



Expediente: 84/2021

ACUERDO 97/2021, de 29 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por ERKI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE, S.L. frente a la Resolución nº RESALCAL/2021/801 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Burlada, de 15 de julio de 2021, por la que se rechaza la oferta presentada por dicha mercantil en el procedimiento de adjudicación del contrato de obras “*CONT_OBRA/2021/01 Ampliación Gimnasio instalaciones deportivas El Soto*”, tramitado por el Ayuntamiento de Burlada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de abril de 2021, el Ayuntamiento de Burlada publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de obras “*CONT_OBRA/2021/01 Ampliación Gimnasio instalaciones deportivas El Soto*”.

A dicha licitación concurrieron los siguientes licitadores:

1. CONSTRUCCIONES NOVELETA, S.L.U.
2. ERKI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE, S.L.
3. VISANCA CONSTRUCCIONES, S.L.
4. LACUNZA HERMANOS, S.L.
5. INGEMAN, S.A.
6. CONSTRUCCIONES BORESTE, S.A.

SEGUNDO.- El 24 de mayo la Mesa de Contratación abrió el sobre A (Documentación Administrativa) presentado por los licitadores, admitiéndose a todos ellos en la reunión celebrada el 31 de mayo.

El 29 de junio la Mesa de Contratación atribuyó las puntuaciones relativas a las ofertas cualitativas (sobre B), en base al informe técnico emitido en la misma fecha, acordando la exclusión de CONSTRUCCIONES NOVELETA, S.L.U. por no alcanzar la puntuación de su oferta el umbral mínimo previsto en el apartado L del cuadro de características del contrato.

El 2 de julio se produjo la apertura del sobre 3 (Criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmula), siendo la oferta presentada por ERKI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE, S.L. de 232.606,33 euros (IVA excluido), requiriéndosele mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 5 de julio su justificación, por ser considerada anormalmente baja, requerimiento que se notificó al licitador el 8 de julio.

El 13 de julio, ERKI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE, S.L. presentó como respuesta a dicho requerimiento un escrito en el que señala lo siguiente:

“En el expediente referente a. CONT_OBRA/2021/01 con la denominación de AMPLIACION GIMNASIO INSTALACIONES DEPORTIVAS EL SOTO se nos ha comunicado que referente a nuestra oferta económica, concurre la baja en oferta anormalmente baja por nuestra oferta del 19,99%

Como consecuencia de ello, se nos solicita como garantía de licitación, una garantía complementaria del 50%

Entendemos que hay un error en su aplicación, toda vez que es menor del 20% y no queda definido correctamente. Nos remitimos al propio contenido del pliego, que en su página nº 8 en el apartado L.- CRITERIOS DE ADJUDICACION y en su parte 4.- Criterios para la consideración de ofertas anormalmente bajas, lo sitúa en el 20% sin ninguna otra referencia.

Se indica que se redondea al alza con dos decimales, pero nuestra propuesta en valor real es menor que el 20% por lo tanto, con aplicación de garantía del 4%

Solicitamos una aclaración y el reconocimiento de que esta parte ha cumplido con la exigencia de oferta económica, sin incurrir en oferta anormalmente baja.

Sin otro particular, reciba un atento saludo y quedamos a la espera de su contestación”.

El 14 de julio la Mesa de Contratación adoptó el siguiente acuerdo:

“1º. No aporta justificación del precio ofertado.

2º. En relación a la consideración de que la baja ofertada es del 19,99 %, aclarar que tal y como se establece en el Anexo IV del pliego para la valoración de la oferta económica, la B_j queda definida como "Baja de cada uno de los licitadores. Medida en % con relación al presupuesto de licitación." Esto es, que la diferencia entre el Presupuesto de licitación y el presupuesto ofertado se calcula en porcentaje respecto del mencionado presupuesto de licitación.

De este modo, en la oferta objeto de aclaración el cálculo es el siguiente:

290.757,90 (P licitación sin IVA) - 232.606,33 (P ofertado sin IVA) = 58.151,57 euros.

Esta cantidad supone un 19,99999656 % del Presupuesto de licitación, y tal y como establece el apartado L.1.2, del apartado A_ Condiciones particulares del contrato del pliego regulador, "Para cada entidad licitadora se fijará la baja de oferta en un porcentaje con dos decimales redondeados por exceso respecto del presupuesto de licitación."

Por lo tanto la baja resultante de 19,99999656 % redondeada con dos decimales por exceso, resulta ser del 20%, considerada anormalmente baja en el pliego.

