



Expte.: R-35/2017

ACUERDO 58/2017, de 27 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don F.T.G., D. J.L.R. y don D. J.L.A., frente a la Resolución 403/2017, de 9 de mayo, de la Directora General de Universidades y Recursos Educativos, por la que se adjudica el contrato de redacción del proyecto y dirección de las obras de construcción del Instituto de Educación Secundaria Obligatoria “Iparralde” en Pamplona, promovido por el Departamento de Educación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 31 de enero de 2017 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de redacción del proyecto y dirección de las obras de construcción del Instituto de Educación Secundaria Obligatoria “Iparralde” en Pamplona, promovido por el Departamento de Educación.

SEGUNDO.- El día 25 de mayo de 2017, don F.T.G., D. J.L.R. y don D. J.L.A., en calidad de licitadores en dicho procedimiento, presentan reclamación en materia de contratación pública frente a la Resolución 403/2017, de 9 de mayo, de la Directora General de Universidades y Recursos Educativos, por la que se adjudica el citado contrato, en base a los siguientes argumentos:

-“Las bajas económicas realizadas por el adjudicatario y otros licitadores están muy por debajo de precios razonables de mercado, lo que altera la libre competencia, e incurrir de lleno en el supuesto contemplado en el artículo 17.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, al realizar sus ofertas por debajo del precio real de costo del servicio ofertado.

-De los cinco licitadores con mayor puntuación total, cuatro incurren en el supuesto de ofertas anormalmente bajas, según se contempla en el art. 91 de la Ley Foral 6/2006. Solicitada la pertinente justificación, dos de ellos no justifican su baja, y otros dos (el adjudicatario y OM Arq SLP) realizan una somera justificación del precio ofertado mediante información no veraz, que tiene el carácter de acto engañoso de conformidad al artículo 5.1 de la citada Ley 3/1991”

-Los licitadores abajo firmantes presentaron en ese periodo de alegaciones un completo desglose de los costes que implica la realización del servicio ofertado. Sin embargo, las justificaciones aportadas por el resto de licitadores fueron aceptadas por la Mesa de Contratación en un escueto párrafo, sin discusión ni análisis pormenorizado alguno”.

De acuerdo con lo anterior, solicitan la revocación de la resolución de adjudicación del contrato citado.

TERCERO.- El día 20 de junio de 2017 el Departamento de Educación presenta el expediente administrativo, sin aportar escrito de alegaciones en el cual defienda o se oponga a la reclamación presentada.

CUARTO.- El día 22 de junio de 2017 la Secretaría del Tribunal concede trámite de alegaciones a los interesados y el día 27 de junio de 2017, dentro del plazo establecido al efecto, D. P.L.I. presenta escrito en el que resumidamente expone que discrepa del reclamante en cuanto al análisis que realiza de la justificación técnica de su oferta en los siguientes aspectos:

-"Sobre la calidad de la oferta y los proyectos nada puede decir el reclamante pues desconoce nuestro trabajo, al tiempo que nuestra solvencia técnica ha sido avalada en numerosas ocasiones por el Departamento de Educación. Además, cabe destacar que nuestra oferta obtuvo 81,25 puntos de valoración técnica sobre 90 posibles (a sólo 4 puntos del primero).

- Sobre la preponderancia de los criterios económicos sobre los técnicos los Pliegos del concurso desmienten las afirmaciones del reclamante, pues se asignan 90 a la parte técnica y 10 puntos a la económica.

- Sobre la justificación de los costes de nuestra oferta, nos remitimos y reafirmamos en los mismos, pues nuestra dilatada experiencia y alta eficiencia en los procesos nos permite abordar el trabajo cumpliendo con toda la legislación vigente y con un beneficio industrial previsto del 10%.

Como prueba de que los costes que maneja el reclamante no se ajustan al mercado presentamos como ANEXO 1 el presupuesto ya firmado y aceptado con la Ingeniería PGI-GRUP (www.pgigrup.com), de contrastada experiencia, que se estaba comenzando a desarrollar hasta que se produjo la suspensión del contrato. Resultan 9.000 € frente a los 23.950 € que presenta el reclamante en un documento (sin sellos ni firmas) de la empresa mencionada.

- Sobre la necesidad de contratar a una Ingeniería para la Dirección de Obra, no existe tal necesidad pues disponemos de técnicos cualificados para la realización de esas funciones".

Aporta junto con su escrito referencia expresa a los manifestado en la justificación de su oferta económica y que obra en el expediente administrativo.

De acuerdo con lo anterior, solicita la inadmisión de la reclamación presentada, manteniendo su oferta económica en las condiciones establecidas y solicitando el levantamiento de la suspensión del contrato para continuar con el trabajo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La reclamación se presenta contra un acto adoptado en el seno de un procedimiento de adjudicación por parte de un poder adjudicador de los contemplados en el artículo 2 LFCP.

SEGUNDO.- Los reclamantes ostentan legitimación activa conforme a lo prescrito en el artículo 210 de la LFCP, que establece que la reclamación en materia de

contratación pública se podrá interponer ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por las empresas, profesionales e interesados en la licitación de un contrato público contra los actos de trámite o definitivos, que les excluyan de la licitación o perjudiquen sus expectativas, como licitadora cuya oferta ha sido excluida de la licitación.

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

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

QUINTO.- El único motivo aducido por la parte reclamante para fundar la reclamación presentada se reduce a la consideración de que la oferta económica presentada por la empresa finalmente adjudicataria del contrato debió haber sido excluida por tratarse de una oferta anormalmente baja.

Por tanto, a través de la impugnación de la resolución de adjudicación del contrato, la reclamante viene a suscitar la conformidad a derecho del acuerdo de la Mesa de Contratación de admitir a la licitación la oferta de la adjudicataria tras la cumplimentación del procedimiento establecido en el artículo 91.1 LFCP por entender que no está motivada dicha decisión

Así, habiendo incurrido la adjudicataria en presunción de oferta anormalmente baja conforme a los PCAP, la Mesa de Contratación le requirió, al igual que realizó con el resto de empresas licitadoras que se encontraban en situación de presunción de temeridad, para que justificara, en aplicación de lo prescrito en el artículo 91 LFCP, su oferta, trámite que cumplimentó mediante escrito en el que la reclamante expuso, por las razones que se contienen en el mismo, su capacidad de rebajar su propuesta económica un 52% sobre el límite fijado en el PCAP.

