



Expte.: R-3/2018

ACUERDO 17/2018, de 20 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don F.E.B., en nombre y representación de la mercantil “Ríos Renovables, S.L.U”, contra la adjudicación del contrato de obras para la renovación de la instalación de alumbrado público realizada por el Ayuntamiento de Ezkurra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 15 de diciembre de 2017 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de obras de “Renovación de la instalación de alumbrado público en Ezkurra”, promovida por el Ayuntamiento de dicha localidad.

SEGUNDO.- El día 30 de enero de 2018, don F.E.B., en nombre y representación de la mercantil “Ríos Renovables, S.L.U”, licitadora en dicho procedimiento, presenta reclamación en materia de contratación pública frente al Acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Ezkurra en Sesión celebrada con fecha 19 de enero de 2018, en cuya virtud tiene lugar la adjudicación del citado contrato, alegando la infracción de las normas de concurrencia y transparencia en la licitación y adjudicación del mismo.

Cuestiona, en este sentido, que habiendo presentado la adjudicataria una oferta económica prácticamente un 50 % por debajo del precio de licitación, el Ayuntamiento no estima siquiera la posibilidad de calificarla como anormalmente baja ni presuma la imposibilidad por parte del licitador de llevar a buen término el contrato e indique la necesidad de notificar tal circunstancia al resto de licitadores a los efectos de la presentación de las oportunas alegaciones. Añadiendo que, si bien el artículo 91 LFCP tiene carácter potestativo, quedando a juicio de la Administración la consideración de la

oferta como anormalmente baja, a pesar de que supere la reducción del 30% sobre el precio, no es menos cierto que al tratarse de un acto discrecional debe ser perfectamente motivado para no incurrir en arbitrariedad; requisito que no reúne el acto objeto de impugnación, puesto que nada aduce con el fin de motivar la selección de una oferta del 51% más baja que el precio de licitación.

En atención a lo expuesto estima que el acto de adjudicación del contrato de referencia adolece de arbitrariedad; motivo por el cual solicita su anulación, con retroacción del procedimiento al momento anterior a la propuesta de adjudicación.

TERCERO.- Con fecha 21 de enero de 2018 el Ayuntamiento de Ezkurra aporta el expediente de contratación, así como el informe de alegaciones en defensa de la legalidad del acto objeto de impugnación; informe en el que aclara que la baja presentada por la adjudicataria no es del 51,82% sino del 48,17%, y que el criterio de adjudicación a seguir conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no es el de la oferta más ventajosa, como manifiesta el reclamante, sino el de la mejor oferta económica, es decir, la más baja.

En cuanto al motivo de impugnación, indica que puede tener razón el reclamante al manifestar que el acuerdo de adjudicación no motiva dicha adjudicación al superar la baja el 30%, si bien ello ha obedecido a que de las seis empresas licitadoras, cuatro de ellas, superan con creces la baja del 30%, entre ellas la reclamante; circunstancia que ha determinado, previa consulta al Servicio Jurídico del Departamento de Administración Local del Gobierno de Navarra, considerar que dicha baja generalizada suponía una normalidad y había que dar por buenas dichas bajas aunque superaran el 30%, sin necesidad de motivar tal circunstancia en el acuerdo de adjudicación.

Finalmente, manifiesta que resulta paradójico el motivo de impugnación aducido por la reclamante cuando ella misma presentó su oferta económica con una baja del 43,51% sobre el precio base de licitación; y solicita la desestimación de la reclamación formulada.

CUARTO.- El día 2 de febrero de 2018 la Secretaría del Tribunal concede trámite de alegaciones a los interesados; si bien, transcurrido el plazo legalmente establecido, ninguno ha hecho uso de su derecho a presentar alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La reclamación se presenta contra la adjudicación de un contrato por parte de un poder adjudicador de los contemplados en el artículo 2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP).

La reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma, por una persona legitimada y fundamentada en los motivos legalmente tasados, todo ello de acuerdo con los requerimientos del artículo 210 LFCP.