Por lo aquí expuesto, y no habiendo presentado la empresa justificación en relación con su oferta económica considerada anormalmente baja de acuerdo al pliego, la Mesa de Contratación considera rechazar la oferta de la empresa Erki Construcción sostenible S.L.”

Por la Resolución n° RESALCAL/2021/801 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Burlada, de 15 de julio de 2021, se rechazó la oferta de dicho licitador, habiéndosele notificado el 19 de julio.

TERCERO.- Con fecha 29 de julio, ERKI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la resolución por la que se le excluye de la licitación, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. Que la resolución recurrida rechaza su oferta *“por no haber procedido a la justificación dentro del plazo establecido”*, sin ningún otro tipo de motivación y sin hacer mención alguna al escrito que presentaron el 13 de julio solicitando aclaración.

2ª. Que conforme al artículo 98 de la LFCP, *“El pliego determinará, por referencia el 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 de mercado”*, así como que *“Conforme a la Ley una oferta se considera anormalmente baja, si es un 30% de puntos porcentuales menor y en este caso, se indica que es el 20% sin justificarlo y cuando realmente no se llega a ese 20% la referencia limitativa de este porcentaje, solo puede modificarse conforme al pliego y en el mismo no hay referencia al porcentaje.*

Es más la única referencia a la valoración económica está en el ANEXO IV.- Anexo complementario para la valoración de oferta económica y se recoge una fórmula matemática que es equiparable a una aplicación arbitraria”.

Que el acuerdo de 5 de julio de la Junta de Gobierno Local ha considerado que concurre una baja del 20%, lo cual no es correcto, no justificando además que, aun cuando concurriera dicha baja, no quepa la viabilidad de la oferta, ni concurra una baja temeraria por vulnerar criterios normativos, recogidos por ley o por el pliego.

3ª. Que en el requerimiento de justificación se recogen todos y cada uno de los puntos previstos en el artículo 98 de la LFCP, si bien este señala que *“La justificación de la oferta podrá referirse, entre otras cuestiones, a las siguientes: (...)”*, sin

referenciar porque se piden todos y qué tienen que ver con la supuesta oferta anormalmente baja.

Alega que se genera indefensión, recayendo 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. Señala que la actuación de la Junta de Gobierno Local no cumple con este contenido, por ser genérica e inconcreta, siendo prácticamente imposible aportar lo requerido en el plazo de 5 días.

Señala que la actuación tampoco cumple con el contenido del artículo 91 de la LFCP, así como que no existe en los pliegos del contrato una previsión específica que obligue a presentar un estudio económico.

4ª. Que el TJUE ha reiterado de manera constante que el Derecho Europeo no incluye una definición del concepto de “oferta anormalmente baja”, por lo que corresponde a las entidades adjudicadoras determinar el modo de cálculo de un umbral de anomalía constitutivo de una oferta anormalmente baja.

Alega que también ha precisado que el poder adjudicador debe identificar las ofertas sospechosas, dar a los licitadores afectados la posibilidad de demostrar la seriedad de tales ofertas, exigiéndoles las precisiones que considere oportunas, valorar la pertinencia de las explicaciones facilitadas por los interesados, y tomar la decisión de admitir o rechazar las referidas ofertas. Señala que la bilateralidad y el carácter contradictorio previo a la decisión de exclusión es irrenunciable.

Señala que la ley establece que, cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, como por ejemplo el precio ofertado, podrán expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados.

Concluye que nada de lo anterior se ha tramitado, insistiendo en que la Junta de Gobierno Local no explica porqué la baja del 20% es anormalmente baja, cuando en el pliego no hay limitación alguna del 30% establecido en el artículo 91 antes citado, no habiéndose tampoco respetado el trámite de aclaración, que debería haber suspendido el plazo de los cinco días, como consecuencia de lo cual ha expirado el citado plazo.

5ª. Que *“La pretensión de esta parte es la existencia de una posible nulidad del trámite, tanto de la consideración inicial de oferta anormalmente baja de 5 de julio de 2021 de la Junta de Gobierno del Ayto de Burlada y del trámite de alegaciones, sin haber atendido a la aclaración de esta parte, al amparo de la Ley foral 2/2018, al haberse prescindido, en nuestra opinión, del procedimiento legalmente establecido, dado que, al no ser la oferta anormalmente baja, no procedía dicho trámite del artículo 91.*

Asimismo, no se ha atendido a la petición de aclaraciones del porqué sin llegar al 20% de propuesta a la baja, se ha considerado anormalmente baja, solicitando de manera genérica todos y cada uno de los elementos del art. 98 sin precisar porqué se pedían y que relación tenían con la valoración”.

