



Expediente: 125/2020

ACUERDO 10/2021, de 3 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por TEXUM GENERA, S.L. frente a su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de *“servicio de auditoría energética del alumbrado público de Tudela y redacción de pliegos reguladores para el servicio de mantenimiento del alumbrado público de Tudela en base a la simulación acordada de la auditoría energética”*, licitado por el Ayuntamiento de Tudela.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Tudela licitó el contrato de *“servicio de auditoría energética del alumbrado público de Tudela y redacción de pliegos reguladores para el servicio de mantenimiento del alumbrado público de Tudela en base a la simulación acordada de la auditoría energética”*, por procedimiento simplificado, habiendo concurrido al mismo, entre otros licitadores, la UTE IMAGA INGENIEROS – TEXUM GENERA.

SEGUNDO.- Con fecha 19 de agosto de 2020, la Mesa de Contratación procedió a la apertura del sobre 1 “Documentación Administrativa”, constatando que todos los licitadores habían presentado la misma correctamente, procediéndose, a continuación, a la apertura del sobre 2 “Oferta criterios cualitativos”.

Con fecha 6 de octubre se reunió nuevamente la Mesa de Contratación y atribuyó las puntuaciones correspondientes a dichas ofertas, con base en el informe técnico de 1 de octubre.

El mismo 6 de octubre se procedió a la apertura del sobre 3 “Oferta criterios mediante fórmula”. En la correspondiente acta se hace constar que *“Los artículos 13 y*

art. 15.2 del pliego de condiciones establece que una oferta es anormalmente baja cuando la baja exceda del 25% del importe máximo de licitación”, ascendiendo este a 40.000 euros (IVA excluido).

La UTE IMAGA INGENIEROS – TEXUM GENERA realizó una oferta de 20.000 euros, lo que supuso una baja del 50% del precio máximo de licitación, y la empresa PWACS ofertó 28.800 euros, lo que supuso una baja del 28% del mismo. Por ello, se les requirió la justificación de sus ofertas en los términos previstos en el artículo 98 de la LFCP.

La UTE IMAGA INGENIEROS – TEXUM GENERA presentó su justificación el 13 de octubre y PWACS lo hizo el 16 del mismo mes.

Con fecha 27 de octubre, el Ayuntamiento de Tudela emitió un informe técnico en el que se considera no fundamentada suficientemente la viabilidad de la oferta formulada por la UTE, no admitiéndose su justificación.

El 28 de octubre emitió otro informe en el que sí se considera justificada la oferta presentada por PWACS.

Con fecha 3 de noviembre se reúne la Mesa de Contratación, acordando la exclusión de la UTE IMAGA INGENIEROS – TEXUM GENERA, que le fue notificada el 12 de noviembre.

TERCERO.- Con fecha 24 de noviembre de 2020, TEXUM GENERA, S.L., una de las mercantiles que compone la UTE, interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a dicha exclusión, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. Defecto de forma.

Señala que en el acto recurrido no consta si es un acto de trámite o definitivo, ni tampoco se define correctamente el órgano que lo ha emitido, lo que le genera dudas e indefensión.

Señala, asimismo, que la triple vía de recursos prevista no concuerda con la establecida en el artículo 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ni con la preceptuada en el artículo 44 de la LCSP, ni en el artículo 122 de la LFCP, lo que le causa confusión y puede derivarle perjuicios irreparables.

Igualmente, señala que en el acto recurrido se indica expresamente que se traslada el informe técnico de valoración de la justificación de la adecuación de su oferta, pero que, sin embargo, la única referencia al informe que consta está en el cuerpo de la resolución que se notifica, *“con lo que esta parte está impugnando el acto sin saber si realmente tiene en consideración todos los extremos que afectan a su derecho al recurrir, al no tener constancia de dicho informe”*, lo que también es causante de indefensión, por lo que, entre otras cosas, se solicitará la suspensión de la tramitación hasta la resolución del recurso.

2ª. En cuanto a la declaración de oferta anormalmente baja, la libertad de honorarios profesionales y la normativa que la regula.

Que cuando el artículo 98 de la LFCP dice 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”*, y vemos que el objeto de la licitación es la prestación de servicios profesionales de ingeniería, se ha de atender a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, más conocida como “Ley Omnibus”, que establece un nuevo artículo 14 en la Ley de Colegios Profesionales que lleva por rúbrica “Prohibición de recomendaciones sobre honorarios”, según el cual *“Los Colegios Profesionales y sus organizaciones colegiales no podrán establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales, salvo lo establecido en la Disposición adicional cuarta”* (sólo para abogados y a efectos de tasaciones de costas).

A lo cual debe añadirse que dicha limitación ya había sido vedada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y confirmada por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

Se citan los acuerdos 75/2017, de 7 de diciembre, y 56/2017, de 25 de septiembre de este Tribunal.

Continúa el reclamante señalando que *“lo primero que nos hemos de preguntar es que si la limitación del precio a la baja es o puede ser unos elementos para configurar legalmente una baja anormal cuando estamos hablando del ejercicio de una profesión como la de ingeniero. La segunda cuestión a determinar es si la anormalidad de la baja puede quedar justificada en base a un expediente administrativo que justifique el precio de la licitación debidamente con parámetros concretos y objetivos para conocimiento de los licitadores. Si cualquiera de las preguntas se responde con un NO, la exclusión carece de acomodo legal.*

Y así lo entendemos, pues no consta en el expediente justificación alguna de la justificación del precio de la licitación a pesar de la necesidad de ello que se desprende tanto de las Directivas europeas, como de la Ley de Contratos del Sector público, como de la propia Legislación Foral como no podría ser de otra manera derivando de la norma europea.

Por tanto, no siendo justificado mediante el desglose de argumentos objetivos de determinación del precio de la licitación, ni en el pliego de cláusulas ni en el expediente administrativo del que trae causa, y siendo los honorarios profesionales libres por expresión legal, no cabe presumir que la justificación de esta parte sea insuficiente para justificar la correcta y puntual ejecución del trabajo, ni la baja retribución de los empleados de la empresa, pues es evidente que todos realizaran otras tareas además de las derivadas en el contrato y que podrán ser pagados con otras contrataciones paralelas, pues como es evidente y obvio la empresa a la que represento, no solo realizara este encargo durante un año. Faltando esa correcta referencia de determinación del precio, una posterior determinación de los criterios no establecidos en el pliego de cláusulas es arbitrario y contrario al principio de

publicidad, pues no podía ser conocido por adelantado por los licitadores, lo que determinado a posterior quiebra ese principio.”

