TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA

Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfnos. 848 42 19 64 – 848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarrra.es

Expediente: 9/2023

ACUERDO 22/2023, de 24 febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por SIDI CONSULTORÍA Y GESTIÓN, S.L.U. frente al acuerdo de la Mesa de Contratación, de 15 de diciembre de 2022, por el que se le excluye del procedimiento de adjudicación del contrato "*Servicio de apoyo a la gestión del proyecto PSTD PAMPLONA SF365 en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, financiado por la Unión Europea NEXT GENERATIONEU*", licitado por el Ayuntamiento de Pamplona.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de octubre de 2022, el Ayuntamiento de Pamplona publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación del contrato "*Servicio de apoyo a la gestión del proyecto PSTD PAMPLONA SF365 en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, financiado por la Unión Europea NEXT GENERATIONEU*".

La publicación de dicho anuncio en el Portal de Contratación de Navarra se produjo el 10 de octubre.

A la licitación de dicho contrato concurrieron los siguientes licitadores:

- SIDI CONSULTORÍA Y GESTIÓN, S.L.U. (en adelante SIDI)
- DELOITTE CONSULTING, S.L.U. (en adelante DELOITTE)
- MAZARS AUDITORES, S.L.P. y SCIENCE & INNOVATION LINK OFFICE, S.L., en participación conjunta
- ZABALA INNOVATION CONSULTING, S.A.

SEGUNDO.- Con fecha 11 de noviembre de 2022 la Mesa de Contratación procedió a la apertura del sobre A "Archivo electrónico con documentación sobre la persona licitadora" presentado por los licitadores, admitiendo a todos ellos tras su examen.

A continuación, abrió el sobre B "Archivo electrónico con la oferta cualitativa", encargando su valoración a las vocales técnicas de la propia Mesa de Contratación.

El 24 de noviembre se aprobó el informe técnico de valoración emitido, atribuyéndose las correspondientes puntuaciones y acordándose la exclusión de MAZARS AUDITORES, S.L.P. y SCIENCE & INNOVATION LINK OFFICE, S.L., por no superar el umbral mínimo de puntuación previsto en el apartado L.4 de las condiciones particulares del contrato.

Con fecha 25 de noviembre la Mesa de Contratación procedió a la apertura del sobre C "Archivo electrónico con criterios cuantificables mediante fórmulas", señalándose en el acta que "*Se comprueba que la oferta individual presentada por SIDI CONSULTORIA Y GESTION SLU supone una baja superior al 30% sobre el precio de licitación, en concreto, oferta una rebaja del 45% del precio de licitación. Considerando las vocales técnicas que es preciso que justifique esa bajada, así lo proponen a la mesa requerir a la citada licitadora para que justifique la viabilidad de su propuesta, de conformidad con lo previsto en el apartado L.3 del CCC*", razón por la que acordó "*Requerir a SIDI CONSULTORIA Y GESTION SLU para que, en un plazo de 5 días NATURALES, presente alegaciones y documentación a fin de justificar la viabilidad de su propuesta*".

Efectuado el correspondiente requerimiento por la Secretaria de la Mesa de Contratación, presentada la documentación justificativa de la viabilidad de la oferta económica y recabado el oportuno asesoramiento técnico, la Mesa de Contratación acordó el 15 de diciembre excluir a SIDI del procedimiento de licitación, al concluir que "*el documento aportado no justifica satisfactoriamente el precio propuesto, tal y como*

se detalla en el informe de valoración de baja temeraria que se incluye como Anexo a esta acta, (...)".

El 3 de enero de 2023 se formuló la propuesta de adjudicación del contrato a favor de DELOITTE.

TERCERO.- Con fecha 23 de enero, SIDI interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente al acuerdo de exclusión de su oferta de 15 de diciembre de 2022, alegando la nulidad del mismo por vulnerar el artículo 98.3 de la LFCP, en base a los siguientes motivos:

1ª. Señala que el requerimiento de justificación de la oferta anormalmente baja acordado por la Mesa de Contratación era de tipo "estereotipado", limitándose a requerir al licitador que "*presentase alegaciones y documentación a fin de justificar la viabilidad de su propuesta*", mientras que el requerimiento notificado por la Secretaria de dicho órgano era más amplio, requiriendo un nivel de detalle mucho mayor.

Considera contrario a derecho que la Secretaria ampliara el requerimiento más allá de lo acordado por la Mesa de Contratación, señalando que dicha actuación no se acomoda a la doctrina establecida por los órganos de recursos contractuales sobre el trámite de justificación de los precios ofertados, conforme a la cual no es necesario desglosar exhaustivamente la oferta, incluyendo todos sus componentes, sino que basta con que se expliquen las particularidades y ventajas que permiten a la empresa ejecutar el contrato por el precio ofrecido, como señala la Resolución 1002/2022, de 2 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

2ª. Respecto al informe de valoración que analiza la justificación de su oferta por ser considerada como anormalmente baja alega:

a) Que la decisión de exclusión de la Mesa es de 15 de diciembre, pero el informe justificativo de dicha decisión se encuentra firmado con fecha 19 de diciembre, circunstancia que considera incomprensible porque el proceder ordinario de toda

actuación administrativa es el inverso: primero se elabora un informe técnico y luego el órgano competente adopta una decisión en consecuencia. Señala que el efecto de esta alteración de los factores de decisión no puede ser soslayado.

b) Que dicho informe de valoración reconoce en su apartado primero que "*La empresa ha presentado toda la documentación requerida para la justificación de la oferta económica. En cuanto a los requisitos del convenio colectivo de aplicación, las tarifas aplicadas por la empresa como precio / hora cumplen, incluso superan ligeramente, los indicados en el convenio correspondiente*". Considera sorprendente, a la vista de esta afirmación, que la conclusión del informe sea la exclusión de la oferta, cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.3 de la LFCP y en el requerimiento de justificación cursado, la Mesa "*sólo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no justifiquen satisfactoriamente el precio o costes propuestos*".

3ª. Alega la indebida consideración de los siguientes parámetros de anormalidad de la oferta, que son diferentes de los consignados en el pliego de cláusulas administrativas particulares:

a) Horas de dedicación: señala que el cuadro de condiciones particulares del contrato dispone en su apartado L3, como criterio para la consideración de ofertas anormalmente bajas, el "*30 % de baja sobre el precio de licitación*", por lo que el criterio de anormalidad establecido en el pliego viene referido al precio de licitación, y no a ningún otro aspecto.

Sin embargo, señala que tanto el requerimiento enviado por la Secretaria, como el informe de valoración de la justificación, solicitan justificación sobre otros aspectos diferentes al precio, que son precisamente los que acaban fundamentando la exclusión de la oferta.

Así, en primer lugar, el informe técnico que analiza la justificación remitida por SIDI señala que *«…la empresa basa su bajada de precio en la disminución del número*

de horas totales dedicados al contrato y que el número de horas ofrecidas es de 5.468 horas. Sin embargo, el estudio económico realizado en el marco de este expediente como paso previo a la redacción de los pliegos y licitación (cont_servicios/2022/42) preveía la realización de un total de 12.144 horas para la totalidad el contrato. Incluso teniendo en cuenta la bajada esperada del 20%, las horas estimadas de trabajo según dicho estudio correspondería a 10.120,5 horas. Aceptando una bajada máxima del 30%, las horas globales supondrían 9.341,54 horas. Por lo tanto, la expectativa de horas de asistencia ofertadas se encuentra muy por debajo de lo esperado y de lo estimado como necesario…»

Alega que, por lo tanto, puede verse como el informe técnico se centra un parámetro de anormalidad, las horas de dedicación, que no es el señalado en el pliego, que se refiere al precio, lo cual contraviene tanto el pliego como el artículo 98.1 de la LFCP.