Atendiendo a lo expuesto, solicita la anulación del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 5 de julio y de la resolución de Alcaldía del 15 de julio, con retroacción a la situación inicial de la oferta.

Asimismo, solicita como medida cautelar la suspensión del acto de adjudicación.

CUARTO.- Mediante oficio de la secretaria del Tribunal de 29 de julio se informó que, conforme al artículo 124.4 de la LFCP, la impugnación de los actos de trámite o de la adjudicación de un contrato conlleva la suspensión automática del acto impugnado, sin que resulte necesaria su declaración expresa.

QUINTO.- Con fecha 29 de julio se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 3 de agosto, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el 9 de agosto el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones en el que señala lo siguiente:

1ª. Que el recurrente basa su reclamación en la falta de regulación en el pliego del porcentaje de baja con el que puede considerarse que una oferta es anormalmente baja, lo cual no es cierto, dado que el apartado 4 L “Criterios de Adjudicación” del cuadro de características del contrato (página 10 del pliego) indica claramente que se establece el porcentaje del 20% para la consideración de ofertas anormalmente bajas.

Asimismo, que en el apartado L.1.2, del apartado A_Condiciones particulares del contrato, en la que se especifica el modo de proceder a la valoración de la oferta cuantificable mediante fórmulas respecto a la baja, se regula lo siguiente: *“Para cada entidad licitadora se fijará la baja de oferta en un porcentaje con dos decimales redondeados por exceso respecto del presupuesto de licitación”*.

2ª. Que el recurrente hace referencia en el punto tercero de su reclamación al artículo 91 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, norma no vigente, que regulaba las ofertas anormalmente bajas de manera diferente al artículo 98 de la vigente Ley Foral 2/2018, de 13 de abril.

Que el pliego regula y determina qué ofertas se pueden considerar anormalmente bajas, no habiendo existido discrecionalidad por parte del Ayuntamiento, el cual realizó los trámites señalados en el citado artículo 98, no habiéndose aportado en el plazo de 5 días hábiles establecido al efecto documentación alguna para justificar satisfactoriamente el precio o los costes propuestos.

Que en el acuerdo de 5 de julio no se exige de manera genérica todos los contenidos previstos legalmente para justificar la oferta económica, como afirma el reclamante, sino que *“se transcribe lo que regula la ley, todos los supuestos a fin de facilitar a la empresa qué aspectos puede utilizar para su justificación y, a continuación, en el texto del acuerdo se especifica expresamente qué debe justificar estableciéndose además un mínimo en relación a una serie de partidas concretas”*.

Respecto al plazo de 5 días para presentar la documentación justificativa, señala que dicho plazo es el establecido legalmente.

3ª. Que, si bien es cierto que la oferta ha sido considerada anormalmente baja por aplicación del redondeo a dos decimales establecido en el apartado L.1.2 del apartado A del pliego, este es de obligado cumplimiento, tratándose de una operación aritmética y de una regulación clara, que no da lugar a interpretación.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la inadmisión de la reclamación interpuesta.

SEXTO.- El 10 de agosto 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 formulado alegación alguna.

SÉPTIMO.- El 13 de agosto, ERKI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE, S.L. presentó un escrito en el que señala que la aportación de la documentación por el órgano de contratación se hizo fuera del plazo concedido para ello, lo que se comunica a los efectos oportunos.

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 y,

de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los actos de trámite o definitivos que excluyan a los licitadores.

SEGUNDO.- La reclamación formulada 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 al artículo 124.3.c) de la LFCP.

TERCERO.- 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.

CUARTO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo y legítimo, conforme a los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Burlada 801/2021, de 15 de julio, en cuya virtud se rechaza la oferta presentada por la reclamante en el procedimiento de adjudicación del contrato de obras “CONT_OBRA/2021/01 Ampliación Gimnasio instalaciones deportivas El Soto”, por no haber procedido a la justificación dentro del plazo establecido, de su oferta económica anormalmente baja de acuerdo al requerimiento efectuado a tales efectos.

Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas debemos realizar una precisión referida al procedimiento tramitado con motivo de la interposición de la reclamación; y ello a la vista del escrito presentado por la entidad reclamante con fecha 13 de agosto, poniendo de manifiesto que la aportación del expediente e informe de alegaciones por parte del órgano de contratación se ha realizado fuera de plazo.

Al respecto, dispone el artículo 126.4 LFCP que *“Interpuesta la reclamación, la Secretaría del Tribunal la notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de*

contratación o la documentación del contrato a la entidad que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes, acompañado de las alegaciones que a su derecho convengan.