3ª. En cuanto a la justificación de los valores ofertados y su suficiencia para justificar la ejecución contractual. La discrecionalidad técnica.

Se señala que se detalla extremo por extremo los errores cometidos en el análisis técnico de la oferta de la UTE.

1. Dice textualmente en la notificación:

“No son admisibles la capacidad de ahorro en servicios y métodos de innovación de las soluciones técnicas adoptadas por que son muy genéricas y no justifican mejoras en el precio, todo ello en base a los siguientes argumentos:

1. La UTE no concreta datos de los convenios colectivos aplicables lo que dificulta la valoración de la oferta. El coste mensual según convenio 2021 con 14 pagas y 11 mensualidades de trabajo no corresponde con ningún valor de las tablas de ningún convenio.”

Se alega que esto no es correcto porque en la justificación de la oferta los costes de personal se han obtenido del Convenio Colectivo del sector de oficinas y despachos de la Comunidad Autónoma de Madrid para el periodo 2019-2021, dado que es la comunidad en la que está domiciliada la UTE.

Así, “Puede comprobarse que el importe de euros/mes que aparece en dicha tabla para cada uno de los puestos se deriva de la multiplicación por 14 y la división entre 11 a los efectos de determinar el coste mensual de cada mes efectivamente trabajado, todo ello partiendo de la tabla del convenio, pues según el convenio, un trabajador cobra 14 veces el importe de salario indicado en el convenio, pero solo trabaja 11 meses al año, después de deducir el mes de vacaciones de cada trabajador.”

Se concluye, por ello, que se cumple con la obligación social o laboral de satisfacer las retribuciones legalmente establecidas en el convenio aplicable.

2. En el siguiente argumento del informe de exclusión elaborado por el Ayuntamiento de Tudela se señala que:

“Hay incoherencia de la justificación con el planing propuesto en su oferta en Fase II. La oferta la desarrolla en 0,5 meses y la justificación económica aplica 0,3 meses de trabajo de ingeniero superior. Esto reduce el coste del personal en la justificación pero no se ajusta a la propuesta, ya que el trabajo se desarrolla en 0,50 meses de ingeniero superior.”

Se señala que se facilitaron dos datos totalmente independientes: *“Un dato es la duración de la actividad, desde que se inicia hasta que se termina, tiempo que se refleja en el diagrama de Gantt y que no tiene ninguna incidencia en los costes del proyecto, en este caso para la Fase II son 0,5 meses y otro dato, totalmente independiente del anterior, es el tiempo efectivo en meses, que ha dedicado a esta actividad el Ingeniero Superior, que es el que tiene influencia en los costes.”*

Se alega que el informe del Ayuntamiento confunde la duración de la Fase II con la dedicación del técnico superior a esta fase, así como que *“en ningún lugar ni del Pliego de Prescripciones Técnicas ni en nuestra oferta se exigía o decía que el Fase II había de ser realizada por un ingeniero superior. Motivo por el cual esta argumentación del informe carece de fundamento fáctico y es claramente errónea”*.

Igualmente, se señala que en los trabajos asignados a esa Fase se exige a la ingeniería la simulación de al menos 3 modelos energéticos, siendo el tiempo de 0,3 meses de trabajo de dedicación de un Ingeniero superior *“un tiempo más que suficiente para desarrollar este trabajo de elaboración de cada una de las tres propuestas exigidas por los Pliegos”*.

3. En el informe de exclusión elaborado por el Ayuntamiento de Tudela se señala que:

“En la Fase 5, de duración 1 año, se destinan 5 agentes cuya suma de trabajos arrojan solo 0,9 meses. No queda claro si la equivalencia de 0,18 meses de trabajo de

cada agente se corresponde a media jornada mensual o a una jornada al mes... tampoco las equivalencias son claras al mostrar 0,18 meses tanto para 1 media como 2 medias. Se considera técnicamente inadecuado destinar 0,9 meses de trabajo para una fase de 12 meses.”

Se señala que se reitera la confusión descrita en el punto precedente, así como que *“El técnico que ha elaborado el informe no ha entendido que el tiempo dedicado por cada una de las personas del equipo es de 0,18 meses, que equivale, como así se indica en la justificación de la oferta, a una dedicación de media jornada por persona y mes.*

Además, como se puede ver el técnico indica en su informe como justificación de la exclusión, que no considera técnicamente adecuado destinar 0,9 meses para una fase que se desarrolla a lo largo de 12 meses. Esta justificación se excede de lo preceptuado en el pliego de cláusulas sobre las bajas anormalmente bajas, es un juicio de valor que excede del contenido económico que es el que se había fijado en el pliego para definir los motivos de exclusión, ya que no se trata de una vulneración de la normativa de subcontratación, medioambientales, laborales o sociales.”

Se alega que *“esta fase de control y seguimiento de la actividad dura desde que se inician las obras, una vez adjudicado el contrato, hasta su finalización, lo que se ha estimado en un plazo aproximado de 12 meses. En lo que se refiere al alcance de los trabajos a realizar en esta Fase, la única referencia que hace el Pliego a los trabajos a realizar en la misma se refiere a lo indicado en el Objeto del Contrato que indica textualmente “La monitorización y control durante el primer año de la implantación de las medidas de la oferta adjudicataria”. En otra parte del Pliego se indica “Al año de la firma del adjudicatario del Mantenimiento de Alumbrado Público, en la modalidad seleccionada, se elaborará un informe de la monitorización de los trabajos de implantación de inversiones realizadas y de los trabajos exigidos en el Pliego correspondiente”, de lo que se determina que los trabajos descritos en esta fase son marginales, se tienen que basar ineludiblemente en información sobre la ejecución del contrato suministrada por el Adjudicatario o por el propio Ayuntamiento y su dedicación es muy puntual. Aun así, en nuestra propuesta hemos dedicado a esta fase*

un tiempo de dedicación total de 20 días de trabajo y un 5% del presupuesto total del proyecto.”

A mayor abundamiento, se señala que *“el número de horas tomadas en consideración para la correcta ejecución del contrato por parte del órgano de contratación no deja de ser una estimación”,* así como que *“Se limitan a rechazar la oferta por el hecho de que se aleja del número de horas estimado por el órgano de contratación sin realizar valoración alguna sobre la justificación por ella aportada durante el trámite de audiencia, y sobre todo sin que dichas horas estimadas en el PPT se derive de un cálculo detallado que se refleje en el expediente administrativo al que hayan tenido acceso los licitadores o se haya publicado, (...).”*

4ª. La doctrina sobre la valoración de las bajas anormales.