Tras ello, la Mesa de Contratación, en sesión convocada con el objeto de analizar y valorar las alegaciones presentadas, acordó por unanimidad admitir la justificación ofrecida por la licitadora, señalando al respecto que *"Una vez estudiadas las alegaciones presentadas, y teniendo en cuenta otras consideraciones cómo son la correcta ejecución de los últimos contratos de asistencia adjudicados con ofertas inferiores en treinta puntos porcentuales al importe estimado del contrato, y que catorce de las diecinueve ofertas presentadas están en esa situación, el Servicio de Infraestructuras Educativas considera que no dispone de argumentos para presumir que la realización de los servicios objeto de este procedimiento puede no llevarse a cabo por el importe ofertado"*.

En esta tesitura, los reclamantes, con ocasión de la impugnación indirecta del citado acuerdo, realizan con carácter general una serie de manifestaciones que desembocan en una exposición de la crisis del sector de la construcción que ha llevado a las oficinas de arquitectura e ingeniería a realizar bajas económicas cada vez mayores en las licitaciones de los contratos públicos de redacción de proyectos, considerando que en muchos casos estas ofertas se realizan por debajo de los costes reales de mercado con el único objetivo de poder seguir trabajando y sobrevivir a la crisis, añadido a una elevación de unos requisitos de solvencia técnica que obligan a las empresas a conseguir obras para no quedar definitivamente fuera del mercado.

De dicha situación, según señalan, deriva una consecuencia inevitable de bajada de los proyectos adjudicados que va aparejada a la reducción de la dedicación y de los recursos empleados que desemboca en una pérdida de calidad del edificio proyectado.

Particularmente, aducen que las bajas económicas realizadas por el adjudicatario y otros licitadores están muy por debajo de los precios razonables del mercado, lo que altera la libre competencia, e incurren de lleno en el supuesto contemplado en el artículo 17.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, al realizar sus ofertas por debajo del precio real de costo del servicio ofertado.

A este respecto, alegan que de los cinco licitadores con mayor puntuación total, cuatro incurren en el supuesto de ofertas anormalmente bajas, según se contempla en el art. 91 de la Ley Foral 6/2006, y, solicitada la pertinente justificación, dos de ellos no justifican su baja, y otros dos (el adjudicatario y OM Arq SLP) realizan una somera justificación del precio ofertado mediante información no veraz, que tiene el carácter de acto engañoso de conformidad al artículo 5.1 de la citada Ley 3/1991.

Por contra, entiende que dichos reclamantes presentaron en ese periodo de alegaciones un completo desglose de los costes que implica la realización del servicio ofertado, incluyendo gastos imputables a la realización del servicio a contratar y referencias oficiales para el cálculo de honorarios, mientras que las justificaciones aportadas por el resto de licitadores fueron aceptadas por la Mesa de Contratación en un escueto párrafo, sin discusión ni análisis pormenorizado alguno.

Respecto a la correcta ejecución de los últimos contratos de asistencia adjudicados con ofertas inferiores en treinta puntos porcentuales al importe estimado del contrato que alude la Mesa de Contratación, señalan que no garantiza que lo vaya a ser en este caso porque la media de las bajas de las cinco últimas adjudicaciones ha sido del 41%, siendo ya muy elevada, y en este caso nos hemos situado en el 52%, once puntos porcentuales más.

Asimismo, refieren que los honorarios con los que se ha adjudicado esta obra equivalen al 48% del precio de licitación, o al 42 % de los honorarios mínimos obligatorios vigentes hasta 1997, o al 31% de los baremos orientativos del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro, o el 22% de las tarifas oficiales orientativas del Estado francés, o al 15 % de las tarifas mínimas obligatorias en Alemania, siete veces superiores a las españolas.

En cuanto al argumento esgrimido por el Departamento de Educación para la aceptación de las ofertas de que catorce ofertas presentadas están en esa situación, consideran que la media de las bajas ofertadas es del 36%, aplicando la fórmula polinómica que aplica el Ministerio de Fomento en sus pliegos, basada en la baja media,

todas las ofertas superiores al 39,41% habrían sido automáticamente excluidas según los "Criterios del Ministerio de Fomento".

Como complemento de lo señalado, la parte reclamante alega que el informe técnico de la Mesa de Contratación no entra en el fondo del asunto, que no debe ser otro que dilucidar si las ofertas económicas presentadas responden a precios razonables de mercado o están por debajo del precio real del costo, alterando la libre competencia, debiendo determinarse si, a la luz de las justificaciones aportadas por los licitadores, la oferta del adjudicatario es desleal por tratarse de una oferta a pérdida que distorsiona el mercado.

Seguidamente, se centran los reclamantes en analizar el desglose de la justificación de conceptos aportados por el adjudicatario, entendiendo que el mismo abarca una serie de conceptos menores pero deja sin desglose todo el conjunto relativo a la redacción del proyecto básico y de ejecución, que incluye además la redacción de los proyectos de instalaciones, el cálculo de estructuras, la coordinación de seguridad y salud en fase de proyecto y el programa de control de calidad.

Además, considera que los gastos generales imputables al proyecto son bajísimos y muy poco creíbles para un conjunto de dos estudios profesionales asociados (uno con sede en Madrid y otro en Pamplona), además de que la parte proporcional en concepto de alquileres, electricidad, calefacción, teléfono, amortización de equipos, administración, etc, debería imputar también una proporción de los gastos directos ocasionados por las propuestas de concursos en licitaciones fallidas, necesariamente numerosas en estudios que compiten habitualmente en concursos públicos en la actual situación de extrema concurrencia.