El expediente o la documentación se presentarán acompañados de un índice en el que se enumerarán, ordenados cronológicamente, los archivos que lo integran, así como un listado en el que consten todas las personas participantes en el procedimiento con su dirección de correo electrónico y NIF. Cuando el expediente contenga información que el órgano de contratación considere confidencial, ésta habrá de enviarse al Tribunal por correo electrónico o cualquier otro medio telemático, al margen del resto del expediente o documentación que se aporte a través del Portal de Contratación.

Si el expediente completo o la documentación no se aportan en dicho plazo, el plazo de resolución de la reclamación quedará en suspenso hasta su aportación completa. En este caso, el plazo de suspensión durará como máximo cinco días, pasados los cuales el Tribunal continuará la tramitación, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieran podido incurrir las personas a cuyo cargo estuviera la remisión del expediente de contratación o documentación del contrato, que se exigirá, cuando se trate de personal al servicio de una Administración Pública, en los términos establecidos en la legislación vigente. En el caso de entidades que no sean Administración Pública, la responsabilidad podrá ser exigida conforme a la normativa que sea de aplicación”.

Consta en el expediente que la entidad contratante no remitió la documentación indicada en el plazo de dos días hábiles indicado en el primer inciso del precepto transcrito, que finalizaba el día 2 de agosto de 2021; motivo por el cual, con fecha 3 de agosto desde la Secretaría de este Tribunal se reitera el citado requerimiento, otorgando a tales efectos un plazo máximo de 5 días naturales, advirtiéndose expresamente que durante el mismo queda suspendido el plazo de resolución de la reclamación, así como que las alegaciones que se presenten transcurrido el citado plazo no serán tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente. Cumplimentándose el citado trámite por parte de la entidad contratante con fecha 9 de agosto de 2021.

Siendo esto así, el plazo conferido en el requerimiento sustanciado en orden a aportar el expediente de contratación y las alegaciones finalizó el día 9 de agosto, por ser inhábil el último día de éste; y ello en aplicación de la regla prevista en el artículo 30.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que dispone que *“Cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente”*. En consecuencia, tanto el expediente como las alegaciones del órgano de contratación se presentaron dentro del plazo previsto en el artículo 126.4 de la LFCP, debiendo, por tanto, ser admitidas y tenidas en cuenta para la resolución de la reclamación interpuesta.

SEXTO.- Entrando en las cuestiones de fondo, cuestiona la reclamante tanto que su oferta sea anormalmente baja como la adecuación del requerimiento para su justificación, con fundamento en las razones expuestas en los antecedentes de hecho del presente Acuerdo; oponiéndose a las mismas la entidad contratante en base a las alegaciones también expuestas en dicho apartado, al que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

Respecto a la consideración de su oferta anormalmente baja, sostiene la reclamante que en el pliego no existe ninguna referencia al porcentaje para considerar una oferta anormalmente baja, estableciendo el artículo 91 de la LFCP que *“Podrá presumirse que una oferta es anormalmente baja cuando sea inferior en treinta puntos porcentuales al importe estimado del contrato, salvo que se haya indicado otra cosa en las condiciones reguladoras del contrato”*. Alegación que no puede tener favorable acogida pues tal precepto corresponde a la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra; norma jurídica derogada por la vigente Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, que regula la cuestión objeto de debate en su artículo 98 introduciendo, precisamente, una importante modificación en lo que al parámetro para considerar una oferta anormalmente baja se refiere.

Efectivamente, el apartado primero del artículo 98 LFCP determina 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”*; eliminándose, como puede

observarse, la previsión legal de que tendrán tal consideración aquellas ofertas que sean inferiores en treinta puntos porcentuales al importe estimado del contrato, y estableciendo, como expresamente señala el preámbulo de la Ley Foral, la necesidad de que sea el propio pliego el que, caso por caso, atendidas las circunstancias concretas de cada contrato establezca qué ofertas serán consideradas anormalmente bajas.

Dicho lo anterior, contrariamente a lo sostenido por la reclamante, el pliego regulador del contrato sí establece las circunstancias determinantes de la consideración de una oferta como anormalmente baja, y lo hace por referencia al precio de licitación, pues la cláusula L.4 establece, expresamente, que los *“Criterios para la consideración de ofertas anormalmente bajas: 20% de baja sobre precio de licitación IVA incluido”*.

Partiendo de la anterior premisa, siendo, conforme a lo dispuesto en la cláusula C.1 de las condiciones particulares del contrato, el precio de licitación de 290.757,90 euros, la reclamante formuló oferta económica por un importe de 232.606,33 euros y, por tanto, con una baja de 19,99999656%; extremo que no es discutido por las partes, centrándose la discrepancia en si la baja realizada determina que la oferta tenga la consideración de anormalmente baja, por cuanto no alcanza el 20%, y cuya solución viene dada por el propio pliego regulador.

