



Expte.: R-46/2015

ACUERDO 36/2015, de 19 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “Basarteá, S.L.” frente a la adjudicación del contrato de asistencia para la redacción del Plan Especial del grupo de montes de Sabaiza pertenecientes al Gobierno de Navarra, licitado por “Gestión Ambiental de Navarra, S.A.”

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sociedad pública “Gestión Ambiental de Navarra, S.A.” (en adelante GAN) inició un procedimiento para la adjudicación, mediante procedimiento negociado sin publicidad comunitaria, del contrato de asistencia para la redacción del Plan Especial del grupo de montes de Sabaiza, pertenecientes al Gobierno de Navarra. A estos efectos, con fecha 16 de abril de 2015 cursó las correspondientes invitaciones para participar a tres empresas del sector y, entre ellas, a “Basarteá, S.L.”, que presentó oferta.

Tras la tramitación del procedimiento, con fecha 22 de mayo de 2015 GAN notificó a los participantes los resultados de la licitación, en la que resultó adjudicataria la empresa “LUR GEROA, S.L.U.”

SEGUNDO.- El día 1 de junio de 2015 don F.J.B.G., en representación de “Basarteá, S.L.”, interpone reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra frente a la precitada adjudicación, al entender que en ella se han vulnerado los criterios de adjudicación fijados para el procedimiento y basa su afirmación en la ausencia de un procedimiento específico por parte de la Mesa de Contratación para la valoración de la oferta

anormalmente baja efectuada por la adjudicataria, de acuerdo con lo establecido en el pliego de la licitación. Señala, además, que entre las razones que la adjudicataria presenta para justificar su oferta anormalmente baja se encuentran algunas que son ilegales como “*prescindir del margen de gastos generales y beneficio industrial*”, al entender que ello implica realizar el trabajo con pérdidas, lo que en su opinión genera competencia desleal. Por ello, solicita que se declare que la adjudicación realizada no se ajusta a Derecho.

TERCERO.- El día 3 de junio de 2015, GAN aporta el expediente de contratación junto con un informe en el que señala que la oferta anormalmente baja fue presentada por el que luego resultó adjudicatario en fase de negociación y que la unidad gestora (dado que no se ha constituido Mesa de Contratación por no resultar obligatorio) obvió el procedimiento establecido en el artículo 91 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante LFCP) porque consideró que la oferta no tenía visos de incumplimiento ni de temeridad, quedando a salvo la ejecución normal del contrato, de acuerdo con lo establecido por el propio Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra en su doctrina. En consecuencia GAN solicita la desestimación de la reclamación.

CUARTO.- El día 5 de junio de 2015 se procedió a notificar a los interesados la existencia de la reclamación para que en el plazo de tres días hábiles, pudieran presentar sus alegaciones a la reclamación y aportar y solicitar las pruebas que consideraran oportunas.

Dentro del plazo concedido para ello, don I.E.S., en representación de “Lur Geroa, S.L.U.”, adjudicataria del contrato frente al que se reclama, presentó alegaciones en las que afirma que la razón por la que afirman que no tienen márgenes de gastos generales y beneficio industrial es porque el margen bruto a obtener va a permitir cubrir los gastos generales y el margen de beneficio industrial a través de una política de reducción de gastos. Para justificar tal afirmación aporta la cuenta de resultados prevista y solicita que sea tenida en cuenta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- “Gestión Ambiental de Navarra, S.A.” (GANASA), entidad contratante, es una entidad sometida a las disposiciones de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante LFCP), conforme a lo previsto en su artículo 2.1.e), en relación a las disposiciones contenidas en el Libro II, por lo que las decisiones que adopte la citada entidad en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, están sometidas a las disposiciones de la LFCP y, de acuerdo con los artículos 184 y 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- El artículo 210 de la LFCP establece que la reclamación en materia de contratación pública se podrá interponer ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por las empresas, profesionales e interesados en la licitación de un contrato público contra los actos de trámite o definitivos, que les excluyan de la licitación o perjudiquen sus expectativas.

