



Expte.: R-49/2016

ACUERDO 57/2016, de 11 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “Grusamar Ingeniería y Consulting, S.L.” frente a la exclusión de su oferta en la licitación del Acuerdo Marco para la prestación de servicios de topografía promovido por “Navarra de Infraestructuras Locales, S.A. (NILSA)”.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 2 de mayo de 2016 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del Acuerdo Marco para la prestación de servicios de topografía promovido por “Navarra de Infraestructuras Locales, S.A. (NILSA)”, al que presentó una oferta la mercantil “Grusamar Ingeniería y Consulting, S.L.”

SEGUNDO.- En dicho procedimiento de licitación NILSA notifica el día 30 de agosto a “Grusamar Ingeniería y Consulting, S.L.” que su oferta ha sido excluida, tras examinar sus alegaciones, por haber ofertado un precio anormalmente bajo. En dicha fecha también se le comunica la propuesta de selección de las partes del Acuerdo Marco.

TERCERO.- El día 9 de septiembre de 2016 “Grusamar Ingeniería y Consulting, S.L.” (en adelante GRUSAMAR) interpone reclamación en materia de contratación pública frente al acto de selección de las empresas parte del Acuerdo Marco para la prestación de servicios de topografía que se fundamenta en las siguientes alegaciones, que se exponen en síntesis:

a) Que existe falta de transparencia y de rigor en la exclusión de su oferta por cuanto la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (con cita de las resoluciones 15/2013, de 18 de abril, 338/2014, de 25 de abril y 662/2014, de 12 de septiembre) establece que cuanto menor sea la desproporción de la oferta respecto al umbral establecido para una oferta anormalmente baja, mayores deben ser los argumentos y los fundamentos que determinen la exclusión de esa oferta y, por el contrario, considera que su exclusión ha sido escasamente argumentada y motivada, siendo mínima la diferencia existente entre la oferta presentada y el umbral de oferta anormalmente baja.

b) Respecto al argumento aducido por NILSA de que la oferta presentada tiene un coste de personal muy inferior al real, en cuanto que según estima NILSA se han calculado 360 días laborales, sin computarse vacaciones ni días festivos o no laborales, hay que tener en cuenta que el contrato no exige dedicación completa, por lo que el coste de personal que debe repercutirse al contrato es el que resulta de los días hábiles que se dedicará al mismo, puesto que el resto del salario se abonará con ingresos procedentes de otros contratos.

Por otro lado, afirma que si el horario tuviera que ser calculado como hace NILSA, el coste mensual respetaría igualmente el mínimo establecido en el convenio que regula la actividad y, además, seguiría siendo muy superior al salario mínimo de convenio.

Así mismo, considera que conforme al principio de riesgo y ventura recogido en el artículo 215 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cada empresa debe evaluar los rendimientos y necesidades para ejecutar cada parte del contrato y en función de su experiencia ha considerado que el coste estimado para la realización de las diferentes unidades de trabajo es suficiente y se ajusta a las necesidades del contrato.

c) Que frente a lo afirmado por NILSA en su motivación de la exclusión la oferta económica presentada incluye los costes de oficina y desplazamiento durante los 12 meses de contrato como se muestra en las páginas 26-27 del documento nº 4.

d) Que la diferencia entre la oferta presentada por valor de 53.605,00 euros (IVA excluido) y los 54.990,90 euros (IVA excluido) que era el umbral a partir del cual las ofertas se consideraban anormalmente bajas, era solo de 1.385,90 euros, lo que supone una diferencia del 1,74% respecto al presupuesto de licitación. Existen numerosas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que excluyen la consideración de baja anormal cuando la diferencia entre el umbral y la oferta considerada es muy pequeña. Por otra parte, la reclamante señala que la diferencia es de escasa cuantía respecto al presupuesto de licitación y también respecto a su facturación, por lo que no existe riesgo de incorrecta ejecución o abandono de la ejecución del contrato, que es la finalidad de la regulación de las ofertas anormalmente bajas.