Con cita del Acuerdo 67/2017, de 30 de octubre, de este Tribunal, se señala que *“se trata de justificar por parte de la Mesa de Contratación o del órgano, que de la justificación y de la oferta presentada, se deriva la imposibilidad de ejecución del contrato, no la constatación de la baja de los precios, o la creencia de que no podrá pagarse los salarios, sino la evidencia del incumplimiento de las obligaciones derivadas. Entendemos que en el presente caso esto no se da como hemos establecido ut supra.”*

Asimismo, señala que las ideas básicas que se extraen de esta Jurisprudencia y que afectan a su caso, son las siguientes:

“• El Órgano de Contratación a la hora de determinar si una oferta pueda ser considerada anormalmente baja y dar lugar a la exclusión de un licitador no puede basarse en el precio ofertado, en sí mismo, sino en la capacidad de ese licitador para cumplir el Contrato en sus propios términos. Este extremo no puede extraerse del informe del técnico municipal en absoluto, pues solo se basa en puntos de vista no en evidencias de imposibilidad de ejecución.

• Se establece un procedimiento de verificación contradictoria de justificación de una oferta, que establece tres actuaciones básicas: (...).” Se alude, aquí, a la falta de pericia técnica del aparejador que evacuó el informe.

- *El Órgano de Contratación solicita a los empresarios la justificación de su oferta en relación con unos extremos fijados en el pliego de cláusulas, y la justificación ha de ser en referencia a estos extremos, no es una causa general que pueda extenderse a toda la plica o a cualquier extremo, pues ello causaría indefensión y conllevaría la nulidad de la exclusión.*

- *Es indispensable, y causa de nulidad el no hacerlo, que el Órgano de Contratación solicite un Informe técnico adecuado que evalúe la justificación del empresario en lo referente a su capacidad para ejecutar el Contrato. En este informe se debe evaluar los diferentes elementos que concurren en la oferta y las especiales características de la empresa licitadora. Y si el informe técnico no aclara ni motiva suficientemente la inviabilidad de la oferta, no podrá ser excluida la proposición incurra inicialmente en anormalidad. Como ocurre en nuestro caso, no se ha determinado en absoluto nuestra falta de capacidad para ejecutar el contrato.*

- *Se exige que el informe técnico sea detallado y que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve si la anormalidad de la oferta puede afectar o no a la ejecución del contrato. En consecuencia, el informe técnico tiene un único objetivo, determinar si el licitador es capaz de ejecutar el Contrato. En el presente caso esto no se produce.*

- *No existe libre decisión administrativa del órgano de contratación, ya que se debe a lo establecido en el pliego de cláusulas y este establece claramente que solo puede excluirse a las empresas por la normativa sobre subcontratación o por incumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social, laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, y en el resto de los casos las bajadas anormales deben ser aceptadas y en caso de adjudicarse deben dar lugar a un refuerzo de la garantía del 50%. Todo ello de acuerdo con la normativa de la U.E., ya que el poder adjudicador solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos y ello conlleve a la imposibilidad de ejecutar el contrato en sus propios términos, y del informe técnico esto no se deriva en absoluto.”*

Se alude a diversa doctrina dictada al respecto, señalándose que “Como ha señalado reiteradamente en numerosas resoluciones el TACRC (por todas, las Resoluciones 407/2014 y 256/2015), 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, o no, a cabo. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. (...)”.

Concluye la reclamante señalando que “*Aplicando la doctrina citada al caso concreto que nos ocupa, la UTE a la que represento, presentó la justificación de la viabilidad de su oferta aportando un desglose del reparto de horas empleadas para el control programado de las instalaciones exponiendo el tiempo de actuación que requiere cada una y el coste del personal correspondiente, indicando asimismo el porcentaje estimado de beneficio y la disposición del Servicio y los elementos en los que la empresa consideró menos costes y añadiendo que al disponer uno de los miembros de la UTE de su sede en el municipio donde se presta el servicio y conocer con detalle el municipio, el tiempo de actuación está más optimizado. Lo que como hemos visto no queda en ningún momento contrarrestado por el informe técnico.*”

5ª. Incumplimiento de lo establecido en el PCAP. Obligación derivada del PCAP de aceptar la baja temeraria a cambio de mayor garantía no aplicada por la Mesa. Nulidad de pleno derecho de la exclusión por contravenir a los pliegos.

Se alega que “*Según se deriva de la redacción del pliego de cláusulas administrativas particulares de la licitación, solo cabe la exclusión de una empresa licitadora si se vulneran, y cito literalmente: “la normativa sobre subcontratación o por incumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social, laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes”. Es decir, solo en dichas circunstancias, cuando detectadas por la Mesa o el órgano de contratación se haya requerido a la empresa incurso presuntamente en dicha situación de anormalidad y específicamente en ella, y no haya justificado la misma, cabrá la exclusión.*

En el resto de los supuestos de baja anormal, el pliego fija que esta será admitida y deberá aumentar la garantía al 50% del contrato.”

Se concluye, por ello, que *“la resolución impugnada, además de todo lo dicho anteriormente es nula de pleno derecho por contradecir lo ordenado en el PCAP en su cláusula 13, de conformidad con lo determinado en el art. 47 de la Ley 39/2015, o como mínimo es anulable si resulta de aplicación el art. 48 de dicha Ley.”*

6ª. La capacitación del técnico a los efectos de evaluar una justificación de una oferta de ingeniería.

Se señala que el técnico municipal que ha realizado la valoración de la justificación de la oferta anormalmente baja es un arquitecto técnico, *“Lo cual justificaría los errores y la falta de entendimiento denunciadas en el presente escrito respecto a la justificación aportada por esta parte a la oferta realizada en su día, y la imposibilidad de aplicar al presente caso la disponibilidad técnica necesaria aplicable a la pericia del técnico que suscribe el informe, pues no es el técnico adecuada para el análisis de unos trabajos que exceden de su pericia.”*

Se solicita, *“por los motivos antes mencionados o cualesquiera otros que el órgano entienda aplicables”*, la revocación de su exclusión y que se vuelvan a valorar las ofertas incluyendo la realizada por la UTE.

Por último, señala que *“vista la posible indefensión en cuento a los defectos formales de la notificación de la resolución recurrida, y teniendo en cuenta que la exclusión supone la máxima limitación al derecho a participar y concurrir en la licitación, derecho básico de la normativa española y europea en la licitación pública, y que la misma se deriva, no de una falta de capacidad o de solvencia, ni de defectos en la propuesta de esta parte que fueran insubsanables, sino de la interpretación sobre la posibilidad de poder o no ejecutar este contrato que se licita al precio ofertado, entendemos que procede suspender el proceso licitatorio hasta que se resuelva el presente recurso, todo ello de conformidad con la reciente doctrina del TS al respecto”*.