En este sentido, la cláusula L.1 señala que *“La valoración de la oferta económica se hará de acuerdo a lo siguiente:*

- Serán automáticamente excluidas aquellas ofertas que superen el precio de licitación.

- Para cada entidad licitadora se fijará la baja de oferta en un porcentaje con dos decimales redondeados por exceso respecto del presupuesto de licitación.

- En caso de que concurran tres ofertas o un número menor a éste, la valoración se realizará por aplicación de la regla de la inversa proporcional a los importes ofertados.

- En caso de que concurran cuatro o más ofertas, la valoración se realizará aplicando el método descrito en el Anexo IV de este condicionado.”

Llegados a este punto, cabe recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.1 de la LFCP, *“Las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna”*; previsiones éstas que, en nuestro caso, han devenido firmes y consentidas por no haber sido impugnadas en el momento procedimental oportuno con ocasión la publicación de dicho documento contractual.

Así, el pliego se califica por la jurisprudencia como "auténtica ley del contrato" al recoger los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes en sus aspectos jurídicos, económicos y administrativos, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases. Así lo afirma, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2021, cuando expone que *“La jurisprudencia de la Sala en relación con la libertad de pactos que antes indicamos, tal como señalamos, en nuestra Sentencia de 1 de diciembre de 2020, antes citada y que ahora seguimos, y mediante la mención del artículo 4 de la Ley 13/1995, esta Sala viene declarando, por todas, Sentencia de 29 de abril de 2009 (recurso de casación n.º 1606/2007) que ““ es pacífico en la doctrina científica y reiterado en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el Pliego de Cláusulas administrativas constituye la ley del contrato, con fuerza vinculante para las partes contratantes. Bien lo expresa el Alto Tribunal, p. ejem. en su sentencia de 9 de julio de 1988 : "la contratación administrativa, no obstante sus especiales características, tiene como nota o fondo común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser, ante todo, un concierto de voluntades, en el que las normas fundamentales y en primer término aplicables, son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones aceptado por éste, por lo que los derechos y obligaciones derivados de estos contratos se regulan, ante todo, por lo previsto en el pliego de condiciones publicado para su celebración, como "ley primordial del contrato", resultando obligado, en consecuencia de ello, para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de un contrato administrativo, el remitirse a lo establecido en el correspondiente pliego”*.

De esta consideración del pliego como ley del contrato deriva pues, como también este Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones - por todos, Acuerdo 76/2019, de 24 de septiembre - su carácter vinculante, tanto para la entidad contratante que lo ha aprobado como para los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido, y la imposibilidad de apartarse del mismo o proceder a su modificación, si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello. Esto también significa que si, como en el caso que nos ocupa, no es impugnado en el momento procedimental normativamente establecido para ello, deviene consentido y firme, debiendo aplicarse todas sus cláusulas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto las que sean nulas de pleno. Resultando así que lo más significativo, en relación con el carácter vinculante de los pliegos, es que la participación en el procedimiento por los licitadores comporta la asunción de los derechos y deberes definidos en los mismos que, como ley primordial del contrato, constituye la fuente a la que debe acudir para resolver todas las cuestiones que se susciten en relación a la adjudicación, cumplimiento, interpretación y efectos del contrato en cuestión.

Siendo esto así, conforme a lo dispuesto en la cláusula anteriormente transcrita del pliego, el cálculo de la baja de cada una de las ofertas se realizará con dos decimales que se redondearán por exceso. Regla de redondeo al alza o por exceso de obligada aplicación para la entidad contratante por venir así establecida de forma taxativa y clara en el pliego que, en este caso, siendo la baja de la oferta de la reclamante de un 19,99999656% supone fijar ésta en un 20%; y, por tanto, también conforme a la cláusula L.4 del mismo documento contractual, su consideración como oferta anormalmente baja.

En definitiva, el cálculo de la baja de la oferta económica de la reclamante se ha realizado cumpliendo, como no podía ser de otra manera, lo dispuesto en el pliego; resultando también ajustada a lo dispuesto en dicho documento contractual, y por ende, ajustada a la legalidad la consideración de ésta como oferta anormalmente baja por suponer una baja del 20% del precio de licitación; motivo por el cual ha de desestimarse este motivo de impugnación.