A lo señalado añaden los reclamantes que no se contempla en el desglose presentado por las adjudicatarias cantidad alguna en concepto de gastos generales indirectos, pues lo que menciona bajo tal nombre se refieren a reprografía, edición y encuadernación y son insuficientes en relación con el coste material de los ejemplares exigidos en el pliego. Lo mismo que los costes referentes al visado y seguros, así como

las dedicaciones del personal, que considera que son escasas en relación con la exigencia de un proyecto de la naturaleza del licitado.

Concretamente, se aduce que el coste de los proyectos específicos de instalaciones y de su dirección de obra a realizar por una ingeniería especializada aporta un coste que es netamente inferior al presupuesto ofertado para los reclamantes, según refieren.

Conforme a las consideraciones realizadas, se refiere por la parte reclamante que la oferta económica del adjudicatario y otros licitadores están muy por debajo de los precios razonables de mercado que altera la libre competencia e incurre en supuesto de competencia desleal al tratarse de un precio por debajo del precio real del costo del servicio ofertado.

Por todo ello, solicitan que se proceda a estimar la reclamación y a declararse la inadmisión de las empresas licitadoras que resultaron adjudicatarias, por considerar que la baja presentada no resulta procedente; y consecuentemente se deje sin efectos la Resolución de Resolución 403/2017, de 9 de mayo, de la Directora General de Universidades y Recursos Educativos, por la que se adjudica el contrato de redacción del proyecto y dirección de las obras de construcción del Instituto de Educación Secundaria Obligatoria “Iparralde” en Pamplona, promovido por el Departamento de Educación, y se dicte una nueva resolución a favor de la propuesta presentada por los reclamantes por ser los que presentaron la oferta más ventajosa al obtener la mejor valoración técnica y no incurrir en el supuesto de exclusión por oferta anormalmente baja al haber justificado de un modo detallado su oferta según completo desglose de los costes que implica la realización del servicio ofertado.

De este modo, a través de la impugnación de la Resolución de adjudicación del contrato, la reclamante viene a suscitar la conformidad a derecho del acuerdo de la Mesa de contratación por el que admite a la licitación la oferta de las empresas adjudicatarias tras haber incurrido en supuesto de oferta anormalmente baja.

La entidad contratante, por su parte, no ha formulado alegaciones en defensa de su derecho pero sí lo ha hecho la empresa adjudicataria, en el siguiente sentido:

Sobre la calidad de la oferta y los proyectos nada puede decir el reclamante por desconocer su trabajo, al tiempo que nuestra solvencia técnica ha sido avalada en numerosas ocasiones por el Departamento de Educación. Además, cabe destacar que su oferta obtuvo 81,25 puntos de valoración técnica sobre 90 posibles (a sólo 4 puntos del primero).

En relación a la preponderancia de los criterios económicos sobre los técnicos de los Pliegos del concurso, desmienten las afirmaciones del reclamante, pues se asignan 90 a la parte técnica y 10 puntos a la económica.

Por lo que concierne a la justificación de los costes de su oferta, se remiten y reafirman en los mismos, pues su dilatada experiencia y alta eficiencia en los procesos les permite abordar el trabajo cumpliendo con toda la legislación vigente y con un beneficio industrial previsto del 10%.

Como prueba de que los costes que maneja el reclamante no se ajustan al mercado, presentan como ANEXO 1 el presupuesto ya firmado y aceptado con la Ingeniería PGI-GRUP (www.pgigrup.com), de contrastada experiencia, que se estaba comenzando a desarrollar hasta que se produjo la suspensión del contrato. Resultan 9.000 € frente a los 23.950 € que presenta el reclamante en un documento (sin sellos ni firmas) de la empresa mencionada.

Sobre la necesidad de contratar a una Ingeniería para la Dirección de Obra, manifiesta que no existe tal necesidad pues disponen de técnicos cualificados para la realización de esas funciones.

De este modo, fijadas las posiciones de las partes, la única cuestión a dilucidar es si la decisión adoptada por la Mesa de Contratación de no considerar anormalmente baja la oferta económica de las empresas adjudicatarias resulta ajustada a derecho.

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

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

La técnica de baja anormal o desproporcionada se fundamenta en la previsión del artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio que establece que “...En caso de que una entidad haya recibido una oferta anormalmente más baja que las demás ofertas presentadas podrá pedir información al licitador para asegurarse de que éste puede satisfacer las condiciones de participación y cumplir lo estipulado en el contrato”.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, pone de manifiesto en su Considerando 103 que “Las ofertas que resulten anormalmente bajas con relación a las obras, los suministros o los servicios podrían estar basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico,

económico o jurídico. Cuando el licitador no pueda ofrecer una explicación suficiente, el poder adjudicador debe estar facultado para rechazar la oferta. El rechazo debe ser obligatorio en los casos en que el poder adjudicador haya comprobado que el precio y los costes anormalmente bajos propuestos resultan del incumplimiento del Derecho imperativo de la Unión o del Derecho nacional compatible con este en materia social, laboral o medioambiental o de disposiciones del Derecho laboral internacional”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, ninguna de las Directivas comunitarias en materia contractual, incluida la Directiva 2014/24/UE, ha definido qué se entiende por oferta anormalmente baja y, por tanto, tampoco ha establecido la forma de determinar cuando nos encontramos ante una oferta anormalmente baja, dejándolo en manos de los legisladores nacionales, por lo que, a la hora de determinar cuando nos encontramos ante una oferta que se presume inicialmente como anormal o desproporcionada, deberemos acudir a nuestra propia normativa sobre contratación pública, regulando la cuestión La LFCP en su artículo 91, que dispone en sus apartados 1 y 2 lo siguiente:

“1. Cuando en un procedimiento de licitación se presente una oferta anormalmente baja respecto de las prestaciones del contrato que haga presumir que no va ser cumplida regularmente, la Administración antes de rechazar la oferta comunicará dicha circunstancia a todos los licitadores afectados para que en el plazo de cinco días presenten las alegaciones oportunas.

