



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

Yanguas y Miranda, 27 -2º
31003 PAMPLONA
Tfnos. 848 42 29 72 – 82
Fax 848 42 29 68 – 78
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expte.: R-25/2013

ACUERDO 25/2013 de 3 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública formulada por Don F.A.G. en representación de la empresa Fisis Medica Actual S.L., frente a la Resolución 806/2013, de 12 de julio, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se selecciona a la empresa que será parte del acuerdo marco relativo a la asistencia y suministro de sillas de ruedas eléctricas a beneficiarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea con derecho a prestación durante el segundo semestre de 2013.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea convocó una licitación denominada “Acuerdo Marco para la prestación del suministro de sillas de ruedas eléctricas para los beneficiarios del Servicio Navarro de Salud – Osansubidea”.

SEGUNDO.- Al procedimiento de licitación concurren dos entidades, Fisis Medica Actual S.L. y Lorca Salud S.L. Mediante Resolución 806/2013, de 12 de julio, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, se seleccionó, aplicando a la empresa Lorca Salud S.L. efectuando ésta una baja sobre el precio de licitación del 41,49%. Los criterios de adjudicación consistían en el precio ofertado, 60 puntos y la oferta técnica, 40 puntos.

TERCERO.- El día 26 de julio de 2013, el interesado interpone reclamación en materia de contratación pública frente a la Resolución 806/2013, de 12 de julio, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se selecciona a

la empresa que será parte del citado acuerdo marco, al considerar que se ha ejercido una potestad discrecional sin la suficiente motivación que justifique la decisión adoptada al respecto.

CUARTO.- El día 30 de julio de 2013 se solicita la subsanación de la reclamación presentada puesto que la misma no se acompaña de la documentación necesaria referente a la acreditación de la representación que subsanó el mismo día.

QUINTO.- Por Acuerdo 20/2013 de 2 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, se admite a trámite la reclamación en materia de contratación pública y se solicita la aportación del expediente de contratación a la entidad reclamada, junto con la contestación a la reclamación.

El día 21 de agosto de 2013, el Servicio Navarro de Salud aporta el expediente administrativo y escrito de alegaciones en el que dispone que la Mesa *“estimó que no debía presumirse anormalmente baja la oferta de la empresa Lorca Salud S.L. por ajustarse al precio de mercado de los modelos de sillas ofertados en su proposición técnica (..) por lo que la consideró adecuada y viable”*.

SEXTO.- El día 22 de agosto de 2013 se notifica el expediente al resto de interesados en el expediente para que en el plazo de tres días hábiles aporten las alegaciones o pruebas que estimen oportunas. Transcurrido el plazo concedido, el adjudicatario, único interesado en el expediente además del reclamante, ha formulado alegaciones en que ofrece argumentos para defender la adecuación de su oferta al mercado y solicita la desestimación de la reclamación.

A lo anteriormente expuesto le son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las cuestiones formales referentes a la admisibilidad de la reclamación ya fueron examinadas en el Acuerdo 20/2013 de 2 de agosto de 2013, de este Tribunal, por lo que no procede reproducirlas en este momento.

SEGUNDO.- La cuestión de fondo planteada en la reclamación es si la decisión de no considerar como anormalmente baja la oferta económica de LORCA SALUD S.L., empresa adjudicataria, ha sido debidamente motivada.

La resolución del recurso requiere, en consecuencia, examinar si la actuación del órgano y la Mesa de contratación se ajustaron al régimen jurídico de la contratación pública determinado por la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP) y sus principios, y, en especial, al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que, junto con el Pliego de prescripciones técnicas, constituyen la ley de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

Como afirma la Resolución del Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales nº 145/2012 de 8 de agosto de 2012 el principio de transparencia exige que la adjudicación de los contratos se haga a favor de aquella empresa que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa. Ello se traduce en que la oferta ganadora debe ser aquella que contenga el precio más bajo, o que valorando conjuntamente los aspectos técnicos y económicos obtenga la mayor puntuación.

Como afirma el Acuerdo 2/2013, de 16 de enero de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, *“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. “*

“Sin embargo, este principio tiene una excepción: la posibilidad de considerar que la oferta es anormalmente baja o desproporcionada, es decir que contiene valores económicos inferiores a lo razonable o que los diferentes elementos que la integran carecen de la adecuada congruencia entre sí. Sin embargo esta excepción no puede considerarse ilimitada. (...) obliga a la entidad contratante, antes de poder rechazar una oferta por contener valores que pudieran en principio considerarse anormalmente bajos o desproporcionados, a dar audiencia a los licitadores que hubieran presentado las mencionadas ofertas anormales” , conforme la interpretación ofrecida por la Resolución de 23 de octubre de 2012 del Tribunal Administrativo de Navarra, Sección 3ª, rec. 12-01567/2012.

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 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 hace referencia a las ofertas anormalmente bajas en su artículo 55. Según este precepto no se pueden rechazar automáticamente ofertas anormalmente bajas sino que, antes, el poder adjudicador solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta.

Con ello viene a determinarse el criterio de que 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, rec. C-599/201027, de 15 de mayo de 2008, SECAP 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 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales entre otras en la resolución 64/2010 de 9 de febrero de 2010 afirma que:

“...la apreciación de que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. De acuerdo con ello la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática.”

