



Expediente: 77/2023

ACUERDO 78/2023, de 23 octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por INGENIERÍA Y TÉCNICAS GLOBALES DE RESOLUCIÓN AMBIENTAL, S.L. frente al acuerdo de la Mesa de Contratación, de 13 de septiembre, por el que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de *“obras de ejecución de la red general de abastecimiento del Polígono Sardilla de Funes”*, al no justificarse satisfactoriamente el precio ofertado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de agosto de 2023, el Ayuntamiento de Funes publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de *“obras de ejecución de la red general de abastecimiento del Polígono Sardilla de Funes”*.

A la licitación de dicho contrato concurrieron los siguientes licitadores:

- EXCAVACIONES FERMÍN OSÉS, S.L.
- INGENIERÍA Y TÉCNICAS GLOBALES DE RESOLUCIÓN AMBIENTAL, S.L.
- LACUNZA HERMANOS, S.L.
- XEGOII7, S.L. y OBRAS Y CANALIZACIONES JFG, S.L. de forma conjunta.

SEGUNDO.- Con fecha 29 de agosto la Mesa de Contratación procedió a la apertura del Sobre A (Documentación Administrativa) presentado por los licitadores, admitiendo a todos ellos tras su examen.

A continuación, procedió a la apertura del sobre B (Criterios evaluables mediante fórmulas), apreciando que las ofertas presentadas por dos de los licitadores eran anormalmente bajas por ser inferiores en un 20% al importe estimado del contrato, conforme a lo dispuesto en la cláusula 9.A del pliego de cláusulas administrativas. Dichas empresas y el porcentaje de baja que ofertaron son los siguientes:

- Ingeniería y técnicas globales de resolución ambiental. S.L: incurre en un porcentaje del 35,70% de baja respecto al importe estimado del contrato.
- Excavaciones Fermín Osés, S.L: incurre en un porcentaje del 21,66% de baja respecto al importe estimado del contrato.

Atendiendo a dichas ofertas, la Mesa de Contratación acordó solicitar la acreditación de su viabilidad en los términos del artículo 98 de la LFCP, en relación a los siguientes extremos:

“- Justificación documental de la valoración de la oferta y condiciones de la misma, mediante la presentación con claridad de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos, en particular en lo que se refiere a:

- *Ahorro que permita el método de construcción.*
- *Soluciones técnicas adoptadas.*
- *Condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la obra.*
- *Innovación y originalidad de las soluciones propuestas para ejecutar la obra.*
- *El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado.*

Se aportará como mínimo, el estudio y justificación de las partidas del proyecto correspondiente a: (sic)

Se aportará como mínimo, el estudio y justificación de las partidas del proyecto correspondiente a:

- *Excavación en zanja.*
- *Relleno de zanjas con zahorras.*
- *Tubería de Fundición 100 mm.*
- *Tubería de Fundición 150 mm.*”

Presentada la documentación justificativa requerida, la Mesa de Contratación se reunió el 13 de septiembre al objeto de su valoración y, tras el examen y aceptación del informe previo emitido por el asesor urbanístico municipal, acordó lo siguiente:

- Aceptar la justificación de la oferta presentada por la mercantil Excavaciones Fermín Osés, S.L.

- No aceptar la justificación de la oferta presentada por la mercantil Ingeniería y técnicas globales de resolución ambiental, S.L, excluyendo en consecuencia a la misma del presente procedimiento de licitación.

Decisión que fue notificada a los licitadores con fecha 15 de septiembre.

Valoradas las ofertas de los licitadores admitidos, por la Resolución de Alcaldía de 22 de septiembre se adjudicó el contrato a EXCAVACOINES FERMÍN OSÉS, S.L.

TERCERO.- Con fecha 25 de septiembre, INGENIERÍA Y TÉCNICAS GLOBALES DE RESOLUCIÓN AMBIENTAL, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la exclusión de su oferta, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. Señala que la justificación de su oferta cumple con todos los requisitos exigidos en el artículo 98 de la LFCP, no limitándose a hacer apreciaciones genéricas, habiendo justificado adecuadamente el ahorro que puede hacerse en la construcción objeto del contrato con los siguientes razonamientos:

- Por ser una empresa con bajos gastos generales (de entorno al 6% de su volumen de ejecución, aunque en este caso se haya contemplado un 8%).

