



Expediente: 98/2018

ACUERDO 8 /2019, de 6 de febrero de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por don X. F. C., en representación de “F. INICIATIVAS I MAS D MAS I, S.L.”, frente a la Resolución 658/2018, de 13 de noviembre, de la Directora General de Política Económica, Empresarial y Trabajo, por la que se declara el desistimiento de la Administración del procedimiento de licitación aprobado por Resolución 50/2018, de 6 de abril, de la Directora General de Política Económica, Empresarial y Trabajo, para la selección de las empresas que serán parte del acuerdo marco que regirá los contratos para elaborar las candidaturas del Gobierno de Navarra a presentar a las convocatorias europeas durante los años 2018 a 2020, y se libera el crédito comprometido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de abril de 2018 la Dirección General de Política Económica y Empresarial y Trabajo del Departamento de Desarrollo Económico del Gobierno de Navarra publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del acuerdo marco que tiene por objeto regular las condiciones que regirán en los contratos de asistencia a adjudicar para la elaboración de candidaturas a convocatorias de la Comisión Europea a las que concurra la Administración de la Comunidad Foral de Navarra durante los años 2018, 2019 y 2020. Previamente, el expediente de contratación fue aprobado por la Directora General de Política Económica y Empresarial y Trabajo, mediante Resolución 50/2018, de 6 de abril. El acuerdo marco contempla cuatro lotes y la mercantil “F. INICIATIVAS I MAS D MAS I, S.L.”, en adelante “F. INICIATIVAS”, presentó oferta para los lotes 1 y 3.

El plazo para la presentación de ofertas se inició el 14 de abril de 2018 y finalizó el 4 de junio de 2018.

El día 10 de mayo de 2018 el órgano de contratación publicó en el anuncio insertado en el Portal de Contratación de Navarra la contestación a una solicitud de aclaración formulada por un licitador, en estos términos:

“Pregunta

En relación a las características del acuerdo marco, en el artículo 13 se señala que el criterio de selección de las empresas será exclusivamente el precio ofertado de la parte variable de los honorarios. En este sentido el artículo 13 indica “podrá presumirse que una oferta es anormalmente baja cuando sea inferior en veinticinco puntos porcentuales al importe estimado del contrato”. El importe estimado del contrato es de 247.935 € para tres años pero nos resulta imposible vincular este importe al precio ofertado mediante el porcentaje de la parte variable de los honorarios.

Nuestra interpretación es que se considerará anormalmente baja cuando sea inferior en 25 puntos porcentuales al porcentaje máximo sobre la parte variable de los honorarios (media aritmética de los tres tramos por lote).

Os agradeceríamos que nos confirmaraís cual es el criterio para considerar una oferta anormalmente baja.

Respuesta

La redacción actual del párrafo puede causar confusión. Para dejarlo más claro, se propone:

Donde dice “En el caso de presentación de ofertas anormalmente bajas, se estará a lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos. Podrá presumirse que una oferta es anormalmente baja cuando sea inferior en veinticinco puntos porcentuales al importe estimado del contrato”.

*Debe poner: “En el caso de presentación de ofertas anormalmente bajas, se estará a lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos. Podrá presumirse que una oferta es anormalmente baja cuando sea inferior en veinticinco puntos porcentuales **a los porcentajes del cuadro anterior**”.*

SEGUNDO.- Tras los trámites oportunos, La Mesa de Contratación designada al efecto, en reunión celebrada el 2 de julio de 2018, acordó excluir la oferta de F. INICIATIVAS por no haber subsanado los defectos que contenía su proposición en lo relativo a la solvencia técnica necesaria para participar en la licitación. La notificación de la exclusión a “F. INICATIVAS” se realiza el 4 de julio de 2018.

TERCERO.- Con fecha 13 de julio de 2018, don X. F. C., en representación de “F. INICIATIVAS”, formula ante este Tribunal reclamación especial en materia de contratación pública frente a su exclusión de la licitación del lote 1 del acuerdo marco citado.

Este Tribunal, mediante los Acuerdos 96/2018, de 25 de septiembre, y 97/2018, de 26 de septiembre, resuelve estimar la reclamación, anulando la exclusión impugnada, lo que conllevará la retroacción de actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior a dicha exclusión.