A la vista de las alegaciones de los licitadores y previo el asesoramiento técnico oportuno se resolverá motivadamente sobre la admisión de la oferta, pudiendo solicitarse un informe de la Junta de Contratación Pública en circunstancias excepcionales.

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

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

“(…) Como afirma la Resolución del Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales nº 145/2012 de 8 de agosto de 2012 el principio de transparencia exige que la adjudicación de los contratos se haga a favor de aquella empresa que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa.

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

Como afirma el Acuerdo 2/2013, de 6 de enero de 2013, del Tribunal Administrativo de contratos Públicos de Aragón, “los órganos de contratación del sector público deben velar porque el precio de los contratos corresponda con el del mercado, más allá de las rebajas que se ofrezcan en el proceso competitivo licitatorio (...). Ello es así porque,(...), la contratación del sector público debe asegurar entre otros principios, el de la libre competencia. “

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

Con ello viene a determinarse el criterio de que considerar que una determinada oferta o proposición incluye valores anormales o desproporcionados es simplemente una presunción o un indicio de que esta oferta o proposición no se podrá cumplir pero no puede conllevar la exclusión automática [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, rec. C-599/201027, de 15 de mayo de 2008, SECAP C-147/06 y C-148/06, de noviembre de 2001, Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni, y sentencia de la Audiencia Nacional e 21 de noviembre de 2007]. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales entre otras en la resolución 64/2010 de 9 de febrero de 2010 afirma que: “...la apreciación de que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. De acuerdo con ello la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática.”

En definitiva, la finalidad básica de la normativa de contratación pública en la regulación de las ofertas normalmente bajas es evitar que se puedan rechazar automáticamente dichas ofertas sin verificar previamente una comprobación de las mismas a efectos de determinar su posible cumplimiento porque considerar que una determinada oferta o proposición incluye valores anormales o desproporcionados es simplemente una presunción o un indicio de que esta oferta o proposición no se podrá cumplir.

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

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

A lo señalado hay que añadir que, tras la modificación operada la LFCP por la Ley Foral 1/2015, de 2 de febrero de 2015, para la introducción de cláusulas sociales en los pliegos de cláusulas administrativas, los costes laborales constituyen también un parámetro de interpretación del enjuiciamiento de la viabilidad de la oferta porque las entidades contratantes van a venir vinculadas por lo pactado en el propio convenio al

resultar obligadas a tener necesariamente en cuenta, a la hora de fijar los precios de licitación, los salarios y demás prestaciones incluidas en los convenios colectivos aplicables.

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

“a) La de que el contrato se halla sujeto al cumplimiento de las disposiciones legales, 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 económica 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.

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

Así, el Acuerdo 12/2015, de 23 de febrero, viene a examinar dicha adecuación con ocasión de la exclusión de una oferta anormalmente baja, concluyéndose que todo

licitador debe respetar la legislación laboral y que una reducción económica que pretenda justificar una reducción económica del coste laboral y conlleve un incumplimiento claro de las condiciones laborales no puede ser permitido y, en consecuencia, no puede servir para justificar la oferta.

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

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

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

Sin embargo, siendo también cierto que la discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste, la resolución del asunto enjuiciado requiere, en consecuencia, examinar si el juicio de valor que ha conducido a la decisión impugnada está suficientemente motivado, conforme exige el artículo 351.1.i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que, tras recordar que la motivación de los actos administrativos se cumple con una sucinta

referencia de hechos y fundamentos de derecho exige motivar, entre otros, los actos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales y los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

Así, este Tribunal, en su reciente Acuerdo 36/2015, de 19 de junio señaló que, *“La valoración de si la oferta es no anormal corresponde a la entidad contratante, operando en estos casos la discrecionalidad técnica de la que goza. Pero la discrecionalidad técnica no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste. Por ello, es competencia de este Tribunal analizar los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminación o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al ejecutarla.*

En este mismo sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 786/2014, de 24 de octubre, citando la Resolución 677/2014, de 17 de septiembre, señala que “la revisión de la apreciación del órgano de contratación acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración, y que a tal respecto es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones en relación con el de las propias ofertas debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que en buena medida pueden ser apreciados en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal. Tal es el caso de que en una oferta determinada puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterio puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones para desvirtuarla valoración realizada por el órgano de contratación en esta materia será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del órgano de contratación teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitado cuya oferta se ha considerado inicialmente como

anormal o desproporcionada resulta infundado, o a apreciar que se ha incurrido en ese juicio en un error manifiesto y constatable.”

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

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2005, explica, en los siguientes términos, en qué consiste la motivación: *"Con carácter general, la motivación de los actos administrativos no es mas que la exteriorización de las razones que la Administración ha tenido para adoptar una resolución. Por tanto, no puede consistir en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad (STC 77/2000). Esta exigencia de la motivación es consecuencia de la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos (STC 73/2000), y supone no solo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos (STC 26/1981). La motivación del acto administrativo cumple diversas funciones, en primer lugar, viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración Pública, y, en segundo lugar, es una garantía del administrado que podrá impugnar, en su caso, el acto administrativo, con posibilidad real de criticar la bases en las que se fundamenta, y, además, y en último lugar, la motivación hace posible el control jurisdiccional del acto administrativo recurrido"*, artículo 106.1 CE (SSTS de 18 de abril de 1990 y de 4 de junio de 1991).

En consecuencia, cuando el acto administrativo carece de motivación se impide el control jurisdiccional que viene constitucionalmente impuesto. En efecto, mediante la motivación se puede comprobar que la resolución dada al caso es

consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad (STC 77/2000). Esta naturaleza y finalidad del requisito de la motivación de los actos administrativos solo determina la nulidad de la resolución recurrida cuando su ausencia impida alcanzar su fin o haya producido indefensión a los interesados. Y, si bien es cierto que la ausencia de motivación o una motivación defectuosa puede integrar este vicio de anulabilidad, o bien puede ser solo una mera irregularidad no invalidante, la disección de estas distintas consecuencias debe hacerse atendiendo a si, en este caso concreto, se ha producido esa ignorancia respecto de los motivos de la decisión y se ha colocado al administrado en una situación de indefensión (SSTS 3 de abril de 1990 y 4 de junio de 1991)".