SÉPTIMO.- Partiendo del hecho acreditado de que la oferta económica realizada por la reclamante constituye una oferta anormalmente baja, procede analizar las alegaciones que ésta formula sobre la necesidad de que, en tal supuesto, fuese el órgano de contratación el que justificase su falta de viabilidad, así como las que cuestionan la adecuación del requerimiento de justificación remitido y la decisión finalmente adoptada al respecto por la entidad contratante.

La respuesta a las cuestiones planteadas ha de partir de la regulación contenida en el citado artículo 98 LFCP, que trae causa en el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, al que alude la reclamante; y que tras disponer, como se ha dicho, que es el pliego el documento donde debe determinarse el parámetro a aplicar, en cada caso, para determinar si una oferta es anormalmente baja, establece que *“Cuando se presente una oferta anormalmente baja que haga presumir al órgano de contratación 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 al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén 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. El órgano de contratación 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 del servicio correspondiente.

4. En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban 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.”

De igual modo, también el pliego regulador del contrato se refiere a tales cuestiones cuando en la cláusula 12.4 de las condiciones generales del contrato señala que *“Cuando en un procedimiento de licitación se identifique una oferta anormalmente baja respecto de las prestaciones del contrato que haga presumir que no va a ser cumplida regularmente, antes de rechazar la oferta la Mesa de Contratación comunicará dicha circunstancia a la persona/s licitadora/s que la hubieren presentado, conforme a lo previsto en el artículo 98 de la Ley Foral de Contratos Públicos. Podrá presumirse que una oferta es anormalmente baja cuando que se indique en el apartado L.3) de las Condiciones Particulares del Contrato”*.

Expuesto el marco legal de aplicación, debe traerse a colación la doctrina de este Tribunal sobre la cuestión jurídica que nos ocupa, pues la conjunción de ambos y su aplicación al caso concreto nos va a llevar, como a continuación se verá, a la desestimación de las alegaciones formuladas por la reclamante.

Así, en nuestro Acuerdo 79/2019, de 11 de octubre, señalamos 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. De acuerdo con ello, la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática. Por lo demás, 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. Evidentemente ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos.*

De otra parte, tal y como razona el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en la Resolución n° 465/2015, de 22 de mayo, la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin comprobar antes su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. En resumen, y como refleja el mismo órgano revisor en la Resolución n° 17/2016, de 15 de enero, no resulta necesario que por parte del licitador se proceda al desglose de la oferta económica ni a una acreditación exhaustiva de los distintos componentes de la misma sino que basta con que ofrezca al órgano de contratación argumentos que permitan explicar la viabilidad y seriedad de la oferta.

En este contexto, el artículo 98.3 LFCP determina que, vista la justificación aportada por el licitador, el órgano de contratación sólo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no justifiquen satisfactoriamente el precio o los costes propuestos: salvedad hecha de aquellos casos indicados en el apartado cuarto del mismo precepto, en que se compruebe que las ofertas 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 cuyo caso el rechazo de las ofertas deviene obligatorio por imperativo legal.

Llegados a este punto, interesa destacar, en primer lugar, que este Tribunal, entre otros en su Acuerdo 36/2015, de 19 de junio, ha señalado que la valoración de si la oferta es o no anormalmente baja corresponde al órgano de contratación - atendiendo a las condiciones de la licitación, a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias del licitador, y valorando las alegaciones formuladas por éste y los distintos informes emitidos, que no tienen carácter vinculante -, operando en estos casos la discrecionalidad técnica de la que goza; si bien, dicha discrecionalidad técnica no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste. Por ello, es competencia de este Tribunal analizar los aspectos formales de la valoración tales como las normas de competencia o de procedimiento que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminación o que finalmente, no se haya incurrido en error material al ejecutarla.”

También en nuestro Acuerdo 90/2018, de 11 de septiembre, indicamos que "La normativa en materia de contratación pública reconoce un derecho a quien incurre en baja presuntamente desproporcionada o anormal, el de poder justificarla, y de la propia Administración, que mediante el requerimiento de explicaciones complementarias puede aceptar ofertas más ventajosas económicamente. La justificación a aportar por el licitador no es sino una aclaración de los elementos en que éste fundamentó su oferta, cuya finalidad es verificar que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable, de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones. Así pues, se atribuye al licitador incurrido en anormalidad la carga de destruir tal presunción, correspondiéndole a él aportar una justificación que explique razonablemente los bajos costes propuestos y, por ende, la viabilidad de su oferta; de donde no cabe sino concluir que una deficiente justificación de tal extremo, imputable por ello al interesado, deviene insuficiente a tales efectos y determina la legalidad de su exclusión del procedimiento de adjudicación.