CUARTO.- Mediante Resolución 658/2018, de 13 de noviembre, la Directora General de Política Económica, Empresarial y Trabajo, declara el desistimiento de la Administración del procedimiento de licitación aprobado por Resolución 50/2018, de 6 de abril, de la Directora General de Política Económica, Empresarial y Trabajo, para la selección de las empresas que serán parte del acuerdo marco que regirá los contratos para elaborar las candidaturas del Gobierno de Navarra a presentar a las convocatorias europeas durante los años 2018 a 2020 y se libera el crédito comprometido.

Como motivos del desistimiento en la Resolución se recogen los siguientes:

“Con fecha 15 de octubre de 2018, se reúne la mesa de contratación para analizar las justificaciones de las ofertas anormalmente bajas presentadas. Vistas las ofertas y las justificaciones presentadas por dos de las empresas licitadoras en las que señalan que no puede presumirse que son anormalmente bajas por no ser inferiores en 25 puntos porcentuales a la media aritmética de los porcentajes señalados en la cláusula 13 del pliego, aunque sí lo eran en relación a los porcentajes fijados en cada uno de sus tramos, la Mesa de Contratación considera que esta cláusula y la posterior aclaración en el portal han podido conducir a una diversidad de interpretaciones, al referir el precio más bajo a una media aritmética de porcentajes, en tanto que la oferta anormalmente baja regulada con carácter inmediato, hace referencia a todos los porcentajes de cada uno de los tramos, y no a la media aritmética.”

Vista la redacción de la cláusula 13 del pliego de cláusulas administrativas y su nota aclaratoria, referidas a las ofertas anormalmente bajas, la Mesa de Contratación constata que son contrarias al interés público, al no poder garantizarse la igualdad de las empresas licitadoras y la selección de la oferta más ventajosa, y propone el desistimiento del procedimiento, conforme a lo previsto en el artículo 92.7 de la ley 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.”

Esta Resolución se notifica a “F. INICIATIVAS” el mismo día 13 de noviembre de 2018 en el que fue dictada y en dicha notificación únicamente se advierte a la interesada que *“contra la misma, que no agota la vía administrativa, cabe interponer recurso de alzada ante el Consejero de Desarrollo Económico, en el plazo de un mes a partir del día siguiente al de su notificación, indicando en el mismo el número de expediente”*.

QUINTO.- El día 4 de diciembre de 2018 don X. F. C., en representación de “F. INICIATIVAS”, interpone ante este Tribunal reclamación especial en materia de contratación pública frente a la Resolución 658/2018, de 13 de noviembre, de la Directora General de Política Económica, Empresarial y Trabajo, por la que se declara el desistimiento de la Administración del procedimiento de licitación.

En primer lugar, la reclamante solicita la admisión de la reclamación dado que la notificación efectuada por el poder adjudicador debe ser calificada como defectuosa, pues inducía a error en cuanto al recurso que era procedente presentar por el interesado en orden a defender su postura ante la instancia administrativa correcta, y en los supuestos de notificaciones que contengan información de carácter procedimental o procesal errónea es de aplicación la doctrina de que los defectos de notificación no pueden perjudicar al particular y ello no obstante el carácter de orden público absoluto y externo a la Administración pública de esta información, debiéndose tener por temporánea y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera que sea el tiempo en que se produzca.

En cuanto al fondo del asunto la reclamante alega que la decisión de desistir de la licitación se ha adoptado sin fundamento jurídico dado que la Resolución *“no explica cómo afecta al interés público o cuál es la infracción concreta a la que se refiere, por lo que no hay causa que justifique que se dan los presupuestos legales para ello. El órgano de contratación fijó en los pliegos y en la aclaración obrante en el expediente que una oferta será anormalmente baja cuando sea inferior en 25 puntos porcentuales a los porcentajes del cuadro de honorarios reflejado en pliegos y no cabe alegar desigualdad ni oscuridad de las cláusulas que determinen su ilegalidad”*.

