



Expte.: R-78/2015

ACUERDO 65/2015, de 6 de noviembre de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por la que se desestima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por doña N.Z.B., en representación de la empresa “Sigi-Saga, S. KOOP.”, frente a la admisión de la justificación de la oferta anormalmente baja formulada por “Basarteá, S.L.”, en el procedimiento de adjudicación del contrato de asistencia para la realización de los trabajos necesarios para la clasificación y reposición de los mojones deteriorados o desaparecidos de las vías pecuarias de los términos municipales de Urraúl Alto, Urraúl Bajo y Lerín, promovido por la Dirección General de Medio Ambiente y Agua, del Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Dirección General de Medio Ambiente y Agua del Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local, inició un procedimiento para la adjudicación, mediante procedimiento negociado sin publicidad comunitaria, del contrato de asistencia para la realización de los trabajos necesarios para la clasificación y reposición de los mojones deteriorados o desaparecidos de las vías pecuarias de los términos municipales de Urraúl Alto, Urraúl Bajo y Lerín, con un valor estimado, IVA incluido, de 67.883,07 euros.

Con fecha 17 de julio de 2015, se publicó a título meramente informativo en el Portal de Contratación de Navarra, el anuncio de licitación de la referida contrata. Además por parte de de la unidad gestora del expediente de contratación se cursaron invitaciones para participar a nueve empresas del sector, entre las que figuran la ahora reclamante “Sigi-Saga, S. KOOP.”, y la que fue posterior adjudicataria de la contrata, “Basarteá, S.L.”.

SEGUNDO.- Finalizadas las preceptivas rondas de negociación del precitado procedimiento de contratación, la oferta presentada por “Basarteá, S.L.”, es considerada por la unida gestora del contrato, el Negociado de Gestión y Cooperación en Biodiversidad del Servicio de Conservación de la Biodiversidad, como la más ventajosa, Sin embargo, habida cuenta que dicha oferta supone una baja del 35,11% respecto al precio de licitación, desde la citada unidad orgánica, mediante oficio signado el 20 de agosto de 2015, para poder proseguir con el procedimiento administrativo y de acuerdo con lo establecido en el artículo 90.1 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos (en adelante LFCP), se concede plazo a “Basarteá, S.L.” para que presente las alegaciones que estime oportunas, en orden a justificar la admisibilidad de su oferta.

En respuesta al referido oficio, “Basarteá, S.L.”, formula alegaciones para justificar la oferta anormalmente baja. La mercantil indica que de acuerdo con lo señalado en el apartado b) del artículo 91 de la precitada norma legal, en su oferta concurren soluciones técnicas y además la empresa dispone de condiciones excepcionalmente favorables para ejecutar el objeto del contrato, que justificarían la aceptación de la misma. Así según su opinión, debido a la gran experiencia que “Basarteá, S.L.” tiene en la realización de un gran número de proyectos de clasificación de vías pecuarias, ha conseguido desarrollar un sistema de ejecución de estos trabajos que supone un importante ahorro de costes, por su elevado nivel de eficacia, que deriva básicamente de la sólida experiencia de su personal y de disponer de archivos con información consolidada, consecuencia de anteriores trabajos de similar índole.

TERCERO.- Vista la propuesta de la unidad gestora, mediante Resolución 40/2015, de 11 de septiembre, de la Directora General de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, se adjudica a la empresa “Basarteá, S.L.” el contrato de proyecto de clasificación y revisión de los mojones deteriorados o desaparecidos de las vías pecuarias en los términos municipales de Urraúl Alto, Urraúl Bajo y Lerín. Esta resolución es notificada a “Sigi-Saga, S.KOOP.”, el 25 de septiembre de 2015.

TERCERO.- Con fecha 5 de octubre de 2015, doña N.Z.B., en representación de “Sigi-Saga, S.KOOP” interpone reclamación en materia de contratación pública, contra la admisión de la justificación de la oferta anormalmente baja formulada por “Basarteá, S.L.”, dentro del procedimiento de adjudicación del contrato de clasificación y revisión de los mojones deteriorados o desaparecidos de las vías pecuarias de los términos municipales de Urraúl Alto, Urraúl Bajo y Lerín, solicitando que se proceda a la inadmisión de la misma.

CUARTO.- Con fechas 28 y 29 de octubre de 2015, el Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local aporta el expediente administrativo y presenta escrito de alegaciones, en el que señala que es un hecho objetivo que, de los cinco licitadores que presentaron ofertas, la adjudicataria “Basarteá, S.L.” presentó una propuesta que declaraba una previsión de dedicación de horas sensiblemente inferior al resto de licitadores, por lo que resulta coherente que pudiera llegar a ofertar un precio sensiblemente inferior al de los otros cuatro licitadores. Este hecho refuerza la credibilidad de la justificación de su oferta anormalmente baja presentada por “Basarteá, S.L.”, y hace que pueda considerarse aceptable.

QUINTO.- Con fecha 30 de octubre de 2015 se da traslado del expediente a los interesados para que en el plazo de tres días hábiles aporten las alegaciones que consideren interesar a su derecho.