- Porque las unidades de obra han sido estudiadas minuciosamente en base a los presupuestos de suministro actuales y a los rendimientos que la experiencia mencionada permite garantizar, que incluso podrían ser superiores a los estimados.

- Porque respecto a las unidades de movimiento de tierras (excavación en zanja, asiento de gravillín y relleno de zanjas con zahorras), se ha contado con el estudio y presupuesto de una empresa local especializada, con gran experiencia en este tipo de trabajos y con maquinaria propia y disponible, como es ATE&Compactados.

- Porque en cuanto a los materiales principales para las conducciones (tubería de fundición 100 y 150 mm según descripción del proyecto), se ha solicitado presupuesto a suministradores habituales de dichos materiales: como proveedor de las tuberías, valvulería, hidrantes y otras piezas hidráulicas, se ha contado con Hidrology; y en cuanto a los contrarrestos de hormigón, se elige a Hormigones Delfin.

Señala que en la justificación de la oferta se adjuntaron presupuesto y cartas de compromiso de la subcontrata y proveedores mencionados.

Manifiesta que, para el cálculo del coste económico de la obra, se justificó la realización de una visita a la zona objeto de las obras, manifestándose con ello que no se había hecho la oferta en base a un proyecto sino con pleno conocimiento in situ de la zona objeto de obra.

También se argumentó que la oferta se había hecho en base a las ofertas económicas de proveedores que se adjuntaron al escrito de justificación y a los rendimientos obtenidos en unidades idénticas ejecutadas en obras similares, así como a los costes de personal que, en la medida de lo posible sería personal propio, cuyos costes se han calculado en base al convenio colectivo estatal correspondiente.

Igualmente, se realizaron una serie de consideraciones para trasladar cómo se habían calculado esos costes, para posteriormente presentar una tabla con el detalle del cálculo de costes y rendimientos de cada una de las partidas.

2ª. Manifiesta que el informe técnico emitido señala que *“sin entrar en la adecuación de los mismos a los precios de mercado”*, para concluir que *“por ello, se entiende que NO se justifica satisfactoriamente el precio ofertado y por ello NO se puede prever que la oferta va a ser cumplida regularmente, no quedando a nuestro criterio argumentada plena y oportunamente la viabilidad de la misma”*.

Alega, a este respecto, que sin entrar en la adecuación de los precios se dice que no se justifica el precio ofertado, lo cual no tiene sentido. Asimismo, señala que el hecho de que un precio esté por debajo de lo que se considera precio de mercado no significa que no pueda ofertarse, porque los precios de mercado no son fijos, así como porque una partida puede ser inferior a lo habitual en función de las relaciones empresariales que se tengan con el subcontratista.

Igualmente, alega que el informe técnico tan sólo se refiere a las partidas 1.01, 1.02 y 1.03, sin valorar el resto, lo que constituye una valoración sesgada, ya que la empresa ha presentado una por una cada una de las 19 unidades del presupuesto del proyecto, siendo algunas de ellas incluso al alza respecto a este mismo presupuesto, si bien el informe técnico alude sólo a 3 de ellas.

Manifiesta que sorprende que el informe realizado sobre la otra empresa incurra en baja anormal si refleje los 19 precios que, al igual que la reclamante, ha justificado, dando en este caso por válida la justificación de la baja realizada por la misma.

Señala que el informe justificativo incluye, entre otros argumentos, una tabla de costes acorde a los precios de mercado que recoge los 19 precios de los que consta el presupuesto de la obra. Estos precios están justificados, por un lado, en base a las ofertas de empresas colaboradoras y empresas suministradoras cuyos presupuestos y cartas de compromiso se incluyen también al final del informe justificativo presentado

por la empresa. Bajo este término se contemplan a la baja 5 de los 19 precios que representan un 61% del presupuesto total de costes. Algunos de estos precios son sustancialmente menores a los del proyecto, pudiéndose deber a la notable bajada en precios de determinados materiales que ha experimentado el mercado desde la fecha de redacción del proyecto hasta la fecha de estudio de la oferta.

Por otro lado, se han respetado otra serie de precios según proyecto por considerarse acordes al mercado, en concreto 11 unidades que representan el 19,5% del importe total.

Además, hay 3 unidades que han sido revisadas al alza por considerarse por debajo del mercado suponiendo un 14,5% del total de costes.