A ello añade que, de conformidad con el artículo 35.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), un acto que determine el desistimiento tiene que contener un razonamiento bastante que lo justifique desde un punto de vista jurídico, de modo que el administrado conozca si está soportado legalmente o no, y si la fundamentación obedece o es contraria a la interpretación sentada por los órganos revisores. Es por ello, señala, que no basta con afirmar que un error en la redacción de la cláusula desvirtúa el procedimiento, sino que hay que poner de manifiesto por qué se considera que ha habido un error y por qué se considera que es una infracción legal. Entiende también que el acto impugnado adolece de defectos jurídicos sustanciales que impiden conocer la ilegalidad aducida y privan recurrir con todos los elementos necesarios para ello.

En contra de lo expresado por la entidad adjudicadora, entiende que en este procedimiento el resultado de la aplicación de los criterios de adjudicación y de consideración de ofertas anormalmente bajas es conforme a la normativa y permite la selección de la oferta más ventajosa, habida cuenta del contenido de los pliegos y sobre todo de la aclaración realizada por el órgano de contratación, mediante la respuesta de fecha 10 de mayo de 2018.

Finalmente afirma que la Administración incurre en una contradicción y actúa contra sus propios actos; el acto impugnado vulnera la normativa sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados; que se está eludiendo el procedimiento previsto al respecto en el artículo 91 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos

y que la Resolución incurre en fraude de ley o desviación de poder, ya que la verdadera finalidad perseguida es evitar la adjudicación del contrato a “F. INICIATIVAS”; además, dice, se vulneran los principios de confianza legítima, buena fe y lealtad institucional, dado que el poder adjudicador generó en los licitadores la confianza en la presentación de las distintas ofertas, respondiendo incluso en este sentido a una consulta planteada al efecto por el recurrente.

Por todo ello, solicita que se estime la pretensión ejercitada, se resuelva anular el citado acto administrativo de desistimiento, ordenando se retrotraiga el procedimiento de licitación al momento en que se dictó la misma, procediéndose a analizar la justificación de la oferta presentada por “F. INICIATIVAS” y continuando el procedimiento de contratación conforme a lo previsto legalmente, con todo lo demás que sea procedente en Derecho.

SEXTO.- El 31 de diciembre de 2018 el Departamento de Desarrollo Económico del Gobierno de Navarra remite la parte del expediente de contratación de la que el Tribunal no disponía, sin formular alegaciones a la reclamación.

SÉPTIMO.- Con fecha 3 de enero de 2019 se abre el plazo para las alegaciones de otros interesados, no habiéndose formulado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto de la reclamación especial interpuesta el desistimiento de la licitación del acuerdo marco que tiene por objeto regular las condiciones que regirán en los contratos de asistencia a adjudicar para la elaboración de candidaturas a convocatorias de la Comisión Europea a las que concurra la Administración de la Comunidad Foral de Navarra durante los años 2018, 2019 y 2020, promovida por la Dirección General de Política Económica y Empresarial y Trabajo del Departamento de Desarrollo Económico del Gobierno de Navarra, cuyo Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) fue aprobado por la Directora General

de Política Económica y Empresarial y Trabajo, mediante Resolución 50/2018, de 6 de abril.

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP 2018), al procedimiento de adjudicación que nos ocupa resultan de aplicación, “*ratione temporis*”, en atención a la fecha de aprobación del PCAP, las disposiciones contenidas en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante LFCP 2006), siendo éste, en consecuencia, el marco legal aplicable a la resolución de la controversia suscitada a través de la acción ejercitada.

Por el contrario, de acuerdo con lo previsto por el artículo 124.7 LFCP 2018, en relación con la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), que señala “*a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior*”, sensu contrario, a este procedimiento de reclamación especial en materia de contratación pública deben serle de aplicación las disposiciones procedimentales de la LFCP 2018 hoy vigente.

SEGUNDO.- La Dirección General de Política Económica y Empresarial y Trabajo, es un órgano del Departamento de Desarrollo Económico que forma parte de la Administración de la Comunidad Foral y, por tanto, un poder adjudicador mencionado en el art. 4.1 b) LFCP 2018 y, en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP 2018, 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 Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

TERCERO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de una empresa participante en la licitación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 123.1 de la LFCP 2018.

