



Expte.: R-9/2018

ACUERDO 26/2018, de 9 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por la que se desestima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “Grupo Industrial de Mantenimiento Avanzado de Navarra, S.L.”, frente a la exclusión de su oferta por estimarla anormalmente baja en la licitación del servicio de mantenimiento de los sistemas de calefacción, climatización, agua caliente sanitaria y fontanería de los edificios e instalaciones municipales de Buñuel.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 11 de octubre de 2017 el Ayuntamiento de Buñuel publica en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio para la contratación del servicio de mantenimiento de los sistemas de calefacción, climatización, agua caliente sanitaria y fontanería de los edificios e instalaciones municipales de Buñuel, mediante procedimiento abierto, cuyo presupuesto de licitación es de 36.252,80 euros/año (IVA excluido) y su valor estimado de 145.011,20 euros (IVA excluido), siendo el criterio de adjudicación el precio más bajo ofertado.

SEGUNDO.- La mercantil “Grupo Industrial de Mantenimiento Avanzado de Navarra, S.L.” presenta una oferta en dicho procedimiento por importe de 17.952,80 euros (IVA excluido) por lo que la Mesa de Contratación le requiere el día 18 de diciembre de 2017 para que presente alegaciones al encontrarse incurso la oferta en presunción de anormalmente baja.

Presentadas dichas alegaciones la Mesa de Contratación acuerda el día 30 de enero de 2018 excluir a “Grupo Industrial de Mantenimiento Avanzado de Navarra, S.L.” por cuanto con la rebaja en horas del 23,33% planteada respecto de las estimadas

para la realización del contrato, según el desglose de actuaciones de mantenimiento desarrolladas en la alegación presentada, no se cubren las actuaciones de prevención de legionela previstas en el Pliego; así como por cuanto para la realización de dichas actuaciones no cubre los costes salariales derivados del convenio colectivo de aplicación, incumpliendo la Cláusula 16 del Pliego de Condiciones Económico-Administrativas de la contratación, que la licitadora aceptó expresamente al presentar su proposición.

TERCERO.- El día 8 de febrero de 2018 la Junta de Gobierno Local acuerda excluir a “Grupo Industrial de Mantenimiento Avanzado de Navarra, S.L.” y adjudicar el contrato a la mercantil “Ríos Renovables, S.L.U.” por un precio de 23.024,43 euros (IVA excluido).

CUARTO.- El 13 de febrero de 2018 “Grupo Industrial de Mantenimiento Avanzado de Navarra, S.L.” presenta un escrito interponiendo una reclamación en materia de contratación pública que, tras señalar que ha recibido la comunicación de la Junta de Gobierno Local de Buñuel el día 9 de febrero de 2018, fundamenta en las siguientes alegaciones:

a) No es procedente desechar una oferta basándose en tiempos no especificados ni el pliego de condiciones administrativas y técnicas ni en las condiciones de licitación cuando nos encontramos ante una licitación cuyo criterio de adjudicación es precio más bajo ofertado. Considera que no cabe utilizar una baja anormal para realizar una valoración técnica y escoger la propuesta que más se acomoda al criterio técnico de turno, ya que se desvirtúa la licitación. Señala que el Acuerdo 48/2017, de 11 de agosto, (R-28/2017; Thyssenkrupp Elevadores, S.L.U.) anula una exclusión de una oferta por dicho motivo.

Apunta, en este sentido, que la Mesa de Contratación realiza una estimación de horas mínimas que bien podría haber introducido en el pliego, por lo que al realizarse a posteriori excede de la discrecionalidad de la Mesa modificando sustancialmente las condiciones de la licitación, ya que al no existir un número mínimo de horas cada

empresa en función de sus procedimientos, sus soluciones técnicas, experiencia y organización puede cumplir la oferta presentada.

b) Que frente a lo afirmado por la Mesa sí ha tenido en cuenta el mantenimiento de prevención de la *legionela*, tal como demuestra en los Anexos B y C, presentados en el Anexo 3 a la reclamación, al tratarse de hechos reales llevados a cabo en la actualidad, presentando en el Anexo A una simple estimación, dado que existe margen de actuación suficiente.

c) Que las conclusiones del informe técnico en las que se basa la Mesa de Contratación para la exclusión contienen errores en la valoración económica de su oferta. Considera que si se divide el importe de licitación entre las horas estimadas en ese informe técnico (que en ningún momento figuran en los pliegos) que son 1.007,64 horas, se obtendría un precio hora bruto de 35,98 euros.

Indica que el precio de costo de un oficial de 1ª en el Convenio colectivo del sector siderometalúrgico de Navarra se encuentra en torno a las 17 euros/hora, por lo que si se multiplican por las 1.007,64 horas que estima el técnico de la Mesa, el importe es de 17.129,88 euros, que se encuentra muy por debajo del precio de licitación, lo que otorga un margen muy considerable a cada licitador para realizar su oferta de acuerdo con el margen operativo de cada empresa. Señala que en el caso de su empresa, de acuerdo con la experiencia en servicios similares, las horas teóricas son 763,66, lo que multiplicado por los 17 euros/hora ya mencionados, harían un costo de 12.982,22 euros, lo que siendo la oferta de 17.952,80 euros (IVA excluido), queda un considerable margen para gastos generales y beneficio industrial.

Por otra parte apunta que para garantizar una correcta prestación del servicio, dividiendo el total de horas estimado de 763,66 horas entre los 365 días del año, sale una dedicación de 2,09 horas al día, y al ser el mismo personal el que hace la ruta, se dispone de tiempo más que suficiente para el desarrollo del mantenimiento diario exigido como mantenimiento preventivo y legal.

En consecuencia solicita que se anule la resolución de adjudicación del contrato y se retrotraiga el procedimiento al momento anterior a la exclusión de su oferta.