En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal, por todos, Acuerdo 38/2016, de 5 de julio, que la motivación exigible en las resoluciones administrativas es aquella que permite conocer, por los propios interesados y por los órganos administrativos o judiciales que hayan de analizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción; tal y como reconoce la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras en la Sentencia de 9 de julio de 2010 que pone de relieve que *“con carácter general, la motivación de los actos administrativos precisa, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuya reiteración excusa cita, de una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada (...), poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa adoptada. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE”*.

Especialmente significativa resulta, en este sentido, la Sentencia del Tribunal General Sala Cuarta) de 27 de abril de 2016:

“240. A este respecto, procede recordar que, cuando las instituciones, órganos u organismos de la Unión disponen en su calidad de entidades

adjudicadoras de una amplia facultad de apreciación, la observancia de las garantías otorgadas por el ordenamiento jurídico de la Unión en los procedimientos administrativos reviste aún mayor importancia. Entre esas garantías está, en particular, la obligación de motivar de forma suficiente sus decisiones que incumbe a la institución competente. En efecto, sólo de este modo puede el juez de la Unión comprobar si concurren los factores de hecho y de Derecho de los que depende el ejercicio de la facultad de apreciación (sentencias de 21 de noviembre de 1991, Technische Universität München, C-269/90, Rec, EU:C:1991:438, apartado 14; VIP Car Solutions/Parlamento, apartado 145 supra, EU:T:2009:163, apartado 61, y de 12 de diciembre de 2012, Evropaïki Dynamiki/EFSA, T-457/07, EU:T:2012:671, apartado 42).

241 En virtud de la obligación de motivación establecida en el artículo 296 TFUE, párrafo segundo, el autor de un acto debe manifestar de manera clara e inequívoca su razonamiento, de manera que, por una parte, los interesados puedan conocer la justificación de la medida adoptada a fin de ejercer sus derechos y, por otra, el juez de la Unión pueda ejercer su control. Además, la exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, de la naturaleza de los motivos invocados y del interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por ese acto puedan tener en recibir explicaciones (véase la sentencia Evropaïki Dynamiki/Comisión, citada en el apartado apartado 145 anterior, EU:T:2013:88, apartados 25 y 26 y la jurisprudencia citada). Por otra parte, la obligación de motivación constituye un requisito sustancial de forma que debe distinguirse de la fundamentación de la motivación, que guarda relación con la legalidad de fondo del acto controvertido (véase la sentencia de 22 de mayo de 2012, Evropaïki Dynamiki/Comisión, T-17/09, EU:T:2012:243, apartado 40 y la jurisprudencia citada)".

Respecto a la motivación que debe efectuar la Mesa o la entidad contratante para decidir si existe o no justificación de la anormalidad de la oferta económica del licitador que ha incurrido en la misma, lo cierto es que dicha motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado, bastando con que sea racional y

suficiente para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser sucintos los motivos de hecho y derecho apuntados, siempre que sean suficientes a los efectos indicados.

Ahora bien, el acuerdo impugnado *"Una vez estudiadas las alegaciones presentadas, y teniendo en cuenta otras consideraciones cómo son la correcta ejecución de los últimos contratos de asistencia adjudicados con ofertas inferiores en treinta puntos porcentuales al importe estimado del contrato, y que catorce de las diecinueve ofertas presentadas están en esa situación, el Servicio de Infraestructuras Educativas considera que no dispone de argumentos para presumir que la realización de los servicios objeto de este procedimiento puede no llevarse a cabo por el importe ofertado"*, independientemente de que pueda considerarse sucinto o carente de toda suerte de razonamiento exhaustivo y pormenorizado, lo cierto es que se ajusta a un estereotipo de cláusula general desconectada con las circunstancias particulares del caso que debían haber sido analizadas.

En este sentido, asiste razón a la parte reclamante cuando señala que la Mesa de Contratación no ha entrado en el fondo del asunto, si las ofertas económicas presentadas responden a precios razonables de mercado o están por debajo del precio real de costo, alterando la libre competencia, a la luz de las justificaciones ofrecidas por los licitadores; pues la correcta ejecución de los últimos contratos de asistencia adjudicados con ofertas inferiores en treinta puntos porcentuales al importe estimado del contrato no garantiza que lo vaya a ser en este caso.

Sin embargo, también es cierto que el cumplimiento o no del requisito de motivación exigido a la decisión examinada, exclusivamente de índole formal, cómo se ha dicho, ha de ser valorado a la luz de la suficiencia de los argumentos de los que dispone los licitadores afectados por la decisión para la defensa de sus derechos cara a la impugnación, en este caso, de la admisión de los licitadores incursos en presunción de anormalidad tras cumplimentar el procedimiento instaurado para la justificación de su oferta.

Y, en este sentido, procede señalar que el déficit argumental apreciado en el acuerdo de la Mesa de Contratación, aún no habiendo sido atemperado por las alegaciones que hubiera podido presentar frente a la reclamación interpuesta, en defensa del mismo, ha de ser examinado como un complemento de la justificación técnica presentada por los licitadores apercibidos de justificación, como una suerte de motivación "in aliunde", no sólo por haber resultado suficiente al órgano valorador para fundar la admisión de los licitadores afectados, sino porque son las que han permitido a la parte reclamante disponer de los argumentos suficientes para interponer la presente reclamación.

En definitiva, despejada la duda de la falta de motivación de la decisión impugnada, procede examinar la legalidad del fondo del acto controvertido, esto es, la fundamentación de dicha motivación, para verificar la racionalidad y razonabilidad de los parámetros aportados por los licitadores interesados en la cuestión que se suscita, y que la Mesa de Contratación ha hecho suyos al aceptar la justificación esgrimida.