El acto que se impugna es el desistimiento de la licitación que es un acto susceptible de reclamación especial conforme al artículo 122.2 de la LFCP 2018, por cuanto que se trata de un acto que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento y perjudica las expectativas del interesado. En este sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 18 de junio de 2002 (asunto Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) C 92/00): *“El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, exige que el acuerdo de la entidad adjudicadora por el que se cancela una licitación para la adjudicación de un contrato público de servicios pueda ser objeto de recurso y, en su caso, anulado, por haber infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales mediante las que se adaptan los ordenamientos jurídicos internos al referido Derecho”*.

CUARTO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma legalmente prevista en el artículo 126.1 de la LFCP 2018 y se fundamenta en los motivos legalmente tasados, en particular en la infracción de las normas de concurrencia y transparencia en la licitación, de acuerdo con los requerimientos del artículo 124.3.c) de la LFCP 2018.

QUINTO.- El 13 de noviembre de 2018 se notifica el desistimiento de la licitación y la reclamación se interpone el 4 de diciembre de 2018. No obstante, pese que se ha superado ampliamente el plazo de diez días para interponer la reclamación especial que regula el artículo 124.2.b) de la LFCP 2018, debe entenderse que la interposición de la reclamación se ha realizado en plazo y ello es así dado que la notificación del acto impugnado tiene un contenido defectuoso ya que únicamente se advierte a la interesada que *“contra la misma, que no agota la vía administrativa, cabe interponer recurso de alzada ante el Consejero de Desarrollo Económico, en el plazo*

de un mes a partir del día siguiente al de su notificación, indicando en el mismo el número de expediente”, obviando que también cabía interponer reclamación especial ante este Tribunal, conforme a lo previsto en el artículo 124 de la Ley Foral, 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, e infringiendo por ello lo dispuesto en el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

En estos supuestos en los que la notificación contenga información procedimental errónea, de acuerdo con reiterada jurisprudencia y como señala el Órgano Administrativo de Resolución de Recursos Contractuales de Euskadi en su Resolución 027/2017, de 22 de febrero, debe aplicarse el principio de que dichos defectos no pueden perjudicar al particular, debiendo tenerse por interpuesta la reclamación en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera sea el momento en el que se produzca.

SEXTO.- En relación con el fondo del asunto el reclamante alega ausencia de fundamentos jurídicos en la decisión de cancelación anticipada del procedimiento de contratación, así como falta de adecuación a derecho de la motivación contenida en la Resolución 658/2018, de 13 de noviembre, la Directora General de Política Económica, Empresarial y Trabajo, por la que se declara el desistimiento del procedimiento de licitación, para la selección de las empresas que serán parte del acuerdo marco que regirá los contratos para elaborar las candidaturas del Gobierno de Navarra a presentar a las convocatorias europeas durante los años 2018 a 2020.

Por tanto, la cuestión de fondo se centra en analizar si el acto de cancelación de la licitación por parte del órgano de contratación ha infringido la legislación en materia de contratos públicos y, particularmente los principios de transparencia, concurrencia e igualdad de trato, sancionados en el art. 21 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos como principios rectores de la contratación.

La figura del desistimiento fue objeto de pronunciamiento por este Tribunal en el Acuerdo 19/2013 de 31 de Julio, en el siguiente sentido:

“SEGUNDO.- La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) contempla, con carácter general, entre otros, en sus artículos 42 y 87, el desistimiento como una de las formas de terminación del procedimiento administrativo, cuyo ejercicio y efectos se regulan en los artículos 90 y 91 LRJ-PAC.

Sin embargo, el desistimiento, como potestad discrecional de la Administración, está limitada, como todas las de tal clase, por la norma general imperativa por la cual aquélla debe cumplir los fines que le son propios, al servicio del bien común y del ordenamiento jurídico, y siempre basándose en los principios de racionalidad y proporcionalidad. Así lo ha puesto de manifiesto en su jurisprudencia el Tribunal Supremo en reiteradísimas ocasiones, (Sentencias de 16 abril 1999, RJ 1999\4362 de 23 de junio de 2003, RJ 4413, o Sentencia de 21 septiembre 2006 RJ 2006\6437, entre otras muchas).