SEGUNDO.- El único motivo de impugnación aducido por la reclamante es la ausencia de motivación de la decisión de no considerar como anormalmente baja la oferta económica de la empresa adjudicataria; motivo en base al cual ejercita la pretensión de anulación del acto de adjudicación del contrato.

Toda licitación de un contrato público debe respetar los principios rectores de la contratación recogidos en el artículo 21 LFCP como criterios de interpretación y concretados en los principios de transparencia, tratamiento igualitario y no discriminatorio y de competencia orientada a la búsqueda de la máxima eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Así ha sido reiteradamente manifestado por este Tribunal en muchos de nuestros Acuerdos (por todos el Acuerdo 43/2015, de 3 de agosto).

Dichos principios rectores de la contratación pública quedan garantizados, tal como señala la Resolución 40/2012, de 3 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“...mediante la exigencia de que la adjudicación de los contratos se realice, en principio, a favor de la oferta económicamente más ventajosa, considerándose como tal aquella que reúna las mejores condiciones tanto*

desde el punto de vista técnico como económico”, añadiendo que “... por excepción, y precisamente para garantizar el interés general, se prevé la posibilidad de que reúna tal característica y no sea considerada sin embargo la más ventajosa, cuando en ella se entienda que hay elementos que la hacen incongruente o desproporcionada o anormalmente baja...”.

La técnica de baja anormal o desproporcionada se fundamenta en la previsión del artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio que establece que *“...En caso de que una entidad haya recibido una oferta anormalmente más baja que las demás ofertas presentadas podrá pedir información al licitador para asegurarse de que éste puede satisfacer las condiciones de participación y cumplir lo estipulado en el contrato“.*

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, pone de manifiesto en su Considerando 103 que *“Las ofertas que resulten anormalmente bajas con relación a las obras, los suministros o los servicios podrían estar basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, económico o jurídico. Cuando el licitador no pueda ofrecer una explicación suficiente, el poder adjudicador debe estar facultado para rechazar la oferta. El rechazo debe ser obligatorio en los casos en que el poder adjudicador haya comprobado que el precio y los costes anormalmente bajos propuestos resultan del incumplimiento del Derecho imperativo de la Unión o del Derecho nacional compatible con este en materia social, laboral o medioambiental o de disposiciones del Derecho laboral internacional”.*

Por su parte, el artículo 69, “Ofertas anormalmente bajas” establece que: *“1. Los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate.*

2. Las explicaciones contempladas en el apartado 1 podrán en particular referirse a lo siguiente:

a) el ahorro que permite el proceso de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción;

b) las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras;

c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;

d) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 18, apartado 2;

e) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 71;

f) la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador.

3. El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2.

Los poderes adjudicadores rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2.

4. Cuando el poder adjudicador compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, solo podrá rechazar la oferta por esa única razón si consulta al licitador y este no puede demostrar, en un plazo suficiente, fijado por el poder adjudicador, que la ayuda era compatible con el mercado interior, a efectos del artículo 107 del TFUE. Los poderes adjudicadores que rechacen una oferta por las razones expuestas deberán informar de ello a la Comisión.

5. Los Estados miembros pondrán a disposición de los demás Estados miembros, previa solicitud y mediante cooperación administrativa, toda la información de que dispongan, sean disposiciones legales y reglamentarias, convenios colectivos universalmente aplicables o normas técnicas nacionales, relativa a las pruebas y documentos justificativos presentados en relación con los elementos enumerados en el apartado 2”.

Asimismo, la citada Directiva establece en su artículo 18.2 que *”Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”*.

Por tanto, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que tiene efecto directo a partir del 18 de abril de 2016, únicamente permite a los poderes adjudicadores rechazar las ofertas de los licitadores incursas en supuesto de oferta anormalmente baja cuando el licitador afectado requerido de explicación no pueda ofrecer una explicación satisfactoria sobre el bajo nivel de los precios o coste propuestos o cuando resulte acreditado que los mismos resultan del incumplimiento de las normas que resultan aplicables en materia medioambiental, social o laboral, pero en todo caso después de evaluar la información proporcionada por el licitador.