QUINTO.- El día 15 de febrero de 2018 el Ayuntamiento de Buñuel aporta el expediente correspondiente a la licitación a la que se contrae la reclamación interpuesta, adjuntado un escrito en el que se ratifica en el acuerdo impugnado y se solicita la desestimación de la reclamación en base a lo sustentado en el informe del Ingeniero Industrial que adjunta al mismo, en el que señala lo siguiente:

a) La reclamante no ha sido excluida por haber rebajado el 23,3% de las horas estimadas del contrato sino porque no ha incluido las actuaciones de mantenimiento preventivo de control de la *legionella* en la Residencia de Ancianos, con una periodicidad diaria de acuerdo con el apartado 5.2.2 del pliego técnico. Según las tablas aportadas por la reclamante en sus alegaciones para romper la presunción de oferta anormalmente baja, la dedicación ofertada para estas actuaciones de prevención de la legionela es de 0'9 horas anuales.

b) Las 31,5 horas que la reclamante expone que aparecen en sus Anexos B y C, son horas totales de mantenimiento que incluyen otras actuaciones, siendo las dedicadas a la legionela 0,9 horas, incumpliendo con ello los requisitos del Pliego.

c) La valoración del precio de licitación se realizó en base a las actuaciones de mantenimiento técnico legal y mantenimiento preventivo para cada una de las instalaciones, según las tablas de actuaciones y periodicidad incluidas en el Pliego (Anexo I y II) y tabla de Control de Legionela en Residencia de Ancianos (Anexo III), y en base a costos asociados al contrato que no son horas de actuación (desplazamientos, servicio 24 horas, análisis legionela, pequeño material, apoyo empresa y administración, furgoneta y herramientas, etc.). A partir del precio de licitación y sobre todo de las tablas de mantenimiento (Anexos I, II y III) los licitadores debían elaborar su oferta en igualdad de condiciones, ofertando su precio precisamente en base a los Anexos del Pliego y en base a su organización empresarial, pero cumpliendo con todos los requisitos establecidos en el Pliego; extremo que no reúne la oferta de la reclamante.

d) La valoración económica en base a la estimación de horas a realizar en las actuaciones de mantenimiento requeridas según los Anexos se realizó, precisamente, para evaluar el importe del contrato y, por tanto, con fecha anterior a la realización de los Pliego. En todo caso, la reclamante debiera haber justificado en su alegación a la determinación de su oferta como anormalmente baja, que la ejecución del contrato con la oferta presentada era posible, cumpliendo con los requisitos del Pliego; justificación que no ha tenido lugar.

e) El hecho de calcular el precio de licitación en base a las actuaciones de mantenimiento a realizar en cada instalación según los Anexos determina que las 1007,64 horas totales estimadas para la ejecución del contrato son exclusivamente de mano de obra de Oficial, que según precio de convenio de 17 €/Hora obtendría un total de 17.129,988 €, cifra a la que habría que sumar el resto de costos asociados.

f) En las horas totales ofertadas por la reclamante (773,66 horas), no están contempladas las actuaciones de mantenimiento diario de la legionela, siendo el total estimado para esta actuación de 53,5 horas.; falta de horas cuyo coste, analizando la oferta, calcula conforme se indica a continuación:

	HORAS	PRECIO HORA	
OFERTA	773,66	17	13.152,22
Falta horas legionela	53,5	17	-909 ,5
			12.242,72 €

PRECIO HORA RESULTANTE	12.242,72 € /773,66	15,82 €
------------------------	---------------------	---------

g) Al no computar esas actuaciones, el número de horas a desarrollar debe incrementarse en un mínimo de 53,50 horas, por lo que el coste de la mano de obra quedaría en 15,73 euros/hora, quedando por debajo de lo establecido por el Convenio Colectivo Autonómico para la Industria Siderometalúrgica de la Comunidad Foral de Navarra 2015, 2016 y 2017 y la actualización de dicho convenio para 2017 según BON

número 176 de 12 de septiembre de 2017, cuya tabla de salarios, para los grupos profesionales dedicados al contrato es la siguiente:

GRUPO SALARIAL	PERSONAL	SALARIO	SEG. SOCIAL	TOTAL COSTO	COSTO HORA
GRUPO 2	Ingenieros Técnicos	23.815,95	8335,58	32.151,53	18,97
GRUPO 4	Técnico	22,398,40	7839,44	30.237,84	17,84
GRUPO 5	Oficiales 1ª y 2ª y Administrativos	21.736,55	7.607,79	29.344,34	17,31

HORAS 2017 1695

A la vista de los cálculos transcritos, concluye que la oferta de la reclamante no puede hacer frente al coste salarial derivado de la aplicación del convenio, lo que justifica la desestimación de la oferta, citando en su apoyo el dictamen 1/2016 de la Junta de Contratación Pública de Navarra.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La reclamación se presenta contra la adjudicación de un contrato por parte de un poder adjudicador de los contemplados en el artículo 2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP).

La reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma, por una persona legitimada y fundamentada en los motivos legalmente tasados, todo ello de acuerdo con los requerimientos del artículo 210 LFCP.