Al hilo de lo anterior, tal y como expone el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 180/2017, de 17 de febrero, en el análisis de la justificación de la oferta económica es reiterada la Jurisprudencia que relaciona

esta justificación con el contenido del requerimiento. Esto es: la suficiencia de la información aportada por el licitador ha de ser enjuiciada a la vista de la concreta información solicitada por el órgano de contratación, de tal modo que si el órgano de contratación considera imprescindible que se justifique un determinado aspecto de la oferta necesariamente lo ha de indicar en su requerimiento. Estando facultado el órgano de contratación, para solicitar aclaraciones complementarias a la justificación aportada, antes de adoptar la relevante decisión de excluir la oferta, sin que ello conculque el principio de igualdad de trato entre los licitadores.

Añadiéremos, en este sentido, que en la respuesta del licitador a tales requerimientos no se trata de que éste justifique exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo, es decir, de la viabilidad de la oferta en los términos en que ésta ha sido formulada. No obstante, cuando no se responde a la solicitud de aclaraciones o cuando la explicación remitida resulta insuficiente, la consecuencia que se impone es el rechazo de la proposición por no haber acreditado su viabilidad.; supuestos éstos en que la Administración queda sin un criterio claro respecto a la viabilidad de la oferta presentada, y, tal y como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2006, tiene pleno derecho a no aceptarla.”

Así las cosas, en modo alguno cabe sostener que sea el órgano de contratación el que deba acreditar su falta de viabilidad, como pretende la reclamante, pues ello resulta del propio importe de la oferta formulada y, como se ha visto y así se señala en el requerimiento de justificación remitido, de la aplicación de lo dispuesto en el pliego regulador del contrato. Y es que no podemos olvidar que la finalidad que persigue la LFCP al regular las ofertas anormalmente bajas no es otra que la de garantizar que aquéllas son viables en cuanto a su ejecución, en caso de resultar adjudicatarias; de ahí que la existencia de ofertas anormalmente bajas, por aplicación de los parámetros objetivos descritos en el PCAP, se configura como una mera presunción iuris tantum de que, como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la oferta no pudiera ser cumplida, exigiéndose la tramitación de un procedimiento contradictorio en que se da la oportunidad a los licitadores de justificar la viabilidad de su oferta, correspondiéndoles por tanto a éstos justificar su proposición, y disponiéndose

su exclusión en caso de no resultar, a la vista de la justificación aportada, viable. Presunción *iruris tantum* que, como tal, desplaza la carga de desvirtuarla, a través de una justificación adecuada y suficiente, al licitador incurso en ésta y a cuyos efectos deviene obligada, como hemos apuntado, la tramitación de un procedimiento contradictorio que, en este caso, se ha sustanciado correctamente, pues consta la remisión del oportuno requerimiento de justificación a la reclamante confiriéndole el plazo de cinco días que a tales efectos prevé el artículo 98 LFCP; plazo establecido legalmente que, precisamente por tal motivo, resulta, en contra de lo alegado, suficiente a los efectos pretendidos, máxime cuando no se acredita ninguna especial dificultad para recabar y aportar la justificación requerida.

De igual modo, debemos rechazar la alegación relativa a la indefensión generada por la falta de concreción del requerimiento de justificación al recoger todas las cuestiones que a estos efectos enumera el artículo 98.2 LFCP sin mayor especificación, pues, de un lado, como se ha visto, el artículo 98.1 in fine LFCP establece que la petición de información dirigida al licitador debe 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; requisitos que han sido debidamente observados en este caso, pues el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de 5 de julio de 2021 “Requerimiento Justificación Oferta anormalmente baja. Expediente CONT_OBRA 2021/1” que obra en las páginas 495 y 496 del expediente remitido a este Tribunal señala el parámetro que define la oferta como anormalmente baja, pues expresamente indica que *“es un 20% inferior al precio de licitación, por lo que de conformidad a lo establecido en el apartado del pliego de condiciones se considera anormalmente baja”*, refiriendo igualmente las cuestiones a las que podía referirse la justificación de la oferta a aportar por el licitador.

Dicho lo anterior, lo cierto es que aún en el supuesto de que el requerimiento se limitase a una remisión de las cuestiones enumeradas, con carácter meramente enunciativo, en el artículo 98.2 LFCP de ello no cabría, cuando menos de antemano, apreciar infracción alguna, pues como expusimos en nuestro Acuerdo 33/2021, de 7 de abril, 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.

