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

Expediente: 97/2020

ACUERDO 113/2020, de 24 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don L. P. F. contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato "*Redacción de los proyectos parciales de ingeniería y dirección de obra para la construcción de un edificio destinado a viviendas de protección oficial en régimen de alquiler en Azpilagaña-Pamplona (Navarra)*", tramitado por NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (NASUVINSA).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de agosto de 2020, NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (en adelante NASUVINSA) publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato "*Redacción de los proyectos parciales de ingeniería y dirección de obra para la construcción de un edificio destinado a viviendas de protección oficial en régimen de alquiler en Azpilagaña-Pamplona (Navarra)*".

A dicha licitación concurrieron nueve licitadores y, entre ellos, don L. P. F. y PROJECTALIA SERVICIOS DE INGENIERÍA, S.L., que lo hicieron mediante participación conjunta.

SEGUNDO.- Todos los licitadores fueron admitidos tras la apertura y examen de su "Documentación General" (sobre A).

Dado que en las condiciones particulares del contrato no se preveía la existencia de un sobre B, con fecha 9 de septiembre tuvo lugar la apertura del sobre C "Propuesta de criterios cuantificables mediante fórmulas". La oferta económica presentada por don L. P. F. y PROJECTALIA SERVICIOS DE INGENIERÍA, S.L. fue de 32.782 euros (IVA excluido).

Con fecha 14 de septiembre de 2020, la Mesa de Contratación solicitó a cinco licitadores, entre los que se encuentran los antes señalados, la justificación de sus ofertas económicas al considerarlas anormalmente bajas.

Don L. P. F. y PROJECTALIA SERVICIOS DE INGENIERÍA, S.L. presentaron la justificación de su oferta el 17 de septiembre de 2020, habiéndose valorado esta mediante un informe emitido el 6 de octubre, en el que se concluye que "*no justifican satisfactoriamente el precio o los costes propuestos, tal y como se establece en el artículo 98.3 de la LFC, en concreto, en lo que se refiere <dietas y desplazamientos>, concepto relevante en este caso, sin quedar tampoco justificado el cumplimiento del convenio colectivo sectorial, tal y como se recoge en artículo 98.4 de la LFC*".

Por ello, la Mesa de Contratación acordó la exclusión de su oferta, que le fue notificada el 9 de octubre de 2020.

TERCERO.- Con fecha 20 de octubre de 2020, don L. P. F. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a su exclusión del procedimiento de licitación, formulando las siguientes alegaciones:

1º. Que el 17 de septiembre de 2020, a petición de NASUVINSA, envió la justificación de su oferta, que se acompaña a la reclamación, en donde se recoge con total claridad y precisión el cálculo de la oferta realizada, incluyendo Diagrama de Gantt, describiendo el alcance de los servicios y atendiendo a todos los puntos respecto de los que se requirió aclaración, justificando satisfactoriamente los recursos de horas de ingenieros dedicados al contrato, sin recibir ninguna observación.

2º. Que el 9 de octubre de 2020 recibió la comunicación de rechazo de la justificación de su oferta por una incorrecta lectura en la misma en lo referente a las dietas.

3º. Que no hace falta considerar dietas porque "*el ingeniero industrial dispone de residencia en Pamplona por lo que no será necesario incurrir en costes por dietas*", pero que, no obstante, y para viajes que se puedan realizar desde Madrid, se provisiona

alguna cantidad. Sin embargo, y sin ningún motivo, NASUVINSA indica que hacen falta dietas, cuando no es así porque el ingeniero vivirá en su residencia de Pamplona durante todo el proyecto y la obra, y así se indica en el escrito de justificación de la oferta. Además, se indica que, para cumplir el criterio social que forma parte de la "declaración responsable" realizada, sí se justifican sobradamente las dietas consideradas para las visitas del ingeniero de titulación en los últimos 5 años.

Atendiendo a lo expuesto se solicita que se declare la disconformidad a Derecho del acta de la Mesa de Contratación por la que se excluye su oferta, y se sustituya el citado acto por otro por cuya virtud se le adjudique el contrato.

CUARTO.- Con fecha 22 de octubre de 2020, NASUVINSA aportó el expediente del contrato y presentó un escrito de alegaciones frente a la reclamación interpuesta, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP, en el que manifiesta lo siguiente:

1º. Señala, en primer lugar, que procede la inadmisión de la reclamación por extemporánea, dado que la notificación de la exclusión de la oferta se produjo el 9 de octubre de 2020 y la reclamación se interpuso el 20 del mismo mes, finalizando el plazo para ello el día 19.

2º. Respecto al fondo de la reclamación señala que el reclamante ha aportado al Tribunal una nueva y contradictoria justificación aclaratoria de su oferta. Así, en el punto 1 de dicho documento se indica que no es necesario el desplazamiento a Pamplona desde Madrid y tampoco resulta necesario percibir ninguna dieta. Sin embargo, del "*primer informe y único presentado dentro del plazo dispuesto para ello tras la comunicación de consideración de la oferta anormalmente baja, no se desprende dicha afirmación*". En el punto "7.6 Costes de las Visitas: Dietas" indicaba, en relación a la fase de proyecto:

"*Efectivamente, según se indica en el último párrafo de las PRESCRIPCIONES TÉCNICAS: "Se establece una previsión de una reunión semanal de seguimiento entre Nasuvinsa y la empresa adjudicataria en fase de elaboración del proyecto." Por lo que se justifica el coste de los desplazamientos en fase de proyecto con la cantidad*

provisionada para satisfacer coste de transporte y comidas. Así quedan justificadas las partidas de dietas en fase de proyecto."

Por lo tanto, se entiende que sí son necesarias partidas de dietas para desplazamientos desde Madrid en fase de proyecto.

Respecto a la fase de obra indicaba:

"*En la fase de obra estos costes sí son más elevados ya que se tienen que asumir 2 visitas por semana durante la duración de la obra. En ese sentido se provisiona una cantidad significativa en concepto de Dietas para la fase de DT.*

Se deja constancia que se utilizará el medio de transporte público más ecológico para desplazarse desde Madrid hasta la obra, de este modo además de fomentar el transporte público y favorecer la conservación del medio ambiente, se ahorran costes. Además, hay que considerar que se dispone de residencia en Navarra, por lo que no existen gastos derivados de pernocta.

Otro de los motivos de no llevar coche propio y utilizar transporte público (además de conservación del medio ambiente y ahorro de costes) es por aprovechar el tiempo del trayecto de ida y vuelta, avanzando tareas como las Certificaciones observadas en cada visita (…)."

"*En definitiva, las dietas como tal, entendidas como coste de pernocta, por tanto, no tienen cabida al disponer de vivienda en Pamplona, por lo que únicamente se han considerado los costes asociados a la comidas y los viajes ida y vuelta que se puedan llevar a cabo desde Madrid en la forma indicada en apartados anteriores.*"

Alega el órgano de contratación que "*se desprende de esta explicación con toda claridad que la residencia en Navarra exime de los gastos derivados únicamente de pernocta pero no así de los desplazamientos desde Madrid que, tal y como se indica, serán los relativos a las 2 visitas semanales durante la duración de la obra. Además, indica el uso de transporte público, entre otros, para "aprovechar el tiempo de trayecto de ida y vuelta (…) en cada visita", dando a entender en todo caso que todas las visitas a obra se realizarán desde Madrid.*"

Alega que el licitador está modificando la explicación de su oferta en la reclamación, lo que no es admisible, además de hacerlo de forma completamente contradictoria, no desprendiéndose de su informe inicial esta nueva información aportada en absoluto. Señala que en su justificación inicial sólo se desechaban las dietas por pernocta y, en relación a los trabajadores indicaba en el punto "3.3.5 – Justificación de dietas (en el caso de que proceda)", lo siguiente:

"*El ingeniero industrial dispone de residencia en Pamplona por lo que no será necesario incurrir en costes por dietas. No obstante, al tener también residencia en Madrid se provisionarán algunas cantidades para los viajes que se puedan realizar desde Madrid a Pamplona.*"

Alega que "*la Mesa de Contratación no deduce ni puede deducir de esa afirmación que el ingeniero vaya a vivir durante toda la duración del contrato en Pamplona, ya que sí se provisiona partida para desplazamientos*".