Por último, se añaden 2 partidas adicionales (pruebas y ensayos/seguridad y salud y coeficiente de seguridad) que suponen el 5% del global.

Por tanto, se han estudiado el 100% de las partidas del proyecto y justificado el total de los costes que han sido documentados debidamente con los presupuestos actuales vigentes en el mercado.

3ª. Con cita de diversa doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, señala que la decisión de aceptar o no la justificación del licitador cuya oferta ha sido considerada desproporcionada, en principio, entraría dentro de la esfera de la discrecionalidad administrativa del órgano de contratación, pero ello no impide valorar si la decisión tomada por el mismo está justificada, si ha de considerarse justificada la oferta presentada o si, como ocurre en este caso, la no aceptación de la justificación de la oferta puede ser tildada de arbitraria al no tener argumento técnico ni jurídico para su desestimación.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que se dicte resolución por la que se considere suficientemente justificada la oferta presentada y, por lo tanto, el

Ayuntamiento de Funes tenga en cuenta la oferta para su valoración y posterior adjudicación del contrato.

CUARTO.- Con fecha 27 de mayo el órgano de contratación aportó el correspondiente expediente, presentando igualmente un escrito de alegaciones, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP, al que se adjunta un informe técnico que se ratifica en el emitido el 13 de septiembre.

Las alegaciones formuladas son las siguientes:

1ª. Afirmación de la recurrente de que en la justificación de la oferta se adjuntaron presupuestos y cartas de compromiso de los subcontratistas, y que los documentos aportados “justifican satisfactoriamente el precio y los costes”

Señala que bajo la denominación “Tabla de estudio de la oferta económica”, el reclamante se limita a indicar, en una única hoja, las partidas presupuestarias integrantes del proyecto de obras, con cantidad, precio e importe de las mismas, sin más desglose o dato en ninguna partida, a excepción de la realizada para el cálculo del precio 1.04 (en el que se desglosa “material según presupuesto proveedor”, “equipo de instalación”, “retroexcavadora”, “mano de obra”, “medios auxiliares y piezas especiales”) y la relativa al precio 1.05 (que resulta todavía más escasa, si cabe).

Manifiesta que, en términos comparativos, el otro licitador requerido aporta una justificación respecto al mismo extremo muchísimo más extensa (9 hojas), en la cual se desglosan infinidad de subpartidas y criterios, y todos los costes implicados en cada uno de los trabajos.

Concluye que, en consecuencia, la justificación relativa a datos concretos y desglosados con sus correlativos precios que ilustren a la Mesa en orden a aceptar la oferta de Integra Ambiental es, a todas luces, escasa.

2ª. Presupuestos y cartas de compromiso aportadas por Integra Ambiental para la justificación de su oferta

Señala que cabe apreciar diversas deficiencias en esta documentación que conducen a no otorgar validez alguna a las cartas de compromiso aportadas por eventuales subcontratistas de la reclamante.

Así, la primera “carta de compromiso” aportada (supuestamente suscrita por la mercantil Ate Compactados) es un documento Word, sin logo de la empresa y sin firma alguna que corrobore o verifique ni el compromiso suscrito por Ate Compactados con Integra Ambiental, ni que el documento haya sido redactado por la propia Ate Compactados.

Señala que, a continuación, se incluye un presupuesto de Ate Compactados en el que se observa que, a fecha de una eventual adjudicación, formalización del contrato y ejecución del mismo a Integral Ambiental, los precios ofertados por la subcontratista no se encontrarían vigentes.

Manifiesta que la siguiente carta de compromiso (esta vez sí, firmada y con logo de empresa) se basa, al igual que la anterior, en unos precios que deberían haber sido confirmados por escrito por la mercantil recurrente antes del 21 de agosto de 2023. Así pues, nuevamente, la empresa recurrente basa su oferta anormalmente baja en unos precios ofertados por una eventual subcontratista que, a partir de 31 de agosto de 2023, se deberán “reofertar”, tal y como reza la propia oferta de la subcontratista y, por tanto, que no serían aplicables al contrato a ejecutar, en su caso.

Respecto a la última carta de compromiso, la aportada por Hormigones Delfin, S.A., señala que no se especifica el precio al que dicha subcontratista suministrará el material a la mercantil recurrente (lo que evidencia un suministro, pero no el precio del mismo).