Igualmente señala que el considerando 103 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública dice:

*“(103) 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 ello, señala, no existe motivo para excluir su oferta puesto que no está basada en prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, económico o jurídico,

sino que, por el contrario, tiene plena validez jurídica en el ámbito mercantil y laboral, siendo asimismo la oferta más ventajosa de las presentadas, con lo que ello conlleva de ahorro y beneficio para la Administración.

e) Que en la justificación que presentó ante NILSA para defender la baja ofertada existen varios puntos que la entidad adjudicadora no ha rebatido con suficiente profundidad:

- La experiencia específica de la que dispone, puesto que se trata de una empresa especialista en levantamiento topográfico de proyectos similares.

- La justificación económica de la oferta presentada por cuanto se presenta un cálculo de coste horario del personal previsto en el pliego con retribuciones superiores a las establecidas en el convenio y se expresa el presupuesto que ha llevado a determinar el precio que se ha ofertado mediante el cálculo del coste unitario de las unidades de obra multiplicando la medición de cada unidad de obra a lo que se le han sumado los costes de explotación de vehículos y oficina. A dicho importe se le ha añadido un 16% de gastos generales y un 5% de beneficio industrial.

- Que se han justificado debidamente las soluciones técnicas adoptadas, las condiciones especialmente favorables de las que dispone para ejecutar el contrato, la originalidad de las soluciones propuestas y el respecto a las disposiciones relativas a la protección del empleo y de las condiciones de trabajo.

En consecuencia, solicita que se anule la adjudicación del contrato y se retrotraigan las actuaciones hasta el momento anterior a la exclusión de su oferta, solicitando, asimismo, la suspensión cautelar del procedimiento.

CUARTO.- Con fecha 13 de septiembre de 2016 NILSA aporta una parte de la documentación del contrato, concretamente cinco documentos:

- El informe sobre la reclamación presentada por GRUSAMAR.

- Las Condiciones Regulatoras del acuerdo marco que se licita.
- El correo electrónico dirigido por NILSA a la reclamante en el que se le comunica que su oferta económica incurre en presunción de anormalidad y se le otorga plazo para que formule alegaciones.
- La justificación de la oferta presentada posteriormente por GRUSAMAR.
- La comunicación de NILSA a GRUSAMAR de que su oferta es rechazada, acompañada del informe técnico evacuado al efecto por el Director de Proyectos y Obras de NILSA.

Posteriormente, previos los requerimientos oportunos, con fecha 6 de octubre de 2016 remite el listado de los demás interesados en la licitación, a los que este Tribunal concede en la misma fecha plazo para presentar alegaciones, sin que se presente ninguna y, finalmente, con fecha 18 de octubre de 2016 remite un documento titulado “ACTA DE APERTURA DE OFERTAS PARA LA LICITACIÓN DE LA ASISTENCIA: “ACUERDO MARCO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TOPOGRAFÍA”. Ningún otro documento se remite en ese momento a este Tribunal, ni tan siquiera las ofertas presentadas. Por ello, se vuelve a requerir a la entidad que complete el expediente, requerimiento que cumple con fecha 3 de noviembre de 2016.

En su informe de contestación a la reclamación, NILSA presenta las siguientes alegaciones, que se exponen en síntesis:

a) Que el cálculo del coste del personal por hora no se realiza considerando la jornada de trabajo real (que según el convenio aplicable son 1.800 horas/año) puesto que se toma como base la cantidad de 240 horas mensuales lo que hace un total de 2.880 horas anuales. De ello se desprende claramente que el coste de personal presentado es muy inferior a su coste real.

- b) Que en las condiciones regulatoras se describen las siguientes operaciones
- Tanteo previo trazado emisarios.
  - Base de replanteo
  - Equipo de topografía. 3 operarios

- Equipo de topografía. 2 operarios.

En esas operaciones, además del coste de personal, se detallan otros costes que deben incluirse en el cálculo. Sin embargo la oferta de la reclamante solo incluye costes auxiliares en la unidad 1 “Tanteo previo trazado emisarios”, pero no así en el resto de unidades de obra, lo que implica que no están recogidos todos los costes relativos a las unidades de obra.