Señala que "*se indica en el documento que la persona trabajadora que se designa para cumplir el criterio social sí reside en Madrid y sí tiene que desplazarse desde Madrid en las visitas a obra correspondientes y afirma que se han considerado las cantidades económicas para dichas dietas.*

La Mesa considera que el informe no aclaraba a quién hacían referencia esas partidas tal y como se indicaba en la tabla desglose del punto "14 ANEXO: Presupuesto calculado y base de la oferta económica". La partida "DIETAS DF" no específica a que técnico corresponden esos costes, pudiendo entenderse al indicar "DF", que hacen referencia a los costes del Ingeniero Industrial Experto que en la partida correspondiente a sus honorarios denomina "Visitas industrial experto DF"."

Alega que la Mesa de Contratación ha usado para el cálculo de la justificación de dietas las variables más beneficiosas para el licitador, ya que podría haber entendido necesario para el bueno desarrollo del trabajo un mayor número de desplazamientos, unos gastos mayores derivados de los mismos, así como la asistencia a alguna de las visitas de obra de varios técnicos a la vez.

Concluye reiterando que la oferta no podría ser cumplida por los motivos expuestos, así como que el licitador ha modificado su justificación con ocasión de la reclamación. Solicita, por ello, la desestimación de la misma.

QUINTO.- El 23 de octubre de 2020 se dio traslado a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, habiéndose presentado un escrito de alegaciones por MyA INGENIERÍA, PROYECTOS Y CONSULTORÍA ENERGÉTICA, S.L. con fecha 28 de octubre, en el que se señala lo siguiente:

1º. Que la justificación económica basada en los plazos de tiempo asignados a la dirección de obra no es adecuada a la realidad, teniendo en cuenta lo señalado en el apartado 7.2 del documento nº 4 de justificación de la oferta, que se adjunta a la reclamación, así como el punto 3.b) de las prescripciones técnicas del contrato y el punto E.2 de sus condiciones particulares.

2º. Que en el apartado 7.2.2 del citado documento nº 4 se indica que si fuese necesario, por ejemplo en caso de pandemia, se subcontratará a una "*amplia cartera de ingenieros industriales en Pamplona que cuentan con los requisitos indicados en el Contrato por si fuera necesario recurrir a ello*", si bien no se profundiza suficientemente en esta afirmación ya que el número de ingenieros industriales que se dedican a este tipo de proyectos en Pamplona no es amplio y prácticamente todos se han presentado al concurso. Además, no hace mención a la provisión económica de fondos para esa posible eventualidad.

3º. Que en el punto 7.2.3 se indica que la dirección de obra durará un año y dos meses, lo cual, como se ha dicho antes, no es tiempo suficiente. Así, para justificarlo se indica que el ingeniero director facultativo hará 93 visitas y el ingeniero con título obtenido en periodo menor a cinco años hará 14 visitas, lo que suma 107 visitas. "*Pero no se ha tenido en cuenta que el ingeniero novel no puede acudir sólo a la visita, sino que debe hacerlo acompañado, por lo que en realidad son 93 visitas, y en lugar de un año y 2 meses, es un año*".

4º. Que en uno de los documentos colgados en la web se indica que ambos licitadores concurren al 50% cada uno, si bien en la tabla final del documento nº 4 se indica que don L. P. cobra 1.645,22 euros en fase de proyecto, más 356 euros de beneficio neto industrial y 0 euros en fase de dirección facultativa, y PROJECTALIA el resto, quitando pequeñas cantidades de tasas, etc. "*No entendemos esta incoherencia*".

5º. Que no han encontrado referencia alguna a la titularidad del piso al que hace referencia del documento nº 5 aportado por el reclamante, así como que, de no resultar titular del mismo el ingeniero director facultativo, no podría considerarse como coste cero su uso y disfrute, debiéndosele asignar una partida económica.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- NASUVINSA es una sociedad mercantil de las previstas en el artículo 4.1.e) de la LFCP, por lo que las decisiones que adopte en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos pueden ser impugnadas ante este Tribunal de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma Ley Foral.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 123.1 de la LFCP.

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

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

QUINTO.- Respecto al plazo de interposición de la reclamación, opone la entidad contratante la procedencia de su inadmisión, pues habiéndose notificado a la reclamante su exclusión del procedimiento con fecha 9 de octubre de 2020 su

interposición se efectúa el 20 de octubre siguiente, es decir, transcurrido el plazo de diez días naturales, que finalizaba el día 19 de octubre del año en curso. Debiendo proceder, este Tribunal a examinar, en primer lugar, la posible extemporaneidad de la reclamación, toda vez que, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2014, solo puede discutirse la cuestión de fondo después de que, examinadas las causas o motivos de inadmisión opuestas, se constate la concurrencia de los requisitos de procedibilidad, como es, en este caso, la observancia del plazo en la interposición de los recursos administrativos.

Respecto al plazo para la interposición de la reclamación especial en materia de contratación pública, el artículo 124.2.b) LFCP determina que *"El plazo para la interposición de la reclamación especial en materia de contratación pública es de diez días a contar desde: b) El día siguiente al de la notificación del acto impugnado cuando se recurran los actos de tramitación y de adjudicación por parte de quienes hayan licitado"*. Añadiendo el artículo 127.3 del mismo cuerpo legal que *"Serán causas de inadmisión de la reclamación: a) La interposición extemporánea. (…)"*. Siendo esto así, una vez detectado que una reclamación ha sido interpuesta fuera de plazo, este Tribunal puede y debe declarar su inadmisión por extemporánea, sin necesidad de pasar a examinar los argumentos articulados por quien reclama, respecto al fondo del asunto.

Por su parte, el artículo 100.3 del texto legal establece que *"La adjudicación deberá ser motivada y contendrá al menos las razones por las que se ha rechazado una candidatura u oferta, las características y ventajas de la oferta seleccionada, señalando el plazo de suspensión de la eficacia de la adjudicación y los medios de impugnación que procedan y se comunicará a todos los interesados en la licitación"*. Garantías que, resultan de aplicación, igualmente, cuando, como es aconsejable, el acto de exclusión del procedimiento se notifica de forma anticipada al acto de adjudicación del contrato.