OCTAVO.- La cláusula 8 del PCAP del contrato de asistencia, en el apartado referido al Sobre nº 3 (página 6 de 19) se hace constar 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*".

Sin embargo, ni en dicha cláusula ni en la referente a la valoración de la oferta económica ni en el Anexo IV, concretado a la redacción de dicha oferta económica, no establecen el presupuesto para determinar cuando una oferta debe entenderse que incurre en presunción de anormalidad, por lo que hay que estar a lo preceptuado en el art. 91 LFCP, según la cual "*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*"

Siendo así, la llamada del PCAP determina que únicamente aquellas ofertas que representan una baja igual o superior al 30% del importe del contrato puede entenderse que incurre en presupuesto de oferta anormalmente baja, esto es respecto de las prestaciones del contrato.

De esta manera, el concepto legal de oferta anormalmente baja resulta plenamente respetado en los PCAP que rigen la licitación promovida por el Departamento de Educación, que, en todo caso, vinculan a los licitadores que se han sometido a los mismos a la hora de licitar, tal y cómo resulta de su cláusula 8, que establece que *"La presentación de las proposiciones supone la aceptación incondicional de las condiciones de este pliego y del proyecto a ejecutar por parte del licitador"*

En este sentido, resulta oportuno recordar la doctrina consolidada por este Tribunal, en línea con el resto de Tribunales de Contratación (sirva por todas, las Resoluciones 56/2011, de 11 de septiembre, y 35/2012, de 28 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) y con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009), por la que los pliegos que rigen la licitación y ejecución de los contratos, tanto los PCAP como los PPTP, constituyen la ley de los mismos y tienen fuerza vinculante tanto para los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como para los órganos de contratación. Ello significa que de no haber sido impugnados en tiempo y forma y declaradas nulas algunas de sus cláusulas deben ser aplicadas todas ellas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto en todo momento las que sean nulas de pleno derecho, circunstancia que no concurre en el presente caso, como a continuación se verá.

A este respecto, la parte reclamante invoca la necesidad de que la anormalidad de las ofertas se determine en relación a la baja media de las ofertas, según la fórmula polinómica que utiliza el Ministerio de Fomento en sus pliego, refiriendo que catorce de las ofertas presentadas están en dicha situación y, considerando que la media de las

bajas ofertadas es del 36%, con la consecuencia inexorable de que resulten automáticamente rechazadas las ofertas que la superen, entre ellas la presentada por la UTE adjudicataria

Pues bien, sin perjuicio de que los licitadores recurrentes no han procedido a impugnar los PCAP con el fin de que resulten sustituidos los parámetros utilizados para determinar la anormalidad de las ofertas por el de la baja media reclamado, y que la consecuencia que pretende alcanzar la parte reclamante no se coherente con la regulación de la técnica de la oferta anormalmente baja por suponer más que un indicio o presunción de anormalidad, como ya significamos en nuestro Acuerdo 57/2016, de 11 de noviembre, referido a una licitación convocada con unas Condiciones Regulatorias similares, que tienen su origen en el Reglamento General de Contratación, esta forma de regulación de la presunción de anormalidad no tiene encaje en la normativa reguladora de la contratación pública.

Como se dice en dicho Acuerdo, 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), de modo que, 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 regulatorias 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).

Especialmente, en el Acuerdo de este Tribunal 45/2017, de 20 de julio, venimos a manifestar que *"En este sentido, conforme a lo señalado anteriormente, la definición de oferta anormalmente baja y el modo del cálculo del umbral de anomalía debe resultar conforme al artículo 91 LFCP, que establece que las ofertas anormalmente bajas lo son en relación a las prestaciones del contrato y conforme a la comparativa realizada con el importe estimado del contrato, lo que en absoluto se coherente con un mecanismo de cálculo del umbral de anomalía basado en la media de las ofertas como el contemplado en el condicionado del contrato examinado, en el que la subversión del sistema manifestado se incrementa hasta el punto de que varía el método de cálculo de la oferta anormalmente baja en función del número de licitadores.*

Y lo señalado, sin perjuicio de la consideración que nos vemos obligados a realizar, de conformidad con lo señalado por la ya comentada Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 27 de noviembre de 2001 (C-285/99 y C-286/99 asunto Impresa Lombardini SpA-Impresa Generale di Costruzioni, sobre la falta de transparencia que supone para los licitadores fijar un cálculo del umbral de anomalía en función de la media de las ofertas recibidas, que lo desconocen al confeccionar sus ofertas, a la par que la propia entidad contratante, además del riesgo de que dicho umbral resulte alterado cuando las empresas no presentan la mayor oferta posible sino la que tiene mayores probabilidades de ser la primera de las ofertas no sospechosas, repercutiendo de modo negativo sobre la concurrencia real de las empresas, supuesto que puede ser reconsiderado por la entidad contratante".

En definitiva, los principios rectores de la contratación pública imponen que el parámetro de anomalía de una oferta debe resultar de la comparativa entre el precio ofertado y el importe licitado para las prestaciones del contrato y no por referencia a la baja media de las ofertas.

Ahora bien, cosa diferente es que la existencia de un número importante de ofertas anormalmente bajas en relación al precio de licitación pueda constituir un

indicio de que dicho precio pueda no ser ajustado al precio real del mercado, según exige el artículo 35.1 LFCP, "*Los contratos tendrán siempre un precio cierto, adecuado al mercado, que se expresará en euros y se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada, de acuerdo con lo convenido (...)*", máximo cuando dicha circunstancia se viene constatando a lo largo de distintas licitaciones y sin que del expediente resulte la justificación del precio del contrato que la entidad contratante está obligada a realizar.

Sin embargo, también es cierto que ninguno de los licitadores, tampoco el reclamante, cuestionaron la adecuación del precio del contrato al mercado a través de la vía impugnatoria correspondiente, debiendo recordar que, de conformidad con el artículo 24. 9 LFCP, para el cálculo del valor estimado del contrato respecto de los contratos de asistencia, se tomará como base, en su caso, el siguiente importe: "*b) En los contratos relativos a un proyecto: Los honorarios, las comisiones pagaderas y otras formas de remuneración*".