En consecuencia solicita que se tenga por excluida la oferta de “Grusamar Ingeniería y Consulting, S.L.”

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- “Navarra de Infraestructuras Locales, S.A.” (NILSA) tiene reconocida la condición de ente instrumental de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra mediante Acuerdo del Gobierno de Navarra de 18 de mayo de 2016, siendo, por tanto, una sociedad mercantil cuyo capital pertenece íntegramente a una Administración Pública sometida a la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP). Conforme a lo previsto en el artículo 2.1.e) de la LFCP, las decisiones que adopten las sociedades mercantiles vinculadas o dependientes de las entidades sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, cuando se cumplen los requisitos establecidos en la norma (que satisfagan fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil y que la Administración pública tenga influencia dominante sobre ellas), como es el caso de NILSA, están sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador participante en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP, de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato.

TERCERO.- La LFCP (artículo 210 apartado 2, letra b) contempla un plazo de diez días naturales para la interposición de la reclamación en materia de contratación pública, contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto impugnado cuando se recurran los actos de exclusión de los licitadores, como ocurre en este caso, por lo que la reclamación debe entenderse interpuesta en plazo.

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

QUINTO.- Como hemos señalado en numerosos acuerdos (entre otros, véanse los Acuerdos 28/2016, 63/2015, 62/2015, 61/2015, 58/2015, 57/2015, 36/2015, 29/2015, 12/2015 y 31/2014), la técnica de baja anormal o desproporcionada se fundamenta en la previsión del artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio que establece: “...*En caso de que una entidad haya recibido una oferta anormalmente más baja que las demás ofertas presentadas podrá pedir información al licitador para asegurarse de que éste puede satisfacer las condiciones de participación y cumplir lo estipulado en el contrato*”, y esta previsión se recogía también en el artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que la LFCP transpuso a nuestro ordenamiento interno, y se recoge ahora en el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

El considerando 103 de la Directiva 2014/24/UE significa que “*Las ofertas que resulten anormalmente bajas con relación a las obras, los suministros o los servicios podrían estar basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, económico o jurídico. Cuando el licitador no pueda ofrecer una explicación suficiente, el poder adjudicador debe estar facultado para rechazar la oferta. El rechazo debe ser obligatorio en los casos en que el poder adjudicador haya comprobado que el precio y los costes anormalmente bajos propuestos resultan del*

*incumplimiento del Derecho imperativo de la Unión o del Derecho nacional compatible con este en materia social, laboral o medioambiental o de disposiciones del Derecho laboral internacional”.*

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

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

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

*“1. Cuando en un procedimiento de licitación se presente una oferta anormalmente baja respecto de las prestaciones del contrato que haga presumir que no va ser cumplida regularmente, la Administración antes de rechazar la oferta comunicará dicha circunstancia a todos los licitadores afectados para que en el plazo de cinco días presenten las alegaciones oportunas. A la vista de las alegaciones de los licitadores y previo el asesoramiento técnico oportuno se resolverá motivadamente sobre la admisión de la oferta, pudiendo solicitarse un informe de la Junta de Contratación Pública en circunstancias excepcionales.*

*2. Podrá presumirse que una oferta es anormalmente baja cuando sea inferior en treinta puntos porcentuales al importe estimado del contrato, salvo que se haya indicado otra cosa en las condiciones reguladoras del contrato”.*

Por tanto, el licitador debe justificar adecuadamente la viabilidad de su oferta y esta justificación debe ser analizada técnicamente por la entidad adjudicadora de forma detallada, no bastando la simple admisión o inadmisión sin mayor motivación. Al respecto, el Tribunal Supremo (Sentencia de 17 de junio de 1990) tiene dicho que el informe tiende a ilustrar la voluntad del órgano que tiene que resolver y su razón de ser está en la garantía que esta valoración técnica representa para la viabilidad de la pretensión, susceptible de orientar el sentido y alcance que deba adoptar el acuerdo o su misma oportunidad.