Concluye que la justificación de la oferta por la recurrente no ha sido suficiente, ni adecuada, ni veraz, así como que la decisión de la Mesa de excluir a la misma no incurre en arbitrariedad, discriminación o error patente, remitiéndose al informe del asesor urbanístico municipal que se adjunta. Asimismo, señala que, a la vista de la justificación de la recurrente, no cabe aceptar lo indicado por la misma, pues precisamente resulta evidente la falta de rigor, vigencia y compromiso de la documentación justificativa de las cartas de compromiso aportadas, que sustentan, tal y como afirma, el 61% del presupuesto de costes de su oferta.

3ª. Mala fe y temeridad de la recurrente

Alega que Integra Ambiental ha sido conocedora en todo momento de la urgencia de ejecutar las obras por parte del Ayuntamiento de Funes, sabiendo también que la interposición de su reclamación frustraría la ejecución del contrato, a sabiendas de la imposibilidad de que resultase adjudicataria del mismo, por pérdida de la subvención que financiaba el 50% de este (y el consiguiente “sinsentido” de la propia reclamación que haría imposible la ejecución del acuerdo del Tribunal, por inexistencia de objeto del procedimiento), procediendo a efectuar numerosas llamadas telefónicas a Alcaldía y Secretaría insistiendo en la adjudicación del contrato a la misma, como única alternativa a la posible ejecución del citado contrato, a lo que este Ayuntamiento se ha negado rotundamente.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la desestimación de la reclamación especial interpuesta, así como la imposición de una multa al reclamante por importe de 30.000 euros en virtud de lo dispuesto en el artículo 127.4 de la LFCP, por concurrir mala fe en su interposición, dado que conocía que con la misma resultaba imposible la adjudicación del contrato a su favor, ocasionado un gran perjuicio al Ayuntamiento de Funes por la imposibilidad de su ejecución.

QUINTO.- En la misma fecha el órgano de contratación solicitó el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento por concurrir un grave perjuicio al interés público, por cuanto el mantenimiento de aquella conllevaría la

pérdida de la subvención concedida por el Gobierno de Navarra para financiar parte de las obras, obligando al órgano de contratación a desistir del procedimiento.

Dicha solicitud fue estimada por el Acuerdo 75/2023, de 2 de octubre, de este Tribunal.

SEXTO.- El 6 de octubre 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 interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

TERCERO.- 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.

CUARTO.- 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.

QUINTO.- Entrando en las cuestiones de fondo, sostiene la reclamante que su exclusión del procedimiento derivada de no entender suficientemente justificada su

oferta anormalmente baja no resulta ajustada a derecho, calificándola de arbitraria, por cuanto el informe técnico en que se fundamenta adolece de insuficiente motivación; y ello en atención a los argumentos expuestos en el apartado correspondiente a los Antecedentes de Hecho del presente Acuerdo, a los que se opone la entidad contratante en base a las consideraciones allí indicadas, y al que nos remitimos a los efectos de evitar reiteraciones innecesarias.

Partiendo de que la oferta de la adjudicataria es, conforme al pliego, anormalmente baja - cuestión no discutida -, la controversia se reduce a determinar si, a la vista de la concreta documentación justificativa a estos efectos aportada, la decisión relativa a su exclusión resulta ajustada a la legalidad.

La respuesta a las cuestiones planteadas ha de partir de la regulación sobre las ofertas anormalmente bajas contenida en el artículo 98 LFCP, que dispone que *“El pliego determinará, por referencia al precio de licitación o al resto de ofertas presentadas, las condiciones para considerar anormalmente baja una oferta atendiendo al objeto de la prestación y las condiciones del mercado.*

Cuando se presente una oferta anormalmente baja que haga presumir que no va a ser cumplida regularmente, antes de rechazar la oferta se comunicará dicha circunstancia a la persona afectada para que en el plazo de cinco días presente la justificación que considere oportuna.

La petición de información que se dirija a la licitadora deberá formularse con claridad de manera que esté en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta, especificando el parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta

2. La justificación de la oferta podrá referirse, entre otras cuestiones, a las siguientes:

a) El ahorro que permite el procedimiento de fabricación de los productos, la prestación de servicios o el método de construcción.

b) Las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone quien licita para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.

c) La originalidad de los suministros, servicios u obras propuestos por quien licita.

d) El cumplimiento de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión Europea, el Derecho nacional, los convenios colectivos o en las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo XIV de la Directiva 24/2014.

e) El cumplimiento por parte de los subcontratistas, de las obligaciones recogidas en el apartado anterior.

f) La posible obtención de una ayuda estatal por parte quien licita. Si el órgano de contratación decide rechazar la oferta por considerar que la ayuda estatal es ilegal, deberá informar de ello a la Comisión de la Unión Europea.