Señala, asimismo, que resulta sorprendente que este nuevo parámetro de anormalidad tome como referencia el estudio económico realizado como paso previo a la redacción de los pliegos, dado que dicho documento no ha sido publicado y era desconocido por los licitadores en el momento de elaborar sus ofertas.

Manifiesta que en ninguno de los documentos de la licitación publicados se alude a la expectativa u obligación de un mínimo de horas de dedicación.

Señala que sobre la cuestión de las dedicaciones el informe también indica que *«…del análisis pormenorizado del número de horas dedicadas a tareas concretas fácilmente cuantificables, referidas al inicio de la asistencia técnica y tareas generales del proyecto, el número de horas estimadas para dichas labores es sorprendentemente bajo. Por ejemplo, todas las reuniones de coordinación se presuponen de 1 hora de duración. En la reunión de lanzamiento, especifica que será "a priori telemática"; para el resto de reuniones no se especifica si serán presenciales o telemáticas. En todo caso, no prevé horas de desplazamiento del equipo técnico»...*

«…que según el desglose de horas presentadas para el "Asesoramiento general sobre todas las materias que comprenden el programa" recogido en el apartado 3.2. del Pliego de prescripciones técnicas, la empresa dedicará 172 horas para la duración total del contrato (2 años), según la información facilitada por la empresa sobre "Tareas generales":

"Incluye asistir, cuando así se le solicite, a las reuniones convocadas por el Ayuntamiento de Pamplona-Iruña, y participar en aquellas en las que le sea requerido referidas a las tareas de este apartado. Incluye asesoramiento y soporte general técnico sobre todas las diferentes áreas de conocimiento y líneas de actuación incluyendo la elaboración de 1 acta de reunión de las reuniones celebradas. Cabe decir que, en el desarrollo del resto de tareas, siempre habrá parte de asesoramiento y transferencia de conocimiento".

El número de horas totales dedicadas al asesoramiento es completamente incongruente con las necesidades técnicas plasmadas en el pliego técnico. Se estima imposible realizar esta tarea destinando un total de 172 horas durante los dos años de ejecución, aun cuando se destine parte de las horas de la fase de "Funcionamiento de la asistencia técnica" ya que, de hecho, según la información presentada se destina únicamente una media de 123,67 horas para la realización de todos los procedimientos de contratación en la fase de "Funcionamiento de la asistencia técnica", la cual engloba las siguientes tareas: el análisis del punto de partida, planificación del trabajo y asesoramiento, diseño del modelo de seguimiento y control, desarrollo de consultas de mercado cuando proceda, desarrollo de las licitaciones, apoyo a la tramitación y adjudicación, apoyo a la formalización de los contratos, checklist de cumplimiento de los principios de gestión del PSTD, seguimiento y control de los hitos, apoyo a incidencias contractuales, seguimiento de indicadores del plan, reporte herramienta COFFEE, justificación de los fondos: recopilación de información y cumplimentar modelos oficiales; adecuación de memorias de trabajo y subida de documentación y subsanaciones); por lo que se entiende que el número de horas presentado es fruto de la eficiencia de la empresa en un modelo de trabajo estandarizado, pero no personalizado y adaptado a las necesidades del Ayuntamiento de Pamplona….»

«….que el número de horas del personal especializado en turismo es de 510 horas de dedicación para todo el contrato. De nuevo se considera manifiestamente insuficiente para el asesoramiento técnico requerido en el pliego. De esta cifra se deduce que la empresa ha puesto el énfasis en el apoyo en la gestión de licitaciones y contrataciones (apartado 3.3. del Pliego técnico), sin tener en cuenta la necesidad de asesoramiento continuo en materia turística que se deriva de un proyecto turístico de esta magnitud…»

Reitera que el argumento utilizado para rechazar la justificación de la oferta, basado en una diferente consideración de las horas necesarias para la ejecución del contrato, resulta totalmente incongruente con la configuración del precio del contrato realizada por el propio órgano de contratación, que es el de tanto alzado. Por lo tanto, fijado el presupuesto del contrato a tanto alzado y no por precios unitarios (precio/hora), el parámetro "hora necesaria" para la ejecución del contrato es absolutamente subjetivo, siendo incierto el alcance y extensión de los servicios.

Manifiesta que es absurdo que los servicios del órgano de contratación establezcan ahora una expectativa del número de horas de trabajo, dado que las horas necesarias dependen de los recursos puestos a disposición por el contratista, según la organización libremente decidida, y, mucho más, que la frustración de dicha expectativa se torne en el argumento decisivo de la exclusión de la oferta.

Concluye que los pliegos no establecen una dedicación mínima en horas, ni asignan una duración mínima a cada tarea, ni el parámetro de anormalidad de la oferta establecido en el pliego va referido a las horas de dedicación, de tal forma que excede del ámbito de la discrecionalidad de la Mesa de Contratación que la frustración de su expectativa de horas de asistencia fundamente la exclusión de la oferta.

b) Procedimientos o contratos a gestionar: indica que cabe aplicar el mismo razonamiento que en el apartado anterior, así como que el informe técnico de valoración señala *«….la empresa estima un total de 33 procedimientos de contratación, y no ha*

tenido en cuenta que algunos de ellos se licitarán por lotes, por lo que el número de contratos a gestionar es de 38, y no a 33 como establece la empresa. El desarrollo de contratos licitados en lotes implica menos licitaciones, pero no hay que olvidar que de todos ellos se desprenden documentación para justificar, asesoramiento, el cumplimiento de los requisitos del PSTD y en general el desarrollo de todas las tareas definidas en la fase de "Funcionamiento de la asistencia técnica".»

Alega, a este respecto, que el hecho de que sean 38 contratos en lugar de 33 porque algunos se subdividen en lotes en modo alguno afecta a la viabilidad de los precios ofrecidos.

Reitera que, fijado el precio del contrato a tanto alzado y no por precios unitarios, en este caso "precio/procedimiento o contrato", este parámetro es absolutamente subjetivo, y el alcance y extensión de los servicios a prestar vuelve a ser incierto. Manifiesta que es absurdo que se haga recaer ahora sobre un número determinado de procedimientos o de contratos la viabilidad del precio del contrato, porque cada uno de estos requerirán más o menos trabajo en atención a su alcance y complejidad.

Concluye a este respecto que, si el órgano de contratación no ha vinculado la presunción de anormalidad al número de procedimientos o contratos a tramitar, excede del ámbito de discrecionalidad técnica utilizarlos *ex novo* durante el trámite de justificación de la oferta para concluir su inviabilidad.

4ª. Alega la realización de improcedentes consideraciones sobre la experiencia previa de SIDI con el Ayuntamiento de Pamplona en el trámite de valoración de la justificación de los valores anormales del precio.

Señala que el informe de valoración de la justificación de su oferta indica que *«…la empresa justifica adecuadamente la bajada de horas gracias a la experiencia previa y la disposición de soluciones técnicas que permiten optimizar procesos clave tales como los documentos semilla y plantillas, aplicable a los procedimientos de las*

licitaciones. Sin embargo, no se tiene en cuenta que toda la documentación "semilla" deberá ser adaptada a la normativa foral aplicable, distinta de la normativa estatal. SIDI no ha informado que tenga experiencia previa en la realización de trabajos en Navarra y no ha trabajado previamente con el Ayuntamiento de Pamplona, por lo que se entiende no posee el conocimiento previo ni de la normativa foral relativa a los fondos Next o si lo posee, no parece que disponga de los documentos semilla suficientemente adaptados a la normativa foral ni a la instrucción municipal de tramitación redactada expresamente para la gestión de estos fondos. ...»