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

- a) El ahorro que permita el procedimiento de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios.
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios.
- c) La originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador.
- d) El respeto de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación.
- e) La posible obtención de una ayuda de Estado por parte del licitador.

A esto añade el artículo 69 de la Directiva 2004/18/CE, precepto directamente aplicable, aun sin transposición expresa, al tratarse de un mandato claro, preciso e incondicionado, que *“Los poderes adjudicadores rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2”*, es decir, las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho

nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral.

SEXTO.- En la condición reguladora 2ª de las Condiciones Regulatoras que rigen la licitación del acuerdo marco para la prestación de servicios de topografía se determina que el sumatorio de actuaciones estimadas a realizar durante un año asciende a 79.700 € (IVA excluido) y dicho importe es el importe máximo de licitación que las ofertas no pueden superar conforme a lo establecido en las condiciones 6ª, 8ª (primer párrafo) y Anexo I, donde se establece el modelo de proposición económica.

Respecto a la consideración de anormalidad de las ofertas, el apartado 8º de las Condiciones Regulatoras determina lo siguiente:

*“Se considerarán, en principio, desproporcionadas o anormalmente bajas las ofertas que se encuentren en los supuestos que se exponen a continuación. Para ello, se tendrán en cuenta las ofertas en porcentaje sobre el presupuesto de licitación. Además, cuando se hace referencia a unidades porcentuales, son calculadas sobre dicho presupuesto.*

*Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.*

*Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.*

*Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 7 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a la media de todas las ofertas presentadas.*

*En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.*

*Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 7 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado.*

*En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía de entre todas las presentadas.”*

En el texto extractado se aprecia, además de la dificultad de interpretación de la que adolece, que más adelante se expondrá, que en la licitación que nos ocupa la existencia de presunción de anormalidad de una oferta económica no deriva únicamente de su cuantía sino que, en la mayoría de los casos, dicha presunción nace como consecuencia de poner la oferta que se analiza en relación con las demás ofertas presentadas. Se trata de una presunción de anormalidad “relativa”, por denominarla de alguna manera.

Esta regulación de la presunción de anormalidad no tiene, a juicio de este Tribunal, encaje en la normativa reguladora de la contratación pública.

Como ya hemos dicho en el fundamento anterior, la aplicación de la técnica de la baja anormal o desproporcionada en la valoración de las ofertas tiene como finalidad procurar asegurar su viabilidad 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), todo ello a fin de garantizar, entre otros principios, el principio de la libre competencia (artículo 21 de la LFCP).

Ahora bien, conforme a esa técnica, una oferta solamente deberá ser admitida cuando individualmente considerada reúna de forma acumulativa todos estos requisitos

(viabilidad, cumplimiento de normas y ajuste al mercado), cuestión que no depende de las demás ofertas presentadas sino de su propio contenido.

En otro caso, como ahora ocurre, se estará pervirtiendo el sistema, de forma que, por ejemplo, si se presentaran dos o más ofertas, todas ellas inviables económicamente o no ajustadas al mercado, la entidad adjudicadora se encontraría en la tesitura de tener que admitirlas todas o la mayoría de ellas, obligada por las condiciones reguladoras de la licitación que ella misma ha dispuesto (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2005: principio general del derecho sobre la inadmisibilidad de venir contra sus propios actos).

No obstante, no es objeto de este procedimiento de reclamación la impugnación de esta condición reguladora, que ha sido libre e incondicionalmente asumida tanto por la entidad adjudicadora al configurar el pliego de condiciones como por las empresas licitadoras al presentar sus ofertas.

Por ello, formando parte aquella condición de la reiteradamente considerada por la doctrina y la jurisprudencia como “ley del contrato” y apreciando este Tribunal que su defectuosa redacción supone una infracción del ordenamiento jurídico que, conforme al artículo 126 de la LFCP, origina la simple anulabilidad de la misma y no su nulidad radical o de pleno derecho, la condición vincula a las partes y deberemos interpretarla adecuadamente para dar solución al caso.