3. La mesa de contratación o, en su caso, la unidad gestora evaluará la información proporcionada por quien licita y solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no justifiquen satisfactoriamente el precio o los costes propuestos.

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico de las personas cuyo conocimiento se considere apropiado para valorar los extremos contemplados en la justificación.

4. En todo caso, se rechazarán las ofertas si se comprueba que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en la presente ley foral.

Previsión legal que trae causa del Considerando 103 de 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, conforme al cual “*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”.

Expuesto el marco legal de aplicación, procede recordar la doctrina de este Tribunal respecto a las ofertas anormalmente bajas. Así, decíamos en nuestro Acuerdo 100/2022, de 28 de octubre, que la apreciación de que la oferta tiene 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 hubiere presentado. Igualmente, que 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. Por ello, la apreciación de la anormalidad de una oferta requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se solicite el informe del servicio técnico correspondiente y se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida; así, 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.”

Sobre la justificación de su oferta por el licitador afectado, hemos puesto de manifiesto que no se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo, dada la viabilidad y seriedad de la misma. Así como que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos, no teniendo ninguno de ellos carácter vinculante. Y así, expusimos en nuestro Acuerdo 98/2022, de 24 de octubre, que “(...) como señalamos en nuestro Acuerdo 90/2018, de 11 de septiembre, “La justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones”. Así pues, frente a lo alegado, en este trámite no se trata de que el licitador justifique únicamente el exceso de su oferta respecto al umbral de anormalidad fijado en el pliego, en este caso un céntimo de euro, sino de que explique y justifique la viabilidad de la oferta económica que realizó, es decir, la razón o razones por las que es posible ejecutar la obra por el precio ofertado sin comprometer la viabilidad del contrato; teniendo, por tanto, atribuida la carga de proveer a la Mesa de contratación de elementos de juicio suficientes en orden a determinar si dicha oferta, considerada en su conjunto, puede ser, efectivamente, cumplida en los términos en que ha sido formulada.”

En este sentido, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 98.3 LFCP, sólo es posible, excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que “la oferta no puede ser cumplida”. O, como expresa también el artículo 69.3 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezca anormalmente baja para los servicios de que se trate y sólo se 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 del citado artículo.

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormalmente baja va dirigida a convencer a la Mesa de Contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 10 de septiembre de 2020, asunto C-367/19, razona que “*32 Así pues, en virtud del apartado 1 del citado artículo 69, cuando una oferta parezca anormalmente baja, los poderes adjudicadores exigirán al licitador que explique el precio o los costes que en ella se propongan, explicaciones que podrán referirse, en particular, a los elementos contemplados en el apartado 2 de ese mismo artículo. De este modo, tales explicaciones contribuirían a evaluar la fiabilidad de la oferta y permitirían acreditar que, aun cuando el licitador proponga un precio de cero euros, la oferta en cuestión no afectará al cumplimiento correcto del contrato.*

33 En efecto, con arreglo al apartado 3 de ese mismo artículo 69, el poder adjudicador deberá evaluar la información proporcionada consultando al licitador y solo podrá rechazar tal oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos.

34 Además, la evaluación de tal información debe efectuarse con observancia de los principios de igualdad y de no discriminación entre los licitadores, así como de transparencia y proporcionalidad, principios que se imponen al poder adjudicador, de conformidad con el artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2014/24.”

También hemos expuesto 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; pues, como señala la Resolución 643/2020 de 21 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“las valoraciones de los informes técnicos están amparadas por la discrecionalidad administrativa siempre y cuando se advierta una correcta y debida motivación de los mismos, pues ante una escasa o insuficiente justificación aquélla se transforma en pura y simple arbitrariedad, y ahí reside la función de este Tribunal, con la recta finalidad de enjuiciar si dichos informes se encauzan debidamente, y si satisfacen las exigencias de motivación previstas en el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”*. Habiendo señalado, de igual modo, que en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por la licitadora sobre la viabilidad de su oferta, es evidente que dicho informe debe motivarse, saliendo al paso de lo alegado por el interesado, rebatiendo su argumentación mediante una resolución reforzada.