Alega el reclamante que no pueden compartirse dichas afirmaciones respecto a que no se ha tenido en cuenta la necesidad de adaptación de los "documentos semilla" o documentos tipo de los diferentes expedientes, siendo así que SIDI sí ha tenido en cuenta dicha necesidad de adaptación. Señala que, además, existe documentación de partida reutilizable que facilita esta tarea, de hecho, los modelos de pliegos administrativos a utilizar se encuentran disponibles en la página web del Ayuntamiento de Pamplona, de modo que la actualización únicamente es necesaria para incluir las especialidades que incorpora la normativa reguladora del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, algo que SIDI ya ha realizado en el marco de expedientes similares.

Señala que, contrariamente a lo que se indica en el informe, las especialidades derivadas de la financiación de los contratos con fondos procedentes de dicho Plan no traen causa de la "Instrucción municipal de tramitación redactada expresamente para la gestión de estos fondos", sino de la normativa europea y estatal que los regula, siendo así que la adaptación de documentación que obra en los expedientes administrativos de contratación a estas normas ya ha sido realizada en varias ocasiones por SIDI, por lo que puede realizar la misma tarea respecto de los expedientes del Ayuntamiento de Pamplona con mayor celeridad y eficiencia que otras empresas y, en consecuencia, dedicar menos tiempo a su realización.

Alega que también sorprende la afirmación de que SIDI "*no ha trabajado previamente con el Ayuntamiento de Pamplona, por lo que se entiende no posee el*

conocimiento previo ni de la normativa foral relativa a los fondos Next", señalando que es radicalmente contraria a los principios de igualdad de trato y prohibición de discriminación que recoge la normativa foral y europea de contratos públicos.

5ª. Alega que el informe técnico no acredita la inviabilidad económica de los precios ofertados.

Señala que el informe de valoración de la justificación de la baja concluye proponiendo «*la exclusión de dicha empresa - SIDI- considerando que la aclaración presentada es incoherente con las prescripciones del pliego técnico y, por lo tanto, incumple las expectativas respecto al acompañamiento permanente solicitado en el marco de este contrato y no garantiza la correcta ejecución de este según lo requerido en el pliego de condiciones*».

Manifiesta que extraña la conclusión alcanzada, en primer lugar, por cuanto resulta impropio de este trámite fundar la exclusión en el incumplimiento de las expectativas y no en circunstancias objetivas, excediéndose así los límites de la discrecionalidad técnica de que goza la Administración.

Igualmente, señala que resulta extraño que se fundamente la exclusión en la "incoherencia" de la oferta con las prescripciones técnicas, cuando el informe no señala incumplimiento alguno de estas.

Alega que el informe técnico que sustenta la decisión de exclusión no ofrece razones suficientes para su adopción, ni explica de ningún modo que el servicio no pueda realizarse por el precio ofertado, no desacreditando la justificación aportada y careciendo, así, del plus de motivación exigible.

Concluye señalando que el criterio de adjudicación relativo al precio tiene una ponderación de 40 puntos, por lo que no parece admisible que la exclusión de un licitador, inducido por el propio órgano de contratación a realizar una baja para obtener puntos, se fundamente en consideraciones meramente subjetivas como las que se

incluyen en el informe de valoración de la baja, relativas a la frustración de las expectativas respecto a las horas de servicio a dedicar.

6ª. Consideraciones impertinentes en el trámite de valoración de la justificación de los valores anormales del precio.

Señala que, finalmente, han de ponerse de manifiesto lo que a su juicio constituyen impertinentes consideraciones vertidas en el informe técnico, que se apartan del puro análisis del precio o costes sobre el que versa el trámite a que se refiere el artículo 98 de la LFCP, tales como (1) la "*complejidad del proyecto y la probabilidad de que se produzcan modificaciones*", (2) "*la estructura del equipo humano del propio Servicio de Turismo del Ayuntamiento de Pamplona (conformado por 3 técnicos)*", o que (3) "*conocer desde el punto de partida del contrato, que la dedicación de horas adicionales necesarias para resolver estas situaciones iría a costa del beneficio industrial de la licitadora, no augura una relación fluida de trabajo entre las partes*". Alega que son consideraciones subjetivas, ajenas a los costes, sobre las que nada se puede argumentar desde el punto de vista jurídico.

Atendiendo a todo lo expuesto, solicita que se acuerde el mantenimiento de la suspensión de la tramitación del procedimiento hasta que se resuelva la reclamación, que se estime la misma anulando el acuerdo por el que se excluye su oferta y se acuerde la retroacción de actuaciones con la readmisión de esta al momento de clasificación de las ofertas, debiendo ser clasificada aplicando los criterios de adjudicación señalados en el pliego.

CUARTO.- Con fecha 25 de enero el órgano de contratación aportó el correspondiente expediente, así como un escrito de alegaciones, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP, manifestando lo siguiente:

1ª. Que el reclamante impugna un acuerdo de la Mesa de Contratación que no ha sido notificado, sino "subido" a PLENA únicamente a efectos de transparencia en la

contratación, razón por la que no se da el pie de recursos que es obligatorio en las notificaciones.

Considera, con cita en la sentencia de 24 de octubre de 2018 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que sólo a partir de la notificación comienza a surtir efecto el acto administrativo y el plazo para su impugnación.

Asimismo, señala que conforme al artículo 124.2.b) de la LFCP, el plazo para interponer la reclamación especial es de diez días a contar desde "*El día siguiente al de la notificación del acto impugnado cuando se recurren los actos de tramitación y de adjudicación por parte de quienes hayan licitado*", por lo que se ha vulnerado dicho precepto y, en consecuencia, la reclamación debe ser inadmitida.

2ª. Respecto a que el informe técnico de valoración ha sido firmado en fecha posterior a la reunión de la Mesa de Contratación, señala que dicha circunstancia no constituye error o defecto que provoque nulidad o anulabilidad alguna. Considera que lo esencial es que en la reunión de la Mesa de Contratación del día 15 de diciembre de 2022 las técnicas firmantes explicaron el informe y la Mesa de Contratación lo hizo suyo, formando parte del acta, que fue firmada entre los días 20 y 21 de diciembre, mientras que el informe fue firmado el día 19 de dicho mes.

3ª. Sobre la indebida consideración de parámetros de anormalidad diferentes de los consignados en el pliego, como son las horas de dedicación, aduce que no hay obligación de publicar en PLENA o en el Portal de Contratación de Navarra otros documentos que los exigidos por la ley foral, entre los que no se encuentran ni el informe de necesidad ni la estimación de costes, si bien el reclamante sí tuvo ocasión de acceder a dicha documentación para preparar su oferta y la reclamación especial.

Señala que para el cálculo del precio del contrato se ha tomado como referencia, según el informe técnico de necesidad de contratación, el convenio de oficinas y despachos de Navarra vigente en el año 2022, que supondría la contratación de una persona del grupo profesional 1 y otra del grupo profesional 2, con una dedicación del

100% de su actividad, con apoyo puntual de otro técnico del grupo profesional 1 con una dedicación al 25% de su tiempo y de otra persona del grupo profesional 2 al 9% de su jornada. Y, ello, porque el objetivo de esta contratación es contar con un equipo técnico especialista en la gestión, implantación, desarrollo y coordinación de proyectos, por lo que deben calcularse los costes laborales, y, trasladando las horas de dedicación que se determinan para cada uno de los componentes del equipo, se hizo un estudio de costes, resultando el valor o precio de la contratación.