En este caso, la reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada en cuanto que la reclamante es una persona que ha visto perjudicadas sus expectativas como licitadora.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal de 10 días naturales previsto en el artículo 210.2.b) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación formulada se fundamenta en la vulneración de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación, motivo incluido entre los que de forma tasada señala el artículo 210.3 de la LFCP para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- La primera cuestión que se plantea en esta reclamación es si es lícito que habiéndose presentado una oferta económica respecto de la que puede presumirse que no puede ser cumplida regularmente por superar el límite porcentual de baja

establecido en las condiciones reguladoras de la licitación, la entidad contratante no haya tramitado el procedimiento contradictorio regulado en el artículo 91.1 de la LFCP antes de proceder a admitirla.

A estos efectos, el apartado 9 de las condiciones reguladoras de la licitación establece que se considera que una oferta es anormalmente baja cuando sea inferior en 20 puntos porcentuales al importe máximo de licitación y en el caso que nos ocupa la oferta presentada por la adjudicataria supone una baja de un 24 %.

Como hemos señalado en diversos acuerdos (véanse los Acuerdos 29/2015, 12/2015, 31/2014 y 27/2014), 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”* y esta previsión se recoge también en el artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

La LFCP regula la cuestión en su artículo 91, disponiendo 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.

Pese a que esta disposición se recoge en el Libro Primero de la LFCP, que regula los contratos de la Administraciones Públicas, es también aplicable a la adjudicación de contratos públicos por las entidades sujetas a la LFCP que carecen de la condición de Administración Pública, como es el caso de GAN, en virtud de la remisión efectuada por el artículo 199 de la citada norma.

La justificación última de esta técnica, como afirma el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 2/2013, de 16 de enero de 2013, es que *“los órganos de contratación del sector público deben velar porque el precio de los contratos corresponda con el del mercado, más allá de las rebajas que se ofrezcan en el proceso competitivo licitatorio (...). Ello es así porque,(...), la contratación del sector público debe asegurar entre otros principios, el de la libre competencia. “*

Ahora bien, considerar que una determinada oferta o proposición incluye valores anormales o desproporcionados es simplemente una presunción o un indicio de que esta oferta o proposición no se podrá cumplir pero no puede conllevar la exclusión automática (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/201027, de 15 de mayo de 2008, SECAP asuntos C-147/06 y C-148/06, de noviembre de 2001, Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni, y sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2007).

El Considerando 103 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE pone de manifiesto 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”, y el artículo 69 exige que antes de la exclusión de la oferta que incurre en anormalidad se justifique por el licitador incurso en ella la viabilidad de la misma.

No obstante, como pusimos de manifiesto en nuestro Acuerdo 25/2013, de 3 de septiembre, ante una oferta que pueda presumirse, conforme a las condiciones reguladoras de la licitación o, en su defecto, la norma contractual, incurso en baja anormal, la entidad contratante dispone de dos opciones: bien abrir el procedimiento contradictorio que determina el artículo 91 de la LFCP o bien motivar adecuadamente las razones que le llevan a apreciar que no existe tal anormalidad sin tramitar el citado procedimiento.

Como acertadamente se afirma en el Acuerdo 2/2008, de 7 de marzo, de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública de Navarra, los términos del apartado 2 del artículo 91 de la LFCP, en especial la expresión “*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.*”.

En consecuencia, en este caso, no habiendo tramitado la entidad adjudicadora el procedimiento contradictorio regulado en el artículo 91 de la LFCP, la admisión de la oferta económica de la adjudicataria en este procedimiento será ajustada a Derecho si se ha motivado adecuadamente la decisión.