SEXTO.- A la vista del marco legal y doctrinal aplicable al debate planteado, procede ya descender al caso concreto y dilucidar si la documentación aportada por la reclamante resulta, efectivamente, insuficiente para justificada su oferta anormalmente baja. Análisis que ha de partir del requerimiento de justificación sustanciado al efecto y de la documentación aportada en dicho trámite; así como de las consideraciones que sobre ésta contiene el informe técnico que sirve de motivación a la decisión en tal sentido adoptada.

Así, consta en la página 253 del expediente administrativo, el acta de la reunión celebrada, con fecha 29 de agosto de 2023, por la Mesa de Contratación para la apertura de la documentación administrativa y de criterios evaluables automáticamente mediante fórmulas, que señala que *“Una vez abiertas las citadas ofertas, la Mesa advierte de que, revisado el conjunto de los criterios de adjudicación y la valoración correspondiente, en concreto, a la oferta económica valorable con hasta 60 puntos, según la fórmula prevista en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (cláusula 9ª A) se presumirá que una oferta es anormalmente baja cuando sea inferior en veinte puntos porcentuales al importe estimado del contrato), las ofertas presentadas por las siguientes mercantiles, incurren en oferta anormalmente baja, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de contratos públicos:*

➤ *Ingeniería y técnicas globales de resolución ambiental S.L: incurre en un porcentaje del 35,70% de baja respecto al importe estimado del contrato.*

➤ *Excavaciones Fermín Osés S.L, CIF B31231319: incurre en un porcentaje del 21,66% de baja respecto al importe estimado del contrato”.* Precisamente por ello acuerda *“solicitar justificación a las dos citadas mercantiles, para que acrediten la viabilidad de sus ofertas en los términos del citado artículo 98 de la LFCPN, concediéndoles un plazo de 5 días para que presenten ante esta Mesa la debida justificación. En cuanto al criterio de adjudicación de la oferta económica, valorable con 60 puntos, en relación a los siguientes extremos:*

- Justificación documental de la valoración de la oferta y condiciones de la misma, mediante la presentación con claridad de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos, en particular en lo que se refiere a:

- Ahorro que permita el método de construcción.*
- Soluciones técnicas adoptadas.*
- Condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la obra.*
- Innovación y originalidad de las soluciones propuestas para ejecutar la obra.*
- El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado.*

Se aportará como mínimo, el estudio y justificación de las partidas del proyecto correspondiente a:

- *Excavación en zanja.*
- *Relleno de zanjas con zahorras.*
- *Tubería de Fundición 100 mm.*
- *Tubería de Fundición 150 mm”.*

Asimismo, consta en las páginas 254 a 277 del expediente administrativo la documentación presentada por la reclamante, con fecha 6 de septiembre de 2023, para la justificación de oferta anormalmente baja donde tras realizar diversas consideraciones respecto a los aspectos que tuvo en cuenta al formular su oferta económica y que inciden en los ahorros contemplados en ésta - relacionados con el pleno conocimiento de la zona objeto de las obras y a los rendimientos obtenidos en unidades idénticas ejecutadas en obras similares y a los costes de personal - justifica los precios aplicados en su oferta con presupuestos y cartas de compromiso de una subcontrata y de proveedores, incorporando también una tabla con el detalle del cálculo de costes y rendimientos para 19 de las partidas del proyecto, entre ellas, las específicamente indicadas en el requerimiento de justificación al que antes nos hemos referido.

De otro lado, el expediente administrativo incluye en su pagina 320 el informe técnico sobre la justificación de las ofertas anormalmente bajas, que sobre la formulada por la reclamante señala que *“Esta empresa licitadora basa la baja realizada en distintos precios unitarios definidos en el proyecto, y que justifican mediante presupuesto de una empresa subcontratada, que el precio es menor que el proyectado: ATE & COMPACTADOS S.L.*

- Excavación en zanja 9 € M3*
- Gravillín 5/10 16 € M3*
- Relleno zanjas 21 € M3*

Considerando la repercusión de dichas partidas en el total del proyecto, y los precios de los mismos previstos en el mismo, se obtiene el siguiente cuadro: (...)

