



Expte.: 75/2015

ACUERDO 63/2015, de 28 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública presentada por don R.G.L., en nombre y representación de “ACER Agroforestal, S.L.”, contra la Resolución 57/2015, de 22 de septiembre, de la Directora General de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se adjudica el contrato para la “Primera Revisión de los proyectos de Ordenación de los montes comunales de Igoa y Arrarats (TM de Basaburua)” a la empresa “EKILAN FORESTAL, S.L.”

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de junio de 2015, se procedió mediante escrito del Director del Servicio de Montes a invitar para participar en el procedimiento negociado sin publicidad comunitaria para la licitación del contrato para la “Primera Revisión de los proyectos de Ordenación de los montes comunales de Igoa y Arrarats (TM de Basaburua)”, promovido por el Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local del Gobierno de Navarra.

SEGUNDO.- El día 2 de octubre de 2015, don R.G.L., en nombre y representación de “ACER Agroforestal, S.L.”, interpone reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, contra la Resolución 57/2015, de 22 de septiembre, de la Directora General de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se adjudica el contrato para la “Primera Revisión de los proyectos de Ordenación de los montes comunales de Igoa y Arrarats (TM de Basaburua)” a la empresa “EKILAN FORESTAL, S.L.”, al considerarla contraria a derecho.

TERCERO.- La reclamación presentada por “Acer Agroforestal, S.L.” se basa fundamentalmente en la consideración de la oferta del adjudicatario como

anormalmente baja, lo que a su juicio no resulta acorde a la realidad del mercado e impide la ejecución de los trabajos sin merma de la calidad exigida en el pliego de condiciones técnicas o menoscabo de los derechos de los trabajadores. En consecuencia, entiende que la adjudicación no es ajustada a Derecho y solicita, disponer de las alegaciones del adjudicatario, la anulación de la resolución de adjudicación, la desestimación de dicha oferta y la propuesta de adjudicación a favor del siguiente licitador en orden de valoración.

Junto a esto también solicita que se examine la idoneidad del procedimiento de adjudicación para el tipo de trabajo a contratar, con un alto contenido técnico y de contenido intelectual.

CUARTO.- El día 7 de octubre de 2015, la entidad reclamada aporta el expediente objeto de impugnación.

QUINTO.- El día 13 de octubre del 2015, el propio reclamante ha presentado escrito, que denomina adenda, donde relata determinados incumplimientos no citados en la reclamación original y amplía sus argumentos en relación con la oferta anormalmente baja.

SEXTO.- Dentro del plazo de presentación de alegaciones concedido al resto de los interesados, ninguno de ellos ha hecho ejercicio de ese derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La reclamante dirige su escrito a la Junta de Contratación Pública, órgano administrativo que carece de competencia para resolver la reclamación que plantea. Por el contrario, el escrito de recurso no deja lugar a dudas de que estamos ante una reclamación en materia de contratación pública cuya regulación se contiene en el artículo 210 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP) y cuya presentación telemática y de plazo ha seguido el reclamante. La forma de presentación (ante el registro telemático de este Tribunal) y el contenido del escrito así lo aseveran.

Por otra parte, dado el carácter sumarísimo de este procedimiento no procede admitir el escrito de adenda presentado por la reclamante el pasado 13 de octubre de 2015, que no sólo incorpora nuevas argumentaciones sino que incluso amplía el objeto de la reclamación a cuestiones que no figuraban en la reclamación inicial y que no procede ahora poner de manifiesto.

Todo ello de conformidad con el procedimiento que con carácter reglado regula el artículo 212 de la LFCP, si bien se aludirán las consideraciones que tienen relación con el objeto de la reclamación presentada. Obsérvese que rige el principio de *lex specialis* en cuanto a que prima la regulación específica de la LFCP frente a la normativa del procedimiento administrativo común.

Tan sólo este Tribunal es competente para ampliar el objeto de la reclamación inicial en caso de advertir la existencia de nulidad de pleno derecho, pronunciándose sobre ello aun sin alegación por las partes, previa puesta en conocimiento de esta circunstancia y otorgamiento de un plazo de alegaciones de tres días naturales a los interesados, lo que no acaece en este asunto.

Sobre la inadmisibilidad de la ampliación con alegaciones de la reclamación inicial se pronuncia la Resolución 5/2011, de 12 de julio de 2011, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que señala que:

“(....) no tiene en ningún caso plazo adicional para formular nuevas alegaciones, en tanto el trámite de audiencia a que se refiere el artículo 316 LCSP es aplicable solo para los otros licitadores partes del procedimiento, pero no para el recurrente, ni tampoco para la Administración cuyo acto se recurre”.

SEGUNDO.- Conforme a lo previsto en el artículo 2.1.b) de la LFCP, las decisiones que adopte un Departamento del Gobierno de Navarra, como es el Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local, 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 el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

TERCERO.- 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 al ser uno de los licitadores participantes en el procedimiento.

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

QUINTO.- 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.

SEXTO.- En cuanto al fondo del asunto, 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 33 %, lo que le situaba en presunción de anormalidad.

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.

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, según consta en informe técnico de 12 de agosto de 2015, al contar la empresa con bajos costes de personal, bajos costes indirectos y de infraestructuras así como una gran experiencia acumulada en la ejecución de trabajos similares que le permiten reducir los costes de ejecución de estos trabajos.

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 incurrida 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”.*

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.

SÉPTIMO.- En cuanto a la elección del procedimiento de adjudicación del contrato y su falta o no de idoneidad este Tribunal manifiesta que el objeto y la cuantía de las prestaciones hacen lícito emplear el procedimiento negociado sin publicidad para adjudicar el contrato, conforme dispone el artículo 73 de la LFCP. Se observa, además, que se han seguido los trámites caracterizadores de este procedimiento: se han cursado las correspondientes invitaciones, se han detallado los criterios de negociación y ha existido una fase de negociación.

La elección del procedimiento de adjudicación corresponde a la entidad adjudicadora, resultando ello ajeno a este Tribunal siempre que se actúe con la licitud debida.

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 presentada por don R.G.L., en nombre y representación de “ACER Agroforestal, S.L.”, contra la Resolución 57/2015, de 22 de septiembre, de la Directora General de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se adjudica el contrato para la “Primera Revisión de los proyectos de Ordenación de los montes comunales de Igoa y Arrarats (TM de Basaburua)” a la empresa “EKILAN FORESTAL, S.L.”

2º. Notificar este acuerdo a la reclamante, 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, 28 de octubre de 2015. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava.
EL VOCAL. Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Ana Román Puerta .