SÉPTIMO.- En este procedimiento, como se ha señalado, el importe máximo de licitación alcanza la cantidad de 79.700 euros y el importe en euros de las ofertas presentadas ha sido el siguiente:

LICITADOR A	71.730,00
RECLAMANTE	53.605,00
LICITADOR C	71.730,00
LICITADOR D	59.795,00
LICITADOR E	63.990,00

Realizados los cálculos pertinentes se comprueba que la media de las bajas realizadas en relación con el importe máximo de licitación es del 19,49 % y que la oferta de la reclamante supone una baja del 32,74 %.

Conocidas las bajas ofertadas, procede aplicar las normas recogidas en la condición reguladora 8ª de las Condiciones Regulatoras que rigen la licitación del acuerdo marco para comprobar si la oferta de la reclamante incurre en presunción de baja anormal, y aquí comienzan las dificultades.

Prueba de ello es que ni la entidad adjudicadora ni la reclamante parecen interpretar la condición de la misma manera.

Así, NILSA, en la comunicación a la reclamante de que su oferta ha sido clasificada (sic) como oferta anormalmente baja, de fecha 12 de agosto de 2016, únicamente indica que la oferta supone una baja de un 32,74 % sobre el presupuesto de licitación, sin concretar ni justificar si ha realizado los cálculos establecidos en el condicionado para determinar la existencia de la presunción cuando son más de cuatro las ofertas presentadas o, simplemente, ha aplicado la regla establecida para los casos de presentación de una sola oferta o de tres, en los que se determina la existencia de presunción cuando la baja supera el 25 %.

Por su parte, la reclamante argumenta que la diferencia entre la oferta presentada por valor de 53.605,00 euros (IVA excluido) y los 54.990,90 euros (IVA excluido) que, según dice, tras la apertura era *“el límite establecido para que una determinada oferta pueda ser considerada anormal o desproporcionada”*, era solo de 1.385,90 euros, lo que supone una diferencia del 1,74%, lo que parece indicar que interpreta el condicionado de forma diferente. Más aun, en la justificación de su oferta (página 6) afirma que el *“límite de temeridad”* se fija en el 31 %, por lo que no se entiende como interpreta este condicionado ya que, como veremos a continuación, el límite de anormalidad que indica no está justificado.

Si analizamos la condición comprobamos que en ella se establecen distintos porcentajes de baja para determinar la presunción de anormalidad dependiendo del número de ofertas presentadas, estableciendo en párrafos separados normas distintas para el caso de que se presenten una sola oferta; dos ofertas; tres ofertas o cuatro o más.

Aplicando el criterio gramatical en la interpretación de la condición (único de los previstos en el artículo 3.1 del Código Civil que resulta de utilidad en este caso dado el tenor literal de la condición), atendiendo al sentido de sus palabras y teniendo en cuenta la división en párrafos establecida, apreciamos las siguientes posibilidades de presunción de anormalidad:

- a) Para el caso de presentación de una sola oferta: *“Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.”*
- b) Para dos ofertas: *“Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.”*
- c) Para tres ofertas: *“Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 7 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a la media de todas las ofertas presentadas.”*

*En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.”*

- d) Para cuatro o más ofertas: *“Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 7 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el*

*supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía de entre todas las presentadas.”*

También debemos destacar que no cabe interpretar que debe considerarse desproporcionada siempre y con independencia del número de ofertas presentadas la baja superior al 25 % puesto que esta condición solo se establece en el párrafo correspondiente a la existencia de una sola oferta y, en párrafo separado, tras el párrafo correspondiente al caso de tres ofertas, no en los demás, por lo que solamente en estos casos el límite señalado será de aplicación. A mayor abundamiento, si este límite se hubiera querido aplicar a todos los casos se debería haber dispuesto en párrafo aparte, al principio del texto o al final, y no sería necesario decirlo dos veces (para el supuesto de una oferta y tras el supuesto de tres ofertas).

En consecuencia, dado que en el procedimiento de adjudicación se han presentado más de cuatro ofertas (cinco), la norma aplicable al caso es, según las Condiciones Reguladoras, la reseñada en la letra d) anterior.