CUARTO.- Con fecha 24 de noviembre de 2020, se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento de los artículos 125.3 y 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 27 de noviembre, 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 2 de diciembre de 2020 el órgano de contratación aportó, transcurrido el plazo concedido, el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones frente a la reclamación interpuesta. Dichas alegaciones, no obstante, no pueden ser tenidas en cuenta para la resolución de la reclamación interpuesta, conforme a lo que se advirtió al respecto.

QUINTO.- Por el Acuerdo 117/2020, de 4 de diciembre, de este Tribunal, se desestimó la solicitud de adopción de medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de licitación.

SEXTO.- El 4 de diciembre de 2020 se dio traslado a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, sin que se haya formulado 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 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 o perjudiquen sus expectativas.

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 reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés legítimo, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 123.1 de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación se ha presentado en la forma prevista en el artículo 126.1 de la LFCP.

Asimismo, la reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de diez días previsto en el artículo 124.2.b) de la misma Ley Foral, habiendo sido esta cuestión objeto del preceptivo examen en el Acuerdo 117/2020, de 4 de diciembre al cual nos remitimos.

QUINTO.- Con carácter previo debemos realizar una advertencia respecto al *petitum* de la reclamación, donde se solicita la revocación de la exclusión de la UTE IMAGA INGENIEROS – TEXUM GENERA “*por los motivos antes mencionados*” pero también respecto de “*cualesquiera otros que el órgano entienda aplicables*”.

A este respecto cabe señalar que el artículo 127.2 de la LFCP establece que la resolución que ponga término al procedimiento deberá ser congruente con la petición, lo que implica necesariamente que este Tribunal debe pronunciarse única y exclusivamente sobre las alegaciones que formula el reclamante – con la salvedad hecha de que pueda apreciar de oficio la existencia de nulidad de pleno derecho aun sin alegación de parte –, no pudiendo como pretende inferirse que pueda completar aquellas o, bien, añadir nuevos motivos de reclamación distintos a los expuestos en su escrito de de interposición.

Así, en el Acuerdo 56/2019, de 19 de junio, de este Tribunal, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2009:

“No basta con referir determinadas cuestiones sin aludir a que las mismas adolezcan de defecto jurídico alguno y sin indicar las razones de su oposición, toda vez

que sin ello no se puede pretender que sea la entidad contratante la que justifique sus actuaciones, ni mucho menos que este Tribunal sustituya a las partes y complete sus insuficiencias, fundamentalmente en un aspecto tan relevante para el proceso como es la identificación de las concretas razones de impugnación esgrimidas que, como no puede ser de otra manera, corresponden exclusivamente, en virtud del principio dispositivo, a la parte que ejercita la acción de impugnación.”

SEXTO.- Entrando en las cuestiones de fondo planteadas se alega, en primer lugar, un defecto de forma como causante de indefensión, así como la falta de notificación del informe de técnico de valoración, pese a que en el acto de exclusión se señala que se traslada el mismo.

Frente a ello hemos de recordar que dicha alegación sirvió para justificar la medida cautelar de suspensión del procedimiento solicitada y, en consecuencia, ya fue resuelta motivadamente en nuestro Acuerdo 117/2020, de 4 de diciembre, en donde señalamos lo siguiente:

“La reclamante alega su indefensión como primera circunstancia justificativa de su solicitud de suspensión del procedimiento de contratación. Aquella se produciría, en primer lugar, como consecuencia de los defectos formales de que adolece el acto recurrido, y, en segundo lugar, por el desconocimiento de si existen otras razones, a parte de las consignadas en dicho acto, que justifiquen su exclusión. No obstante lo alegado, no se aprecia la indefensión aducida.

En primer lugar, porque en el acto recurrido se hace constar que el mismo se acuerda por unanimidad de la mesa – de contratación, ha de entenderse –, por lo que no existe indefinición alguna acerca del origen del mismo. Asimismo, porque los defectos en la notificación cursada tienen relevancia respecto a la admisión a trámite de la reclamación, en los términos antes señalados, pero no constituyen una circunstancia que permita acoger su solicitud de medida cautelar.

En segundo lugar, respecto al informe técnico de valoración de la justificación de la oferta, lo cierto es que el acto recurrido incorpora las conclusiones de los servicios técnicos municipales al respecto, por lo que tampoco este extremo puede

determinar su indefensión. Asimismo, examinado el expediente de contratación, se aprecia que el citado informe fue remitido a la reclamante junto con la notificación de su exclusión.

Debe recordarse, en relación con esta alegación, que la indefensión ha de ser material o real, y no meramente formal, esto es, que haya impedido alegar lo que proceda en su defensa o que se ignore la razón de lo decidido por la Administración, conforme a lo señalado en la sentencia del Tribunal Supremo 1764/2016, de 13 de julio. Ninguna de estas circunstancias concurre.”

Por ello procede la desestimación de estos motivos de impugnación.

SÉPTIMO.- En la presente reclamación se viene a cuestionar, con diversas argumentaciones, la exclusión de la reclamante por presentar una *oferta incurso en baja desproporcionada que imposibilita la ejecución del contrato en precios de mercado*. Es por ello que para su análisis conviene recordar tanto la normativa de aplicación como lo dispuesto en el pliego.

En el art. 98 de la LFCP es donde se regula, del siguiente modo, las ofertas anormalmente bajas: *“1. 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 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.”

En atención a dicho artículo la presente licitación estableció, por referencia al precio de licitación del contrato, la consideración de una oferta como anormalmente baja, conforme a lo dispuesto en las cláusulas 13ª y 15.2 de las condiciones particulares del contrato:

“13.- OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS

En el caso del Anexo III, se podrá presumir que una oferta es anormalmente baja cuando la rebaja exceda del 25% del importe máximo de licitación. En este caso se estará a lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

En todo caso, se rechazarán aquellas ofertas que se compruebe que son anormalmente bajas por vulneración de la normativa sobre subcontratación o por incumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social, laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes.

Si el adjudicatario hubiera presentado una oferta que pueda presumirse como anormalmente baja, deberá constituir una fianza de hasta el 50 por 100 del precio de adjudicación.”

“15.2.- Criterios cuantificables mediante fórmula (hasta 70 puntos):

A.- Oferta económica: hasta 40 puntos

A la propuesta más económica, contenida en el SOBRE N° 3 - PROPUESTA ECÓNOMICA, se otorgarán 40 puntos. El resto de las licitaciones se obtendrán otorgando una puntuación inversamente proporcional a la mejor oferta económica presentada, según la siguiente fórmula:

<i>Importe</i>	<i>Puntuación</i>
<i>A (más económico)</i>	<i>40</i>
<i>B (Resto de ofertas)</i>	<i>X</i>

$$X = (40 * A) / B$$

Una oferta será anormalmente baja cuando la rebaja exceda del 25% del importe máximo de licitación.”