SEGUNDO.- Constituye el objeto de la reclamación el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Buñuel en Sesión celebrada con fecha 8 de febrero de 2018, en cuya virtud tiene lugar la adjudicación del contrato de asistencia del servicio de mantenimiento de los sistemas de calefacción, climatización, agua caliente sanitaria (ACS) y fontanería de los edificios e instalaciones municipales de Buñuel. Siendo el objeto de la pretensión la anulación del citado acto administrativo, y el fundamento de la misma la invocación del hecho de que la exclusión de la oferta de la

reclamante del procedimiento de adjudicación, por considerar la entidad adjudicadora que su oferta económica es anormalmente baja y que no está justificada su admisibilidad, no resulta ajustada a derecho; circunstancia que para el reclamante, en base a los motivos esgrimidos en el escrito de reclamación, debe tener como consecuencia jurídica la anulación de la resolución de adjudicación y la retroacción del procedimiento al momento anterior a la citada exclusión a los efectos de proceder a cumplir con los criterios de adjudicación de la oferta económica más baja,

A los efectos de resolver la cuestión de fondo planteada en el procedimiento de reclamación, conforme al debate suscitado por las partes, y con objeto de facilitar su comprensión, comenzaremos recordando en qué consiste la presunción de que una oferta es anormalmente baja, y el procedimiento a seguir ante tal circunstancia, para , a continuación, descender al caso concreto que nos ocupa en orden a, previa aplicación de la normativa y doctrina correspondiente, resolver sobre las pretensiones formuladas.

Tal y como ha sido reiteradamente manifestado por este Tribunal (por todos el Acuerdo 43/2015, de 3 de agosto), toda licitación de un contrato público debe respetar los principios rectores de la contratación recogidos en el artículo 21 LFCP como criterios de interpretación y concretados en 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.

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...”*.

Como hemos señalado en numerosos acuerdos (por todos, Acuerdo 67/2017, de 30 de octubre), 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 es procurar asegurar la viabilidad de las ofertas y el cumplimiento de las normas aplicables a la prestación que se contrata, así como que el precio del contrato corresponda con el del mercado (como impone el artículo 35.1 de la LFCP), más allá de las rebajas que se ofrezcan en el procedimiento competitivo de licitación, y todo ello a fin de garantizar, entre otros principios, el principio de la libre competencia (artículo 21 de la LFCP).

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”*.

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 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 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.

Así lo pone de relieve la Sentencia del TJUE de 29 de marzo de 2012, que, sobre esta cuestión, razona que *“En relación con la oferta anormalmente baja. 27. Procede recordar que, a tenor del art. 55 de la Directiva 2004/18, si respecto de un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador «solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta». 28. De esas disposiciones, redactadas en términos imperativos, resulta claramente que el legislador de la Unión ha querido obligar al poder adjudicador a verificar la composición de las ofertas anormalmente bajas, imponiéndole igualmente la obligación de solicitar a los candidatos que aporten las justificaciones necesarias para demostrar que esas ofertas son serias. Así pues, la existencia de un debate contradictorio efectivo entre el poder adjudicador y el candidato, en una fase adecuada del procedimiento de examen de las ofertas, a fin de que éste pueda probar que su oferta es seria, constituye una exigencia de la Directiva 2004/18, destinada a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar una sana competencia entre las empresas. A este respecto, procede recordar, por una parte, que si bien la lista contenida en el artículo 55, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18 no es exhaustiva, tampoco es, sin embargo, meramente indicativa y, por lo tanto, no confiere a los poderes adjudicadores libertad para determinar cuáles son los datos pertinentes que deben tomarse en consideración antes de rechazar una oferta que parezca anormalmente. Por otra parte, el efecto útil del artículo 55, apartado 1, de la Directiva 2004/18 exige que recaiga en el poder*

adjudicador la obligación de formular claramente la petición dirigida a los candidatos afectados para que éstos puedan justificar plena y oportunamente la seriedad de sus ofertas. Por consiguiente, el artículo 55 de la Directiva 2004/18 se opone en particular a la postura de un poder adjudicador que sostenga, que no le corresponde solicitar al candidato que explique su precio anormalmente bajo”.

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 cuándo nos encontramos ante una oferta anormalmente baja, dejándolo en manos de los legisladores nacionales, por lo que, a la hora de determinar cuándo 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”.

El apartado segundo del precepto transcrito regula cuándo puede presumirse que una oferta es anormalmente baja, si bien dicha previsión opera en defecto de previsión específica en el pliego regulador del contrato correspondiente. Así, los pliegos pueden establecer parámetros diferentes al indicado en la norma a los efectos que nos ocupan,

resultando de aplicación el citado artículo 91.2 LFCP para el caso de que el pliego no contenga previsión alguna al respecto.

Conforme a la regulación citada, 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 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.

La enumeración de las circunstancias que pueden justificar la admisión de la oferta incurso en presunción de anormalidad realizada por el precepto citado no es "numerus clausus ", no son tasadas y únicas; y ello por cuanto la verdadera finalidad del trámite de alegaciones es proporcionar al licitador la oportunidad de justificar la viabilidad de su oferta, lo que no excluye la aportación de otros datos distintos a los

expresamente relacionados en el artículo 91 LFCP, siempre y cuando contribuyan a esa misma finalidad.

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales en su Resolución 113/2017, de 27 de enero, recuerda que *“Sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas económicas incursas en presunción de temeridad, la doctrina del Tribunal (recogida, entre otras en la Resolución 513/2015, de 5 de junio) tiene en cuenta que la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin comprobar antes su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. La decisión sobre la aceptación o no de la oferta debe atender a los elementos de la proposición y valorar las alegaciones del contratista y las concretas circunstancias de la empresa licitadora”*.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2016 (recurso T-570/2013), expone: *“[...] al examinar el carácter anormalmente bajo de una oferta, el poder adjudicador está obligado a solicitar al licitador que aporte las justificaciones necesarias para acreditar que su oferta es seria [...]. La existencia de un debate contradictorio efectivo, en una fase adecuada del procedimiento de examen de las ofertas, entre el poder adjudicador y el licitador a fin de que este pueda probar que su oferta es seria, constituye una exigencia fundamental en materia de adjudicación de contratos públicos, destinada a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar una sana competencia entre las empresas (véanse en este sentido y por analogía, las sentencias Lombardini y Mantovani, antes citada, EU:C:2001:640, apartado 57; Data Medical Service, citada en el apartado 55 supra, EU:C:2014:2466, apartado 48, y de 21 de mayo de 2008, Belfass/Consejo, T-495/04, Rec, EU:T:2008:160, apartados 97 y 98)» (2)”*