Con fecha de 3 de noviembre de 2015, “Basarteá, S.L.” formula alegaciones. La mercantil adjudicataria de la contrata insiste una vez más en que las circunstancias particulares que justifican la admisibilidad de su oferta anormalmente baja se corresponden con *“soluciones técnicas adoptadas y condiciones excepcionalmente favorables para la realización del trabajo de acuerdo con el artículo 91 LFCP, reiterando que la experiencia de la empresa en la realización de proyectos similares durante ocho años y la posesión de medios técnicos básicos para este trabajo, le permiten abaratar los costes externos”*.

En su escrito de alegaciones “Basartea, S.L.”, denuncia que el objetivo real de la reclamación interpuesta por “Sigi-Saga, S. KOOP.”, no es el de hacer valer sus derechos como licitador, si no perjudicar a la empresa adjudicataria al provocar la suspensión de la firma del contrato y retrasar el comienzo de los trabajos.

Por todo ello, “Basartea, S.L.” solicita que se desestime la reclamación interpuesta por “Sigi-Saga, S. KOOP.”, que se considere por el Tribunal su actuación como un caso manifiesto de temeridad y mala fe, que se levante la confidencialidad de los medios de prueba aportados por “Sigi-Saga, S. KOOP.”, y que se compruebe la veracidad de la declaración hecha por una empleada de esta cooperativa.

Igualmente, en fecha de 3 de noviembre de 2015, don C.C.G., invitado por la unidad gestora para participar en el procedimiento de licitación, formula alegaciones. El interesado siguiendo la línea argumental de la entidad recurrente, señala que la experiencia profesional del equipo aportado por “Basartea, S.L.” no es una condición excepcional favorable que justifique la oferta anormalmente baja, si no se cuantifica de alguna manera esta ventaja. Respecto a la documentación recopilada por la adjudicataria, consecuencia de anteriores trabajos, el sr. C. indica que para nada demuestra un ahorro frente a otros modos de organización.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 2.1.b) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP), las decisiones que adopte la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, de la que forma parte la Dirección General de Medio Ambiente y Agua del Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local, en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos están sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de uno de los licitadores participantes en el procedimiento de adjudicación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato.

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

CUARTO.- Se impugna la admisión de la justificación de la presentación de la oferta anormalmente baja formulada por “Basarteá, S.L.” en el procedimiento de adjudicación del contrato de asistencia para la realización de los trabajos de clasificación y revisión de los mojones deteriorados o desaparecidos de las vías pecuarias de los términos municipales de Urraúl Alto, Urraúl Bajo y Lerín, promovido por la Dirección General de Medio Ambiente y Agua del departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local, lo cual está incluido entre los motivos tasados que el artículo 210.3 de la LFCP recoge para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- En cuanto a las cuestiones de fondo la reclamante centra sus pretensiones en que no resulta ajustada al mercado la baja económica efectuada por la adjudicataria. Ante el silencio del pliego de condiciones la presunción de anormalidad de las ofertas se situaba en el 30 % del importe estimado del contrato, de acuerdo con lo previsto en el artículo 91 de la LFCP, y la oferta de la adjudicataria supone una baja del 35 %, lo que le situaba en presunción de anormalidad.

En defensa de su pretensión la referida sociedad cooperativa alega entre otras consideraciones que, también ella, dispone de personal con reconocida cualificación en la ejecución de proyectos similares al objeto de la contrata disputada, entre ellos una técnica que durante varios años ha trabajado para “Basarteá, S.L.”, por lo que este solo motivo no puede, en modo alguno, justificar una oferta anormalmente baja como la presentada por la adjudicataria.

Para mayor abundamiento la entidad reclamante considera que en la ejecución de este tipo de trabajos, no es necesaria la creación de bases de datos y, además, en su caso, la información necesaria puede ser facilitada por el Negociado de Gestión y Cooperación en Biodiversidad, por lo que su tenencia no revertiría en un ahorro económico.

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”*.

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 el caso que nos ocupa, la entidad contratante ha abierto el procedimiento de justificación de la oferta, tras lo que la requerida presentó justificación que la entidad contratante consideró bastante. Lo que es más, ahora pone de relieve nuevamente que la justificación de la baja obedece o se justifica por las previsiones de horas a emplear que ha planteado en su oferta la adjudicataria.

Al respecto, como ya señalamos en nuestro Acuerdo 36/2015, de 19 de junio: *“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 anomalía, sino que se requiere un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anomalía 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”.*

Por todo ello, en este caso, no apreciando el Tribunal arbitrariedad o discriminación, ni que se haya incurrido en error material al efectuar la valoración de la justificación de la oferta del adjudicatario, 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 doña N.Z.B., en representación de la empresa “*Sigi-Saga, S. KOOP.*”, frente a la admisión de la justificación de la oferta anormalmente baja formulada por “*Basartea, S.L.*”, en el procedimiento de adjudicación del contrato de asistencia para la realización de los trabajos necesarios para la clasificación y reposición de los mojones deteriorados o desaparecidos de las vías pecuarias de los términos municipales de Urraúl Alto, Urraúl Bajo y Lerín, promovido por la Dirección General de Medio Ambiente y Agua, del Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local.

2º. Notificar este acuerdo a “*Sigi-Saga, S. KOOP.*”, al Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local y al resto de interesados 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, 6 de noviembre de 2015. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava.
EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Ana Román Puerta.