Por su parte, la LFCP regula en su art. 92.7, junto a la renuncia, el desistimiento como una forma de terminación de un procedimiento de contratación pública sin selección de ningún licitador, al establecer que,

“Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de las facultades del órgano de contratación de desistimiento o renuncia por motivos de interés público de una licitación, de un acuerdo marco, de la implantación de un sistema dinámico de compra, o de un contrato formalizado y cuya ejecución no se haya iniciado. En los casos en que el órgano de contratación ejercite dichas facultades, la resolución administrativa será motivada y se notificará a los interesados de conformidad con lo dispuesto en la legislación reguladora del procedimiento administrativo”.

Por tanto, las entidades adjudicadoras no están obligadas a llevar a término el procedimiento de adjudicación si bien, toda cancelación de la licitación debe estar sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos que constituyen límites al ejercicio de dicha potestad discrecional de la Administración.

A la vista de lo dispuesto en dicha disposición, el desistimiento del procedimiento de contratación constituye una facultad de la Administración sujeta a una serie de requisitos establecidos, que son los siguientes:

- . Debe acordarse por el órgano de contratación.*
- . Debe acordarse antes del inicio de la ejecución del contrato.*
- . Debe justificarse en razones de interés público.*
- . Debe motivarse la causa y notificarse a los interesados.*

Por tanto, una vez verificado qué órgano adopta la decisión de poner fin a un procedimiento de contratación sin proceder a la selección de licitador y el momento procedimental en que se adopta, lo que se impone de modo principal es analizar si la misma está suficientemente motivada en razones de interés público.

En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de julio de 2010: "El desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ella deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público".

Por tanto, sólo el interés público que preside toda la contratación administrativa, puede fundamentar el desistimiento de la Administración Pública en un procedimiento de contratación pública.

A la vista de la Resolución 254/2013, de 26 de junio, del Director General del Presupuesto, por la que se desiste del expediente de contratación del Acuerdo Marco para el suministro de material de oficial en el año 2013, se comprueba que ha sido adoptado por el órgano de contratación con anterioridad al inicio de su ejecución, por lo que lo único que se impone es determinar, en este caso, si dicha decisión se ha comunicado a los licitadores con base en razones de interés público suficientemente motivadas.

Como señala el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 5 de mayo de 1994 (RJ 1994\3781): "Lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales -artículo 103.1 de la Constitución Española, y, por lo tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita". Y el mismo Tribunal Supremo explica en la Sentencia de 9 de julio de 2010 (RJ 2010\6133) lo siguiente: "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 --la asignación de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero-- asequible al destinatario de los mismos, 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". Es decir, la motivación exigible en las resoluciones administrativas es aquella que permite conocer,

por los propios interesados y por los órganos administrativos o judiciales que hayan de realizar su control de legalidad, las razones que han conducido a su adopción.”

SÉPTIMO.- En el supuesto que nos ocupa, como en el que fue objeto del pronunciamiento transcrito, concurren los requisitos de haber sido acordado el desistimiento por el órgano de contratación, con anterioridad al inicio de la ejecución del contrato, por lo que resta comprobar si la decisión está basada en razones de interés público y si éstas aparecen suficientemente motivadas en la comunicación a los interesados.

Sobre el concepto de interés público el Tribunal Central de Recursos Contractuales ha expresado en varias de sus Resoluciones, por todas, la 761/2016 de 30 de septiembre, que, *“el concepto de "interés público" constituye, como es sabido, el prototipo de concepto jurídico indeterminado caracterizado, como su propio nombre indica, por la indeterminación previa de los supuestos precisos constitutivos de su existencia, debiendo ser, en cada caso, el operador jurídico quien resuelva, en vista de las circunstancias concurrentes, si existe o no un interés público que pueda justificar la decisión adoptada, dado que el interés público es, a fin de cuentas, la razón de ser justificadora de toda la actuación de la Administración y de los Poderes Públicos en general, que no pueden actuar arbitrariamente adoptando decisiones por simple conveniencia o cambiar injustificadamente de criterio”*.