Por tanto, la consideración de una oferta como anormalmente baja se realizará conforme a dichas cláusulas y precepto. Cuestión que debemos hacer constar que figuraba claramente en el pliego y que fue consentido al no haberse interpuesto recurso en plazo sobre este extremo.

Por otra parte, figura en el expediente la notificación de la exclusión de la reclamante donde se le indican las siguientes razones:

“No son admisibles la capacidad de ahorro en servicios y métodos de innovación de soluciones propuestas técnicas adoptadas porque son muy genéricas y no justifican mejoras en el precio.

No concreta datos de los convenios colectivos aplicables lo que dificulta la correcta valoración de la oferta. El "coste mensual según convenio 2021 con 14 pagas y 11 meses de trabajo" no corresponde con ningún valor de las tablas de ningún convenio.

Hay incoherencia de la justificación con el planing propuesto en su oferta en Fase 11. La oferta la desarrolla en 0,5 meses y la justificación económica aplica 0,30 meses de trabajo de Ingeniero Superior. Esto reduce el coste final del personal en la justificación pero no se ajusta a su propuesta, ya que el trabajo se desarrolla en 0,5 meses de ingeniero superior.

En Fase 5, de duración 1 año, se destinan 5 agentes cuya suma de trabajos arrojan sólo 0,9 meses. No queda claro si la equivalencia de 0,18 meses de trabajo de cada agente se corresponde a media jornada mensual o a una jornada media al mes ... Tampoco las equivalencias son claras al mostrar 0,18 meses tanto para 1 media como 2 medias.

Se considera técnicamente inadecuado destinar 0,9 meses de trabajo para una fase de 12 meses

Durante todas las fases de trabajo se especifican la parte de tiempo dedicada por 6 agentes, cuando en el organigrama de la Memoria Explicativa de la Oferta (sobre 2) propone 8 con lo que existe falta de coherencia entre la oferta que elevaría el coste de del precio justificado.

Tampoco figura el miembro adicional al equipo propuesto en los criterios sociales, que también incrementaría el precio de la oferta.

Considerando que es obligación del licitador incurso en presunción de oferta anormalmente baja debe acreditar de forma indubitable la posibilidad de ejecutar el contrato por el importe propuesto y que esa acreditación debe ser mucho más precisa y fundamentada cuanto mayor es la baja se concluye que esta licitadora no ha justificado suficientemente su baja del 50% de conformidad con lo expuesto en el informe del

Técnico de la unidad de Servicios Contratados de 27 de octubre de 2020 por lo que se propone la exclusión de la oferta.”

De igual modo, para el posterior estudio del supuesto en cuestión, interesa traer a colación la doctrina de este Tribunal sobre la acreditación de la justificación de las ofertas anormalmente bajas, así en nuestro Acuerdo 79/2019, de 11 de octubre indicamos: *“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 nº 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 nº 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.

A este respecto, como señala la Resolución 394/2019, de 17 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, “las valoraciones de los informes técnicos están amparada 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.”

Finalmente interesa recordar lo expuesto en el Acuerdo 90/2018, de 11 de septiembre, de este Tribunal, que añade a lo anterior:

“Conforme a la regulación citada, el licitador debe justificar adecuadamente la viabilidad de su oferta y esta justificación debe ser analizada técnicamente por la

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

En consecuencia, considerar que una determinada oferta o proposición incluye valores anormales o desproporcionados es simplemente una presunción o un indicio de que esa oferta o proposición no se podrá cumplir; y como tal presunción debe ser destruida por el licitador afectado, correspondiéndole sólo a éste la justificación de su proposición, de ahí que no cabe su exclusión automática del procedimiento por tal motivo. (...).

La justificación ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato; debiéndose analizar si la justificación presentada respeta las condiciones de la licitación establecidas en los pliegos porque si así no fuera, el cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable. En consecuencia, el término de comparación de la justificación ha de ser los propios pliegos que rigen la licitación.

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; pudiendo verificar, en lo que ahora interesa, si la justificación de la reclamante sobre la viabilidad de su oferta fue o no suficiente y, en su caso, si el órgano de contratación ha analizado y, en su caso, refutado de manera razonada la justificación aportada por el licitador. (...).

Así pues, se atribuye al licitador incurso en presunción de 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.”

Pues bien la aplicación de esta doctrina en el presente supuesto, implica que el control de este Tribunal ha de centrarse en determinar si el informe técnico fundamenta de forma suficiente y adecuada la exclusión de la oferta o si, por el contrario, los argumentos empleados por la reclamante justifican la viabilidad de la misma con entidad suficiente como para destruir la presunción de legalidad y el ámbito de discrecionalidad de la actuación administrativa impugnada.

OCTAVO.- Tras recordar los preceptos normativos aplicables, las concretas cláusulas del pliego así como la doctrina existente estamos en condiciones de entrar a analizar las alegaciones esgrimidas en la reclamación.

La primera de ellas cuestiona su exclusión por considerar que existe libertad de honorarios profesionales aludiendo a la normativa que la regula, en concreto al artículo 14 de la Ley de Colegios Profesionales, y con fundamento en dicho argumento discute que la limitación del precio pueda ser un elemento que sirva para calificar una oferta de anormalmente baja añadiendo además la ausencia en el expediente de justificación alguna del precio de licitación, y en consecuencia rebate que se pueda presumir que la justificación realizada sea insuficiente.

En relación con la existencia de libertad de honorarios con lo que pretende la reclamante justificar su oferta económica, este Tribunal tuvo ocasión de manifestarse en nuestro Acuerdo 58/2017, de 27 de septiembre en el que indicamos que *“la Ley 25/2009, de 22 de diciembre de 2009 prohíbe a los Colegios Profesionales y sus organizaciones colegiales establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales.*

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

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

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

Sin embargo, pese a lo expuesto, no puede obviarse, que la LFCP establece la obligación de los contratistas de observar las condiciones salariales previstas en el convenio colectivo sectorial de aplicación. Así en su art. 59.2.d) señala que las condiciones particulares deberán especificar *“la obligación del adjudicatario de cumplir, como mínimo, las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio Colectivo sectorial de aplicación”*, cuestión que se reitera en el art. 66.3.a) de la citada norma, indicando que en los pliegos debe advertirse que *“la oferta económica deberá ser adecuada para que el adjudicatario haga frente al coste derivado de la aplicación, como mínimo, del convenio sectorial que corresponda, sin que en ningún caso los precios/hora de los salarios contemplados puedan ser inferiores a los precios/hora, más las mejoras precio/hora del convenio más los costes de Seguridad Social”*. Requisito que el condicionado del contrato da cumplimiento en su cláusula 23, apartado 2 previendo lo siguiente:

“23.- CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley Foral 2/2018 de Contratos Públicos, se establecen como condiciones de carácter específicamente social las siguientes:

1ª.- El contrato se halla sujeto al cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y de seguridad y salud en el trabajo y, en particular, a las condiciones establecidas por el último convenio colectivo sectorial del ámbito más inferior existente en el sector en el que se encuadre la actividad de la empresa contratista.