SEXTO.- Respecto la motivación que debe efectuar la entidad contratante se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 88/2013, de 27 de febrero de 2013, en los siguientes términos: *“la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio, SSTs de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000).”*

La valoración de si la oferta es o no anormal corresponde a la entidad contratante, operando en estos casos la discrecionalidad técnica de la que goza. Pero la discrecionalidad técnica no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste. Por ello, es competencia de este Tribunal analizar los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminación o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al ejecutarla.

En este mismo sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 786/2014, de 24 de octubre, citando la Resolución 677/2014, de 17 de septiembre, señala que *“la revisión de la apreciación del órgano de contratación acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración, y que a tal respecto es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) 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 hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente por venir determinados*

por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal. 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 del contrato en tales condiciones ... 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...”

Por su parte, en su Acuerdo 21/2013, de 30 abril de 2013, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón afirma que *“la decisión acerca de si una oferta puede o no cumplirse, no implica la libertad del órgano de contratación para admitir sin más una oferta incurso en anormalidad, sino que se requiere un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anormalidad de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas de forma expresa por el TRLCSP. En consecuencia, la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad. (..) Como señala el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de junio de 1990, el informe tiende a ilustrar la voluntad del órgano que tiene que resolver y su razón de ser está en la garantía que esta valoración técnica representa para la viabilidad de la pretensión, susceptible de orientar el sentido y alcance que deba adoptar el acuerdo o su misma oportunidad”*.

El reclamante afirma que entre las razones que la adjudicataria presenta para justificar su oferta anormalmente baja se encuentran algunas que son ilegales como *“prescindir del margen de gastos generales y beneficio industrial”*, al entender que ello implica realizar el trabajo con pérdidas, lo que en su opinión genera competencia desleal. Por ello, solicita que se declare que la adjudicación realizada no se ajusta a Derecho.

En la oferta final presentada por la adjudicataria durante la fase de negociación, que es la que podría incurrir en baja anormal ya que la inicial no superaba el margen previsto en las condiciones reguladoras, se expresa lo siguiente:

“Esta propuesta es anormalmente baja según los criterios del Pliego, pero Lur Geroa la puede cumplir por disponer de una alta eficiencia en varios procesos productivos, entre ellos la determinación de masas, el inventario forestal y la producción cartográfica, al disponer de la aplicación informática GIS LG que permite la optimización en la captura, procesado, análisis y entrega de toda la información alfanumérica y gráfica.

Asimismo, para el inventario disponemos de una persona en prácticas no renumeradas que actúa de peón forestal, y el capataz de inventario es M... con la ayuda de A..., ambos autónomos y con amplia experiencia en este tipo de trabajos y cuyo coste horario es bastante más reducido que el de un técnico de Lur Geroa dado que no deben soportar los costes fijos del mantenimiento de una empresa (local, bienes inmovilizados...).

Por último, Lur Geroa prescinde del margen de gastos generales y beneficio industrial en este proyecto, en base al Plan Estratégico de Lur Geroa 2015-2017, según el cual la Planificación Forestal es un ámbito de trabajo a mantener cubriendo gastos, para impulsar otros departamentos como el de biomasa, desarrollo rural, turismo y geotecnologías con mayor rentabilidad.”

En el expediente de la licitación consta un informe propuesta-adjudicación, de fecha 18 de mayo de 2015, elaborado por el Director Técnico, la Responsable de Compras y un Letrado de GAN en el que se realiza la valoración pormenorizada de las ofertas presentadas y, en lo referido a las ofertas económicas, se indica lo siguiente:

“LUR GEROA presenta una baja del 24%, que de acuerdo al condicionado es una oferta anormalmente baja. Junto con la presentación de la oferta, LUR

GEROA realiza ya una justificación de la oferta anormalmente baja y expone los motivos por los que puede asumir la ejecución de los trabajos mediante una reducción de los costes en el equipo de trabajo.

Se ha considerado la justificación presentada y se acepta la oferta.

La justificación detallada con los motivos de aceptación de esta oferta se recoge en informe técnico-económico complementario y se incluirá en la relación de documentación del expediente de contratación a tal efecto.”