En el supuesto analizado, la comunicación del acto objeto de impugnación tiene fecha de 9 de octubre de 2020, si bien lo cierto es que no consta en el expediente el día en que tuvo lugar la recepción de la misma por parte de la reclamante, cuando el dies a quo del cómputo del plazo de diez días naturales para la interposición de la reclamación especial se corresponde, precisamente, con el día siguiente al de la recepción de la notificación del acto correspondiente. No obstante, en cualquier caso, este Tribunal debe

advertir que la citada comunicación (documento 20201009 del expediente administrativo) omite cualesquier referencia a los medios de impugnación procedentes contra el acto que constituye su objeto; siendo, en consecuencia, una notificación defectuosa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas – en adelante, LAPACAP -, en cuya virtud *"2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.*

3. Las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda".

En los casos de notificación defectuosa, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.3 transcrito, dicha notificación sólo puede quedar convalidada desde la fecha en que el interesado realizó actos que pusieron de manifiesto el conocimiento del contenido y alcance del acto o resolución objeto de notificación, o interpuso el recurso procedente pues, como señala el Tribunal Constitucional - por todas, Sentencia 112/2019, de 3 de octubre de 2019 -, lo que no es admisible es que resulte un perjuicio para el particular que no quedó ilustrado de la vía a seguir frente a una resolución que estimaba gravosa como consecuencia de la falta de diligencia o del error de la Administración al realizar una notificación insuficiente o sin cumplir los estrictos requisitos que el artículo 40.2 LAPACAP recoge.

En el supuesto examinado, como quiera que la notificación que se realizó a la reclamante del acto de impugnación omite los recursos procedentes contra la misma, debe reputarse una notificación defectuosa, con la consecuencia de que el plazo de impugnación de dicho acto de adjudicación queda abierto y, por tanto, la reclamación

que aquí se examina debe considerarse ejercitada dentro del plazo legalmente establecido para su interposición.

Así lo ha declarado, entre otras, la Sentencia 22/2016, de 29 de enero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, donde, en un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la inadmisión a trámite, por extemporáneo, de un recurso especial en materia de contratación, se declara que *"La mera lectura del pie de recurso contenido en el escrito… pone de manifiesto que dicho escrito vulnera, de forma flagrante, los artículos 44.2 y 151.4, en el extremo relativo a la notificación del acto de adjudicación, que no es que no tenga la información necesaria para permitir al licitador excluido interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, sino que puede afirmarse, sin temor a la equivocación, que no tiene información alguna, colocando al licitador que tenga la intención de impugnar esa decisión de adjudicación, en una situación de patente indefensión (…)*

Por todo lo anterior, la inadmisión del recurso especial, con el argumento de haberse interpuesto transcurrido el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente al de la remisión de la notificación del acto impugnado, se rechaza de plano por esta Sala, toda vez que, para poder aceptarlo tendría que haber existido una notificación en forma que nunca se produjo."

En consecuencia, procede rechazar la excepción de inadmisibilidad opuesta por la entidad contratante en relación con la extemporaneidad de la reclamación interpuesta; debiendo este Tribunal entrar a conocer los motivos de fondo en que ésta se sustenta.

SEXTO.- Entrando en el fondo del asunto, constituye el objeto de la presente reclamación el acuerdo adoptado, en sesión celebrada con fecha 6 de octubre de 2020, por la Mesa de Contratación, designada en el procedimiento para la contratación de la redacción de los proyectos parciales de ingeniería y dirección de obra para la construcción de un edificio destinado a viviendas de protección oficial en régimen de alquiler en Azpilagaña-Pamplona (Navarra), en cuya virtud se rechaza la justificación de la oferta anormalmente baja formulada por la reclamante; ratificado, en la misma fecha, por el órgano de contratación. Indicándose, en el citado acto, como motivo de la decisión adoptada la justificación de las dietas y desplazamientos; concluyéndose que

“los documentos aportados no justifican satisfactoriamente el precio o los costes propuestos, tal y como se establece en el artículo 98.3 de la LFC, en concreto, en lo que se refiere a “dietas y desplazamientos”, concepto relevante en este caso, sin quedar tampoco justificado el cumplimiento del convenio colectivo sectorial, tal y como se recoge en artículo 98.4 de la LFC.”

Alega la reclamante que el rechazo de la justificación aportada en relación a la oferta anormalmente baja formulada obedece a una incorrecta lectura de la información al efecto aportada en lo referente a las dietas, por cuanto señala que se indica la necesidad de desplazamientos cuando no es así puesto que, como se expuso en la justificación, el ingeniero dispone de residencia en Pamplona, donde vivirá durante todo el proyecto y obra, de modo que no será necesario incurrir en costes por dietas, disponiéndose, no obstante, alguna cantidad para viajes que se pudieran realizar desde Madrid. Asimismo, señala que se indica que para cumplir el criterio social sí se justifican sobradamente las dietas consideradas para las visitas del ingeniero de titulación en los últimos cinco.

Ha de partirse de que no existe controversia sobre el hecho de que la oferta de la reclamante entra dentro de los parámetros establecidos para considerarla oferta anormalmente baja, de acuerdo con el apartado M. 3 de las Condiciones Particulares del contrato, y de que sobre la base de la fundamentación indicada deduce como pretensión que este Tribunal declare la disconformidad a Derecho del acta de la mesa de contratación en virtud de la cual se declara la exclusión de su oferta, y que se sustituya el citado acto por otro en cuya virtud se le adjudique el contrato.

Dicho lo anterior, debemos advertir, antes de continuar, que esta segunda pretensión debe ser inadmitida en atención a que este Tribunal, como indicamos entre otros en nuestro Acuerdo 109/2020, de 16 de noviembre, tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de modo que de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior al que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal -

so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical conforme a lo dispuesto en el artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre - pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso, la mesa de contratación, órgano al que le corresponde analizar la documentación aportada por las personas licitadoras en orden a la justificación de ofertas anormalmente bajas, y del propio órgano de contratación, único al que corresponde dictar el acto de adjudicación.

Respecto a los fundamentos alegados por la reclamante, opone la entidad contratante que de la documentación aportada por la reclamante en el trámite de justificación no se deduce, como ahora sostiene, que no van a ser necesarios desplazamientos ni dietas a abonar al ingeniero industrial adscrito, desechándose sólo las dietas por pernocta; aportándose, en este momento con ocasión de la interposición de la reclamación, un nuevo documento de justificación contradictoria con la inicialmente presentada y que determinó la adopción de la decisión impugnada, lo que no es admisible.

Por su parte, la tercera interesada que ha comparecido en el presente procedimiento de reclamación pone de manifiesto que el plazo de ejecución de la obra se sitúa en torno a los dos años y que no se ha tenido en cuenta que el ingeniero novel no puede acudir sólo a la visita, sino que debe hacerlo acompañado, por lo que en realidad serían 93 visitas; así como que no se ha encontrado referencia alguna a la titularidad del piso al que se hace referencia respecto al ingeniero director facultativo, indicando que si no es de su titularidad debiera asignarse una partida económica. De otro lado, señala que la justificación indica que si fuese necesario, por ejemplo en caso de pandemia, se subcontratará a una amplia cartera de ingenieros industriales en Pamplona, si bien no se recoge provisión económica de fondos para ello, y la incoherencia entre el porcentaje de participación de los licitadores y su retribución; cuestiones éstas que no guardan relación con el objeto del procedimiento y que por tanto, y en aplicación del principio de congruencia, no resultan admisibles.