Ahora bien, ninguna de las Directivas comunitarias en materia contractual, incluida la Directiva 2014/24/UE, ha definido qué se entiende por oferta anormalmente baja y, por tanto, tampoco ha establecido la forma de determinar cuándo nos encontramos ante una oferta anormalmente baja, dejándolo en manos de los legisladores nacionales, por lo que, a la hora de determinar cuándo nos encontramos ante una oferta que se presume inicialmente como anormal o desproporcionada, deberemos acudir a nuestra propia normativa sobre contratación pública, regulando la cuestión la LFCP en su artículo 91, que dispone en sus apartados 1 y 2 lo siguiente:

“1. Cuando en un procedimiento de licitación se presente una oferta anormalmente baja respecto de las prestaciones del contrato que haga presumir que no va ser cumplida regularmente, la Administración antes de rechazar la oferta comunicará dicha circunstancia a todos los licitadores afectados para que en el plazo de cinco días presenten las alegaciones oportunas.

A la vista de las alegaciones de los licitadores y previo el asesoramiento técnico oportuno se resolverá motivadamente sobre la admisión de la oferta, pudiendo solicitarse un informe de la Junta de Contratación Pública en circunstancias excepcionales.

2. Podrá presumirse que una oferta es anormalmente baja cuando sea inferior en treinta puntos porcentuales al importe estimado del contrato, salvo que se haya indicado otra cosa en las condiciones reguladoras del contrato”.

El apartado segundo del precepto transcrito regula cuándo puede presumirse que una oferta es anormalmente baja, si bien dicha previsión opera en defecto de previsión específica en el pliego regulador del contrato correspondiente. Así, los pliegos pueden establecer parámetros diferentes al indicado en la norma a los efectos que nos ocupan, resultando de aplicación el citado artículo 91.2 LFCP para el caso de que el pliego no contenga previsión alguna al respecto.

Así las cosas, tal y como manifiesta la reclamante, el PCAP regulador del contrato que nos ocupa ninguna previsión contiene en relación con las ofertas anormalmente bajas; resultando, en consecuencia, de aplicación el artículo 91.2 LFCP, de forma que en el procedimiento de licitación al que se contrae la reclamación puede presumirse que las ofertas son anormalmente bajas cuando sean inferiores en treinta puntos porcentuales al importe estimado del contrato. Circunstancia que, admitida por las partes, concurre en relación con la oferta formulada por la adjudicataria, toda vez que según establece la cláusula segunda del PCAP el presupuesto de ejecución del contrato asciende a 85.429,17 euros, IVA incluido, mientras que, según consta en acta de apertura, en acto público, de las proposiciones económicas celebrado por la unidad gestora con fecha 16 de enero de 2018 - que comprende, igualmente, la propuesta de adjudicación - la oferta económica de la adjudicataria asciende a 44.282,31 €, IVA incluido, es decir, un 51,8 % por debajo del presupuesto del contrato señalado en el PCAP, tal y como indica la reclamante.

TERCERO.- Acreditada tal circunstancia la reclamante cuestiona que la entidad contratante ni siquiera estimase la posibilidad de calificarla como anormalmente baja ni,

presumiendo tal circunstancia y su incidencia en la correcta ejecución del contrato, sustanciase el procedimiento contradictorio previsto en el artículo 91.1 LFCP; si bien pone de manifiesto que el citado precepto es potestativo, quedando a juicio de la Administración la consideración de una oferta como anormalmente baja.