Manifiesta que el apartado L.3 de las condiciones particulares del contrato establece como parámetro para apreciar la presunción de anormalidad que la oferta económica suponga una baja del 30% sobre el precio de licitación del contrato, lo que consta en el requerimiento realizado al reclamante, junto con las indicaciones de cómo realizar dicha justificación por remisión al artículo 98 de la LFCP y al apartado 7 del pliego regulador.

Considera, por tanto, que el requerimiento sí indica de forma clara y determinada qué datos o información concreta necesita ser justificada: el precio o costes propuestos y el cumplimiento de las condiciones establecidas por el último convenio colectivo sectorial del ámbito más inferior existente de aplicación en el sector en el que se encuadre la actividad a contratar, viniendo dados los medios para justificarlo por el artículo 98 de la LFCP. Señala que, por ello, la licitadora supo en todo momento qué se le pedía y cómo debía justificar la viabilidad de su oferta, con referencia a los aspectos que ya concreta la norma y el propio pliego.

Alega que tanto el informe económico solicitado, como el informe técnico sobre el requerimiento de justificación de la oferta anormalmente baja, concluyen que la reducción del precio se ha conseguido por reducción del número de horas previstas de prestación, y no por ahorros de coste, resultando incoherente con las prescripciones técnicas y no garantizando la correcta ejecución del contrato según lo requerido en el pliego de condiciones, al resultar manifiestamente insuficiente para la realización de las prestaciones del contrato.

Asimismo, señala que podría considerarse que existe una modificación de la oferta presentada, ya que en el desglose económico de la misma incluye los costes directos, los indirectos y el beneficio industrial, pero en la justificación de la misma ofrecer minorar e incluso renunciar al beneficio industrial.

Concluye que el informe técnico de valoración de la justificación de la oferta se encuentra debidamente motivado, recogiendo argumentos fundados y precisos, reuniendo el carácter reforzado exigible por la doctrina para desmontar las justificaciones del licitador respecto de la viabilidad de su oferta, no apreciándose en el informe error patente, discriminación o arbitrariedad.

4ª. En relación con la justificación basada en su experiencia previa, considera aplicable la doctrina recogida por la Resolución 559/2021, de 14 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que indica "*Todo ello sin que la solvencia de la empresa sirva como justificación de que una oferta anormalmente baja resulta viable. Sin necesidad de entrar al detalle de la cuestión, la solvencia de la empresa constituye un requisito de aptitud para contratar con el sector público, pero no acredita por sí misma la viabilidad de una proposición incursa en presunción de anormalidad. De ser así, el trámite del artículo 149 LCSP resultaría superfluo en la medida en que todas las empresas admitidas a participar en la licitación son suficientemente solventes en relación con el objeto del contrato*".

Atendiendo a lo expuesto, solicita la desestimación de la reclamación especial interpuesta.

QUINTO.- El 26 de enero se dio traslado de la reclamación a las demás personas interesadas para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, no habiéndose presentado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra, siendo susceptibles de impugnación los actos de trámite o definitivos que excluyan a los licitadores o perjudiquen sus expectativas, conforme al artículo 122.2 de dicha ley foral.

SEGUNDO. - La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo o legítimo, cumpliendo con ello el requisito establecido en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

TERCERO. - La reclamación se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

CUARTO. - Procede seguidamente examinar si la reclamación ha sido interpuesta dentro del plazo legalmente previsto en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP, plazo que es cuestionado por el órgano de contratación que plantea la concurrencia de causa de inadmisión puesto que el acto de exclusión que se impugna todavía no ha sido debidamente notificado, habiendo tenido conocimiento el reclamante de la exclusión de su oferta, y del informe que lo justifica, a través de PLENA.

Se alega en este sentido que dicha publicación se produjo por transparencia, pero que sólo a partir de la notificación comienza a surtir efecto el acto administrativo y el plazo para impugnar conforme dispone el artículo 124.2.b) de la LFCP, siendo el plazo de diez días a contar desde "*El día siguiente al de la notificación del acto impugnado cuando se recurran los actos de tramitación y de adjudicación por parte de quienes hayan licitado*", considerando por tanto vulnerado dicho precepto y en consecuencia, la reclamación debe ser inadmitida.

Debemos recordar que la exclusión de las ofertas es considerada un acto de trámite cualificado que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, y por tanto susceptible de reclamación especial, pudiendo hacerlo mediante su impugnación

autónoma frente al propio acto de exclusión o mediante reclamación dirigida contra el acto de adjudicación. Pues bien, en el presente caso se trata de analizar si el conocimiento de la exclusión de la oferta de un licitador a través de la plataforma de licitación electrónica (PLENA) puede considerarse un acto susceptible de reclamación, teniendo en cuenta además que su conocimiento se acompaña del informe que motiva su exclusión.

Al respecto hay que traer a colación lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón nº 153/2010, de 17 de marzo, donde se indica que: "*(...) es cierto que el recurso de reposición se interpuso anticipadamente, debe señalarse que es reiterada la doctrina jurisprudencial -referida al recurso contencioso-administrativo, pero que es aplicable, mutatis mutandis, al recurso de reposición- que sostiene que la interposición anticipada de un recurso es un defecto subsanable si transcurre el plazo establecido, y ello atendido el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico, reiteradamente proclamado tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, el cual impone que las normas relativas al ejercicio de los derechos fundamentales hayan de ser interpretadas en el sentido más favorable a la efectividad de tales derechos. Por ello, aplicado la referida doctrina al caso enjuiciado resulta preciso rechazar la inadmisibilidad que se confirma en la resolución recurrida*."

De igual modo, este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre un supuesto similar en nuestro Acuerdo 64/2020, de 4 de agosto donde manifestamos que siendo cierto que el "dies a quo" para interponer una reclamación contra la exclusión de la oferta de un licitador será el día siguiente al de su notificación, también lo es que cabe interponer la reclamación desde que el reclamante conoció su exclusión y los motivos que la sustentaban, como ocurre en el supuesto que ahora analizamos, por lo que no cabe atender a la pretensión del órgano de licitación quien al informar a través de Plena debe asumir las consecuencias de su publicación sin que pueda esgrimir en su beneficio la inadmisión de la presente reclamación debiendo tener los efectos de una notificación defectuosa según la cual surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o

acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda (art. 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

En consecuencia, procede la admisión de la reclamación especial interpuesta.

QUINTO.- La reclamación especial interpuesta hace referencia a un contrato financiado con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, por lo que aquella tiene carácter urgente y goza de preferencia en su tramitación, conforme a lo previsto en el artículo 58.2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

SEXTO.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas, este Tribunal debe pronunciarse sobre la petición formulada por la reclamante relativa a la suspensión cautelar del procedimiento de contratación hasta la resolución de la presente reclamación.

Al respecto, cabe señalar que la LFCP, modificada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, prevé dicha suspensión de forma automática por la mera interposición de la reclamación; disponiendo en su artículo 124.4 que *La impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, acuerdo marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada.*

Por su parte, el artículo 125 del mismo cuerpo legal, en el que se regulan las medidas cautelares, señala en su apartado 1º que *Los interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público podrán solicitar del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en los plazos señalados en el artículo anterior, la adopción de medidas cautelares para corregir la infracción alegada o para impedir*

que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas la suspensión del procedimiento o de cualquier decisión adoptada en el seno del mismo, siempre y cuando, en los citados casos, no se produzca la suspensión automática del acto impugnado prevista en el artículo 124.4 de esta ley foral.