Y llegado a este punto procede apuntar que, en línea con lo que señala la adjudicataria en el curso de sus alegaciones, las reflexiones ofrecidas en la reclamación en torno a la crisis que vive el sector de la arquitectura e ingeniería excede el ámbito propio de esta reclamación, en todo a lo que se refiere a la bajada de honorarios, partiendo de que con la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegio Profesionales, los honorarios, hasta la fecha obligatorios, pasaron a ser meramente orientativos para los arquitectos en los trabajos de su profesión.

A mayor abundamiento, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre de 2009 prohíbe a los Colegios Profesionales y sus organizaciones colegiales establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales.

Con este marco legal de liberalización de tarifas profesionales, no existen ni pueden, por el momento, imponerse honorarios mínimos a los arquitectos e ingenieros

en el mercado de la construcción, ni siquiera con carácter orientativo, que deberán ajustarse según la conjunción de las leyes de la oferta y de la demanda, en nuestro caso en la licitación que nos ocupa.

Dicho esto, únicamente cabe examinar si el precio del contrato según la oferta de la UTE adjudicataria, excluyendo la parte correspondiente a los honorarios, resulta inferior a los costes del mercado (oferta a pérdida) o, si, por otra parte, ha existido engaño, cómo señala la reclamante, para inducir a error a sus destinatarios., supuesto uno u otro que conduciría a apreciar que se ha incurrido en una conducta de competencia desleal regulado en los artículos 5 y 17.2 de la ley 3/1991, de 10 de enero.

Porque, evidentemente, en línea con lo señalado por la adjudicataria, ni puede ni debe objetarse déficit alguno en la calidad de su oferta no sólo por la alta puntuación alcanzada en el apartado de valoración técnica, alcanzando la tercera posición en el total con 82,20 puntos tras la reclamante que obtuvo 85,30 puntos, cuando, además, la propuesta técnica estaba valorada con 90 puntos sobre 100 frente a los 10 de la oferta económica, lo cuál puede dar idea de la escasa repercusión de la bajada del precio en la selección de la oferta más ventajosa, que lo es por su relación calidad precio, en este caso notoriamente por su calidad.

Por su parte, la UTE adjudicataria, en cumplimiento del trámite de justificación de su oferta, presentó sendos escritos de alegaciones para justificar el precio ofertado en aras de ser admitido a la licitación, uno por cada uno de sus miembros, considerando que el precio ofertado era acorde con el servicio prestado.

Así, en primer lugar, la empresa "CÓDIGO ARQUITECTURA S.L.P." procedió a justificar el plazo de redacción del proyecto, 60 días naturales que suponen 44 días laborables de trabajo, bajo la dedicación exclusiva de dos arquitectos superiores y un delineante contemplando un precio hora para los primeros de 50 euros/hora y de 35 euros/hora para el segundo. A ello suma el coste de un arquitecto consultor externo para el cálculo de la estructura y del estudio de seguridad y salud, al mismo precio señalado de 50 euros/hora., y de ingeniería para los proyectos de instalaciones a 120 euros/hora.

A los honorarios calculados, la adjudicataria suma los gastos de visado, gastos generales e IVA para alcanzar el importe de la redacción de proyecto de ejecución completo.

Respecto de la dirección facultativa de las obras, suponiendo una estimación de doce meses de duración, fija el coste en atención al número de visitas valoradas para cada uno de los profesionales intervinientes, gastos de visado y seguros profesionales y gastos generales e IVA.

Asimismo, se explica que el estudio ajustado de los costes viene avalado por las condiciones favorables de que disponen para prestar los servicios objeto del contrato, contando la empresa con amplia experiencia en la redacción y dirección de proyectos de centros educativos, lo que le permite aplicar la metodología más eficaz para la consecución de los objetivos propuestos.

A lo señalado hay que unirse que el objeto del proyecto se encuentra en la propia ciudad de Pamplona, evitando gastos de desplazamiento adicionales. También que la obra se desarrolla en dos plantas sin sótanos modular en cuanto a la repetición de aulas y el terreno donde se ubica es prácticamente llano por lo que no son necesarios sistemas especiales a nivel de cimentación o estructura.

Además, se refiere que los administradores solidarios de la empresa son ambos arquitectos autónomos colegiados, lo que supone una reducción del coste de la ejecución de los trabajos.

Por su parte, P.L.I., alude al análisis de costes previstos para la ejecución del contrato, que es el elemento fundamental que permite garantizar su correcta ejecución, a la dilatada experiencia de su equipo técnico, al alto grado de definición técnica de su propuesta, la tercera con mejor puntuación entre las 19 presentadas, a la proximidad a la obra de la sede del equipo técnico, 15 minutos en coche, que permite reducir sustancialmente los gastos de desplazamiento, a la originalidad de las soluciones

propuestas en cuanto a calidad y diseño y todo ello con respeto a las disposiciones sobre protección de empleo y materia laboral; así como la similitud de la baja presentadas con la del resto de los equipos y de los últimos concursos similares convocados por el Departamento de Educación y ejecutados de forma satisfactoria.

Todos los argumentos expuestos acompañados con un desglosado análisis de coste por partidas que incluyen todo lo establecido en el PPTP

Presentada dicha justificación, se constata que la UTE que ha resultado adjudicataria presenta un equipo técnico que acredita una importante experiencia en el sector de la obra licitada, presenta una obra de ejecución sencilla y con propuestas técnicas originales y con alta calidad como resulta tras haber obtenido la tercera mejor calidad entre las 19 presentadas a la licitación, limita los gastos de desplazamiento a la obra por la cercanía del estudio con la misma, y todo ello coonestado con los honorarios que se fijan en uso de su libertad profesional y respeto a la normativa laboral, máximo cuando no existe personal contratado cuyos costes salariales y sociales deban sujetarse al correspondiente convenio sectorial de aplicación.