TERCERO.- En la cláusula tercera del pliego de cláusulas administrativas regulador del contrato se determina que el precio base de licitación asciende a 36.252, 80 euros anuales, IVA excluido. Ninguna regulación contiene el citado pliego en relación con las ofertas anormalmente bajas; resultando, en consecuencia, de aplicación el artículo 91.2 LFCP, de forma que en el procedimiento de licitación al que se contrae la reclamación puede presumirse que las ofertas son anormalmente bajas cuando sean inferiores en treinta puntos porcentuales al importe estimado del contrato. Es un aspecto no controvertido que esta circunstancia concurre en relación con la oferta económica formulada por la reclamante.

Según consta en el expediente administrativo remitido a este Tribunal, al procedimiento de licitación se presentaron cinco licitadores, dos de los cuales - la reclamante y la adjudicataria – formularon oferta económica con un porcentaje de baja sobre el presupuesto anual del contrato del 50,48 y 36,49, respectivamente. Resultando que dichas ofertas incurrían en presunción de ofertas anormalmente bajas, la entidad contratante venía obligada a abrir el procedimiento de justificación de las ofertas previsto en el artículo 91 de la LFCP, como efectivamente hizo.

Requeridas las justificaciones de las ofertas y presentadas estas, el órgano de contratación acordó excluir la oferta de la reclamante, y ello en ejercicio de la potestad discrecional que en este ámbito le otorga el ordenamiento jurídico; toda vez que, tal y 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.

Empero, 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).”

El mismo órgano revisor en la Resolución 113/2017, de 27 de enero, concreta, al respecto, que *“en caso de exclusión de una oferta incurra en presunción de temeridad es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión mediante una resolución “reforzada”. Por el contrario, en caso de conformidad, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de aceptación”*.

Así pues, 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.

En coherencia con lo expuesto, es preciso señalar que la labor de este Tribunal debe circunscribirse a verificar si se ha cumplido formalmente con el procedimiento establecido en el artículo 91 LFCP – extremo éste debidamente cumplimentado por la

entidad contratante -, si la justificación de la reclamante sobre la viabilidad de su oferta fue o no suficiente, y si los argumentos de la mesa de contratación y la decisión del órgano de contratación bastan para rechazar aquéllas y justificar la exclusión del procedimiento de licitación por evidenciar la existencia de riesgo en la oferta para la satisfacción del interés público perseguido con el contrato, o existe error en la valoración en tal sentido realizada. Dicho en otros términos, para que pueda obviarse la aplicación de tan reiterada doctrina en relación a la discrecionalidad técnica, sería preciso que la actuación de la Mesa de Contratación, y en último caso del órgano de contratación, se encuentre incurso en alguno de los supuestos indicados.

CUARTO.- Según consta en el expediente administrativo, la Mesa de Contratación, en sesión celebrada el día 30 de enero de 2018, aceptando el informe técnico, evacuado por un ingeniero técnico industrial vocal de la Mesa, respecto a la justificación de la oferta económica de la reclamante, acordó su exclusión del procedimiento de licitación, y proponer a la Junta de Gobierno Local la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa siguiente.

En el documento presentado por la reclamante durante el trámite de alegaciones sustanciado al efecto, la justificación de la baja en la oferta económica se realiza afirmando, en resumen, lo siguiente:

- El convenio laboral de aplicación es el del metal, de donde calcula que el coste hora de oficial asciende a 19 euros; importe que comprende los conceptos de salario, cuotas de Seguridad Social (17 euros), plus de localización y desplazamiento de vehículo.
- Estima que las horas anuales de servicios a prestar en el marco del contrato son 773,66, que multiplicadas por el precio hora (19 euros), arrojan un coste de 14.699,54 euros/año.
- Añade, a dicho coste anual, 550 euros en concepto de correctivo y apoyos de empresa, 800 euros de pequeño material y 360 euros por la realización de 12 análisis de legionela que cuantifica en 30 euros cada uno; resultando un coste

de 16.409,54 euros/año, que incrementado en el 9% del beneficio industrial suponen un coste de 17.952 euros/ año.

- Detalla el cálculo de horas anuales de mantenimiento técnico legal y preventivo en función de las distintas instalaciones comprendidas en el objeto del contrato, en función de la potencia de cada uno de los edificios, agrupándolos en aquellos que son mayores de 70 Kw (Ayuntamiento, residencia de ancianos, colegio público, polideportivo, edificio social – bar, escuelas viejas, edificio servicios sociales y campo de fútbol) - aplicando a cada uno de ellos 26 horas de mantenimiento preventivo, y 47,63 horas de mantenimiento técnico legal -, menores o igual a 70 Kw (guardería, casas de cultura, piscinas y edificio maestros) – a los que aplica 12 horas de mantenimiento preventivo y 31,25 horas de mantenimiento técnico legal -, un tercer grupo de instalaciones más pequeñas que deben revisarse una vez al año (aula de formación, cementerio y velatorio) – aplicando a cada una 2 horas de mantenimiento preventivo y 2 de mantenimiento técnico legal – y, finalmente, el correspondiente a vías públicas – jardines para los que calcula 16 horas de mantenimiento anuales.
- Expone que los tiempos calculados son reales, medidos y comprobables según medios técnicos de que dispone la empresa que permiten un ahorro en la prestación del servicio.
- Indica que los tiempos son fácilmente rebajables debido a que los técnicos de la empresa realizan el mantenimiento en la zona, de forma que el desplazamiento y la localización ya están incluidos, al menos la parte proporcional correspondiente, en otros mantenimientos.
- Finalmente, expone que en contratos idénticos en la zona los importes y los centros a mantener son idénticos a los ofertados al Ayuntamiento de Buñuel (Tudela 19284 euros/año por 21 edificios, Corella 9199,2 euros/ año por 10 edificios; mientras que la oferta de Buñuel comprende un importe de 17952 euros/año por 15 edificios).