Por último, el apartado 3º del mismo precepto prevé que *El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra recabará de la entidad afectada el expediente administrativo o la documentación del contrato. El órgano de contratación dispondrá de dos días hábiles para presentarlo y para efectuar las alegaciones que considere oportunas. Transcurrido dicho plazo, se haya aportado o no la documentación requerida, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra resolverá motivadamente, en el plazo de cinco días hábiles. Finalizado dicho plazo sin que se haya notificado la resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud, salvo que se haya solicitado la suspensión de un acto o del procedimiento de licitación, en cuyo caso la falta de notificación en plazo tendrá carácter estimatorio de la solicitud de suspensión.*

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la suspensión automática de los actos de trámite, del acto de adjudicación, de un acuerdo marco o del encargo a un ente instrumental cuando se presente una reclamación especial en materia de contratación pública contra dichos actos.

Por lo tanto, con la interposición de la reclamación se produce la suspensión automática del acto impugnado y, con ella, la del propio procedimiento de contratación, sin que resulte necesario realizar un pronunciamiento respecto a la petición realizada por la reclamante.

SÉPTIMO.- Entrando ya al análisis de las cuestiones de fondo planteadas por el reclamante, se alega la nulidad del acuerdo de exclusión de su oferta por vulnerar el artículo 98.3 de la LFCP, en base a diversos motivos que han sido detallados en los Antecedentes de Hecho a los cuales nos remitimos y que examinaremos de forma individualizada.

El primer motivo que se esgrime se refiere al requerimiento de justificación de la oferta anormalmente baja acordado por la Mesa de Contratación que considera "estereotipado", mientras que el notificado por la Secretaria de la Mesa de Contratación es de contenido más amplio, requiriendo un nivel de detalle mucho mayor que el acordado por aquella.

Al respecto, sobre la especificidad del requerimiento al licitador para que justifique su oferta anormalmente baja, ya nos manifestamos en nuestro Acuerdo 67/2022, de 23 de junio señalando que no tiene cabida un requerimiento genérico que se limite a reproducir la LFCP, teniendo el poder adjudicador la obligación de formular claramente la petición dirigida a los candidatos afectados para que éstos puedan justificar plena y oportunamente la seriedad de sus ofertas:

"*la STJUE de 27 de noviembre de 2001 (asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99. ECLI:EU:C:2001:640) señala que la identificación de una oferta desproporcionada exige al poder adjudicador que solicite por escrito las (...) precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que le hayan hecho albergar dudas y valore después dicha oferta a la luz de las justificaciones facilitadas por el licitador afectado en respuesta a la referida petición, y que es necesario que (...) cada licitador sospechoso de haber presentado una oferta anormalmente baja disponga de la facultad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes de su oferta en un momento –que necesariamente ha de ser posterior a la apertura de todas las plicas– en el que tenga conocimiento no sólo del umbral de anomalía aplicable a la correspondiente licitación y del hecho de que su oferta haya perecido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora.*

En sentido análogo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de diciembre de 2019, recuerda que la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto SAG ELV Slovensko a.s., C-599/10 (TJCE 2012, 75), apartados 31 y 32, recuerda que el efecto útil del artículo 55, apartado 1, de la Directiva 2004/18 (LCEur 2004, 1837, 3331 y LCEur 2005, 2862) exige que recaiga en el poder adjudicador la obligación de formular

claramente la petición dirigida a los candidatos afectados para que éstos puedan justificar plena y oportunamente la seriedad de sus ofertas, aunque incumbe exclusivamente al juez nacional verificar, teniendo en cuenta todos los documentos que figuran en autos, si la petición de aclaraciones permitió que los candidatos afectados explicaran suficientemente la composición de su oferta. Concreción que no podemos apreciar en nuestro caso, pues se remitió a la reclamante un requerimiento genérico, que se limita a reproducir los apartados a) a d) del artículo 98.2 LFCP relativos a algunas de las cuestiones a que podrá referirse la justificación de la oferta; si bien como indicamos entre otros en nuestro Acuerdo 97/2021, de 29 de septiembre, de ello no cabe, cuando menos de antemano, apreciar infracción alguna, pues si bien la suficiencia de la información ofrecida por el licitador debe analizarse a la vista de lo solicitado en el requerimiento por el órgano de contratación, de tal modo que si este considera imprescindible que se justifique un determinado aspecto de la oferta necesariamente lo ha de indicar en su requerimiento, la falta de concreción de éste supone que, "a priori", puedan admitirse las explicaciones que se refieran a cualquier extremo de la oferta dirigidas a justificar su capacidad para ejecutar el contrato y la posibilidad de solicitar aclaraciones respecto a la justificación presentada sin que se vea afectado por ello el principio de igualdad de trato."

Resultando de lo expuesto que el requerimiento efectuado por la Secretaria de la Mesa se acomoda a dicha doctrina y resulta adecuado, dicho lo cual procede seguidamente analizar su validez puesto que el reclamante, si bien reconoce de su existencia, cuestiona su contenido, defendiendo que el requerimiento correcto es el genérico y no el específico realizado por la Secretaria que considera excede de la decisión de la Mesa que acordó "*Requerir a SIDI CONSULTORIA Y GESTION SLU para que, en un plazo de 5 días NATURALES, presente alegaciones y documentación a fin de justificar la viabilidad de su propuesta*".

Pues bien, no podemos obviar que el requerimiento que le fue notificado fue el denominado específico, y en base al mismo presentó la justificación de su oferta incursa en anormalidad, sin ser entonces cuestionada, y es tras su exclusión cuando apela a la doctrina que esgrime en trámite de reclamación, si bien como hemos visto resulta

improcedente puesto que resulta ajustado que en el requerimiento se determinen los aspectos de la oferta que necesariamente se deben justificar.

En cuanto a la disparidad de contenidos entre el requerimiento notificado y el contenido del acta, debemos recordar que conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público "*Corresponderá al Secretario velar por la legalidad formal y material de las actuaciones del órgano colegiado, certificar las actuaciones del mismo y garantizar que los procedimientos y reglas de constitución y adopción de acuerdos son respetadas*", resultando por tanto ajustada la actuación de la Secretaria de la Mesa de Contratación sin que pueda considerarse que se haya excedido de sus funciones al desarrollar el requerimiento de justificación, que por otra parte no es cuestionado en ningún momento por el resto de miembros de la mesa de contratación, por lo que debe entenderse que la Secretaria, en el ejercicio de sus funciones redacta un requerimiento concreto ante el mandato de la Mesa. Razones por las que procede desestimar esta alegación.

El segundo de los motivos alegados se refiere al informe de valoración que analiza la justificación de su oferta considerada como anormalmente baja, manifiesta el reclamante al respecto que la decisión de exclusión de la Mesa es de 15 de diciembre, cuando el informe justificativo de dicha decisión se encuentra firmado en fecha 19 de diciembre.

Efectivamente, tal y como indica la Resolución nº 711/2018, de 27 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2004, los informes técnicos que sirven de fundamento a las decisiones de la Mesa de Contratación deben ser anteriores a dicha decisión: "*Esos Informes Técnicos cumplen, pues, una función de asesoramiento que está destinada a contribuir a formar la voluntad que debe plasmarse en el acto de adjudicación, ofreciendo a los órganos administrativos que intervienen en la adopción de esa decisión unos conocimientos especializados que no poseen y les son imprescindibles. Por todo lo cual, lo relevante para apreciar la validez de esos*

Informes Técnicos será constatar si fueron emitidos en términos que permitan comprobar que cumplieron esa función de asesoramiento técnico que les correspondía. Y la respuesta habrá de ser afirmativa para esa validez cuando el tan repetido Informe Técnico haya sido emitido con anterioridad a la actuación de los órganos que habían de considerarlo para su decisión respectiva".