Como cuestión previa debemos abordar la relativa a la admisibilidad del documento de justificación aportado por la reclamante junto con el escrito de interposición de la presente reclamación (DOC Nº 5) que constituye un documento

nuevo no aportado en el trámite de justificación sustanciado al efecto, como indica la propia reclamante cuando señala que *"El día 13 de octubre contacto con NASUVINSA para indicar el error de apreciación por el que han decidido excluir mi oferta, para tratar de corregir la decisión y que se haga justicia. El contacto es por teléfono y mail, adjuntado el escrito que se acompaña en el DOC Nº 5"*. Circunstancia que determina que este Tribunal no lo tenga en cuenta a la hora de resolver la reclamación interpuesta, pues como indicamos en nuestro Acuerdo 94/2020, de 21 de octubre, *"Y sin que pueda contribuir a ello el certificado del fabricante adjuntado ahora junto con la reclamación. En primer lugar, porque no debe ser tenido en cuenta; a tal fin debemos remitirnos a lo señalado en nuestro Acuerdo 92/2019, de 19 de diciembre: "En lo que respecta a los nuevos documentos, hemos de señalar, como hemos hecho en anteriores ocasiones que, el análisis de documentos que no fueron aportados en el trámite correspondiente (art. 118.1, párrafo 2º de la Ley 39/2015), en este caso el de examen de las propuestas o el posterior de subsanación, está vedado a este Tribunal y ello como consecuencia de su carácter revisor, porque tal actuación equivaldría a reabrir tal trámite, debiendo ceñirse su intervención al examen de legalidad de la actuación de la entidad contratante en relación con la documentación de la que ésta dispuso en el referido trámite.*

En este sentido se manifiesta el TACRC en la Resolución 897/2015, de 5 de octubre, señalando lo siguiente:

"De igual modo, y al hilo de dicho carácter revisor, debe precisarse, en lo que atañe al propio examen de legalidad del acuerdo impugnado, y atendido que el recurso interpuesto por la actora se ve acompañado de diversa documental que tiende a complementar la justificación en su momento ofrecida, que este Tribunal tiene también declarado en diversas resoluciones anteriores (valgan por todas la 303/2013 y 433/2014) que a la hora de justificar el acuerdo de exclusión, hay que considerar la información facilitada en su momento y no la aportada posteriormente. Y es que, efectivamente, la nueva información, no puede ser tenida en cuenta por el Tribunal porque, por un lado, el trámite de justificación de ofertas está cerrado; y por otro, porque su función es exclusivamente revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad sin que sea, en consecuencia, competencia del mismo determinar la validez de la oferta,... con motivo de la nueva información aportada".

En consecuencia, a los efectos de resolver la controversia planteada relativa a la legalidad de la exclusión de la oferta de la reclamante, este Tribunal atenderá, exclusivamente, a la documentación aportada por ésta en el procedimiento de justificación sustanciado al efecto; debiendo analizar, pues, si la entidad contratante ha incurrido, como alega, en un error a la hora de valorar ésta y no otra documentación.

SÉPTIMO.- Expuestas las posiciones de las partes, interesa destacar que el requerimiento de justificación indicaba expresamente que *"es necesario, para que NASUVINSA pueda llegar a la convicción de la viabilidad de la oferta, que aporte complementariamente a su justificación la siguiente información:*

- *Análisis de los costes de salariales del personal asignado al proyecto.*
- *Dedicación de cada técnico al proyecto (nº de horas…)*
- *Costes generales de la empresa.*
- *Convenio colectivo de aplicación al personal asignado al proyecto.*
- *Justificación de dietas (en el caso de que proceda).*
- *Solvencia técnica justificada de las subcontrataciones, si las hubiera"*.

Siendo, de la documentación aportada por la reclamante, el apartado correspondiente a la justificación de las dietas el único que cuestiona la entidad contratante y que determina el rechazo de su oferta.

Así pues, procede ahora el análisis del motivo de impugnación alegado que se centra en determinar si fue correcta la decisión de la mesa de contratación al rechazar la oferta anormalmente baja formulada por la reclamante por cuanto los documentos aportados no justifican satisfactoriamente el precio o los costes propuestos, en concreto, en lo que se refiere a "dietas y desplazamientos", no quedando, en relación con este extremo, justificado el cumplimiento del convenio colectivo de aplicación.

Para ello, procede, en primer término, traer a colación aquellas cláusulas del pliego y partes del expediente remitido a este Tribunal relacionadas con la cuestión controvertida.

Al respecto, el apartado I) de las Condiciones Particulares, en relación con la solvencia técnica y profesional, establece que *"El nivel de solvencia técnica o profesional para la ejecución del presente contrato es el siguiente: (…)*

b) Equipo humano:

La persona licitadora dispondrá para la ejecución del contrato de un equipo técnico multidisciplinar compuesto por personas que tengan el siguiente perfil:

o Perfil técnico en la rama de conocimiento de Ingeniería o de Arquitectura, con atribución de firma suficiente, a la que corresponderá la redacción de los Proyectos Parciales de instalaciones y su Dirección Técnica, con experiencia mínima de 5 años en obras.

o Perfil técnico con conocimientos en metodología BIM acreditables mediante horas de formación.

o Perfil técnico con conocimientos en certificación Passivhaus o similar acreditables mediante horas de formación.

Una misma persona puede tener varios de los perfiles técnicos indicados.

La persona licitadora a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación, deberá aportar para su acreditación:

- *Curriculum vitae del equipo humano, donde figure la titulación y experiencia solicitada. (…)".*

Por su parte, el apartado M), entre los criterios de adjudicación contempla lo siguiente: *"Criterios de carácter social (máx.10 puntos)*

Como medida social de fomento a la incorporación a la actividad profesional de personas jóvenes, se otorgará 10 puntos a la persona licitadora que se comprometa a incorporar en el equipo multidisciplinar para la ejecución del contrato, un miembro que hubiera obtenido el título habilitante en los últimos 5 años a contar desde el 1 de agosto de 2020. Esta persona deberá participar en las fases de redacción del proyecto y de dirección de obra y asistir al menos, a una visita mensual durante la ejecución de la obra.

Se justificará su participación:

- En la fase de redacción del proyecto, quedando constancia de la colaboración de esta persona junto con el resto de miembros del equipo en toda la documentación que componga el proyecto.

- En la fase de dirección de obra a través de las actas de las visitas realizadas durante la ejecución de la obra.

La persona propuesta como adjudicataria acreditará la fecha de obtención del título académico correspondiente, mediante la aportación del título correspondiente

junto con el resto de documentación que se le requiera previa a la propuesta de adjudicación".

Por su parte, las prescripciones técnicas, en su cláusula cuarta señalan que *"Se establece una previsión de una reunión semanal de seguimiento entre Nasuvinsa y la empresa adjudicataria en fase de elaboración del proyecto"*. Disponiéndose en la cláusula tercera, en relación con el contenido de los servicios técnicos de la fase de Dirección Técnica que corresponde*" (…)* *Dirigir las obras, efectuando para ello cuantas visitas de obra resulten necesarias para el buen desarrollo de las mismas.*

En este sentido y sin perjuicio de lo anterior, se llevarán a cabo como mínimo las siguientes visitas:

- *En cualquier caso se llevará a cabo por parte de la Dirección Facultativa (incluido el coordinador de seguridad y salud) al menos DOS VISITAS SEMANALES.*
- *A requerimiento de la propiedad se llevará a cabo al menos una visita semanal (incluida en las dos anteriores) con asistencia de la Dirección Facultativa, la empresa constructora y la propia NASUVINSA"*. A ello debe añadirse, como se ha señalado en relación con el criterio social de adjudicación, que el ingeniero con la titulación obtenida en los últimos 5 años debe realizar una visita al mes durante la dirección de obra.