Efectivamente, tal y como señalamos en nuestro Acuerdo 25/2013, de 2 de agosto, alegado por la reclamante como fundamento de su pretensión, el artículo 91 LFCP debe interpretarse en el sentido de que la presunción de que la oferta sea anormalmente baja no es de apreciación automática, debiendo preceder un juicio de valor por parte de la mesa de contratación o la unidad gestora, según corresponda. Acuerdo en el que tras indicar que la apertura del procedimiento contradictorio con audiencia del afectado – obsérvese que este trámite se restringe al licitador afectado por el presunción de temeridad y no al resto de licitadores, como parece entender la reclamante - es un mecanismo para evitar su indefensión en el caso de que la Administración considerase anormal su oferta y sin audiencia le excluyera, concluimos que *“Ello determina, a nuestro parecer, la necesidad de no considerar obligado la tramitación del procedimiento previsto al efecto pese a que se supere dicho porcentaje si la Mesa motivadamente no aprecia que exista temeridad”*.

El Acuerdo 2/2008, de 7 de marzo, de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública de Navarra, en relación con la interpretación del citado precepto, señala que: *“los términos del apartado 2 del artículo 91 de la LFCP, “podrá considerarse”, vienen a reflejar esa potestad discrecional de la entidad adjudicadora y no siempre una baja del 30% sobre el precio estimado del contrato será objeto de calificación como oferta anormalmente baja. Como tal potestad discrecional, que se justifica exclusivamente por la concesión de una libertad de medios para alcanzar un fin, en este caso, la adjudicación a la mejor oferta en términos de precio o de calidad-precio, no se pueden predeterminar los casos en que se deben considerar ofertas anormalmente bajas cuando éstas superen el límite de los 30 puntos porcentuales.”*

Dicho acuerdo estima ajustado a derecho, tal y como apunta la reclamante, que si la mesa o la unidad gestora consideran que la oferta no incurre en anormalidad pese a

realizar una baja del 30% sobre el precio estimado del contrato se admita la misma sin necesidad de sin tramitar el procedimiento de audiencia al licitador afectado que prevé el artículo 91 LFCP. Y ello en la medida en que afirma que *“de lo expuesto se deduce que el artículo 91 LFCP permite que una entidad adjudicadora que no ha determinado un porcentaje de baja en los pliegos del contrato, previa valoración de las circunstancias concurrentes sobre si la oferta puede ser cumplida regularmente y notificando la decisión adecuadamente motivada, no solicite alegaciones a los licitadores aun cuando la oferta ganadora supere la baja de 30 puntos porcentuales sobre el importe estimado publicado en el anuncio de licitación, por lo que la reclamación presentada debe ser desestimada.”*

Así pues, siendo ajustada a la legalidad la admisión de ofertas como la realizada por la adjudicataria sin tramitar el procedimiento contradictorio referido, queda por examinar si la decisión reúne los requisitos formales exigibles, es decir, si se encuentra suficientemente motivada; cuestión que, además, se corresponde con el motivo de impugnación esgrimido por la reclamante.

Sobre este particular, la decisión la unidad gestora y del órgano de contratación de estimar que, a pesar del importe, una oferta no está incurso en anomalía formaliza, como se ha dicho, el ejercicio de una facultad discrecional, que no es incondicional ni está exenta de límites, sino que está sometida a la exigencia de la motivación; y ello por mor del principio de legalidad, y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Es por ello que, el artículo 35.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece la obligación de motivar, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, entre otros, los actos administrativos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales; añadiendo el apartado segundo que la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

Por su parte, el artículo 92.5 LFCP determina, en relación con el acto de adjudicación de contratos públicos, que *“5. La resolución de adjudicación contendrá, al menos, los motivos por los que se ha rechazado una candidatura u oferta, las características o ventajas de la oferta seleccionada y la fecha en que la adjudicación adquirirá plena eficacia, y se notificará a los interesados de conformidad con lo dispuesto en la legislación reguladora del procedimiento administrativo.*

Excepcionalmente, se podrán omitir datos de la oferta seleccionada cuando ello constituya un obstáculo a la aplicación de la legislación, sea contraria al interés público, perjudique los intereses comerciales legítimos de las empresas o pueda perjudicar la competencia leal entre ellas”.