Sin embargo, la constatación de la fecha de firma del informe técnico con posterioridad a la decisión de la Mesa no conlleva necesariamente su anulación, puesto que lo relevante no es la fecha de la firma sino que efectivamente el informe técnico se haya emitido con anterioridad a la actuación de la Mesa y a la decisión adoptada, sirviéndole de fundamento para su adopción. En este sentido la citada Sentencia del Tribunal Supremo señala:

"*Esa primera razón invoca, en relación al Informe Técnico que fue elaborado por la consultora Inse Rail, SA, que son de advertir dos fechas (una primera de diciembre de 1999 y otra de 6 de marzo) porque así resulta de los documentos relativos a ese informe que obran en el expediente administrativo y en el ramo de prueba del presente proceso. Y a partir de ese dato de las dualidad de fechas la parte recurrente hace deducciones sobre posibles indicios de falsedad, o sobre una posible manipulación de la Mesa para que un inicial informe elaborado fuese alterado.*

Ese dato de las fechas ya hay que decir que, respecto de lo que se discute en el actual proceso, es totalmente irrelevante. Lo decisivo en este aspecto de las fechas es que ese Informe Técnico haya sido emitido con anterioridad a la actuación de la Mesa y a la decisión del Consejo de Ministros, y que una y otro hayan podido servirse de él para elaborar su propuesta y decidir la adjudicación. Y así ha sucedido en el caso aquí enjuiciado.

Por otra parte, las presentes actuaciones no permiten compartir esas conjeturas de graves irregularidades, incluso de carácter penal, que hace la parte recurrente. La Abogacía del Estado ya ofrece una explicación sobre los hechos determinantes de la existencia de esas fechas distintas, los cuales no revelan ningún incumplimiento

sustancial de lo establecido en el contrato de consultoría, ni por sí solos justifican la grave alarma de eventuales infracciones penales que manifiesta la sociedad recurrente. Y todavía se podría pensar en otras circunstancias capaces de producir esas diferentes fechas sin que ello deba comportar una necesaria infracción penal (el informe fue contratado por la Secretaría General de Comunicaciones para ser utilizado por la Mesa de Contratación, por lo que no parece inverosímil que hubiera habido dos sucesivas entregas a uno y otro órgano)."

Tras lo señalado nada de lo expuesto por el reclamante corrobora que se haya invertido el orden lógico de sucesión de los hechos, puesto que lo verdaderamente relevante, como pone de manifiesto el órgano de contratación, es que la reunión de la Mesa de Contratación, como figura en el acta nº4, se celebró el día 15 de diciembre de 2022 a las 12 horas, y en la que se concluye "*que el documento aportado no justifica satisfactoriamente el precio propuesto, tal y como se detalla en el informe de valoración de baja temeraria que se incluye como Anexo*" al acta, rechazando por tanto la oferta de la reclamante, acta e informe que si bien fueron firmados con posterioridad a la fecha de la reunión, dejan constancia de su celebración con anterioridad a la decisión de exclusión de la Mesa de 15 de diciembre que se puso de manifiesto recordemos a través del portal de licitación electrónica. Razones por las que procede desestimar esta alegación.

En relación también con el informe de valoración se manifiesta por el reclamante que los precios considerados en su oferta son correctos. Alega al respecto que el propio informe técnico indica que "*La empresa ha presentado toda la documentación requerida para la justificación de la oferta económica. En cuanto a los requisitos del convenio colectivo de aplicación, las tarifas aplicadas por la empresa como precio / hora cumplen, incluso superan ligeramente, los indicados en el convenio correspondiente (...)*", considerando que dicho reconocimiento contraviene la decisión de exclusión, que sólo puede adoptarse cuando los documentos aportados no justifiquen satisfactoriamente el precio o costes propuestos.

Debemos igualmente desestimar tal argumentación que se limita a trasladar de manera sesgada e interesada una parte del informe emitido, obviando la totalidad de su

contenido que tras cinco páginas concluye proponiendo "*la exclusión de dicha empresa considerando que la aclaración presentada es incoherente con las prescripciones del pliego técnico y, por lo tanto, incumple las expectativas respecto al acompañamiento permanente solicitado en el marco de este contrato y no garantiza la correcta ejecución de este según lo requerido en el pliego de condiciones*." Teniendo en cuenta además que como se requirió en la justificación de la anormalidad de la oferta, el ajuste del precio/hora ofertado a lo previsto en el convenio colectivo era uno de los aspectos junto a otros que igualmente se detallaban, por lo que el cumplimiento de uno de dichos aspectos no demuestra necesariamente la viabilidad de la totalidad de su oferta.

El tercero de los motivos de alegación se refiere a la indebida consideración de parámetros de anormalidad que resultan diferentes a los consignados en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en concreto alude a las horas de dedicación y a los procedimientos o contratos a gestionar.

En relación con las horas de dedicación el reclamante alega que el criterio de anormalidad establecido en el pliego es del 30% de baja sobre el precio de licitación, por lo que ese es el parámetro al que debe atenerse el órgano de contratación y no a ningún otro, como las horas de dedicación a que alude el informe de valoración, en base al cual resulta excluido. Señala, a este respecto, que no puede oponérsele un número de horas previsto (12.144) en un informe económico que no fue objeto de publicación.

Con carácter previo debemos recordar que el artículo 98.2 de la LFCP recoge un listado de *numerus apertus* de posibles cuestiones a las que puede referirse la justificación de la oferta y por tanto, cabría el cuestionamiento del número de horas de dedicación al contrato por parte del órgano de contratación.

Hecha la anterior precisión procede analizar si el número de horas al que hace referencia el órgano de contratación como horas estimadas o "*expectativa de horas de asistencia ofertadas*" sirven de parámetro para afirmar que la oferta es anormalmente baja, las cuales además-como así se reconoce- no se encuentran previstas ni en el pliego, ni en ningún documento publicado, y que resultan, según parece, de multiplicar la

dedicación de jornada exigida para cada categoría profesional por el número de horas de trabajo según el convenio aplicable, multiplicando a su vez la cifra resultante por tres, dado que el convenio en el que se basa la financiación del contrato establece un plazo de ejecución del proyecto de tres años, tal y como señala la cláusula 5 del pliego técnico, si bien el propio informe técnico de necesidad del contrato advierte que "*Técnicamente tiene gran dificultad establecer el número de horas y dedicación del personal al proyecto debido a la diversidad de actuaciones y materias para las cuales se solicita el asesoramiento*".

Con carácter previo debemos traer a colación nuestro Acuerdo 67/2022, de 23 de junio: "*Así las cosas, en el presente supuesto la razón fundamental por la que se rechaza la oferta es que con el número de horas de dedicación indicado en la justificación no se va a poder realizar adecuadamente todas las tareas que exige el punto 3 de Prescripciones Técnicas del Pliego para la plantilla con la que cuenta la Fundación. Sin embargo, ninguna cláusula del pliego señala un número mínimo, ni siquiera una estimación, de las horas precisas para la ejecución de las prestaciones contratadas. (...).*

De este modo, no exigiendo el pliego un número de horas anuales, y siendo dicho documento contractual el término con el que comparar la justificación aportada para verificar la posibilidad o no de que con la oferta realizada se cumpla el contrato, tal parámetro no puede servir ahora, como apunta la reclamante, para afirmar que la oferta es anormalmente baja por este motivo y mucho menos para sostener, sin mayor razonamiento, que las horas estimadas por el licitador impiden una correcta ejecución del contrato determinante de su exclusión pues lo cierto es que tal afirmación aparece en el informe huérfana de toda justificación, no explicándose el número de horas y las razones, que a juicio del órgano de contratación son necesarias para una correcta ejecución del contrato y tampoco las concretas razones por las que las horas de dedicación del personal ofertado por la reclamante son insuficientes; circunstancias que, como decimos, nos llevan a apreciar un error en el análisis que sobre este extremo se ha realizado de la justificación aportada y, por ende también, en la conclusión alcanzada relativa a que la oferta no resulta viable por este concreto motivo."