Por su parte, en el informe técnico elaborado por el ingeniero técnico industrial miembro de la Mesa de Contratación respecto a la justificación de la oferta, se recogen, en resumen, las consideraciones que se exponen a continuación.

- Se justifica la oferta económica basándose en horas de actuación de mantenimiento y costes asociados para el desarrollo del contrato.
- Según la estimación de horas a realizar en las instalaciones descritas en el pliego de condiciones técnicas para evaluar el importe de licitación – 1007,64 horas – las ofertadas por el reclamante (773,63) suponen un 23,23 % de baja en los tiempos de ejecución de las tareas de mantenimiento.
- La baja técnica en número horas realizada por la reclamante lleva implícita la ausencia de las horas de mantenimiento de prevención contra la legionela y, por lo tanto, no es viable para la correcta ejecución del contrato.
- La reclamante, en su alegación y desarrollo de los tiempos de actuación, no contempla las actuaciones de mantenimiento de legionela en la residencia de ancianos, tal y como requiere el Pliego en su Anexo III con actuaciones diarias en la toma de muestras de agua.
- Al no contemplar estas actuaciones entiende que el número de horas a realizar se ve incrementado en un porcentaje mínimo de 53,5 horas según previsión de contrato, siendo el coste de hora resultante de 15,73 euros, quedando por debajo de lo establecido en el Convenio Colectivo Autonómico para la Industria Siderometalúrgica de la Comunidad Foral de Navarra 2015, 2016 y 2017, y su actualización para el 2017, que una tabla de salarios y seguridad social de 18,97 euros/hora para ingenieros técnicos, 17,84 para personal técnico y 17,31 para oficiales 1ª y 2ª y administrativos.
- Por todo lo anterior, concluye que la oferta de la reclamante no es suficiente para hacer frente al coste derivado de la aplicación el convenio siderometalúrgico; motivo por el cual debe desestimarse la oferta por no ser suficiente para hacer frente al coste salarial derivado del contrato, tal y como razona el Informe 1/2016, de 25 de enero, de la Junta de Contratación Pública de Navarra.

En consecuencia, dos son los motivos apreciados por el órgano de contratación para estimar, tras la justificación aportada por la reclamante, que la oferta no resulta viable, y sobre los que ésta discrepa en el escrito de interposición de la reclamación: la no inclusión de las actuaciones de mantenimiento preventivo de control de legionela a realizar diariamente en el edificio de la residencia de ancianos y el hecho, derivado de lo anterior, de que el coste hora resultante quede por debajo de lo establecido en el convenio colectivo de aplicación.

QUINTO.- Sobre el primero de los motivos indicados, alega el reclamante que no es procedente desechar una oferta basándose en tiempos no especificados ni el pliego de condiciones administrativas y técnicas ni en las condiciones de licitación cuando nos encontramos ante una licitación cuyo criterio de adjudicación es precio más bajo ofertado. Fundamenta este motivo de impugnación en el Acuerdo de este Tribunal 48/2017, de 11 de agosto, que anula una exclusión de una oferta fundamentada en tal circunstancia, e indica que la Mesa de Contratación realiza una estimación de horas mínimas que bien podía haber introducido en el pliego, por lo que al realizarse a posteriori modifica sustancialmente las condiciones de la licitación, ya que al no existir un número mínimo de horas cada empresa en función de sus procedimientos, sus soluciones técnicas, experiencia y organización puede cumplir la oferta presentada.

Debemos comenzar señalando que el artículo 51 LFCP atribuye al órgano de contratación una potestad discrecional en orden a la determinación de los criterios de adjudicación del contrato - en la medida en que posibilitan la elección entre las dos opciones, pluralidad de criterios o exclusivamente el precio, ambas admisibles en el plano jurídico, siempre que no se incurra en arbitrariedad y en el bien entendido de que su ejercicio ha de ir dirigido al cumplimiento del fin perseguido en la norma en que aquélla se fundamenta - , tal y como pone de manifiesto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2006: *“Es tajante el art. 87 de la LCAP al establecer la necesidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso fijen los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación los cuales se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que les atribuya. Tal exigencia obstaculiza la discrecionalidad administrativa en la*

adjudicación del concurso por cuanto la administración para resolverlo ha de sujetarse a la baremación previamente determinada. Su discrecionalidad solo juega con anterioridad a la adjudicación al decidir con libertad de criterio cuáles son los criterios objetivos más significativos respetando, eso sí, las reglas esenciales que impregnan nuestra actual normativa sobre contratación administrativa a partir de la transposición de las múltiples Directivas sobre la materia: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa”; doctrina reiterada, entre otras, en Sentencia de 27 de mayo de 2009”.

Así pues, la elección de los criterios de adjudicación es discrecional para el órgano de contratación, resultando que en el caso concreto que nos ocupa dicha elección se ha materializado mediante la aplicación de un único criterio de adjudicación - el precio más bajo -, tal y como recoge la cláusula séptima del PCAP al indicar que *“Los trabajos objeto del contrato de asistencia, previsto en el presente Pliego, serán adjudicados a la oferta económica más baja”*. Motivo por el cual la cláusula octava del mismo, al regular la presentación de proposiciones únicamente prevé la presentación de dos sobres: el correspondiente a la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia del licitador y el relativo a la oferta económica.