En consecuencia, una interpretación conjunta de los artículos 91 y 92 LFCP permite concluir que la decisión de no considerar incurso en anomalía una oferta que supere el parámetro o porcentaje establecido sobre el presupuesto del contrato requiere una previa valoración de las circunstancias que permiten concluir que dicha oferta puede ser cumplida; valoración que deberá constar en el expediente e indicada en el propio acto de adjudicación del contrato.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2005, explica, en los siguientes términos, en qué consiste la motivación: *“Con carácter general, la motivación de los actos administrativos no es más que la exteriorización de las razones que la Administración ha tenido para adoptar una resolución. Por tanto, no puede consistir en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad (STC 77/2000). Esta exigencia de la motivación es consecuencia de la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos (STC 73/2000), y supone no solo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos (STC 26/1981). La motivación del acto administrativo cumple diversas funciones, en primer lugar, viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración Pública, y, en segundo lugar, es una garantía del administrado que podrá impugnar, en su caso, el acto administrativo, con posibilidad real de criticar la bases en las que se fundamenta, y, además, y en último lugar, la motivación hace posible el control jurisdiccional del acto administrativo recurrido -artículo 106.1 (SSTS*

de 18 de abril de 1990 y de 4 de junio de 1991). En consecuencia, cuando el acto administrativo carece de motivación se impide el control jurisdiccional que viene constitucionalmente impuesto. En efecto, mediante la motivación se puede comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad (STC 77/2000). Esta naturaleza y finalidad del requisito de la motivación de los actos administrativos, que viene impuesto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, solo determina la nulidad de la resolución recurrida cuando su ausencia impida alcanzar su fin o haya producido indefensión a los interesados, «ex» artículo 63.2 de la expresada Ley. Y, si bien es cierto que la ausencia de motivación o una motivación defectuosa puede integrar este vicio de anulabilidad, o bien puede ser solo una mera irregularidad no invalidante, la disección de estas distintas consecuencias debe hacerse atendiendo a si, en este caso concreto, se ha producido esa ignorancia respecto de los motivos de la decisión y se ha colocado al administrado en una situación de indefensión (SSTS 3 de abril de 1990 y 4 de junio de 1991)".

En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal, por todos Acuerdo 38/2016, de 5 de julio, que la motivación exigible en las resoluciones administrativas - entendida como la exteriorización de las razones que sirvieron de justificación, de fundamento, a la decisión jurídica contenida en el acto, que, además, viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración - es aquella que permite conocer, por los propios interesados y por los órganos administrativos o judiciales que hayan de analizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción; tal y como exige a la entidad contratante el citado artículo 92.5 LFCP, y reconoce la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras en la Sentencia de 9 de julio de 2010 que pone de relieve que *“con carácter general, la motivación de los actos administrativos precisa, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuya reiteración excusa cita, de una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada (...), poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa adoptada. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos*

jurisdiccionales, y estos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE".

Especialmente significativa resulta, en este sentido, la Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) de 27 de abril de 2016: *"240 A este respecto, procede recordar que, cuando las instituciones, órganos u organismos de la Unión disponen en su calidad de entidades adjudicadoras de una amplia facultad de apreciación, la observancia de las garantías otorgadas por el ordenamiento jurídico de la Unión en los procedimientos administrativos reviste aún mayor importancia. Entre esas garantías está, en particular, la obligación de motivar de forma suficiente sus decisiones que incumbe a la institución competente. En efecto, sólo de este modo puede el juez de la Unión comprobar si concurren los factores de hecho y de Derecho de los que depende el ejercicio de la facultad de apreciación (sentencias de 21 de noviembre de 1991, Technische Universität München, C-269/90, Rec, EU:C:1991:438, apartado 14; VIP Car Solutions/Parlamento, apartado 145 supra, EU:T:2009:163, apartado 61, y de 12 de diciembre de 2012, Evropaïki Dynamiki/EFSA, T-457/07, EU:T:2012:671, apartado 42).*