Sobre esta base, según se desprende de documentación de justificación aportada, el equipo humano propuesto por la reclamante tiene la siguiente composición:

- un ingeniero con titulación obtenida en los últimos 5 años, al que se atribuye una dedicación de 120 horas en fase de proyecto y 14 visitas en fase de dirección facultativa.
- un ingeniero industrial experto, como autor y Director Facultativo, con una dedicación, bajo los plazos estimados de obra, de 480 horas en fase de proyecto y 93 visitas en fase de dirección facultativa
- un ingeniero coordinador del equipo, con una dedicación de 120 horas en fase de proyecto y dirección facultativa.

Asimismo, ofertó un plazo de redacción de los proyectos de 60 días naturales; estimándose, en la documentación justificativa, como plazo de ejecución de la obra 1 año y 2 meses.

De otro lado, la cláusula duodécima del Pliego de Condiciones reguladoras del contrato, señala que *"La oferta económica deberá ser adecuada para que la persona adjudicataria 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"*. Resultando que, conforme se indica en la comunicación de exclusión de oferta anormalmente baja, el motivo no es otro que el hecho de que la justificación aportada sobre las dietas y desplazamientos a realizar por el personal adscrito al contrato, resulta insuficiente, no quedando justificado, en este extremo, el cumplimiento del convenio colectivo de aplicación.

La normativa aplicable es el artículo 98 LFCP que señala que *"1. El pliego determinará, por referencia al precio de licitación o al resto de ofertas presentadas, lascondiciones 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 cuanto a las ofertas anormalmente bajas, en la Sentencia del TJUE de 29 de marzo de 2012 se puede leer lo siguiente: *"En relación con la oferta anormalmente baja. 27. Procede recordar que, a tenor del art. 55 de la Directiva 2004/18 , si respecto de un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador «solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta». 28. De esas disposiciones, redactadas en términos imperativos, resulta claramente que el legislador de la Unión ha querido obligar al poder adjudicador a*

verificar la composición de las ofertas anormalmente bajas, imponiéndole igualmente la obligación de solicitar a los candidatos que aporten las justificaciones necesarias para demostrar que esas ofertas son serias. Así pues, la existencia de un debate contradictorio efectivo entre el poder adjudicador y el candidato, en una fase adecuada del procedimiento de examen de las ofertas, a fin de que éste pueda probar que su oferta es seria, constituye una exigencia de la Directiva 2004/18, destinada a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar una sana competencia entre las empresas. A este respecto, procede recordar, por una parte, que si bien la lista contenida en el artículo 55, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18 no es exhaustiva, tampoco es, sin embargo, meramente indicativa y, por lo tanto, no confiere a los poderes adjudicadores libertad para determinar cuáles son los datos pertinentes que deben tomarse en consideración antes de rechazar una oferta que parezca anormalmente. Por otra parte, el efecto útil del artículo 55, apartado 1, de la Directiva 2004/18 exige que recaiga en el poder adjudicador la obligación de formular claramente la petición dirigida a los candidatos afectados para que éstos puedan justificar plena y oportunamente la seriedad de sus ofertas. Por consiguiente, el artículo 55 de la Directiva 2004/18 se opone en particular a la postura de un poder adjudicador que sostenga, que no le corresponde solicitar al candidato que explique su precio anormalmente bajo".

Como indica el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en Sentencia de 13 de julio de 2016 *"Lo que se trata de acreditar -y para ello sirve el trámite de audiencia que recogen en ese precepto y cláusula-es que la oferta pueda ser cumplida pese a la presencia de los valores anormales. Esto es lo que exige la LCSP o, lo que es lo mismo, que la oferta en cuestión es viable económicamente. No puede depender la viabilidad económica de una proposición, la posibilidad de ser cumplida -porque de eso se trata en este trámite del procedimiento en cuestión- del hecho de un tercero, sino que debe analizarse la oferta en sí. El tal vez, en la mayoría de los casos es indicativo de una oferta inviable, pero su virtualidad no va más allá de esa función. Por ello la cuestión a examinar, es si se ha justificado o no la viabilidad económica de la oferta de la actora incursa en la presunción del Pliego".*

Al respecto, señala la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de diciembre de 2019 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», tomando en cuenta todos los elementos pertinentes por lo que respecta a la prestación controvertida (STJUE de 18 de diciembre de 2014 asunto Data Medical Service C-568/13, apartados 49 y 50).

También ha precisado que el poder adjudicador debe, en primer lugar, identificar las ofertas sospechosas; en segundo lugar, dar a los licitadores afectados la posibilidad de demostrar la seriedad de tales ofertas, exigiéndoles las precisiones que considere oportunas; en tercer lugar, valorar la pertinencia de las explicaciones facilitadas por los interesados y, en cuarto lugar, tomar la decisión de admitir o rechazar las referidas ofertas (STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto Agroconsulting C- 198/16, apartado 55).

La bilateralidad y el carácter contradictorio previo a las decisión de exclusión, es por lo tanto, irrenunciable".

Como indica el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 247/2017, de 13 septiembre, la justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones.

Asimismo, procede señalar que, como recoge la Resolución 103/2019, de 4 de abril, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, a la hora de acreditar la viabilidad de la oferta, si bien es cierto que ésta no se tiene que justificar de forma exhaustiva, no obstante debe ser suficiente en el sentido de permitir al órgano de contratación llegar a la convicción de que esta se puede llevar a cabo, siendo la mercantil incursa en presunción de baja desproporcionada la que ha de aportar los elementos necesarios en aras a justificar la viabilidad de su oferta, debiendo ser la exhaustividad de la justificación aportada tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido su oferta con relación al resto de ofertas presentadas.

De otro lado, debe advertirse que conforme a lo dispuesto en el articulo 98.3 in fine de la LFPC en la valoración de la justificación aportada por la persona licitadora afectada se configura como preceptivo el informe técnico del servicio correspondiente. Disponiéndose, en lo que ahora interesa y conforme al apartado cuarto del mismo precepto, como obligado el rechazo de la oferta cuando se compruebe que son anormalmente bajas por vulnerar lo dispuesto en los convenios colectivos sectoriales vigentes; siendo éste el motivo del rechazo de la oferta en el supuesto que nos ocupa, concretamente, en lo relativo a las previsiones que sobre las dietas y desplazamientos contiene el convenio colectivo de aplicación, que no es otro que el XIX Convenio Colectivo del sector de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, registrado y publicado mediante Resolución de 7 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo (BOLETIN OFICIAL del Estado número 251, de 18 de octubre de 2019).

Sobre este particular, indica en Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 553/2019, de 23 de mayo, que *"En cuanto a la configuración de la baja como una presunción iuris tantum se mantiene en la nueva LCSP, si bien que el examen de la oferta no se limita ya a que, en los términos que se formula pueda ser cumplida, atendiendo exclusivamente a las condiciones de ejecución previstas en los pliegos, sino que además si la oferta, aun siendo viable, incumple determinadas exigencias también pueden ser excluidas.*

Así se impone que 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 el artículo 201 de la LCSP. Así la defensa del interés general al que el objeto del contrato sirve se ve completada por otras motivaciones de interés general que son, en principio, ajenas al objeto concreto del contrato".

En el caso concreto que nos ocupa, la entidad contratante, ante el hecho objetivo de que la oferta de la reclamante era, conforme al pliego, anormalmente baja, cumplió con lo anteriormente indicado, otorgándole audiencia para que justificase su oferta; y no

cabe duda de que ésta cumplió con lo requerido en el plazo conferido mediante la aportación de tal justificación.