Pero es que además, en el supuesto analizado basta una lectura del citado acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local para comprobar que tal requerimiento no se limita a referir genéricamente las cuestiones a que puede referirse la justificación a aportar, toda vez que si bien se transcribe dicho artículo 98.2, a continuación se señala expresamente lo siguiente: *“A este respecto se considera que la empresa ERKI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE, S.L justifique y desglose documentalmente la valoración de la oferta y precise las 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 al ahorro que permita el método de construcción; las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la obra; la 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 pavimentos deportivos, estructura metálica, forjado colaborante, carpintería de aluminio e instalaciones, motivado por la inestabilidad actual de los precios”.

Así pues, lo cierto es que el requerimiento de justificación está formulado con suficiente claridad y concreción, señalando los aspectos cuya justificación se considera imprescindible, sin perjuicio de permitir al licitador presentar cualquier justificación que estimase conveniente; observándose así las garantías previstas en el artículo 98 LFCP y sin haberse generado, por tanto, indefensión alguna.

Derivado de lo anterior, no podemos sino rechazar el argumento relativo a que no existe en el pliego ninguna previsión que obligue al licitador a presentar un estudio

económico, pues además de que lo que se requiere es un estudio o justificación de determinadas partidas del proyecto, lo cierto es que ello es precisamente uno de los puntos de concreción del requerimiento cuya ausencia precisamente denuncia la reclamante en otra de las alegaciones formuladas; motivo suficiente para su desestimación pues no cabe alegar una infracción y seguidamente la contraria.

OCTAVO.- Resta por analizar la cuestión relativa a la legalidad de la decisión objeto de impugnación a la vista de lo manifestado por la reclamante en el trámite de justificación de la oferta anormalmente baja, que sostiene que habiendo solicitado una aclaración al respecto debió suspenderse el plazo de cinco días conferido para aportar la justificación requerida.

El motivo ha de ser desestimado.

Según acredita el expediente remitido a este Tribunal, la notificación del requerimiento de justificación de la oferta es recibida por la reclamante con fecha 8 de julio, presentándose el día 13 del mismo mes - esto es, el último día del plazo legal habilitado para la aportación de la justificación - un escrito limitándose a indicar lo siguiente: *“Entendemos que hay un error en su aplicación, toda vez que es menor del 20% y no queda definido correctamente. Nos remitimos al propio contenido del pliego, que en su página nº 8 en el apartado L.- CRITERIOS DE ADJUDICACION y en su parte 4.-Criterios para la consideración de ofertas anormalmente bajas, lo sitúa en el 20% sin ninguna otra referencia.*

Se indica que se redondea al alza con dos decimales, pero nuestra propuesta en valor real es menor que el 20% por lo tanto, con aplicación de garantía del 4%

Solicitamos una aclaración y el reconocimiento de que esta parte ha cumplido con la exigencia de oferta económica, sin incurrir en oferta anormalmente baja”.

Al respecto, no podemos sino advertir que no existe previsión legal alguna que ampare la suspensión del cómputo para realizar la justificación de su oferta que, de hecho, ni siquiera es solicitada en el escrito presentado; no pudiéndose sostener tampoco que la falta de contestación a dicho escrito produjera la expiración del plazo concedido, máxime cuando dicho escrito se presenta, como se ha dicho, el último día

del plazo. Siendo la propia reclamante quien a la vista del requerimiento remitido y no estando conforme con la calificación de su oferta como anormalmente baja decide presentar la comunicación indicada en lugar de la justificación requerida; debiendo, por tanto, soportar las consecuencias jurídicas que de ello derivan que, además, se indican expresamente en el citado requerimiento donde se señala que *“En caso de que los documentos aportados no justifiquen satisfactoriamente el precio o los costes propuestos, tras la evaluación del órgano de contratación de la información proporcionada por quien licita, la oferta será rechazada”*.

Siendo esto así, resulta obvio que la reclamante, habiendo formulado una oferta anormalmente baja, no ha aportado documentación que justifique su viabilidad, resultando por tanto obligada su exclusión, pues como indica la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 32/2012, de 26 de enero, la superación de los límites fijados en el pliego se configura como presunción de anomalía que debe destruirse por el licitador, correspondiéndole sólo a éste la justificación de su proposición, de modo que su silencio conlleva el rechazo de la proposición.

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. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por ERKI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE, S.L. frente a la Resolución nº RESALCAL/2021/801 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Burlada, de 15 de julio de 2021, por la que se rechaza la oferta presentada por dicha mercantil en el procedimiento de adjudicación del contrato de obras *“CONT_OBRA/2021/01 Ampliación Gimnasio instalaciones deportivas El Soto”*, tramitado por el Ayuntamiento de Burlada.

2º. Notificar este acuerdo a ERKI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE, S.L., al Ayuntamiento de Burlada, 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, 29 de septiembre de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer.
LA VOCAL, M^a Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.