Así las cosas, este Tribunal se ve obligado a realizar los cálculos necesarios para comprobar, aplicando el condicionado, si la oferta de la reclamante puede presumirse anormal o no.

Como se ha dicho, el importe máximo de licitación alcanza la cantidad de 79.700 euros y el importe en euros de las ofertas presentadas ha sido el siguiente:

LICITADOR A	71.730,00
RECLAMANTE	53.605,00
LICITADOR C	71.730,00
LICITADOR D	59.795,00
LICITADOR E	63.990,00

Por consiguiente, siendo cinco las ofertas y siendo el precio medio de todas ellas 64.170,00 €, resulta que las ofertas de los licitadores “A” y “D” son superiores en más de 10 unidades porcentuales a dicha media, concretamente 11,78 unidades porcentuales,

por lo que deben ser descartadas para efectuar el cálculo, conforme a lo antes señalado. De este modo, deberemos volver a calcular el precio medio de las ofertas restantes, que resulta ser 59.130 € (no los 54.990,90 € que indicaba reclamante).

Siendo 59.130 € la cantidad de referencia para el cálculo de la baja y siendo siete unidades porcentuales de baja sobre esta media el límite a partir del cual una oferta incurre en presunción de baja anormal, es claro que la oferta de la reclamante, 53.605,00 €, supera este límite pues supone una baja sobre el precio medio aplicable de 9,34 unidades porcentuales.

En consecuencia, a juicio de este Tribunal y en aplicación del condicionado que rige la licitación, la oferta presentada por la reclamante incurre en presunción de oferta anormalmente baja, lo que obligaba a NILSA a abrir el procedimiento de justificación de la oferta previsto en el artículo 91 de la LFCP, como así hizo, aunque no justificó adecuadamente cómo llegó a la conclusión de que la oferta adolece de anormalidad.

OCTAVO.- Advertida la presunción de anormalidad, NILSA requirió a la reclamante que justificara su oferta y, tras recibir la justificación, acordó excluirla en ejercicio de la potestad discrecional que en este ámbito le otorga el ordenamiento.

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 anormal corresponde a la entidad contratante, operando en estos casos la discrecionalidad técnica de la que goza. Pero la discrecionalidad técnica no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste. Por ello, es competencia de este Tribunal analizar los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminación o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al realizarla.

En este mismo sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 786/2014, de 24 de octubre, citando la Resolución 677/2014, de 17 de septiembre, señala que “*la revisión de la apreciación del órgano de*

*contratación acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración, y que a tal respecto es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones en relación con el de las propias ofertas debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que en buena medida pueden ser apreciados en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal. Tal es el caso de que en una oferta determinada puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones ... para desvirtuar la valoración realizada por el órgano de contratación en esta materia será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del órgano de contratación teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador cuya oferta se ha considerado inicialmente como anormal o desproporcionada resulta infundado, o a apreciar que se ha incurrido en ese juicio en un error manifiesto y constatable...”*

Respecto a la motivación que debe efectuar la entidad contratante se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 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).”*

NOVENO.- Entrando en el análisis de los motivos de la exclusión, que se recogen en el documento nº 5 del expediente, denominado “*Análisis de la oferta anormalmente baja*”, firmado por el Director de Proyectos y Obras de NILSA y que se remitió a la reclamante junto con la comunicación de la exclusión de su oferta, observamos que son los siguientes:

*“En la documentación presentada, la empresa se centra en justificar el importe del acuerdo marco según las unidades presentadas: Tanteo previo, Base de replanteo, Equipo de Topografía 3 operarios, Equipo de topografía 2 operarios.*

*Previamente al cálculo de cada unidad, desglosa sus costes de personal, material de las bases de replante, oficina, desplazamiento, topográficos, otros medios materiales y software. Asimismo detalla sus costes generales y beneficio industrial*