Asimismo, la Resolución nº 25/2018, de 12 de febrero del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias señala que "*el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. En efecto, del art. 145.1 del TRLCSP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, es por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación. (...).*

(...) sólo se producirá la exclusión de la misma cuando el incumplimiento del PPT sea expreso (no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el PPT) y claro (debe referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el PPT y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos)".

Partiendo de lo expuesto resulta evidente la ausencia de previsión alguna en el pliego de un mínimo de horas de prestación del contrato por debajo del cual la ejecución de este resulte inviable, como así lo reconoce también el órgano de contratación, siendo además el motivo de la exclusión, como así se concluye en el informe económico solicitado en virtud de lo dispuesto en el artículo 98.3 LFCP, como en el informe técnico tras el requerimiento de la oferta anormalmente baja, puesto que "*la reducción del precio se ha conseguido por reducción del número de horas previstas de prestación, y no por ahorros de coste, resultando incoherente con las prescripciones del pliego técnico al resultar y no garantizando la correcta ejecución del contrato según lo requerido en el pliego de condiciones al resultar manifiestamente insuficiente para la realización de las prestaciones del contrato.*"

Pues bien, este Tribunal debe estimar el motivo aludido tras constatar que el pliego no establece un número de horas mínimo para la prestación, y siendo el pliego la

ley del contrato a la que sujetarse, no puede pretenderse ahora comparar la justificación de la oferta incursa en anormalidad con las horas mínimas que no han sido exigidas, por lo que tal parámetro no puede servir para afirmar que la oferta sea anormalmente baja por este motivo, sosteniendo que las horas estimadas por el licitador impidan una correcta ejecución del contrato que determina su exclusión.

No existe en el pliego previsión alguna al respecto, así en la cláusula 3 del pliego técnico titulada "3. Actuaciones y entregables", donde se establecen las actuaciones que comprende el trabajo objeto del contrato y se detalla la documentación entregable desarrollo de dicho trabajo, no se contiene mención alguna al número mínimo o exigible de horas. No es sino hasta la fase de valoración de la viabilidad de la oferta económica del reclamante cuando se alude al número de horas "esperadas" o "estimadas", como así consta tanto en el informe económico como en el técnico, donde valoran la viabilidad de la oferta económica tomando como referencia las 12.144 horas previstas, según manifiestan, en un informe económico de fecha 14 de marzo de 2022 que, según indican, detalla la estimación de dedicación de distintos perfiles profesionales, sus salarios y horas anuales totales para ejecutar el contrato; informe que sin embargo no consta en el expediente remitido a este Tribunal, sin que además figure dato alguno similar en los informes que si se contienen.

A mayor abundamiento, en el informe de necesidad del contrato se establece en referencia a la dedicación por grupo profesional que "*Según el convenio de oficinas y despachos de Navarra vigente en el año 2022, supondría la contratación de una persona del grupo profesional 1 y una persona del grupo profesional 2, ambos con una dedicación del 100% de su actividad con apoyo puntual de un técnico del grupo profesional 1 con una dedicación del 25% de su tiempo y otra persona del grupo profesional 2, con dedicación de un 9% de su jornada*." añadiendo que "*Técnicamente tiene gran dificultad establecer el número de horas y dedicación del personal al proyecto debido a la diversidad de actuaciones y materias para las cuales se solicita el asesoramiento,"*

Por tanto, no solo no se precisa el número de horas exigibles, sino que se reconoce expresamente la dificultad técnica que conlleva hacerlo, y sin embargo si se utilizan como causa principal de la exclusión al no alcanzar *la dedicación mínima esperada* por el órgano de contratación, cuando lo cierto es que, como hemos visto, tal parámetro con carácter de mínimos no consta en el pliego ni en el informe de necesidad.

De igual modo se plantea por el reclamante la indebida consideración como parámetro de anormalidad de los procedimientos o contratos a gestionar. Manifiesta en este sentido que no cabe oponer que sean 38 contratos en lugar de 33 debido a la división en varios lotes, y a que no afectaría a la viabilidad de los precios ofrecidos, siendo el precio fijado a tanto alzado y no por precios unitarios.

Por su parte el informe técnico de valoración de la justificación de la oferta indica a estos efectos lo siguiente: "*Que la empresa estima un total de 33 procedimientos de contratación, y no ha tenido en cuenta que algunos de ellos se licitarán por lotes, por lo que el número de contratos a gestionar es de 38, y no a 33 como establece la empresa. El desarrollo de contratos licitados en lotes implica menos licitaciones, pero no hay que olvidar que de todos ellos se desprenden documentación para justificar, asesoramiento, el cumplimiento de los requisitos del PSTD y en general el desarrollo de todas las tareas definidas en la fase de "Funcionamiento de la asistencia técnica"*".

Pues al igual que en la alegación anterior, no asiste la razón al reclamante al indicar que como el parámetro de anormalidad es el precio de licitación no puede atenderse a ningún otro dato, ya que el órgano de contratación al valorar la justificación de la viabilidad de la oferta podrá tener en cuenta cualquier aspecto que afecte al precio. No obstante, parece desproporcionado el reproche de que se prevea en la oferta la gestión de 33 procedimientos de licitación, pero varios contengan lotes y vayan a ser en total 38 procedimientos.

Así, acudiendo al convenio regulador de la subvención del Gobierno de Navarra al Ayuntamiento de Pamplona con la que se financia el presente contrato -convenio que fue publicado en el anuncio de licitación junto al pliego y demás documentos-, en su

Anexo I, páginas 29 a 61, se prevén los contratos que van a gestionarse, los cuales suman 38. No obstante, se prevé la agrupación de algunos de ellos mediante la realización de lotes.

Circunstancia que ha sido tenido en cuenta por el reclamante en la justificación de su oferta, dado que en la misma afirma que "*En relación con el número total de contratos estimados a ejecutar dentro del PSTD Pamplona SF365, se asume un total de 38 procedimientos de contratación (contando con las agrupaciones de actuaciones) los cuales de distribuyen en 7 subactuaciones son de transición ecológica, 5 de eficiencia energética, 11 de digitalización, 7 de competitividad. De esos 38 procedimientos, un total de 8 se agrupan en 3 licitaciones (se agrupan las actuaciones 4.1+6.1+6.2, las 3.2+11.2+5.2 y las 4.1+6.1+6.2) quedando por tanto 33 procedimientos a licitar*".

Siendo esto así, se deduce claramente que el reclamante conoce que existen 38 licitaciones que, consecuencia de las agrupaciones en lotes, darán lugar a 33 procedimientos de contratación, por lo que consideramos que no cabe realizar reparo alguno al respecto.

De nuevo cabe llegar a similar conclusión que la anteriormente analizada, no procede exigir un número de 38 contratos para justificar en su defecto la gestión incorrecta de la prestación y no entender justificada la oferta por anormalidad, cuando en el pliego no sé prevé nada al respecto, ni un importe mínimo por licitación, ni un tiempo mínimo que deba dedicarse a cada una de ellas, máxime si se advierte de la existencia de 6 contratos menores, que no conllevan las mismas horas de dedicación que un procedimiento abierto o un acuerdo marco. No existiendo además motivación alguna en el informe técnico que avale además la exclusión adoptada, resultando por tanto insuficiente. Así, recordando de nuevo nuestro Acuerdo 67/2022, de 23 de junio: "*También hemos señalado en numerosas ocasiones que la apreciación de la viabilidad de las ofertas anormalmente bajas responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde, en este caso, a la Mesa de Contratación o a la unidad gestora del contrato; si bien no constituye un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste, siendo 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. Revelándose, a estos efectos, como fundamental la motivación del informe técnico evaluador de la justificación aportada por el licitador, por cuanto en caso contrario la decisión administrativa podría considerarse arbitraria; habiendo señalado, al respecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras en su Resolución 685/2016, de 9 de septiembre, que en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación mediante una resolución reforzada".