El citado informe técnico-económico complementario, de fecha 12 de mayo de 2015 y firmado por el Director Técnico de GAN, se justifica la admisión de la oferta en los siguientes términos:

“- Alta eficiencia en procesos productivos: La utilización de la aplicación informática GIS LG propuesta por la Entidad se considera que no afectará a la ejecución del contrato, siendo factible la reducción de costes por eficiencia en los procesos productivos.

- Coste hora del equipo de trabajo reducido: De igual manera, se considera que los perfiles propuestos para el desarrollo de los trabajos permiten el correcto desarrollo de los trabajos propuestos y consecuentemente es factible una reducción de costes sobre otra disponibilidad de los medios humanos previstos.

- Prescindir del margen de gastos generales y beneficio industrial: Dado que el pliego no contempla el desglose presupuestario del ofertante, no se dispone de información para valorar este criterio, no considerándose en ningún caso que esta circunstancia afecte a la ejecución del contrato.

Conclusiones:

En base a todos estos criterios, se considera que la propuesta económica de LUR GEROA es admisible, al no afectar a los criterios alegados a la correcta ejecución de los trabajos requeridos.”

Finalmente, en sus alegaciones a la reclamación, la adjudicataria manifiesta lo siguiente:

“Lur Geroa SLU entiende que no contar con márgenes de gastos generales y beneficio industrial por parte del adjudicatario, significa que el margen bruto a obtener de la propuesta de adjudicación va a permitir cubrir los gastos generales y el margen de beneficio industrial, y esto se consigue con la política de reducción de gastos contratando otras empresas o profesionales, ahorrando en procesos, reduciendo gastos salariales, reduciendo gastos de amortización, reduciendo gastos de suministros etc que repercutan en un ahorro importante en la ejecución del trabajo por parte del adjudicatario.

Dicho de otra forma, que los gastos generales van a ser muy reducidos, y no aplicamos ningún margen de Beneficio Industrial añadido a la propuesta de ingresos prevista.”

A continuación la adjudicataria aporta la cuenta de resultados prevista, en la que se reflejan los ingresos y gastos previstos (generales, personal, suministros y servicios exteriores, amortización y otros gastos generales e intereses) y el beneficio bruto antes de impuestos, que tiene un resultado positivo.

A la vista del expediente y las alegaciones de las partes, este Tribunal tiene que manifestar que no aprecia en la motivación de la valoración efectuada por la entidad contratante arbitrariedad o discriminación, aunque sí un error al efectuarla ya que el informe técnico adolece del defecto de no analizar la afirmación de la adjudicataria de *“Prescindir del margen de gastos generales y beneficio industrial”* porque, según se dice, *“no se dispone de información para valorar este criterio”*, aunque no se considere *“en ningún caso que esta circunstancia afecte a la ejecución del contrato”*. Al respecto, consideramos que, ante la ausencia de mayor información, la entidad contratante debió iniciar el procedimiento regulado en el artículo 91 de la LFCP para despejar cualquier duda en este aspecto.

Pese a ello, las justificaciones adicionales de su oferta aportadas por la adjudicataria en este procedimiento de reclamación, que se consideran suficientes, harían contraria al principio de economía procesal una decisión de este Tribunal que

anulara la adjudicación y ordenara la retroacción de actuaciones, por lo que, justificada la viabilidad de la oferta, la reclamación debe ser desestimada.

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. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “Basarteá, S.L.” frente a la adjudicación del contrato de asistencia para la redacción del Plan Especial del grupo de montes de Sabaiza pertenecientes al Gobierno de Navarra, licitado por “Gestión Ambiental de Navarra, S.A.”

2º. Notificar este acuerdo a “Basarteá, S.L.”, a “Gestión Ambiental de Navarra, S.A.” y a los demás interesados que figuren en la documentación del expediente y ordenar 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, 19 de junio de 2015. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. EL VOCAL. Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Ana Román Puerta.