Consecuencia de lo anterior, es que la justificación de la oferta anormalmente baja no puede servir, con carácter general, para controlar la viabilidad técnica de las ofertas de los licitadores porque según el PCAP regulador de la licitación el criterio de adjudicación se basa únicamente en el precio ofertado, no hay ofertas técnicas y no se requiere documentación técnica alguna que permita verificar el cumplimiento de las distintas periodicidades de las actuaciones previstas en el pliego más allá de, en el caso concreto que nos ocupa, la memoria descriptiva de la organización del servicio de acuerdo con las exigencias de la cláusula cuarta del pliego de prescripciones técnicas, cuya aportación se exige en orden a acreditar la solvencia técnica o profesional en la cláusula octava del PCAP.

En el Acuerdo 48/2017, de 11 de agosto, alegado por la reclamante, razonamos que *“(…) Así pues, en el trámite de justificación de la oferta por estar incurso en*

presunción de temeridad no se trata de acreditar el cumplimiento o admisibilidad de la oferta, fase procedimental ya superada, sino de razonar por qué la misma es seria y viable; si bien la carga de justificar dicha viabilidad pesa sobre el licitador afectado, que es quien debe desvirtuar adecuadamente la presunción de temeridad en este trámite procedimental. Es decir, el objetivo de la justificación requerida no es otro que determinar si la oferta, en los términos en que está formulada, se encuentra en condiciones de cumplir el contrato en los términos en que la prestación objeto del mismo está definida en los pliegos.

Aplicando estos fundamentos, expuestos sucintamente, al caso en cuestión, no podemos compartir las razones que se esgrimen en las alegaciones del órgano de contratación considerando justificada la exclusión de la oferta del reclamante contenida en el informe de valoración y que se basan exclusivamente en considerar bajo el tiempo de dedicación a cada revisión por puerta en el mantenimiento preventivo, que los considera bajos y no reales, insuficientes con el mantenimiento que se lleva actualmente de cuyos datos se partió para sacar la licitación. Al respecto debemos señalar que la justificación de la oferta anormalmente baja no puede servir para controlar la viabilidad técnica de las ofertas de los licitadores porque según el condicionado de la licitación el criterio de adjudicación se basa únicamente en el precio ofertado, no hay ofertas técnicas y no se establecen tiempos mínimos de revisión, tal como consta en su cláusula 6 y en el epígrafe B de las condiciones técnicas que a continuación transcribimos: (...)

De lo expuesto se deduce que el objeto del contrato es mantener las puertas automáticas en condiciones óptimas de funcionamiento y para ello se contempla un mantenimiento preventivo y otro mantenimiento correctivo, sin que conste, como hemos visto, un tiempo mínimo de dedicación por puerta en el mantenimiento preventivo y por ello la empresa, en su justificación, debe garantizar que realizará la revisión que asegure el trabajo realizado a satisfacción de la propiedad, no pudiendo exigirle un tiempo concreto de dedicación por puerta como se pretende.(...)

A la vista de lo expuesto resulta claro que el informe de valoración emitido por la unidad gestora no cumple con los parámetros descritos anteriormente al no rebatir detalladamente las razones dadas por el licitador en su escrito justificando el bajo precio de su oferta y basar la exclusión de la recurrente en un tiempo bajo de

dedicación a cada revisión por puerta en el mantenimiento preventivo, cuando en el condicionado de la licitación no se exigía un tiempo mínimo.

Por estas razones entendemos que la decisión de declarar como anormal la proposición y excluir la oferta del recurrente, no está suficientemente motivada y por tanto no se ajusta a Derecho, resultando arbitraria y procede por tanto admitir este motivo del recurso.

Debe advertirse que en el supuesto enjuiciado en el Acuerdo transcrito el motivo alegado para la exclusión de la oferta fue que el tiempo de dedicación ofertado se consideró insuficiente; motivo rechazado por este Tribunal por cuanto los pliegos no mencionaban tiempo mínimo de dedicación a las operaciones de mantenimiento. Sin embargo, en el caso concreto que ahora nos ocupa, el motivo apreciado por el órgano de contratación no es que las horas de mantenimiento justificadas en la oferta resulten insuficientes sino que en el detalle de las mismas no se contemplan las actuaciones de mantenimiento diario para la prevención de la legionela que los pliegos exigen realizar en la residencia de ancianos; cuestión bien distinta que determina que la doctrina contenida en el Acuerdo de este Tribunal alegado por la reclamante no resulte de aplicación.

Ciertamente, la adjudicación del contrato se realiza atendiendo exclusivamente al precio ofertado, no siendo objeto de valoración las horas destinadas a la realización del servicio en las distintas instalaciones municipales; si bien, las actuaciones a realizar y su periodicidad constituyen una prescripción o condición técnica de obligatorio cumplimiento para el adjudicatario del contrato y que, por ello, deben ser tenidas en cuenta por todos los licitadores al formular su oferta, toda vez que los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares, en la contratación administrativa, constituyen la "lex contractus" con fuerza vinculante para los licitadores y la Administración. Así se desprende de la cláusula primera del PPT regulador cuando indica que *“Tiene por objeto el presente Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, definir las prestaciones que deben cumplir los licitadores para el desarrollo de los trabajos (...) Sobre las instalaciones ACS, se realizarán los controles y acciones necesarias según Normativa de aplicación, para impedir la proliferación; de*

la Legionela. En este sentido, se tendrá especial atención en el sistema de ACS de la Residencia de Ancianos”; incluyendo en su Anexo I las actuaciones de mantenimiento técnico legal y su periodicidad, en el II las de mantenimiento preventivo y su correspondiente periodicidad, donde se contempla diariamente la toma de temperatura y nivel de cloro en la residencia de ancianos conforme al Anexo III, correspondiéndose, este último, con la tabla diaria de control de la legionela en la residencia de ancianos.