Razones por las que procede igualmente la estimación de esta alegación.

Como cuarto motivo se alega que resultan improcedentes consideraciones sobre la ausencia de experiencia previa de la reclamante con el Ayuntamiento de Pamplona en la realización de estas prestaciones, las cuales se han incluido en el informe de valoración emitido tras la justificación de los valores anormales del precio.

Conviene recordar lo expuesto en la Resolución TACP nº 57/2012, de 13 de junio: "*Es sabido que la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea establecen la prohibición de restricciones a las libertades establecidas en los tratados por parte de los estados miembros, (libertad de circulación, comercio y establecimiento), salvo que se den los siguientes presupuestos: razones imperiosas de interés general que las justifiquen, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen, que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo y que no sean discriminatorias. (Vid Sentencia TJUE de 6 de noviembre de 2003, o de 27 de octubre de 2005, Asunto C-243/01 Piergiorgio Gambelli, entre otras o Asunto C-234/03 Contse S.A., Vivisol S.r.l. y Oxigen Salud S.A. contra Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa)). Esta última señala: "Es preciso recordar, como han hecho todas las partes que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, que, con independencia de lo dispuesto en el artículo 46 CE y según reiterada*

jurisprudencia, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C 19/92, Rec. p. I 1663, apartado 32; de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C 55/94, Rec. p. I 4165, apartado 37, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C 243/01, Rec. p. I 13301, apartados 64 y 65)".

Añadiendo "A este respecto, cabe recordar que, según la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad, del que el artículo 49 CE constituye una expresión concreta, prohíbe no solamente las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzcan de hecho al mismo resultado (véanse las sentencias de 29 de octubre de 1980, Boussac Saint-Frères, 22/80, Rec. p. 3427, apartado 9, y de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, C-3/88, Rec. p. 4035, apartado 8).", para concluir en la parte dispositiva que los extremos que se citan en la motivación 20 corresponde verificarlos al órgano jurisdiccional nacional.

El establecimiento de criterios de experiencia en relación con un territorio determinado, se considera según la jurisprudencia citada, una contravención del principio de libre competencia en la contratación, que únicamente podrían admitirse con la concurrencia de los cuatro requisitos que establecen las citadas Sentencias."

Asimismo, se cita la Sentencia de 16 de febrero de 2010 del Tribunal Supremo, que anula la cláusula de un pliego que valora el conocimiento del terreno para una fumigación: "*Esta cláusula, en cuanto barema con 0 a 39 puntos el conocimiento del territorio, supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa, pues, exige a los pilotos titulares de las empresas que intervendrán en el tratamiento fitosanitario una experiencia específica que es*

totalmente inadecuada e innecesaria para la prestación del servicio público que se pretende establecer".

Teniendo en cuenta la jurisprudencia precedente procede igualmente estimar la presente alegación puesto que las manifestaciones incluidas en este sentido son contrarias al principio de igualdad de trato y de libre competencia preservado en el artículo 2 de la LFCP, no pudiendo ser objeto de valoración negativa la ausencia de prestación de servicios en Navarra o que no haya sido contratista del órgano de contratación, porque supone una limitación a la libre competencia no amparada en las cuatro causas que señalan las sentencias del TJUE citadas anteriormente (que se aplique de manera no discriminatoria, que esté justificada por razones imperiosas de interés general, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo), no existiendo además en dicho informe motivación alguna que justifique que el desconocimiento de la normativa foral resulte determinante, presumiendo además su desconocimiento sin mayor fundamentación.

Se alega como quinto motivo que el informe técnico no acredita la inviabilidad económica de los precios ofertados. Rechaza el reclamante que el informe indique que la aclaración presentada es incoherente con el pliego técnico y por ello incumple las expectativas respecto al acompañamiento permanente solicitado, considerando que no puede fundarse una exclusión en el incumplimiento de expectativas por no tratarse de una circunstancia objetiva, y que, aunque indica que la aclaración es incoherente con el pliego técnico, no recoge ningún incumplimiento del mismo.

Debemos reproducir, con carácter previo a su análisis, lo dispuesto en dicho informe de valoración: "*Por todo lo expuesto a la vista de la documentación facilitada por la empresa SIDI CONSULTORÍA Y GESTIÓN SLU, se propone la exclusión de dicha empresa considerando que la aclaración presentada es incoherente con las prescripciones del pliego técnico y, por lo tanto, incumple las expectativas respecto al acompañamiento permanente solicitado en el marco de este contrato y no garantiza la correcta ejecución de este según lo requerido en el pliego de condiciones*".

Conviene asimismo recordar la anteriormente citada Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias nº 25/2018, de 12 de febrero, en la que se manifestaba de manera tajante que sólo puede excluirse por incumplimientos claros y expresos de las prescripciones técnicas. Resultando por tanto que no puede excluirse si no hay un incumplimiento del pliego, sino de meras expectativas del órgano de contratación.

Razones que nos llevan de nuevo a la estimación de este motivo puesto que el órgano de contratación debió haber plasmado dichas expectativas en el pliego de prescripciones técnicas en la fase de preparación del contrato, sin que pueda a posteriori esgrimirlas para justificar la exclusión de un licitador. Efectivamente a pesar de fundamentar en los informes el incumplimiento del pliego, lo cierto es que no se precisa cláusula alguna ni se advierte tampoco por este Tribunal.

La última de las alegaciones va referida a las consideraciones impertinentes en el trámite de valoración de la justificación de los valores anormales del precio. En este sentido precisa que son varias las afirmaciones del informe que considera impertinentes, subjetivas y que nada puede argumentarse jurídicamente sobre ellas porque no son cuestiones jurídicas, tales como las relativas a la "*complejidad del proyecto y la probabilidad de que se produzcan modificaciones*", "*la estructura del equipo humano del propio Servicio de Turismo del Ayuntamiento de Pamplona (conformado por 3 técnicos)*", o que "*conocer desde el punto de partida del contrato, que la dedicación de horas adicionales necesarias para resolver estas situaciones iría a costa del beneficio industrial de la licitadora, no augura una relación fluida de trabajo entre las partes*".

Pues bien de nuevo asiste razón al reclamante puesto que dichas consideraciones no concretan incumplimiento alguno del pliego técnico ni avalan la imposibilidad de prestar el servicio por el precio ofertado, razón por la que resulta justificada, la estimación de la alegación realizada.

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

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por SIDI CONSULTORÍA Y GESTIÓN, S.L.U. frente al acuerdo de la Mesa de Contratación, de 15 de diciembre de 2022, por el que se le excluye del procedimiento de adjudicación del contrato "*Servicio de apoyo a la gestión del proyecto PSTD PAMPLONA SF365 en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, financiado por la Unión Europea NEXT GENERATIONEU*", licitado por el Ayuntamiento de Pamplona, anulando dicho acuerdo, así como los actos posteriores que resulten contrarios a dicha anulación, disponiendo la retroacción de las actuaciones al momento del procedimiento inmediatamente anterior a aquel.

2º. Notificar este acuerdo a SIDI CONSULTORÍA Y GESTIÓN, S.L.U., al Ayuntamiento de Pamplona, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

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

Pamplona, 24 de febrero de 2023. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.