Asimismo, tampoco cabe duda de que se observaron las garantías contempladas en el citado artículo 98 LFCP, recabándose el informe técnico correspondiente sobre la justificación aportada. Informe, emitido con fecha 6 de octubre de 2020, que sirvió de base a la decisión de rechazar la oferta, y que señala lo siguiente: *"Indica la necesidad de desplazamiento a Pamplona (desde su sede en Madrid), pero no así la necesidad de considerar el coste de pernocta por contar con vivienda en Pamplona.*

Según queda recogido en el Artículo 37.1 del XIX Convenio colectivo del sector de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos "El importe de la dieta para los desplazamientos que se produzcan en territorio español, que exijan que la persona trabajadora pernocte en municipio distinto del lugar de trabajo habitual y del que constituya su residencia, será de 49 euros/día. Que, no obstante, durante los primeros 20 días de desplazamiento, la persona trabajadora podrá optar por percibir una dieta diaria de 30 euros y que la empresa, por su cuenta, le facilite el alojamiento."

Asemejando la situación a la segunda casuística recogida en el convenio ya que en la oferta se indica la disposición de vivienda en Pamplona, para cada día de visita podríamos presuponer el gasto de 30 euros en concepto de dietas.

Por otro lado, a estos gastos de dietas, deberíamos sumar los gastos derivados del desplazamiento, los viajes de servicio según la cláusula 3. Si el desplazamiento se realizase con vehículo propio estaríamos ante el siguiente gasto: 0,19 €/km x 395 km x 2= 150 €/visita.

La oferta, sin embargo, indica que realizaría los desplazamientos en transporte público, para ello y según precios de mercado actual, para viaje de ida y vuelta estimamos los siguientes costes: autobús 50€, tren 90€, Blablacar 60€.

Así, sumando los conceptos de dietas y desplazamientos a cada visita debemos repercutir un gasto mínimo de 80 € por visita (30€ en concepto de dietas + 50€ coste de autobús, opción más económica de transporte público).

En la fase de elaboración del proyecto tal y como se indica en las Prescripciones Técnicas del Pliego de Condiciones Reguladoras, se establece una previsión de una reunión semanal de seguimiento entre Nasuvinsa y la empresa adjudicataria

La cuantía correspondiente "en concepto de dietas y desplazamientos" indicada para esta fase en la propuesta es de 225,00 euros. La oferta prevé 60 días naturales de plazo para la redacción de los proyectos parciales de instalaciones, lo que se traduce en 8,5 semanas.

Estimando por tanto 8 reuniones semanales entre Nasuvinsa y la empresa adjudicataria, la cuantía correspondiente a cada reunión sería de 28,13€ (= 225,00€ en concepto de dietas / 8 reuniones). Esta cuantía de 28,13€ para cada reunión no cubriría la mínima exigida de 80,00€ para cada reunión según Convenio. No obstante, y dada la situación excepcional de pandemia mundial causada por el COVID-19, podría llegar a aceptarse para la fase de redacción de proyecto que algunas de estas reuniones se celebrasen de manera telemática.

Para la fase de Dirección Facultativa de los proyectos parciales de instalaciones se establece en las Prescripciones Técnicas del Pliego de Condiciones Reguladoras la realización de, al menos, dos visitas semanales a obra.

Para esta fase de Ejecución de Obra la propuesta indica una partida de dietas de 1.888,14 euros. Además, la propuesta realiza un cálculo de recursos según el cual el plazo considerado para la Dirección Facultativa requiere 107 visitas a obra.

Así, calculamos que cada visita a obra implicaría un coste de 1.888,14€/107 visitas = 17,65€ para gastos de dietas y traslados.

Esta cuantía de 17,65€ no cubriría el gasto mínimo de 80€ por visita (30€ en concepto de dietas + 50€ coste de autobús, opción más económica de transporte público).

Observamos que para esta fase de proyecto debería asignarse una partida en concepto de dietas y desplazamientos de 8.650,00€ (= 80€/visita x 107 visitas), frente a los 1.888,14€ indicados en la oferta, es decir, faltarían 6.761,86.-€.

Por todo ello, se concluye que los documentos aportados no justifican satisfactoriamente el precio o los costes propuestos, tal y como se establece en el artículo 98.3 de la LFC, en concreto, en lo que se refiere a "dietas y desplazamientos", concepto relevante en este caso, sin quedar tampoco justificado el cumplimiento del convenio colectivo sectorial, tal y como se recoge en artículo 98.4 de la LFC."

OCTAVO.- Se ha de manifestar, en primer término, que en la determinación de si una oferta anormal o desproporcionada está o no justificada rige el principio de discrecionalidad técnica, según la cual la actuación administrativa está revestida de una

presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación y que sólo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.

Como indica la precitada Resolución 553/2019, de 23 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *"En cuanto al examen de la justificación presentada por las empresas cuyas ofertas están incursas en la presunción, hemos dicho en la Resolución citada y en la número 677/2014, de 17 de septiembre, que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones en relación con el de las propias ofertas debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que en buena medida pueden ser apreciados en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así, es evidente que hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente por venir determinado por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser controlados en esta instancia. Tal es el caso de que en una oferta determinada puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución de contrato en tales condiciones.*

Por tanto, cabe añadir aquí, para desvirtuar la valoración realizada por el órgano de contratación en esta materia será preciso que el reclamante ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del órgano de contratación teniendo por no justificadas las explicaciones dadas por el licitador cuya oferta se ha considerado inicialmente como anormal o desproporcionada resulta infundado, o a apreciar que se ha incurrido en ese juicio en un error manifiesto y constatable".

En similares términos se ha pronunciado este Tribunal, entre otros, en nuestro Acuerdo 80/2020, de 18 de septiembre, donde señalamos que *"Al hilo de lo anterior, como señalamos en nuestro Acuerdo 26/2018, de 9 de abril, la valoración de si la oferta es o no anormalmente baja corresponde a la entidad contratante, operando en estos casos la discrecionalidad técnica de la que goza; discrecionalidad técnica que 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 realizarla.

A tales efectos, como apunta el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 841/2020, de 24 de julio, para desvirtuar la valoración realizada por el Órgano de Contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del Órgano de Contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado, inicialmente, como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable."

Siendo esto así, debemos analizar, a la vista de la justificación aportada por la reclamante en el trámite sustanciado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 98 LFCP, si la conclusión alcanzada - relativa que en lo referente a "dietas y desplazamientos" no se justifica satisfactoriamente el precio propuesto, apreciándose, al respecto, un incumplimiento del convenio colectivo aplicable – resulta infundada o incurre en error manifiesto. Veámoslo.

La premisa de la que parte el informe técnico, como se ha visto, es que la reclamante en la justificación aportada indica la necesidad de que el ingeniero industrial autor y director facultativo, se desplace a Pamplona (desde su sede en Madrid), pero no así la necesidad de considerar el coste de pernocta por contar con vivienda en Pamplona. A partir de ahí, aplicando la regulación contenida en el artículo 37.1 del convenio colectivo de aplicación, efectúa un cálculo de las dietas derivadas de las ocho reuniones de seguimiento previstas en la fase de redacción del proyecto, a razón de 30 euros cada una, incrementado en 50 euros por los gastos de desplazamiento correspondientes, de donde resulta una cantidad superior a la indicada, a estos efectos, en la justificación. Operación que repite, para la fase de dirección facultativa de las obras respecto de las 107 visitas a obra previstas, arrojando también un resultado significativamente superior a la cantidad prevista para tal finalidad en la oferta formulada. Motivo por el que concluye que no queda justificado, en tal sentido, el cumplimiento del convenio colectivo de aplicación.