Empero, lo cierto es que aún en supuestos como el que nos ocupa en que la adjudicación recae en atención exclusivamente al precio, puede suceder que la documentación aportada por el licitador cuya proposición está incurso en presunción de temeridad revele el incumplimiento de las condiciones establecidas en los pliegos para la correcta ejecución del contrato o prestación del servicio. Supuesto que determinará la procedencia de la exclusión de la oferta en la medida en que pondrá de manifiesto que la imposibilidad de satisfacer las necesidades de interés público cuya cobertura se pretende con la licitación, y ello conforme a la facultad que, conforme a lo dispuesto en el artículo 45.2 LFCP, asiste al órgano de contratación para desechar las ofertas que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato.

Así lo pone de relieve la Resolución 187/2017, de 21 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, cuando razona que *“Por ello la justificación ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. La cuestión que debe abordarse es si la justificación presentada respeta las condiciones de licitación establecidas en los pliegos porque si así no fuera el cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable. Es decir, el término de comparación de la justificación ha de ser los propios pliegos que rigen la licitación. Es necesario que por los licitadores se pueda probar la seriedad de su oferta en todos los elementos que la componen ofreciendo la posibilidad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes. Esto no supone que se justifique exhaustivamente cada uno de los componentes de la oferta anormal o desproporcionada, sino que se trata de argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo, la justificación ha de*

ser completa, pero no puede considerarse insuficiente por la omisión de elementos de escasa entidad en relación a la totalidad del importe o de explicaciones que puedan ser una pormenorización de lo expuesto con carácter general; obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. El carácter contradictorio del procedimiento de verificación permite que se soliciten precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que haya hecho albergar dudas. (...) El contenido de la justificación ha de ir referido a las prestaciones objeto del contrato. Las empresas deciden libremente la composición de sus ofertas económicas de acuerdo a los criterios establecidos en el Pliego y son conocedoras de los factores de todo tipo que han tenido en cuenta para su formulación en los términos en que la han presentado, valorando incluso el riesgo de exclusión al que se exponen, si sus propuestas son anormalmente bajas y el riesgo de no resultar adjudicatarias, si los precios que proponen son demasiado altos o cercanos a los máximos establecidos por el Pliego.”.

Tal como se indica en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 3/2012, de 30 de marzo, “Según se desprende de la normativa mencionada, con la regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados se persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir, que la ejecución del contrato no se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una proposición contenga valores anormales o desproporcionados y, por lo tanto, comprobar que estas ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos; y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla.

La justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la

ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones”.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de diciembre de 2017 explica que *“La regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir que la ejecución del contrato no se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una proposición contenga valores anormales o desproporcionados y por lo tanto comprobar que tales ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla, aclarando y explicando los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones, a lo que se añade que corresponde al órgano de contratación (art. 152.4 del TRLCSP) " considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior " estimar si la oferta puede o no ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados”.*

Lo que se requirió a la empresa recurrente es que presentara las alegaciones que considerase oportunas en orden a justificar la admisibilidad de su oferta incurso en presunción de temeridad: extremo que ésta cumplimentó, fundamentalmente, mediante el detalle de las horas de prestación del servicio que había estimado al calcular su oferta y los costes salariales y beneficio industrial aplicables.

La normativa en materia de contratación pública reconoce un derecho a quien incurre en baja presuntamente desproporcionada o anormal, el de poder justificarla, y de la propia Administración, que mediante el requerimiento de explicaciones complementarias puede aceptar ofertas más ventajosas económicamente. La

justificación a aportar por el licitador no es sino una aclaración de los elementos en que éste fundamentó su oferta, cuya finalidad es verificar que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable, de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones.

En supuestos como el que nos ocupa donde no se prevé la aportación de documentación y la oferta económica se reduce a la indicación del precio anual del contrato, esta justificación adquiere especial relevancia, en la medida en que aporta al órgano de contratación información adicional sobre las condiciones en que el licitador va a ejecutar la prestación correspondiente. Así, cabe recordar que la oferta constituye una declaración de voluntad unilateral del licitador, participando de tal naturaleza la justificación que sobre la viabilidad de la misma plantea, y ello toda vez que no es sino una explicación detallada de los términos de la misma; de donde fácilmente se concluye la vinculación del licitador en relación con el contenido de la justificación realizada como si de la propia oferta se tratara.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de marzo del 2012, señala que el concepto de baja temeraria debe ser completado, con el concepto de "cumplimiento a satisfacción de la Administración", poniendo de manifiesto que la normativa *"no solamente conserva el requisito o trámite de conceder traslado para alegaciones a la interesada, procedimiento ya incorporado anteriormente en los arts. 27 de la Directiva 93/36/CEE, sino que erige en principio básico del sistema, incorporado a las más recientes actualizaciones de la normativa contractual, el necesario juicio de viabilidad por la Administración sobre el cumplimiento de las prestaciones ofertadas por parte de la empresa a satisfacción de aquélla como criterio definitorio y determinante de la adjudicación."*

Pues bien, en el caso concreto que nos ocupa, la justificación aportada por la reclamante detalla las horas anuales de prestación del servicio, concretadas en cada una de las instalaciones donde, conforme a las indicaciones de los pliegos, se deben realizar las labores de mantenimiento; justificación completada con los gastos de personal

derivados de las mismas y el beneficio industrial que el licitador ha estimado, y con la comparación de los precios en contratos similares. Sin embargo, esta justificación, que tal y como se ha expuesto resulta vinculante para el licitador, pone de relieve la ausencia de determinadas actuaciones que, conforme a los pliegos, son de obligada ejecución; circunstancia que evidencia un incumplimiento de las condiciones en ellos previstas y, por ende, la imposibilidad de que el contrato se ejecute correctamente.