241 En virtud de la obligación de motivación establecida en el artículo 296 TFUE, párrafo segundo, el autor de un acto debe manifestar de manera clara e inequívoca su razonamiento, de manera que, por una parte, los interesados puedan conocer la justificación de la medida adoptada a fin de ejercer sus derechos y, por otra, el juez de la Unión pueda ejercer su control. Además, la exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, de la naturaleza de los motivos invocados y del interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por ese acto puedan tener en recibir explicaciones (véase la sentencia Evropaïki Dynamiki/Comisión, citada en el apartado 145 anterior, EU:T:2013:88, apartados 25 y 26 y la jurisprudencia citada). Por otra parte, la obligación de motivación constituye un requisito sustancial de forma que debe distinguirse de la fundamentación de la motivación, que guarda relación con la legalidad de fondo del acto controvertido (véase la sentencia de 22 de mayo de 2012,

Evropaïki Dynamiki/Comisión, T-17/09, EU:T:2012:243, apartado 40 y la jurisprudencia citada).

242 En materia de celebración de contratos públicos, el artículo 100, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento financiero general y el artículo 149, apartado 3, de las normas de desarrollo precisan en qué circunstancias cumple la entidad adjudicadora su obligación de motivación respecto a los licitadores.

243 De esa manera, conforme al artículo 100, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento financiero general, «el órgano de contratación informará a los candidatos o licitadores no seleccionados de los motivos por los que se hubiere desestimado su candidatura u oferta y a los licitadores que hubieren presentado una oferta admisible, siempre y cuando éstos lo soliciten por escrito, de las características y ventajas de la oferta seleccionada y del nombre del adjudicatario».

*244 A este respecto, resulta de una jurisprudencia asentada que no se puede exigir, en virtud de esa disposición, que la entidad adjudicadora comunique a un licitador cuya oferta no se ha elegido, además de las razones para desestimarla, por una parte, un resumen minucioso de la forma en la que cada detalle de su oferta se haya apreciado en la evaluación de ésta y, por otra parte, en el contexto de la comunicación de las características y las ventajas relativas de la oferta seleccionada, un análisis comparativo minucioso de esta última y de la oferta del licitador excluido. La entidad adjudicadora tampoco está obligada a comunicar a un licitador excluido, a petición escrita de éste, una copia completa del informe de evaluación (autos de 20 de septiembre de 2011, *Evropaïki Dynamiki/Comisión, C-561/10 P, EU:C:2011:598, apartado 27; de 29 de noviembre de 2011, Evropaïki Dynamiki/Comisión, C-235/11 P, EU:C:2011:791, apartados 50 y 51, y sentencia de 4 de octubre de 2012, Evropaïki Dynamiki/Comisión, C-629/11 P, EU:C:2012:617, apartados 21 a 23*). No obstante, corresponde al juez de la Unión comprobar si el método aplicado por la entidad adjudicadora para la evaluación técnica de las ofertas se enuncia con claridad en el pliego de condiciones, incluyendo los diferentes criterios de adjudicación, su peso respectivo en la evaluación, es decir, en el cálculo de la puntuación total, y el número mínimo y máximo de puntos por cada criterio (véase en ese sentido la sentencia *Evropaïki Dynamiki/Comisión, antes citada, EU:C:2012:617, apartado 29*).*

245 Con carácter preliminar, procede señalar que, en virtud de la jurisprudencia citada en el anterior apartado 244, la entidad adjudicadora no está obligada, en principio, a conceder al licitador excluido acceso a la versión completa de la oferta del adjudicatario del contrato ni a la del informe de evaluación. (...)•”

La motivación es un medio técnico de control de la causa del acto, que, conforme a reiterada jurisprudencia, no se cumple mediante el empleo de cualquier fórmula convencional, sino que ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico determinante de la decisión (Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981), o, como declara el mismo Tribunal en Sentencia de 16 de junio de 1982, debe realizarse con la amplitud necesaria para el debido conocimiento de los interesados y su posterior defensa de derechos, por lo que la expresión legal "sucinta" no puede interpretarse en el sentido de que basta apuntar un principio de motivación, aunque si es "suficientemente indicativa", la exigencia debe estimarse cumplida. En este sentido, no es admisible la fundamentación de un acto administrativo con referencia a expresiones generales, vagas o equívocas que no aclaran ni profundizan en el verdadero sentido de la preceptiva motivación del mismo; y aunque es cierto que el artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, permite que la aceptación de informes o dictámenes sirva de motivación cuando se incorporen al texto de la resolución, tal norma presupone que aquellos van a contener las razones y fundamentación de la decisión.