2ª.- La oferta económica deberá ser adecuada para que el adjudicatario haga frente al coste derivado de la aplicación del convenio sectorial que corresponda, sin que en ningún caso los precios/hora de los salarios contemplados puedan ser inferiores a los precios/hora del convenio más los costes de Seguridad Social.“

Razón, la del incumplimiento del convenio, que como hemos indicado en nuestro anterior fundamento, conlleva necesariamente el rechazo de la oferta por imperativo legal en aplicación del art. 98.4 de la LFCP y la cláusula 13ª antes citada, sobre la que el órgano de contratación fundamenta, junto a otras razones, su exclusión.

Otro de los motivos manejados por el reclamante para rebatir su exclusión es el cuestionamiento del precio de la licitación por considerar que no consta en el expediente ni en el pliego justificación del modo de su determinación. Al respecto debemos señalar que llama la atención su discusión tras ser excluido, puesto que el precio figuraba en el pliego y por tanto de no compartirse debió rebatirse en el momento procedimental oportuno, resultando el pliego consentido y por tanto constituyendo la ley del contrato entre las partes, implicando la presentación de proposiciones su aceptación incondicionada, por lo que, en virtud del principio de "pacta sunt servanda", y teniendo en cuenta que la reclamante no impugnó el pliego en su momento, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos.

Dicho esto, pasaremos a analizar este motivo debiendo recordar lo dispuesto en el art. 44.1 de la LFCP en donde se señala que, salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, los contratos deben incluir, necesariamente, las siguientes menciones: *“f) El precio cierto, o el modo de determinarlo”*. Pues bien, no podemos dar la razón al reclamante en sus alegaciones, puesto que en cumplimiento de dicho precepto la cláusula 5ª de las condiciones particulares del contrato establece el importe de la licitación y el valor estimado del contrato, fijando ambos en 40.000 euros (IVA excluido):

“El importe máximo de licitación asciende a 40.000,00 euros, IVA excluido.

El valor estimado asciende a 40.000,00 euros, IVA excluido, e incluye todos los conceptos, estudios y dictámenes necesarios para la correcta realización de los trabajos previstos en la legislación de aplicación. Así mismo, incluye los gastos de

obtención del visado colegial de los trabajos profesionales (si éste fuera obligatorio) de todos los técnicos intervinientes.”

Señalando, además, que su cálculo se ha realizado conforme al art. 42.2 de la LFCP, *“en cuantía suficiente para cubrir los costes directos en los que tendrá que incurrir la adjudicataria, incluidos los costes laborales, costes indirectos y gastos generales, así como un margen o beneficio industrial a lo largo de toda la eventual duración del contrato”*, artículo que establece lo siguiente:

“2. En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta:

a) El importe de la licitación, que comprenderá como mínimo los costes derivados de la aplicación de los convenios colectivos sectoriales de aplicación y normativa laboral vigente, otros costes que se deriven de la ejecución material del contrato, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.

b) Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.

c) Las primas o pagos a participantes.

d) La totalidad de las modificaciones al alza previstas calculadas sobre el importe de la licitación.”

A este respecto, son numerosos los acuerdos de este Tribunal, en los que se establece que la fijación del precio constituye una facultad discrecional del órgano de contratación, por ser quien mejor conoce el interés público que busca satisfacer con el contrato. Baste citar el Acuerdo 100/2018, de 4 de octubre: *“En ellos indicábamos que “es a la entidad contratante a quien corresponde determinar el importe del presupuesto del gasto de la contratación o, en su caso, la estimación de su repercusión económica, tal y como se desprende del artículo 34 de la LFCP, por ser quien mejor conoce el interés público que pretende satisfacer. La Administración contratante dispone de discrecionalidad técnica para establecer el presupuesto de la prestación contractual, siempre que no exista error o arbitrariedad y se preserven los principios rectores de la contratación. Facultad discrecional que tiene como límite, en orden a evitar que incurra en arbitrariedad, la necesaria motivación en el expediente de la determinación del precio del contrato.”*

A mayor abundamiento, el reclamante, más allá de aducir su falta de justificación, no acredita en modo alguno un cálculo erróneo del mismo, alegándolo únicamente con ocasión de la obligación de justificar su propia oferta, lo cual no resulta admisible ni desvirtúa la valoración que el órgano de contratación ha realizado de dicha justificación.

Por todo lo expuesto, estas alegaciones deben ser desestimadas.

NOVENO.- Otro de los motivos que aduce el reclamante para demostrar la viabilidad de su oferta para ejecutar el contrato, son una serie de errores cometidos en el análisis de aquella y que constan en el informe técnico de fecha 27 de octubre, los cuales pasamos a analizar.

En el primero de ellos señala que no es correcta la afirmación de no concretar el convenio colectivo aplicable, puesto que resulta de aplicación el Convenio Colectivo del sector de oficinas y despachos de la Comunidad Autónoma de Madrid para el periodo 2019-2021, así como que el importe salarial justificado se deriva de multiplicar el coste mensual por 14 y dividirlo por 11, dado que un trabajador cobra 14 veces, pero sólo trabaja 11 meses, dado que hay que deducir el mes de vacaciones.

Cabe señalar a este respecto que, en contra de lo alegado por el reclamante, en su justificación, tal y como consta en el expediente, no se identifica el ámbito territorial del convenio aplicable, limitándose a señalar que los costes se consideran en base al convenio colectivo del sector de oficinas y despachos, en base a las tablas salariales del año 2021. Esta inconcreción se pone de manifiesto en el informe de 27 de octubre de 2020, en donde se hace constar que el convenio citado puede ser el de Navarra o el de Madrid:

“De nuevo no se concretan datos por parte de la UTE, ya que desde el Órgano de Contratación se entiende que puede referirse a 2 posibles convenios:

- Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Navarra, Boletín Oficial de Navarra número 51, de 14 de marzo de 2017, presenta tablas salariales hasta el 2018 sin registro alguno de modificación posterior.