Sin embargo, si examinamos el documento de justificación presentado por la reclamante, en el apartado 3.3. "Consideraciones iniciales imprescindibles de justificar", señala *"3. 3.1 - Análisis de los costes de salariales del personal asignado al Proyecto.*

Hecho, se analizaron y a continuación se describen durante el Documento, los siguientes costes (entre muchos otros):

Sueldo del ingeniero con titulación obtenida en los últimos 5 años. Pertenece a PROJECTALIA SDI.

Sueldo del ingeniero industrial experto de PROJECTALIA SDI: CARLOS GARROTE, como Gerente de la Ingeniería (APOYO EXTERNO A L. P.). Es PROJECTALIA quien aporta la SOLVENCIA TECNICA Y ECONOMICA.

Sueldo L. P. F. como ingeniero industrial coordinador del equipo.

(…)

3.3.5 - Justificación de dietas (en el caso de que proceda).

El ingeniero industrial dispone de residencia en Pamplona por lo que no será necesario incurrir en costes por dietas. No obstante, al tener también residencia en Madrid se provisionarán algunas cantidades para los viajes que se puedan realizar desde Madrid a Pamplona. Se justifican en el apartado correspondiente del Documento más adelante".

Especificando en el apartado 7.6 "Coste de las Visitas: Dietas", que *"En fase de proyecto y de acuerdo con lo indicado en las Condiciones Particulares en la pg.4 "Para la redacción del proyecto: Dependencias de la persona adjudicataria." No sería necesario considerar desplazamientos, no obstante, y de cara a alguna posible reunión que pueda mantenerse físicamente se reservan, según se expone en la tabla Excel de cálculo de la oferta, una provisión de dinero en concepto de dietas y desplazamientos.*

Efectivamente, según se indica en el último párrafo de las PRESCRIPCIONES TECNICAS: "Se establece una previsión de una reunión semanal de seguimiento entre Nasuvinsa y la empresa adjudicataria en fase de elaboración del proyecto." Por lo que se justifica el coste de los desplazamientos en fase de proyecto con la cantidad provisionada para satisfacer coste de transporte y comidas. Así quedan justificadas las partidas de dietas en fase de proyecto.

En la fase de obra estos costes sí son más elevados ya que se tienen que asumir 2 visitas por semana durante la duración de la obra. En ese sentido se provisiona una cantidad significativa en concepto de Dietas para la fase de DT.

Se deja constancia que se utilizará el medio de transporte público más ecológico para desplazarse desde Madrid hasta la obra, de este modo además de fomentar el transporte público y favorecer la conservación del medio ambiente, se ahorran costes. Además, hay que considerar que se dispone de residencia en Navarra, por lo que no existen gastos derivados de pernocta.

Otro de los motivos de no llevar coche propio y utilizar transporte público (además de conservación del medio ambiente y ahorro de costes) es por aprovechar el tiempo del trayecto de ida y vuelta, avanzando en tareas como las Certificaciones observadas en cada visita y en general para cumplir con las funciones de oficina asociadas a la dirección de obra. De esta manera se tendrá actualizado constantemente el estado de la obra para cumplir con los plazos y con el correcto desarrollo de los trabajos (emisión de informes a NASUVINSA, Control de Calidad, Certificaciones, etc…). En apartados posteriores se desarrolla ampliamente el alcance de los servicios ofertados que incluye la propuesta económica para el Contrato.

Se ha considera que cada visita implica 1 día completo de trabajo, asignando a cada día de trabajo 8 horas útiles.

En definitiva, las dietas como tal, entendidas como coste de pernocta, por tanto, no tienen cabida al disponer de vivienda en Pamplona, por lo que únicamente se han considerado los costes asociados a las comidas y los viajes ida y vuelta que se puedan llevar a cabo desde Madrid en la forma indicada en apartados anteriores.

Por lo que se entiende justificado este concepto también en fase de obra".

Finalmente, el apartado 14 "ANEXO: Presupuesto calculado y base de la oferta económica" contempla un importe de "DIETAS proyecto" de 225 euros y de "DIETAS DF" de 1.888,14 euros.

Así pues, en la documentación aportada, respecto a las dietas, la reclamante indica expresamente que respecto al ingeniero industrial autor y director facultativo no van a devengarse pues éste tiene residencia en Pamplona. Siendo esto así, estamos ya en condiciones de afirmar que el informe incurre en un error al analizar esta cuestión.

Efectivamente, en contra de lo manifestado por la reclamante, el informe parte del efectivo devengo de tales dietas, pero sin pernocta, entendiendo que dicho personal se va desplazar de Madrid a Pamplona para las reuniones y visitas, aplicando por ello el artículo 37.1 del Convenio colectivo; precepto que dice así: *"1. El importe de la dieta para los desplazamientos que se produzcan en territorio español, que exijan que la persona trabajadora pernocte en municipio distinto del lugar de trabajo habitual y del que constituya su residencia, será de 49 euros/día. Que no obstante, durante los primeros 20 días de desplazamiento, la persona trabajadora podrá optar por percibir una dieta diaria de 30 euros y que la empresa, por su cuenta, le facilite el alojamiento"*.

Como decimos, aplicando dicho precepto, considera un gasto mínimo por visita de 80 euros (30 euros en concepto de dietas y 50 euros por gastos de desplazamiento). Señalando que durante la fase del proyecto de obras deberían realizarse 8 reuniones (1 por semana, siendo el plazo ofertado de 60 días), por lo que la cantidad consignada por el licitador para ello (225 euros) no cubriría los gastos derivados del Convenio colectivo (225/8 = 28,13 euros). Respecto a la fase de dirección facultativa de las obras, se señala que son necesarias 107 visitas, por lo que la cantidad consignada por el licitador (1.888,14 euros) tampoco cubriría los gastos mínimos del Convenio (1.888,14/107 = 17,65 euros).

Empero, la literalidad del precepto transcrito no deja lugar a dudas, pues se refiere a las dietas por desplazamientos que exijan pernoctación; resultando que, no siendo éste el caso, obviamente no resulta de aplicación, y difícilmente puede apreciarse su contravención, incurriendo, así, como se ha avanzado, el informe en un error cuando a cada visita aplica el importe mínimo de 30 euros en concepto de dietas.

De igual modo, resulta evidente que la justificación que presenta la reclamante parte del hecho de que durante la ejecución del contrato, tanto en su fase de redacción del proyecto como de dirección facultativa, no van a devengarse dietas por parte del ingeniero encargado de la redacción de los proyectos y dirección de la obra, no obstante se provisionan "algunas cantidades" para los viajes "que se puedan realizar". Previsión que, en modo alguno, significa reconocer la necesidad de prever dietas por las reuniones y visitas de obra, sino simplemente provisionar alguna cantidad por si fuera necesario realizar un desplazamiento desde Madrid a Pamplona; de hecho, y en lo que a la fase de

redacción de proyecto se refiere, la propia entidad contratante reconoce la posibilidad de que las reuniones se desarrollen por medios telemáticos, sin necesidad, por tanto, de desplazamiento ni dieta alguna.