Pues bien, la Resolución objeto de la reclamación concreta el interés público de la decisión que en la misma se adopta en la imposibilidad de garantizar la igualdad de las empresas licitadoras y la selección de la oferta más ventajosa, como consecuencia de la confusión creada por la redacción de la cláusula 13 del Pliego, tal como quedó esta tras la publicación de la aclaración publicada el día 10 de mayo de 2018. Confusión que se constata, según consta en el acta de la Mesa de Contratación de 15 de octubre de 2018, mediante las alegaciones de dos de las empresas licitadoras a la petición de justificación de sus bajas declaradas incursas en presunción de anormalidad, en el sentido de que no se encuentran en tal situación puesto que las correspondientes bajas no alcanzan el umbral establecido, porque entienden que éste está referido al valor que

se toma como referencia del precio de licitación, es decir, la media aritmética de los porcentajes variables de cada tramo del correspondiente lote.

Dejando al margen que la referida aclaración fue en realidad una modificación consistente en la rectificación de un error en la redacción original, que refería el umbral de anormalidad al valor estimado del contrato, muy superior al precio de licitación y, por tanto, carente de sentido, la citada cláusula quedó redactada así:

“13ª.- CRITERIO DE SELECCIÓN DE LAS EMPRESAS.

El criterio para la selección de las empresas firmantes del acuerdo marco será exclusivamente el precio ofertado.

Los honorarios de partida serán los siguientes:

<i>PRESUPUESTO DEL PROYECTO</i>	<i>PARTE FIJA: POR PREPARACIÓN Y PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA</i>	<i>PARTE VARIABLE: % MÁXIMO SOBRE LA PARTE DE SUBVENCIÓN DEL PROYECTO A PERCIBIR POR LA ENTIDAD SOCIA LÍDER NAVARRA</i>
<i>Menos de 0,5 M €</i>	<i>4.500 €</i>	<i>6%</i>
<i>Entre 0,5 y 2,5 M €</i>	<i>10.000 €</i>	<i>5%</i>
<i>Entre 2,5 y 5 M €</i>	<i>14.000 €</i>	<i>4%</i>

Para cada lote se seleccionará a la empresa que oferte el precio más bajo de la parte variable de los honorarios, la parte fija no se somete a licitación. El precio más bajo se obtendrá calculando la media aritmética de los porcentajes ofertados para cada uno de los tres tramos de presupuestos de los proyectos. Los porcentajes ofertados se presentarán con tres decimales.

En el caso de presentación de ofertas anormalmente bajas, se estará a lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos. Podrá presumirse que una oferta es anormalmente baja cuando sea inferior en veinticinco puntos porcentuales a los porcentajes del cuadro anterior”.

Si se produjera un empate en la puntuación total de dos o más licitadoras, este se dirimirá en la forma señalada en el artículo 51.3 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.

A la vista de esta cláusula se aprecia que, de un lado, el sentido literal de la frase: *“Podrá presumirse que una oferta es anormalmente baja cuando sea inferior en veinticinco puntos porcentuales a los porcentajes del cuadro anterior”*, lleva a concluir que los 25 puntos porcentuales se refieren a cada uno de los porcentajes establecidos en el cuadro de tal manera que, de rebasarse este umbral en todos o en alguno de ellos, se incurre en presunción de anormalidad. De otro lado, una interpretación lógica lleva a concluir que el umbral de baja está referido a la media aritmética de los porcentajes, puesto que esa media es la referencia de precio ofertado (*“El precio más bajo se obtendrá calculando la media aritmética de los porcentajes ofertados para cada uno de los tres tramos de presupuestos de los proyectos”*).

Así, encontramos que unas empresas han realizado una de estas posibles interpretaciones y otras la otra, por ello no podemos sino concluir que la cláusula en cuestión es confusa y por tanto contraria a los principios de transparencia y de concurrencia recogidos en el artículo 21 LFCP, y su aplicación tal como inicialmente efectuó la mesa de contratación, perjudicaría gravemente a las empresas que presentaron su oferta en el convencimiento de que no incurrían en presunción de anormalidad, con el consecuente riesgo de resultar inadmitidas.