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

Por tanto, en el caso que nos ocupa, la Mesa de Contratación actuante, conforme a las funciones legalmente establecidas, valoró la oferta de la empresa licitadora que, por razón de su importe económico había incurrido en presunción de temeridad, acordando admitirla por entender, en el ejercicio de su potestad discrecional, después de examinar la justificación del licitador interesado, que dicha oferta no era anormalmente baja al quedar garantizado el cumplimiento del contrato.

Frente a ello, la reclamante, después de analizar las partidas que componen el desglose de los costes aportados por los dos miembros de la UTE, discrepa de ellos por entender que no se ajustan al mercado con base a argumentos que son rebatidos en la

fase de alegaciones cumplimentada en el trámite de audiencia otorgado a los licitadores interesados en la reclamación.

Así, las discrepancias formuladas se tachan de subjetivas e interesadas sobre la calidad de la oferta y los proyectos, avalada por la experiencia y la puntuación obtenida en la licitación, por la absoluta preponderancia de los criterios técnicos sobre los económicos (90 puntos frente a 10 sobre los 100 puntos totales), sobre la falta de adecuación de los costes que maneja el reclamante al mercado, en prueba de lo que se presenta el presupuesto firmado y aceptado por la ingeniería que acredita el precio presentado frente al opuesto por la parte reclamante y por la no necesidad de contratar a una ingeniería para la dirección de obra por disponer de técnicos cualificados para la realización de dichas funciones.

Por tanto, una vez examinadas las justificaciones presentadas por la UTE adjudicataria sobre su oferta económica, el acuerdo de la mesa de contratación que lo asume por considerar que técnicamente no hay motivo para el incumplimiento del contrato por tener su estudio profesional cercano, por tener medios adecuados y por ser normal este tipo de baja a nivel profesional en el mercado actual, la oferta presentada no tiene visos de incumplimiento ni de temeridad, quedando por tanto a salvo la ejecución normal del contrato y siendo favorable la valoración de las alegaciones presentadas, por ser las mismas razonables y acordes con la realidad.

Al respecto también debemos decir, como hace el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 338/2014, de 25 de abril, que si bien la Ley establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad, no se trata de que el licitador justifique exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. Obviamente, significa el Tribunal, “tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuando mayor sea la desproporción de la oferta”.

En este sentido, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales en su Resolución n° 413/2017 señala lo siguiente: *“Hemos de recordar cuál es la doctrina de este Tribunal en materia de ofertas incursas en ofertas anormales o desproporcionadas. Para comenzar, recordar que es criterio de este Tribunal exigir argumentos o justificaciones más profundas cuanto mayor sea la desproporción de la oferta, y del mismo modo, a menor porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca”* (Resoluciones n° 559/2014 y 662/2014), debiendo tenerse en cuenta que en el caso que nos ocupa la baja económica ofertada por la UTE adjudicataria no sólo no es excepcional sino que ha incurrido en ella 14 de las 19 ofertas presentadas, lo que es relevante de la incertidumbre que se genera sobre la adecuación del precio al mercado, desprovisto de la necesaria justificación en el expediente, permitiendo así cuestionar la intensidad de la desproporción de las ofertas, máximo cuando partimos del peso que tiene el trabajo intelectual que no se ajusta a precios mínimos ni máximos de mercado.

Igualmente, la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero en su considerando 103 declara 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”*.

Por tanto, no sólo el licitador apercibido de justificación ha ofrecido las explicaciones suficientes que se ajustan a los parámetros contemplados en el artículo 91 LFCP para justificar la baja económica ofertada sino que las reticencias presentadas por la parte reclamante respecto a los costes justificados por la UTE adjudicataria quedan desprovistos de todo soporte fáctico, además de pretender suplir, entre otras, las partidas de gastos que ofrecen empresas competidoras en el mercado por las suyas propias y conforme a criterios económicos y contables que no son de obligado imposición y que pueden concurrir o no en el caso de cada empresa licitadora, caso de presupuesto de ingeniería, de los gastos de desplazamiento, imputación de gastos generales o, incluso, imputación de la parte proporcional de licitaciones fallidas.

En definitiva, todas las ratios suscitadas por los adjudicatarios, que han llevado a la Mesa de Contratación a concluir que la oferta afectada por la presunción de temeridad resulta totalmente viable, advierten que el acuerdo impugnado responde a los señalados parámetros exigidos de racionalidad y razonabilidad, por lo que este Tribunal entiende que está suficientemente motivado al entender que su proposición puede ser cumplida satisfactoriamente.

Por contra, los reclamantes no han acreditado que la baja económica realizada por el adjudicatario esté muy por debajo de los precios razonables de mercado, que en ningún momento señala cuáles son, máximo cuando se basan principalmente en la libertad de honorarios, y que incurran en el supuesto contemplado en el artículo 17.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia desleal, supuesto de venta desleal por bajo coste, ni tampoco que hayan concurrido en el tipo regulado en su artículo 5, competencia desleal por engaño, resultante de información falsa o que pueda inducir a error a sus destinatarios para alterar su comportamiento económico.

Por todo ello, a la vista de la documentación obrante en el expediente, este Tribunal no aprecia arbitrariedad o discriminación, ni que se haya incurrido en error material al efectuar la valoración de la justificación de la oferta del adjudicatario, en virtud de lo cual, la reclamación debe ser desestimada.

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 interpuesta por don F.T.G., D. J.L.R. y don D. J.L.A., frente a la Resolución 403/2017, de 9 de mayo, de la Directora General de Universidades y Recursos Educativos, por la que se adjudica el contrato de redacción del proyecto y dirección de las obras de construcción del Instituto de Educación

Secundaria Obligatoria “Iparralde” en Pamplona, promovido por el Departamento de Educación

2º. Notificar este acuerdo a los reclamantes, al Departamento de Educación, al resto de interesados 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, a 27 de septiembre de 2017. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, Ana Román Puerta. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.