Respecto a la fase de obra, se señala que se provisiona una cantidad superior dado que hay mayor número de visitas, si bien se señala que "se dispone de residencia en Navarra, por lo que no existen gastos derivados de pernocta"; debiéndose tener en cuenta, además del hecho de que el número de visitas es una mera estimación, que esta afirmación no significa que en todas las visitas de obra vaya a producirse el desplazamiento del ingeniero, sino que se provisiona una cantidad que se corresponde con los gastos asociados de comidas y viajes desde Madrid por si se da el caso de que dicho personal no se encuentre en Pamplona, pues es razonable pensar que siendo dos visitas semanales y teniendo residencia en esta última localidad, los desplazamientos no vayan a existir en todas y cada una de las visitas realizadas e incluso, como se indica en el escrito de interposición de la reclamación, que teniendo residencia en el lugar de ejecución del contrato se traslade a ella durante el plazo de ejecución del mismo.

Así pues, de la justificación en tal sentido aportada, este Tribunal no puede compartir el criterio de la entidad contratante, toda vez que el dato de la residencia en Pamplona resulta más que relevante a estos efectos, pues determina que, efectivamente, dicho personal, no tenga derecho, por tal motivo a percibir la dieta contemplada en el artículo 37.1 del Convenio Colectivo, sin que la previsión de cantidades para ocasionales desplazamientos y comidas desvirtúe tal conclusión, pues son conceptos y supuestos de hecho diferentes.

Continuando con el análisis de la justificación aportada, debemos indicar que respecto al ingeniero que obtuvo la titulación en los últimos 5 años no se justifica que disponga de residencia en Pamplona, por lo que para este sí sería necesario contemplar gastos en concepto de dietas.

Pues bien, respecto a este personal se prevé que deberá realizar 14 visitas durante la fase de dirección de obra, única en la que se contempla la necesidad de su desplazamiento, pues no se contempla su intervención en las reuniones de la fase de redacción del proyecto. Así las cosas, en este supuesto sí resulta de aplicación el artículo

37.1 del Convenio Colectivo anteriormente transcrito, resultando que si fuera necesario la pernoctación de dicho ingeniero en Pamplona, y partiendo del coste de transporte calculado por NASUVINSA, el gasto máximo devengado por cada vista de obra sería de 99 euros (49 + 50), de forma que el coste por las 14 visitas de obra ascendería a 1.386 euros, importe inferior al provisionado por el licitador en la justificación de su oferta.

Dicho lo anterior, en contra de lo alegado por la entidad contratante, de la justificación aportada sí queda claro a quien hacen referencia las partidas indicadas, pues lo cierto es que como el ingeniero redactor tiene residencia en Pamplona no se precisa dieta alguna si bien se consigna tal cantidad por si surgiera alguna eventualidad y fuese necesario realizar algún desplazamiento o comida – de ahí el importe previsto para la fase de redacción de proyecto, pues a estas reuniones no debe acudir el ingeniero que obtuvo la titulación en los últimos 5 años – , mientras que el ingeniero que obtuvo el título hace cinco años sí que puede llegar a devengar tales dietas en las visitas a obra que realice, estando contemplado en el importe previsto para la fase de dirección facultativa.

En atención a lo razonado, a juicio de este Tribunal, y a la vista de la justificación aportada, en modo alguno ha quedado acreditado que las cantidades previstas en la oferta para las dietas que pudieran corresponder al personal antes referido incumplan los mínimos establecidos en el convenio colectivo, ni mucho menos que la oferta formulada por la reclamante sea anormalmente baja precisamente por el incumplimiento de dicha normativa laboral; extremo que, dada la gravosa consecuencia para el licitador, cumple quedar plenamente acreditado, lo que no ha sucedido.

Efectivamente, en nuestro Acuerdo 33/2016, de 23 de junio, en relación con la exigencia legal de que las ofertas económicas sean adecuadas para el cumplimiento de las obligaciones laborales derivadas del convenio sectorial de aplicación, señalamos que *"Así, el Acuerdo 12/2015, de 23 de febrero, viene a examinar dicha adecuación con ocasión de la exclusión de una oferta anormalmente baja, concluyéndose que todo licitador debe respetar la legislación laboral y que una reducción económica que pretenda justificar una reducción económica del coste laboral y conlleve un*

incumplimiento claro de las condiciones laborales no puede ser permitido y, en consecuencia, no puede servir para justificar la oferta.

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

De igual modo, señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la citada Resolución 553/2019, de 23 de mayo, que *"el cumplimiento de la normativa laboral ha de ceñirse a la ejecución del contrato, no referirse al posible incumplimiento genérico o singular del convenio colectivo, por la empresa. En fin, ha de suponer la apreciación por el que informa la justificación ofrecida que, a la vista de dicha justificación, de los datos aportados en ella o no aportados, puede inducirse razonablemente que el carácter anormal de los precios ofertados es consecuencia directa e inmediata del incumplimiento de las condiciones salariales, impuestas por convenio colectivo, de los trabajadores que el licitador va a dedicar a la ejecución del contrato"*. Resultando que, en el caso que nos ocupa, como se ha dicho no ha quedado acreditado que la reducción económica propuesta traiga causa de la reducción del importe a satisfacer por dietas y desplazamientos del personal, ni, en definitiva, se evidencia un incumplimiento claro de tal normativa laboral que pudiera determinar la exclusión de la oferta.

Así pues, una vez examinadas las justificaciones de la reclamante y las manifestaciones contrarias del órgano de contratación, este Tribunal entiende que las primeras son suficientes en orden a explicar las cantidades contempladas en la oferta en concepto de dietas y desplazamientos, así como que los argumentos expresados en el informe técnico y en el acuerdo de exclusión no contradicen esas justificaciones, en la medida en que, como se ha razonado, dicho informe parte una premisa errónea en lo que

al devengo de las dietas por parte del ingeniero industrial se refiere, pues queda claro, a la luz de lo expuesto en la documentación aportada, que tales dietas no van a tener lugar y, por ende, tampoco forman parte de los costes a tener en cuenta para justificar el precio ofertado. Por igual motivo, decae, como es obvio, la conclusión alcanzada en lo que al incumplimiento del Convenio Colectivo se refiere, por lo que la oferta no debió ser excluida.

Sentado lo anterior, tampoco las alegaciones efectuadas por la tercera interesada pueden tener favorable acogida, pues lo cierto es que señala que en realidad son 93 visitas, frente a las 107 estimadas por la reclamante en su justificación, lo que supondría un menor gasto que el previsto; resultando, de otro lado, la titularidad del piso del ingeniero industrial ajena al procedimiento.

En atención a lo expuesto, la reclamación ha de ser estimada pues no se considera ajustada a derecho la exclusión de la recurrente por el motivo apreciado por la entidad contratante, habida cuenta que de la justificación aportada no cabe apreciar en la oferta incumplimiento del convenio colectivo de aplicación en relación a las dietas a abonar, en su caso, al personal adscrito a la ejecución del contrato.

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

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don L. P. F.contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato "*Redacción de los proyectos parciales de ingeniería y dirección de obra para la construcción de un edificio destinado a viviendas de protección oficial en régimen de alquiler en Azpilagaña-Pamplona (Navarra)*", tramitado por NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (NASUVINSA) y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el

momento de valoración de las ofertas económicas, entre las que se deberá incluir también la de la reclamante.

2º. Notificar este acuerdo a don L. P. F., a NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (NASUVINSA), 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, 24 de noviembre de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.