Con dichos datos, sin entrar en la adecuación de los mismos a los precios de mercado, se justifica una baja del Presupuesto de Ejecución Material del 11% respecto al previsto en proyecto, muy inferior a la baja de la oferta”.

Concluye dicho informe que *“Por ello, se entiende que NO se justifica satisfactoriamente el precio ofertado y por ello NO se puede prever que la oferta va a ser cumplida regularmente, no quedando a nuestro criterio argumentada plena y oportunamente la viabilidad de la misma”*. Motivo por el cual, según consta en la página 326 del expediente administrativo, por parte de la Secretaria de la Mesa de Contratación, con fecha 15 de septiembre de 2023, se notifica a la reclamante que *“La Mesa de Contratación en sesión celebrada en fecha 13 de septiembre de 2023, ha adoptado por unanimidad, el siguiente acuerdo, el cual se transcribe a continuación:*

Por lo expuesto, y tras la lectura del informe emitido por el asesor urbanístico municipal por los motivos que en el mismo se citan y argumentan y que se adjunta a la presente acta como motivación y parte integrante de la misma en virtud de lo dispuesto en el artículo 88.6 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, la mesa, por unanimidad, acuerda:

- Aceptar la justificación de las oferta presentada por la mercantil Excavaciones Fermín Osés S.L.

- No aceptar la justificación de la oferta presentada por la mercantil Ingeniería y técnicas globales de resolución ambiental S.L, excluyendo en consecuencia a la misma del presente procedimiento de licitación”.

Como hemos avanzado en el anterior fundamento de derecho, el rechazo de la oferta exige una resolución suficientemente motivada que argumente en contra de las justificaciones de la licitadora, o exprese sus carencias, inconsistencias, contradicciones u omisiones; siendo necesario un plus de motivación que desvirtúe la justificación aportada en relación con la viabilidad de la oferta, lo que, entendemos demanda examinar de modo crítico cada una de las justificaciones realizadas en base a la documentación aportada en este concreto trámite. Exigencia de motivación reforzada que como expone el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en su Resolución 153/2021, de 28 de septiembre, se

fundamenta “en que se trata de eliminar una oferta que, inicialmente, tiene un contenido que la hace especialmente atractiva, lo que es una excepción legal al principio de la oferta económicamente más ventajosa y a la función misma del procedimiento de adjudicación, cuyo objeto es precisamente promover la competencia entre los licitadores para que propongan las mejores condiciones y los precios más bajos posibles. Esa excepcionalidad es la que pide una explicación cuyo alcance deberá ser tan amplio como grave es la decisión de no aceptar una proposición ventajosa a la vista de su contenido.”

Y en este contexto, la revisión por este Tribunal de la apreciación por la Mesa de contratación de la justificación ofrecida por la licitadora que ha ofertado una oferta anormalmente baja queda, como también hemos anticipado, afectada por la doctrina jurisprudencial de la discrecionalidad técnica, siendo una valoración de elementos técnicos cuyo control jurídico es limitado; no siendo posible, por tanto, la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento. Si bien, como apunta la Resolución 413/2022, de 27 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, los elementos de control serán, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable, así como la comprobación de que ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo por falta de justificación de la viabilidad. Resultando así que para desvirtuar la valoración realizada por la Mesa de Contratación en esta materia, será preciso que la reclamante ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio de dicho órgano colegiado resulta infundado o apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable.

Partiendo de tales premisas, lo cierto es que, analizadas las razones advertidas por la Mesa de Contratación para rechazar la oferta de la reclamante, que no son otras que las expresadas en el informe técnico de valoración de la justificación ofrecida por ésta, debemos concluir que no se cumplen las exigencias que impone la debida motivación reforzada antes citada. Y así, el informe técnico concluye que no se justifica

satisfactoriamente el precio ofertado, al tiempo que afirma que no entra a analizar la adecuación al mercado de los precios indicados en la justificación aportada; lo que, según parece, obedece a que tal análisis lo entiende innecesario por el mero hecho de que la justificación de los precios que corresponden a las partidas 1.01, 1.02 y 1.03 resulta muy inferior a la baja ofertada (35,70%), pues solo representa el 11% del presupuesto del proyecto.