*En lo relativo al personal, se calcula el coste horario de un Ingeniero Técnico Topógrafo, Técnico Superior de Desarrollo de Proyecto y Técnico Especialista en Topografía. Este cálculo se realiza dividiendo el coste empresarial mensual entre 30 días y 8 horas. A este respecto decir que no se han tenido en cuenta para este cálculo los días de vacaciones ni los festivos o no laborales, es decir, según la documentación presentada resultarían 360 días laborales al año, cuando es evidente que no son tantos. Esta circunstancia hace que el coste horario presentado sea muy inferior al real.*

*En el cálculo de la unidad de base de replanteo, solo se han tenido en cuenta el coste de personal y material de las propias bases, sin tenerse en cuenta, por ejemplo, costes como el de desplazamiento, horas de oficina técnica, etc.*

*En el cálculo de las unidades de obra Equipos de topografía, tanto de 2 como de 3 operarios, solo se ha tenido en cuenta el coste de personal, sin tenerse en cuenta otros costes como el de desplazamiento, horas de oficina técnica, etc.*

*En resumen, con la justificación presentada por la empresa, la oferta anormalmente baja no está plenamente justificada, teniendo en cuenta que no se*

*presentan además soluciones técnicas novedosas ni originalidad en las prestaciones propuestas.”*

Estos argumentos se reproducen en el escrito de contestación a la reclamación que remite NILSA.

Respecto al primer argumento aducido por NILSA de que la oferta presentada tiene un coste de personal muy inferior al real, la reclamante significa que hay que tener en cuenta que el contrato no exige dedicación completa, por lo que el coste de personal que debe repercutirse es el que resulte de los días hábiles que se dedicarán al mismo, puesto que el resto del salario se abonará con ingresos procedentes de otros contratos, y afirma que si el horario tuviera que ser calculado como hace NILSA, el coste mensual respetaría igualmente el mínimo establecido en el convenio que regula la actividad y, además, seguiría siendo muy superior al salario mínimo de convenio.

Así mismo, entre otras cuestiones, considera que conforme al principio de riesgo y ventura recogido en el artículo 215 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cada empresa debe evaluar los rendimientos y necesidades para ejecutar cada parte del contrato y en función de su experiencia ha considerado que el coste estimado para la realización de las diferentes unidades de trabajo es suficiente y se ajusta a las necesidades del contrato.

En este apartado se aprecia que, a pesar de que NILSA afirme que el coste horario presentado es muy inferior al real, en ninguno de los documentos que constan en el expediente se acreditan los cálculos necesarios realizados por NILSA para justificar tal afirmación y, por el contrario, la reclamante sí que ofrece alguna justificación de su oferta, aunque tampoco sea completa.

Por ello, en este punto, procede estimar la reclamación, anulando la exclusión de la oferta y ordenando la retroacción de actuaciones, a fin de que la entidad reclamada justifique adecuadamente sus afirmaciones, lo que supondría entender inviable y, por ende, inaceptable, la oferta presentada o, en caso contrario, la acepte.

Como antes se ha dicho, 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 cuanto al argumento expresado por NILSA de que en el cálculo de la unidad de base de replanteo y de las unidades de obra Equipos de topografía, tanto de 2 como de 3 operarios solo se han tenido en cuenta el coste de personal y material de las propias bases, sin tenerse en cuenta, por ejemplo, costes como el de desplazamiento, horas de oficina técnica, etc., este Tribunal tiene que inclinarse ante la posición de NILSA ya que la reclamante no ha incluido en la justificación de la oferta estos costes, según se desprende de la documentación aportada.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

#### ACUERDA:

1º. Estimar parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “Grusamar Ingeniería y Consulting, S.L.” frente a la exclusión de su oferta en la licitación del Acuerdo Marco para la prestación de servicios de topografía promovido por “Navarra de Infraestructuras Locales, S.A. (NILSA)”, anulando dicho acto y ordenando la retroacción de actuaciones al momento de valoración de la justificación de su oferta, incurso en presunción de baja anormal.

2º. Notificar este acuerdo a “Grusamar Ingeniería y Consulting, S.L.”, a “Navarra de Infraestructuras Locales, S.A. (NILSA)” y a los demás 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, 11 de noviembre de 2016. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, Ana Román Puerta. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.