Así pues es clara la concurrencia de interés público en la decisión adoptada, pues está basada en la razón de ser justificadora de toda la actuación de la Administración y de los Poderes Públicos en general, que no pueden actuar arbitrariamente, sino con

sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (artículo 103 de la Constitución), y de modo particular en el ámbito de la contratación a los principios recogidos el artículo 21 LFCP, que con la confusión creada por la cláusula en cuestión quedan vulnerados, y se hace imposible la identificación de la oferta más ventajosa.

- De modo contrario a lo alegado por el recurrente, existen claros fundamentos y motivos de interés público que obligan a la administración actuante a hacer uso de la solución que, a efectos de no perjudicar dicho interés público, establece el artículo 92. 7 LFCP, y que no es otra que el desistimiento.

En este mismo sentido se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 10/17, de 13 de julio de 2017 que ante un supuesto similar de cláusula oscura, generadora de una disparidad de interpretaciones entre los licitadores, considera que el desistimiento del contrato es adecuado al existir una infracción no subsanable de las normas de preparación y adjudicación del contrato y no haberse producido todavía el acto de adjudicación. A la vista de la motivación contenida en la Resolución impugnada que, tras explicar los efectos de la confusión causada por la cláusula discutida, así como la infracción legal que por ello la continuación del procedimiento conllevaría, se estima que la misma, en línea con la jurisprudencia citada, contiene una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada, asequible a los destinatarios de la misma, que pone de manifiesto los motivos concretos y precisos aunque no exhaustivos, de dicha decisión, cumpliendo con ello con el requisito de que sus receptores puedan impugnarla y, asimismo, este Tribunal y en su caso los órganos jurisdiccionales puedan cumplir la función de control que tienen encomendada.

En particular esta adecuación se aprecia en el siguiente contenido de la Resolución:

“la Mesa de Contratación considera que esta cláusula y la posterior aclaración en el portal han podido conducir a una diversidad de interpretaciones, al referir el precio más bajo a una media aritmética de porcentajes, en tanto que la oferta anormalmente baja regulada con carácter inmediato, hace referencia a todos los porcentajes de cada uno de los tramos, y no a la media aritmética.

Vista la redacción de la cláusula 13 del pliego de cláusulas administrativas y su nota aclaratoria, referidas a las ofertas anormalmente bajas, la Mesa de Contratación constata que son contrarias al interés público, al no poder garantizarse la igualdad de las empresas licitadoras y la selección de la oferta más ventajosa, y propone el desistimiento del procedimiento, conforme a lo previsto en el artículo 92.7 de la ley 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.”

Así pues, tampoco podemos acoger las argumentaciones del recurrente sobre falta de motivación del acto objeto de la reclamación que por ello y por estar basado en motivos de interés público debidamente justificados, no puede considerarse contrario al principio de confianza legítima, ni incurso en fraude de Ley o desviación de poder. Por las mismas razones no cabe atribuir a dicho acto más finalidad, que la de evitar la actuación contraria al interés público que la continuación del procedimiento hubiera conllevado.

Todo ello impide apreciar la concurrencia de los motivos alegados por el reclamante por lo que deben ser desestimados y con ellos la reclamación.

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

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por don X. F. C., en representación de “F. INICIATIVAS I MAS D MAS I, S.L.”, frente a la Resolución 658/2018, de 13 de noviembre, de la Directora General de Política Económica, Empresarial y Trabajo, por la que se declara el desistimiento de la Administración del procedimiento de licitación aprobado por Resolución 50/2018, de 6 de abril, de la Directora General de Política Económica, Empresarial y Trabajo, para la selección de las empresas que serán parte del acuerdo marco que regirá los contratos para elaborar las candidaturas del Gobierno de Navarra a presentar a las convocatorias europeas durante los años 2018 a 2020, y se libera el crédito comprometido.

2º. Notificar este Acuerdo a “F. INICIATIVAS I MAS D MAS I, S.L.”, al Departamento de Desarrollo Económico del Gobierno de Navarra y a cuantos figuren como interesados en el procedimiento y ordenar su publicación en la 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 6 de febrero de 2019. LA PRESIDENTA, Silvia Doménech Alegre.
LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.