Efectivamente, el informe técnico – que, no olvidemos, sirve de motivación in aliunde de la decisión adoptada - omite cualquier referencia al resto de las consideraciones, compromisos y presupuestos aportados por la reclamante como justificativo del ahorro en los precios ofertados en relación con el resto de las partidas del proyecto, lo que no es de recibo.

Siendo esto así, lo cierto es que la sola referencia a tres de las partidas del proyecto de la totalidad de aquellas sobre las que versa la justificación de la viabilidad de la oferta - entre ellas algunas de las específicamente indicada en el requerimiento de justificación - y el silencio acerca del resto de las consideraciones expuestas al efecto por la reclamante determinan que no podamos entender satisfecha la necesidad de motivación reforzada de la exclusión, pues es evidente que a la vista de las omisiones en tal sentido advertidas en el informe que la sustenta, no se expone debidamente el razonamiento en virtud del cual la mesa de contratación ha verificado que el precio propuesto no permite garantizar la correcta ejecución del contrato, ni es posible así comprender cómo ha llegado a la conclusión que alcanza, ni siquiera si las cuestiones alegadas sobre las que guarda silencio han sido, efectivamente, tomadas en consideración al adoptar la decisión impugnada. Justificaciones a las que sí alude el órgano de contratación en el informe de alegaciones remitido a este Tribunal, si bien tal circunstancia carece de eficacia a los efectos de subsanar el defecto de motivación advertido, pues la reclamante no ha tenido la posibilidad de utilizar en su reclamación los argumentos que estimara oportunos para defender sus intereses y combatir las razones ofrecidas por la Mesa de Contratación para su exclusión, lo que, va de suyo, le ha producido indefensión en la vía administrativa.

Llegados a este punto, y partiendo de la estimación del motivo de impugnación alegado, no podemos sino afirmar que no corresponde a este Tribunal, dada su función meramente revisora, sustituir la competencia de la Mesa de Contratación en el análisis de la justificación realizada por la reclamante; lo que nos lleva a la estimación parcial de la reclamación interpuesta, anulando la exclusión de la reclamante y retrotrayendo el procedimiento al momento inmediatamente anterior a ésta, y que se corresponde con la evaluación de la viabilidad de la oferta anormalmente baja formulada, a los efectos de que se adopte la decisión que proceda con observancia de los requisitos de motivación que, con arreglo a lo razonado, son exigibles.

SÉPTIMO.- Para finalizar, debemos resolver la petición formulada por la entidad contratante de imposición de multa a la reclamante por concurrir mala fe en la interposición de la reclamación, por cuanto conocía de la urgencia de ejecutar las obras, así como que la interposición de ésta frustraría la ejecución del contrato ocasionando así un gran perjuicio al órgano de contratación, cuando no podía, en ningún caso, resultar adjudicatario del mismo.

A este respecto, el artículo 127.4 de la LFCP señala que *“4. En caso de que el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición de la reclamación o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al reclamante, justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía. La imposición de multas sólo procederá en el caso de que se hubieran desestimado totalmente las pretensiones formuladas en la reclamación.*

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

Pues bien, en nuestro caso, ya sólo en atención a que la reclamación va a ser estimada parcialmente, no procede la imposición de la multa solicitada, sin que sea necesario entrar a analizar si efectivamente concurre mala fe en la interposición de la reclamación; y ello por cuanto no concurre el presupuesto de hecho previsto en el

precepto transcrito para su imposición, pues la literalidad de éste no deja lugar dudas cuando señala que sólo procederá la misma cuando se hubieran desestimado totalmente las pretensiones del reclamante.

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 parcialmente la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por INGENIERÍA Y TÉCNICAS GLOBALES DE RESOLUCIÓN AMBIENTAL, S.L. frente al acuerdo de la Mesa de Contratación, de 13 de septiembre, por el que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de *“obras de ejecución de la red general de abastecimiento del Polígono Sardilla de Funes”*, al no justificarse satisfactoriamente el precio ofertado, disponiendo su anulación con retroacción del procedimiento al momento correspondiente a la evaluación de la viabilidad de la oferta anormalmente baja formulada, a los efectos de que se adopte la decisión que proceda con observancia de los requisitos de motivación que son exigibles.

2º. Notificar este acuerdo a INGENIERÍA Y TÉCNICAS GLOBALES DE RESOLUCIÓN AMBIENTAL, S.L., al Ayuntamiento de Funes, 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, 23 de octubre de 2023. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.