Así las cosas, la motivación de los actos administrativos, cuya ausencia constituye un indicio de arbitrariedad, ha de realizarse en el propio acto o, en su caso, por remisión a informes o documentos que figuren como antecedentes en el expediente administrativo; resultando que, en el caso concreto que nos ocupa, el informe de alegaciones aportado por la entidad contratante reconoce expresamente la ausencia de motivación de la decisión en tal sentido adoptada; reconocimiento que determina la estimación de la reclamación interpuesta. Y ello toda vez que la circunstancia alegada de que cuatro de las seis empresas realizaron ofertas con bajas que superaban el 30 % del valor estimado del contrato, lo que supuso considerar que dicha baja generalizada suponía una normalidad y por ello fueron todas admitidas, no exime del cumplimiento

de los requisitos formales en la adopción de la decisión correspondiente; como tampoco tiene incidencia en ello el hecho de que el propio reclamante fuese una de las cuatro empresas que realizaron ofertas en tales términos, máxime si se tiene en cuenta que no se cuestiona la posibilidad de adjudicar a una de tales ofertas sino la ausencia de la motivación exigible.

Una cosa es que a decisión adoptada por la entidad contratante constituya, como se ha dicho, el ejercicio de una facultad discrecional, y otra muy distinta que no hayan de controlarse los aspectos externos y formales, como es la motivación de la decisión a fin de adquirir el convencimiento de la correcta valoración realizada. Si ha de tener sentido la fiscalización jurisdiccional de la actividad de la Administración resulta imprescindible exteriorizar los razonamientos en virtud de los cuales la oferta seleccionada a pesar de su importe no se estima incurso en anormalidad, y que tampoco son aquí conocidos, más allá de las genéricas afirmaciones realizadas en el informe de alegaciones que, además, nada aportan; pues sólo así puede combatirlos el interesado y únicamente de ese modo puede comprobarse por este Tribunal si es racional y no arbitraria la decisión y si resulta acorde a los principios rectores en materia de contratación pública.

CUARTO.- Sentado lo anterior, cumple analizar los efectos que se derivan la estimación de la reclamación con fundamento en la ausencia de motivación de la adjudicación del contrato a la oferta seleccionada.

Dispone el artículo 126 LFCP, al regular la invalidez de los contratos que “1. *Son causas específicas de invalidez de los contratos celebrados por la Administración las señaladas en los apartados siguientes.*

2. Son causas de nulidad de Derecho administrativo;

a) Las causas de nulidad establecidas con carácter general en la legislación reguladora del procedimiento administrativo.

b) La carencia o insuficiencia de crédito en el momento de la adjudicación, de conformidad con lo establecido en la normativa de carácter presupuestario aplicable a

la Administración Pública en cuestión, salvo los supuestos de procedimientos de emergencia.

c) Encontrarse incurso el adjudicatario en alguna de las causas de exclusión de la licitación señaladas en esta Ley Foral.

d) La falta de solvencia económica y financiera, técnica o profesional del contratista, debidamente acreditada.

e) La adjudicación de un contrato sin anuncio de licitación previo cuando éste sea preceptivo de acuerdo con las normas de la presente Ley Foral.

f) La formalización del contrato con infracción del periodo suspensivo de la adjudicación establecido en el artículo 93.2 de la presente Ley Foral o mientras se tramita una reclamación en materia de contratación pública contra la adjudicación.