Así pues, del defecto observado en la justificación aportada resulta que el reclamante no incluye en su oferta la totalidad de los servicios exigidos en los pliegos, debiendo considerarse insuficiente su oferta y evidencia de que la misma no responde al objeto del contrato.

Sentado lo anterior, lo que el reclamante, en orden a desvirtuar la apreciación alcanzada por el órgano de contratación, debe acreditar es la existencia de un error manifiesto en el motivo indicado en el informe técnico por el que se entendió injustificada la baja y que su propuesta era viable económicamente y podía ser cumplida conforme a los pliegos. Extremo que no ha sucedido en el presente caso, puesto que el reclamante se limita a indicar que sí tuvo en cuenta el mantenimiento de prevención de la legionela, tal y como acredita la documentación aportada al escrito de reclamación, que se corresponde con la justificación aportada a la entidad contratante durante el plazo de alegaciones; si bien lo cierto es que en dicha documentación no se contemplan actuaciones diarias de mantenimiento de legionela en la residencia de ancianos.

La circunstancia indicada resulta suficiente para la desestimación de la reclamación, pues es claro que a la entidad contratante no le falta razón cuando indica que el reclamante no ha incluido en las actuaciones a realizar las correspondientes al mantenimiento preventivo de la legionela en la residencia que el pliego técnico determina como obligatorias con una periodicidad diaria; tratándose, además, de actuaciones relevantes - según se desprende de la cláusula 5.2.2 del pliego que dispone que *“Se tendrá especial atención en las instalaciones del edificio de Residencia de Ancianos y sobre todo en el Control de la Legionela, con las actuaciones establecidas de Mantenimiento PREVENTIVO de los Anexos I y II y la ficha del anexo III, actuando en caso necesario a través del servicio de guardia de 24 horas”* – para el cumplimiento

del contrato a satisfacción de la Administración, que no sólo no han tenido una justificación precisa por parte del reclamante sino que ni siquiera las contempla en las actuaciones a realizar en la fase de ejecución del contrato.

SEXTO.- La entidad contratante motiva la exclusión de la oferta de la reclamante en un segundo motivo consistente en que al no haber computado las actuaciones citadas anteriormente, el número de horas a desarrollar se ve incrementado en un mínimo de 53,5 horas, lo que determina que el coste de horas resultante quede por debajo de lo establecido en el convenio colectivo de aplicación. Conclusión a la que llega restando del coste de personal indicado por el licitador en relación con las horas ofertadas el correspondiente a las horas de las actuaciones no contempladas.

Sobre este particular, la reclamante indica que basados en la experiencia de la asistencia en contratos similares, han calculado unas horas teóricas de 763,66 horas, que multiplicado por 17 €/hora como precio medio de un oficial de primera en el convenio, hacen un costo de 12.982,22 €, quedando un margen considerable para gastos generales y beneficio industrial.

Tras la modificación operada en el art. 49.3 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 no van a constituir ya un mero 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, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y de seguridad y salud en el 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 del coste laboral y conlleve un incumplimiento claro de las condiciones laborales no puede ser permitida 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”*.

La cláusula decimosexta del PCAP dispone que *“La presente contratación se halla sujeta al cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y de seguridad y salud*

en el 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.”

El órgano de contratación considera que el gasto de personal de la oferta asciende a 13.152, 22 €, resultantes de multiplicar las 773,66 horas ofertadas por el precio 17€/hora resultante del convenio colectivo de aplicación. A continuación estima las horas anuales a dedicar para la realizar los trabajos de mantenimiento de la legionela que no contempla el licitador, para aplicarles el coste de 17€/hora y restarlo de la cantidad total antes calculada. Finalmente divide este último resultado entre las 773,66 horas ofertadas, arrojando un resultado de 15,82€/hora.

No comparte este Tribunal el razonamiento seguido, sobre este extremo, por parte del órgano de contratación; y ello toda vez que, aun siguiendo su argumento, para verificar si la oferta cubre los costes salariales, en todo caso, debieran haber incrementado el número de horas anuales detallado en la justificación aportada mediante la adición de las horas estimadas para el desarrollo de las actuaciones no contempladas y aplicarles el coste hora del convenio, operación que resulta del todo improcedente en la medida en que se traduce en una modificación unilateral, por parte del órgano de contratación, de la justificación de la oferta realizada por el propio licitador.

Pero es que además debe advertirse que la entidad contratante entiende procedente la exclusión de la oferta por no contemplar la ejecución de la totalidad de las actuaciones obligatorias conforme a los pliegos y, sin embargo, a continuación estima, de manera unilateral, el tiempo que requiere la realización de tales actuaciones; argumentos que, cuando menos, resultan incompatibles entre sí.

Sin embargo, no sólo se procedió en sentido contrario al indicado sino que, además, de manera unilateral, el órgano de contratación procede a estimar el tiempo a dedicar a tales servicios.

Sin perjuicio de lo anterior, y conforme a lo razonado en el fundamento de derecho precedente, basándose la exclusión de la oferta también en que el licitador no contempla servicios de prestación obligatoria conforme a los pliegos, y acreditado dicho extremo, debemos concluir que ello es suficiente para entender ajustada a derecho la decisión del órgano de contratación de entender que la viabilidad de la oferta realizada no ha resultado suficientemente justificada, procediendo, en consecuencia, la desestimación de la reclamación formulada.

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 “Grupo Industrial de Mantenimiento Avanzado de Navarra S.L.”, frente a la exclusión de su oferta por estimarla anormalmente baja en la licitación contratación del servicio de mantenimiento de los sistemas de calefacción, climatización, agua caliente sanitaria y fontanería de los edificios e instalaciones municipales de Buñuel.

2º. Notificar este acuerdo a “Grupo Industrial de Mantenimiento Avanzado de Navarra S.L.”, al Ayuntamiento de Buñuel, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y acordar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 9 de abril de 2018.EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.