- El Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Madrid, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid número 255, de 26 de octubre de 2019.

No debería ser labor de este Órgano la de investigación sobre la documentación inconcreta aportada, sino únicamente cotejarla de forma casi directa. No obstante, ninguno de los Convenios en sus tablas salariales indicadas coinciden con los costes mensuales que se exponen.”

En todo caso, y aun presumiendo que el convenio colectivo referido es el de Madrid, hemos de coincidir con el informe técnico cuando señala que los costes laborales no concuerdan con las tablas salariales del mismo (previstas en su anexo III) y no lo hacen porque el reclamante parte, a nuestro entender, del error de multiplicar el coste salarial mensual por 14 (dado que el art. 23.1 del convenio establece el derecho de los trabajadores a recibir dos gratificaciones extraordinarias de importe igual a una mensualidad del salario base más la antigüedad), sin embargo lo divide por 11 (por cuanto el art. 30.1 establece el derecho de los trabajadores de disfrutar de unas vacaciones anuales de 30 días naturales), sin considerar que se trata de vacaciones retribuidas, conforme al art. 38.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

El segundo de los errores puesto de manifiesto se refiere a la Fase 2, negando el reclamante incoherencia alguna en su oferta, dado que una cosa es la duración de dicha fase (0,5 meses) y otra la dedicación del ingeniero a la misma (0,3 meses) y, en consecuencia, resulta el coste laboral.

Sin embargo tampoco podemos darle la razón en este aspecto, puesto que tal como concreta el informe técnico es necesario que el tiempo de dedicación del Ingeniero Superior sea de los 0,5 meses, coincidente con la duración de la Fase 2, al no destinarse otro trabajador a dicha fase, resultando un aumento de los costes directos finales, o en otro caso existiría una fase desatendida o como apunta el informe aludido *¿Existe un espacio de 0,20 meses en esta fase donde no se avanza?*, lo que vendría a contradecir su propia planificación del servicio.

Respecto a la Fase 5, alega el reclamante que se reitera la confusión anterior, así como que el tiempo dedicado por cada una de las personas del equipo es de 0,18 meses, lo que equivale a una dedicación de media jornada por persona y mes. Añade que la consideración en el informe técnico de esta dedicación como técnicamente inadecuada

es un juicio de valor que excede del contenido económico fijado para definir la oferta anormalmente baja, así como que los trabajos de esta fase son marginales y que el número de horas tomadas en consideración para la correcta ejecución del contrato por parte del órgano de contratación no deja de ser una estimación.

A fin de comprender mejor esta alegación interesa transcribir lo señalado por el reclamante en la justificación de su oferta al respecto:

<i>Fase 5 – Control y seguimiento de la implantación en la ejecución de instalaciones</i>	<i>TIEMPO EFECTIVO EN MESES</i>	
<i>Duración: 1 año</i>		
<i>Ingeniero Superior</i>	<i>0,18</i>	<i>Equivalente a 1 medias jornadas mensuales</i>
<i>Ingeniero Tecnico</i>	<i>0,18</i>	<i>Equivalente a 2 medias jornadas mensuales</i>
<i>Tecnico 1</i>	<i>0,18</i>	<i>Equivalente a 2 medias jornadas mensuales</i>
<i>Tecnico 2</i>	<i>0,18</i>	<i>Equivalente a 2 medias jornadas mensuales</i>
<i>Electricista 1</i>	<i>0,18</i>	<i>Equivalente a 2 medias jornadas mensuales</i>

Por su parte en el informe técnico se señala, a este respecto, lo siguiente:

“En la Fase 5 de duración 1 año (12 meses) destinan 5 agentes cuya suma de trabajos arrojan sólo 0,9 meses.

No queda claro si la equivalencia de 0,18 meses de trabajo de cada agente se corresponde a media jornada mensual o a una jornada media al mes...Tampoco las equivalencias son claras al mostrar 0,18 meses tanto para 1 media como 2 medias.

Los tiempos equivalentes del equipo para la Fase 5, de duración 1 año, se estima técnicamente inadecuados e insuficientes trabajando únicamente durante 0,9 meses. No se considera un buen desarrollo y monitorización del trabajo de implantación en la ejecución de la renovación del Alumbrado Público, trabajo muy profuso y de mucho volumen”.

Como indicábamos con anterioridad 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 como ocurre en el presente caso, vista

la literalidad de la justificación se constatan las dudas expresadas en el informe técnico, especialmente en relación con la imputación de tiempo para cada trabajador: 0,18 meses para cada uno si bien ello no se corresponde con el equivalente expresado. De igual modo a lo reflejado en la Fase 2, el tiempo de trabajo previsto para esta fase (1 año) es muy superior a la imputación de personal que el reclamante realiza, que alcanza únicamente 0,9 meses. Siendo además a juicio del citado informe técnico, un “*trabajo muy profuso y de mucho volumen*”, por lo que no se entiende justificada la escasa dedicación de personal. Siendo además, la duración de la fase no simplemente estimativa, como entiende el reclamante, por cuanto la cláusula 1ª de las condiciones particulares del contrato señala que su duración es de 1 año. Es por ello que se concluye en el informe técnico que “La Fase 5 se considera técnicamente inviable con los medios dispuestos”.

A lo señalado con anterioridad, debemos añadir que el reclamante cuestiona algunos de los aspectos concretos del citado informe técnico, si bien a los analizados se suman otros reparos respecto de los que no se formula alegación alguna y que también justificarían la inviabilidad de la oferta económica realizada.

Por lo expuesto procede desestimar estos motivos de impugnación por considerar que no ha existido arbitrariedad o discriminación, ni error material en la valoración contenida en el informe técnico, amparado por la discrecionalidad administrativa, siendo correcta su motivación.

DÉCIMO.- Otro de los motivos alegados en la reclamación son una serie de consideraciones sobre la finalidad de las ofertas anormalmente bajas, sobre su justificación y sobre el procedimiento que debe tramitarse a este respecto.

Al respecto debemos remitirnos a lo ya expuesto anteriormente sobre la regulación y tramitación de las ofertas anormalmente bajas, sin que las consideraciones contenidas en la reclamación añadan motivo impugnatorio alguno respecto de la exclusión operada, limitándose el reclamante a señalar que el informe técnico emitido no cumple ninguno de los requisitos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia pero sin concreción alguna.

Razón por la que procede su desestimación por considerar que el informe técnico se encuentra suficientemente motivado, analizando de manera detallada las justificaciones realizadas por el reclamante y los motivos por los que no resultan admisibles, no habiéndose desvirtuado por tanto la presunción de acierto de que goza dicha valoración, conforme a lo dicho con anterioridad.