3. Son causas de anulabilidad de Derecho administrativo las demás infracciones a lo dispuesto en esta Ley Foral y al resto del ordenamiento jurídico (...)

Por su parte, los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, reguladora del Procedimiento de Administrativo de las Administraciones Públicas, enumeran las causas de nulidad y anulabilidad de los actos administrativos, disponiendo el último de los preceptos citados que *“1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.*

2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.”

La ausencia de motivación constituye un vicio de forma que no constituye un supuesto de nulidad de pleno derecho al no estar incluida en ninguno de los supuestos tasados que prevén los artículos 126 LFCP y 47.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre, sino de anulabilidad cuando produzca indefensión, tal y como pone de relieve el Tribunal Supremo, en Sentencia de 11 de julio de 2011, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina 161/2008, que sobre la ausencia de motivación del acto

administrativo, concluye que *·la ausencia del elemento estructural enunciado, es un vicio de anulabilidad lo que viene justificado por al menos dos consideraciones: de un lado, no es uno de los vicios que menciona el artículo 62 de la Ley 30/1992 al regular la nulidad de pleno derecho; y de otra parte, la naturaleza abierta de los vicios del artículo 63 del mismo texto legal aboga por la consideración de incluir la falta de motivación entre las causas generadoras de anulabilidad”*.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010 razona que *"El cumplimiento de esta elemental exigencia de la motivación de los actos, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos en que se basa, previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, se salvaguarda atribuyendo, en caso de incumplimiento, la severa consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo inmotivado, prevista en el artículo 63.2 de la citada Ley. Ahora bien, es cierto que la insuficiencia de motivación puede ser un vicio invalidante, como hemos señalado, o bien una mera irregularidad en el caso de que no se haya producido ese desconocimiento de los motivos y razones en que se funda la decisión administrativa. Dicho de otra forma, debe atenderse a un criterio material en orden a determinar si efectivamente se ha cumplido, o no, la finalidad que exige la motivación de los actos, es decir, si el destinatario ha llegado a conocer las razones de la decisión adoptada por la Administración, evaluando si se le ha situado, o no, en una zona de indefensión, por limitación de su derecho de defensa”*.

Así pues, corresponde abordar si concretamente la ausencia de motivación alegada, constituye un vicio de anulabilidad, o bien se trata de una mera irregularidad no invalidante. Operación de disección que, tal y como indica la Sentencia citada, debe hacerse, teniendo en cuenta si se ha producido esa ignorancia respecto de los motivos de la decisión y, por ello, se ha ocasionado indefensión al destinatario del acto impugnado.

En el presente caso hemos de concluir que, efectivamente, se ha producido indefensión, en la medida en que la reclamante, al igual que el resto de interesados, en el momento de interponer la reclamación no tenía constancia de las razones por las que la entidad contratante entendió que la oferta seleccionada no estaba incurso en temeridad. Ausencia de motivación que en ningún caso puede ser convalidada a través

del informe de alegaciones aportado y que conlleva la estimación de la reclamación interpuesta y la anulación del acto de adjudicación del contrato, con retroacción del procedimiento al momento anterior al de adopción del acuerdo impugnado concretamente al momento de valoración de las ofertas económicas- a los efectos de que se adopte otro debidamente motivado, incorporando en su caso al expediente los informes, documentos o justificaciones que resulten procedentes a tal fin.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación en materia de contratación pública formulada por don F.E.B., en nombre y representación de la mercantil “Ríos Renovables, S.L.U”., contra la adjudicación del contrato de obras para la renovación de la instalación de alumbrado público realizada por el Ayuntamiento de Ezkurra, declarando no conforme a Derecho la adjudicación y procediendo retrotraer el procedimiento hasta el momento de valoración de las ofertas económicas.

2º. Notificar este Acuerdo a la mercantil “Ríos Renovables, S.L.U”, al Ayuntamiento de Ezkurra y acordar su publicación en la sede electrónica 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, 20 de febrero de 2018. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava.
LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.