 del pliego no ha impedido a los licitadores formular sus ofertas, ni ha generado confusión alguna en tal sentido ni, finalmente, se han conculcado los principios de igualdad de trato y competencia; y, mucho menos, si tenemos en cuenta lo forzado del argumento que la reclamante pone de relieve para sostener la infracción de tales principios.

Así, lo cierto es que parte de una premisa errónea cuando afirma que *“ambas ofertas pretendían la misma intención, realizar la oferta más barata posible no anormalmente baja, sólo que una de ellas tomó como referencia el texto de la letra del pliego (el 85% del presupuesto) y la otra el texto en número entre paréntesis (32.246). Se trata de una contradicción patente del pliego (aunque quizás inadvertida para algún licitador), que ha inducido, indeseadamente, a un resultado diferente de las ofertas económicas cuando deberían haber sido iguales, y ello hubiera supuesto un empate final en la puntuación (...)”*. Argumento sobre el que pivota la reclamación interpuesta que cae por su propio peso, puesto que la reclamante no puede conocer cuál fue la intención de la adjudicataria al calcular y formular su oferta económica, que no es sino una manifestación de la voluntad de la licitadora; no resultando, además, extraño que la estrategia de ésta fuese realizar una oferta sólo cincuenta céntimos por debajo del umbral para ser considerada anormalmente baja intentado, con ello, alcanzar la máxima puntuación. Abundando en ello el hecho de que la adjudicataria que ha comparecido en el presente procedimiento, en sus alegaciones no hace sino oponerse a las consideraciones en este sentido expuestas por la reclamante.

Alcanzada la anterior conclusión, cabe reseñar que la oferta económica de la reclamante y de la adjudicataria no son, en ningún caso iguales; y si bien es cierto la exigua diferencia entre ambas (50 céntimos de euro), también lo es que en aplicación de la fórmula prevista en el pliego para la valoración del criterio de adjudicación correspondiente a la proposición económica, siempre obtendrá la máxima puntuación la oferta más barata, es decir la de la adjudicataria; no pudiendo, en ningún caso, darse el empate pretendido por la reclamante.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación de la reclamación interpuesta.

OCTAVO.- Cumple analizar la petición de la tercera interesada que ha comparecido en el procedimiento de reclamación, en la que señala que se aprecie temeridad y mala fe en la interposición de la reclamación, con la correspondiente imposición de multa *“al ocasionar perjuicio al interés público (al tratarse de un proyecto europeo con plazos limitados) y a nuestros intereses, dada la situación económica en la que nos encontramos todos los licitadores”*.

Al respecto conviene recordar que el artículo 127.4 LFCP determina que *“En caso de que el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición de la reclamación o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al reclamante, justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía. La imposición de multas sólo procederá en el caso de que se hubieran desestimado totalmente las pretensiones formuladas en la reclamación.*

*El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al interés público y al resto de participantes. Las cuantías indicadas en este apartado podrán ser actualizadas mediante orden foral del titular del Departamento competente en materia de contratación pública.”*

Sobre este particular resulta de interés lo dispuesto en la Resolución 525/2018, de 1 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la que se señala que *“Decía la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en Sentencia de 4 de marzo de 2015, recurso 265/2014, “que en relación con el origen de esta norma cabe citar el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 en el que se indicaba que parecía oportuno articular “algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial”, en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la “facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe”, pues “en la contratación pública también está presente el interés*

*general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas”. (...)*

*En la misma línea nos hemos pronunciado en la SAN (4ª) de 14 de julio de 2013 (Rec. 3595/2012) y 14 de mayo de 2014 (Rec. 278/2013) donde hemos dicho que “la finalidad de esta facultad de imponer una multa no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación, suspende la tramitación del expediente de contratación hasta que sea resuelto.”*

Asimismo, la Resolución 222/2014, de 17 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, pone de relieve que *“La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse “cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, “La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”. La Sentencia núm. 29/2007, de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal “ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita.*

*En el caso que nos ocupa es cierto que la argumentación de la recurrente es endeble, y que la suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso le favorece como adjudicataria actual del contrato. Ahora bien la mala fe en la interposición del recurso no puede presumirse, sino que debe tener al menos cierto sustento probatorio, y la debilidad de los argumentos y la desestimación del recurso no puede sin más, llevar a su consideración como temerario”.*

En el caso que nos ocupa, este Tribunal considera que no se evidencia temeridad o abuso del principio de buena fe que debe regir en todo procedimiento administrativo, ni absoluta falta de fundamento en la reclamación presentada. Como se ha indicado, la mala fe en la interposición de la reclamación no puede presumirse sino que debe tener un mínimo sustento probatorio; lo que, sin perjuicio de los argumentos esgrimidos por la reclamante, no concurre en este supuesto, ya sólo en atención a la generalidad con que la tercera interesada justifica su petición, pues siendo cierto que la interposición de cualquier reclamación puede retrasar la ejecución de los contratos públicos también lo es que ello no puede desvirtuar el derecho de cualquier persona licitadora a discrepar de lo actuado o del resultado del procedimiento interponiendo la correspondiente reclamación, sin que se haya acreditado, siquiera de manera indiciaria, que con la interposición de la reclamación se pretendía dilatar el procedimiento de adjudicación al que se contrae la misma. No procediendo, por tanto, la imposición de multa de conformidad con lo dispuesto en el artículo transcrito.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

#### ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por HEDA COMUNICACIÓN, S.L. contra la adjudicación del contrato de comunicación para el proyecto EGALURG, promovido por la Fundación Miguel Servet-Navarrabiomed.

2º. Notificar este acuerdo a HEDA COMUNICACIÓN, S.L., a la Fundación Miguel Servet-Navarrabiomed, así como al resto de interesados que figuren en el expediente a los efectos oportunos, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

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, 18 de junio de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, M<sup>a</sup> Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.