UNDÉCIMO.- Se alega por la reclamante el incumplimiento del pliego regulador del contrato, ya que considera que el pliego sólo prevé la exclusión si la oferta vulnera la normativa sobre subcontratación o las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral, incluyendo los convenios colectivos sectoriales vigentes, y que en otro caso la oferta debe ser admitida, aumentándose en 50% la garantía que debe constituir el contratista.

Como se ha señalado con anterioridad, la regulación de las ofertas anormalmente bajas se contiene en la cláusula 13ª de las condiciones particulares del contrato a cuya transcripción nos remitimos.

De la lectura literal de la citada cláusula en modo alguno se admite la interpretación realizada por el reclamante, por cuanto la misma señala que la vulneración de las normas citadas será causa de rechazo de la oferta “en todo caso”, no que lo será única y exclusivamente cuando se produzca aquella. Y por tanto, cuando se presuma que una oferta es anormalmente baja por contener una rebaja superior del 25% del importe máximo de licitación, como ocurre en el caso que analizamos, “*se estará a lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos*” dando inicio a un procedimiento contradictorio permitiendo la presentación de una justificación al licitador afectado, que será objeto de valoración mediante un informe técnico, pudiendo rechazarse la oferta “*en caso de que los documentos aportados no justifiquen satisfactoriamente el precio o los costes propuestos.*”

En consecuencia, no se ha incumplido, por lo tanto, lo dispuesto en el pliego a este respecto por lo que debe desestimarse tal motivo.

DUODÉCIMO.- Finalmente se alega, como último motivo, la capacitación del técnico municipal a los efectos de evaluar una justificación de una oferta de ingeniería.

Manifiesta el reclamante que el técnico que ha evaluado la justificación de la oferta carece de la pericia para evacuar el informe, dado que es un arquitecto técnico, lo que justificaría los errores y la falta de entendimiento de aquella.

Al respecto hemos de señalar que la emisión del informe aparece prevista en el art. 98.3 de la LFCP, que señala que en el procedimiento de evaluación de la oferta anormalmente baja *“deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”*.

Sobre la emisión, función y carácter preceptivo de dicho informe, cabe traer a colación la Resolución 311/2020, de 19 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que señala lo siguiente:

“Respecto al segundo motivo de impugnación, hemos de señalar que el segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. Así conforme a lo previsto en el artículo 149.4 de la LCSP “En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”, correspondiendo a la mesa de contratación en el presente procedimiento, como órgano de asistencia técnica especializada del órgano de contratación, según lo dispuesto en el artículo 326.1 y 2 de la LCSP, ejercer las funciones previstas en las letras c) y d), la propuesta sobre la calificación de una oferta como anormalmente baja, previa tramitación del procedimiento del artículo 149, y la propuesta al órgano de contratación de la adjudicación del contrato a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, según los criterios del PCAP que rige la licitación. Es claro por tanto que al servicio proponente de la contratación le corresponde emitir el informe técnico de la documentación justificativa de la oferta presentada por el licitador, pero solo a la Mesa de contratación le compete efectuar la propuesta de adjudicación al órgano de contratación.

Asimismo, la Mesa en el ejercicio de las citadas funciones puede requerir uno o varios informes técnicos según lo considere necesario, pues el asesoramiento técnico

previsto en el artículo 149.4 no tiene por qué limitarse a un informe, y el artículo 150.1 de la LCSP expresamente prevé que la mesa de contratación para realizar la clasificación de las proposiciones presentadas puede solicitar cuantos informes técnicos estime pertinentes. (...).

Por ello, para poder apreciar la viabilidad de las ofertas presentadas a la licitación la Mesa cuenta con el asesoramiento técnico del Servicio correspondiente, al objeto de analizar las justificaciones que en su caso hayan presentado los licitadores incursos en baja anormal o desproporcionada, informe técnico cuya solicitud es preceptiva en este supuesto para la Mesa de contratación a tenor del término “deberá” empleado en la redacción del citado párrafo del artículo 149.4 de la LCSP, pero que como hemos mencionado no tiene por qué consistir en un único informe.

En todo caso corresponde al órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador, los informes de asesoramiento técnico y la propuesta de la Mesa, estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, sin que las alegaciones, los informes y la propuesta tengan carácter vinculante. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión, por tanto no hay inconveniente en que tanto la mesa como el órgano de contratación puedan solicitar más de un informe técnico o pedir aclaración o mayor fundamentación a los informes técnicos efectuados. De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.”

Pues bien, tras lo expuesto debemos poner de manifiesto que el técnico que emite el informe de 27 de octubre de 2020 es vocal de la Mesa de Contratación y que se identifica en la cláusula 14^a de las condiciones reguladoras del contrato como “Técnico de Servicios Contratados”.

De igual modo conviene hacer constar que el art. 98 de la LFCP no exige que el citado informe sea emitido por un técnico que disponga de una titulación determinada, sino que el informe o asesoramiento tenga carácter técnico y se realice por el servicio correspondiente, lo cual debe entenderse referido al servicio competente atendiendo al objeto del contrato.

Pues bien, el reclamante no cuestiona en modo alguno que el asesoramiento producido cumpla estos requisitos legales, limitándose a poner en duda la capacidad del técnico en base a una exigencia de una titulación específica que carece de respaldo legal alguno.

Frente a ello, cabe advertir que la cláusula 8ª de las condiciones particulares del contrato establece que el licitador deberá contar con un equipo técnico mínimo en el que se incluye un técnico con titulación superior o técnica en Arquitectura o Ingeniería Industrial, al que se califica como “Responsable Técnico del trabajo”, y se le asignan funciones como organizar la ejecución de los trabajos y garantizar su calidad técnica. Por lo tanto, el propio pliego permite que un técnico, con idéntica titulación que la cuestionada, sea el responsable de organizar la ejecución del contrato y garantizar su calidad, lo que viene a reconocerle competencia suficiente para la ejecución objeto del contrato.

Por las razones expuestas, esta alegación también debe ser desestimada.

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 formulada por TEXUM GENERA, S.L. frente a su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de *“servicio de auditoría energética del alumbrado público de Tudela y redacción de pliegos reguladores para el servicio de mantenimiento del alumbrado público de Tudela en base a la simulación acordada de la auditoría energética”*, licitado por el Ayuntamiento de Tudela.

2º. Notificar este Acuerdo a TEXUM GENERA, S.L., al Ayuntamiento de Tudela, así como al resto de interesados que figuren en el expediente a los efectos oportunos, y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

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

Pamplona, 3 de febrero de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, M^a Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.