Nuestra normativa efectúa la regulación de las ofertas anormalmente bajas en el artículo 91 de la LFCP . Es de especial interés el segundo de sus apartados que afirma que *“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 PCAP no estableció en ninguno de sus preceptos ningún parámetro objetivo en función del cual se apreciara, en su caso, si la proposición podría ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, con lo que es de aplicación la previsión del artículo 91.2 de la LFCP que considera que se presumirán como tales las inferiores *“en treinta puntos porcentuales al importe estimado del contrato”*.

Como bien señala la reclamante el precepto debe interpretarse en el sentido de que la presunción de que la oferta sea anormalmente baja no es de apreciación automática. A ella le precede un juicio de valor por parte de la Mesa de Contratación, conforme previene el artículo 61 de la LFCP.

La apertura del procedimiento contradictorio con audiencia del afectado es un mecanismo para evitar su indefensión en el caso de que la Administración considerase anormal su oferta y sin audiencia le excluyera.

Los informes de la Junta Consultiva de Contratación administrativa 28/2006, de 20 de junio de 2006 o 43/2001 de 30 de enero de 2002 que admiten que *“la finalidad de la regulación de las bajas temerarias o desproporcionadas, ofertas anormalmente bajas en la terminología comunitaria, es, tanto en las Directivas comunitarias, como en la legislación española que los incorpora, impedir que las ofertas desproporcionadas o temerarias puedan ser rechazadas automáticamente por el órgano de contratación, sin realizar una previa comprobación tendente a determinar si tales ofertas, a pesar de la baja, pueden o no ser cumplidas satisfactoriamente.”*

La Resolución 36/2010 de 23 de diciembre de 2010 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en un supuesto de oferta con valores anormales o desproporcionados, consideró que el licitador que resultó adjudicatario se encuentra en condiciones de cumplir el contrato en los términos de la proposición presentada y la base fundamental era el informe de la Mesa de contratación avalando que la adjudicataria está en condiciones de cumplir el contrato en los términos de su proposición.

Adviértase que la regulación navarra es diversa a la regulación estatal. Aún no siendo de aplicación esta segunda, si puede constituir un elemento a tener en cuenta a efectos interpretativos.

El artículo 155 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público afirma que cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.

Con ello hay una clara remisión a la regulación actual artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (ver Informe 7/2012, de 19 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid). Por el contrario cuando exista más de un criterio el artículo 155 remite a la regulación del condicionado; y en consecuencia si nada se dijo sobre ello no cabrá apreciar la temeridad con los efectos y procedimiento de este precepto (ver en este sentido Resolución de 15 de abril de 2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, rec. 079/2011).

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 que funda su derecho la reclamante, señala acertadamente 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 incide en la innecesariedad de dar audiencia a los licitadores si, finalmente, la Mesa no considera que la oferta incurre en anomalía pese a realizar una baja del 30% sobre el precio estimado del contrato; sin tramitar, en definitiva, el procedimiento de audiencia al licitador afectado que consagra el precepto. Literalmente afirma: *“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.”

En definitiva, conforme señala la reclamante, la Mesa de Contratación debió motivar su decisión de no considerar anormalmente baja la oferta de LORCA SALUD S.L. Ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 54.1.f) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común que exige motivar con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, entre otros, los actos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales y los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales entre otras en su Resolución 88/2013 de 27 de febrero de 2013 que :*“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).”*

Por su parte, el Acuerdo 21/2013, de 30 abril de 2013, del 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 —*

lógicamente— 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.”

A ello deben unirse la necesidad de que la adjudicación reúna la suficiente motivación. Así lo exige el artículo 92.5 de la LFCP al afirmar que “ *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.*”

Analizados los datos de la oferta adjudicataria resulta que en efecto, según las reglas establecidas en el artículo 92.1 de la LFCP podría estar incurso en temeridad por su importe. Existe constancia de que el órgano de contratación adoptó el acuerdo de adjudicación sin proceder a motivar adecuadamente los fundamentos que le llevaban a determinar que la oferta de esta empresa no era anormalmente baja. Argumentos que como el propio poder adjudicador reconoce no constan en documento alguno del expediente de contratación (“*es cierto que la deliberación y motivación de la Mesa de Contratación no se reflejaron en el acta de la sesión ni en la Resolución de selección de empresa, pero ello no significa, como ya se ha indicado, que no haya existido motivación para no presumir la oferta de Lorca Salud S.L. anormalmente baja, por lo que no se actuó con ausencia de fundamentación jurídica razonable y manifiesta contradicción con la justicia*”). Más al contrario, en el expediente de contratación consta el acta de apertura y valoración de las ofertas económicas celebrada a las 12:30 del 26 de junio de 2012.

La motivación es una fundamentación cuyo destinatario principal no es la propia Mesa sino los interesados en el procedimiento. La existencia de supuestas deliberaciones que no se plasman en el expediente hace inexistente la motivación.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 212.2 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.A.G., en representación de FISIO MEDICA ACTUAL S.L., frente a la Resolución 806/2013, de 12 de julio, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se selecciona a la empresa que será parte del acuerdo marco relativo a la asistencia y suministro de sillas de ruedas eléctricas a beneficiarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea con derecho a prestación durante el segundo semestre de 2013, 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 FISIO MEDICA ACTUAL S.L, al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea 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, a 3 de septiembre de 2013. EL PRESIDENTE Fermín Casado Leoz.
EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Sagrario Melón Vital.