



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfnos. 848 42 19 64 – 848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 39/2023

ACUERDO 49/2023, de 22 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don R. L. M. frente a la Resolución N° 117 de 15/05/2023, de la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Buñuel, por la que se adjudica a LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO IMPACTO, S.L.U. el contrato de *“prestación de los servicios de taquilla, limpieza y mantenimiento de las instalaciones de las piscinas municipales de Buñuel”*, y se excluye la oferta presentada por el reclamante.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de marzo de 2023, el Ayuntamiento de Buñuel publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de *“prestación de los servicios de taquilla, limpieza y mantenimiento de las instalaciones de las piscinas municipales de Buñuel”*.

A la licitación de dicho contrato concurren los siguientes licitadores:

- LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO IMPACTO, S.L.U.
- R. L. M.
- GUR SPORT, S.L.

SEGUNDO.- Con fecha 6 de abril la Mesa de Contratación procedió a la apertura del Sobre A (Documentación Administrativa) presentado por los licitadores, acordando requerir a GUR SPORT, S.L. la subsanación de la documentación justificativa de su solvencia económica o financiera y técnica.

Con fecha 21 de abril acordó inadmitir a dicha empresa a la licitación por no haber cumplimentado satisfactoriamente la subsanación requerida, pero sí a los otros dos licitadores.

El 22 de abril la Mesa de Contratación abrió el sobre B (Documentación relativa a criterios no cuantificables mediante fórmulas) presentado por los licitadores admitidos, y el 26 de abril atribuyó las correspondientes puntuaciones con base en el informe emitido en la misma fecha, siendo estas las siguientes:

	LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO IMPACTO, S.L.	R. L. M.
Medidas medioambientales	5	3
Descripción y organización del trabajo	13	3
Titulaciones	0	1
TOTAL	18	7

Con fecha 27 de abril se procedió a la apertura del sobre C (Propuesta de criterios cuantificables mediante fórmulas), ascendiendo la oferta económica de don R. L. M. a 41.990 euros.

Con fecha 5 de mayo se notificó a dicho licitador un escrito en el que se hacía constar que su oferta suponía una rebaja del 21,85% respecto al precio máximo de licitación, fijado en 53.725 euros, razón por la que se consideraba anormalmente baja conforme a la cláusula 11 del pliego, requiriéndosele la justificación de la misma en el plazo máximo de 5 días naturales.

Presentada la justificación requerida con fecha 10 de mayo, se emitió informe de la Intervención municipal el 12 de mayo, señalando la Mesa de Contratación lo siguiente al respecto: *“Y visto el Informe Técnico de Intervención Municipal de fecha 12/05/2023 sobre las ofertas económicas presentadas; que, en síntesis, concluye que la empresa R. L. M.:*

a) Ha presentado una oferta que implica valor negativo en los gastos generales y beneficio industrial; lo cual supone que no cubre el coste estimado del personal contratado.

b) Analizada su contestación al precitado requerimiento, resultan erróneos los datos aportados tras los cálculos realizados.

c) Comprobada la documentación técnica aportada en el Sobre B por el interesado, el personal ofertado tampoco corresponde con el detallado en la contestación al requerimiento, si bien en el análisis de los costes salariales tan solo se ha contemplado el personal que se consideraba imprescindible para prestar el servicio de acuerdo con lo contemplado en los cálculos que han determinado el valor estimado del contrato en el Pliego”.

Atendiendo a lo anterior, señala que dicho licitador ha de ser excluido por formular una oferta anormalmente baja.

La Mesa de Contratación propuso el 15 de mayo la adjudicación del contrato a favor de LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO IMPACTO, S.L.U., y por la Resolución N° 117 de 15/05/2023, de la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Buñuel, se adjudicó el contrato a dicha empresa, excluyéndose las ofertas presentadas por GUR SPORT, S.L. por no acreditar su solvencia técnica y económico y financiera, y don R. L. M. por ser una oferta económica anormalmente baja.

TERCERO.- Con fecha 25 de mayo, don R. L. M. interpuso una reclamación especial frente a la exclusión de su oferta.

Señala, con carácter previo, que en el portal telemático del Ayuntamiento no aparece, si es que existe, el informe de la Mesa de Contratación que rechaza la justificación de su oferta, razón por la que solicita que, antes de resolver la reclamación, se le dé traslado para poder valorar tal informe, lo que considera imprescindible para evitar su indefensión.

Formula, a continuación, las siguientes alegaciones:

1ª. Señala que la normativa aplicable respecto a las ofertas anormalmente bajas está constituida por el artículo 98 de la LFCP, habiéndose dictado resoluciones por los tribunales sectoriales y ordinarios en la materia, como el Acuerdo 79/2019, de 11 de octubre, de este Tribunal, o la Sentencia nº 381/2021, de 11 de mayo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Manifiesta que el resumen de lo expuesto por dicha doctrina es que la exclusión de un licitador por presentar una oferta supuestamente anormalmente baja no puede fundarse en que el porcentaje de desviación respecto del porcentaje del presupuesto máximo de licitación sea más o menos importante, sino exclusivamente en el hecho de si la oferta puede o no ser cumplida, de tal manera que si aun siendo muy elevado el porcentaje de desviación el contrato se puede cumplir no procederá la exclusión.

2ª. Alega que, en este caso, y al margen de lo indicado respecto a la falta de acceso al informe, su oferta hace que el contrato se pueda cumplir perfectamente y así lo justificó con gran detalle en el escrito presentado a requerimiento municipal que se acompaña como documento nº 3.

Así, en la página 10 de la explicación facilitada se efectúa un análisis profundo de las circunstancias económicas concurrentes para, en resumen, señalar que ha calculado obtener un beneficio de 11.849,83 euros (se hace constar en la justificación de la oferta por error una diferencia de 4.939,83 euros), producto de restar la oferta (ingresos) de 41.900 euros y los gastos tasados al detalle en 30.050,17 euros.

El detalle efectuado es el siguiente: *“Estudio Económico Servicios de Taquilla, Limpieza y Mantenimiento de las Piscinas Municipales de Buñuel Calcula Costes de Piscinas Municipales de verano PERSONAL: Convenio Colectivo del Sector Empresas y Entidades Privadas Gestoras de Servicios y Equipamientos Deportivos propiedad de otras Entidades de Navarra En este caso hay Tres servicios a cubrir y hay que tener claro a los grupos profesionales que pertenecen en este caso (Artículo 40 del Convenio*

*Colectivo) Taquilla, Control de Accesos – Grupo 5 Limpieza – Grupo 6 Oficial de Primera de Mantenimiento- Grupo 4 Aplicando las Tablas salariales actualizadas que adjunto el coste del Personal es el siguiente 2 Personas a Jornada Completa de Taquilla – 6.124,54€ 2 Operarios de Mantenimiento – 7.735,95 € 2 Personas a Jornada Completa de Limpieza – 6.025,35 € Total: 19.885,84€ Seguridad Social: 31,80 % - 6.323,69 € Cotización Seguridad Social: 31,80 % *que sale del 23,60 % de contingencias comunes +6,70% de accidentes de trabajo y enfermedad profesional +0,2 % de garantía salarial +0,6 % de formación profesional TOTAL: 26.209,53€ OTROS GASTOS *Medios Materiales – 1880 € *Vestuario de Personal – 6 personas x 20 € por persona – 120 € *Seguro R.C. empresa –510,64 € (Tenemos convenio colaboración con mafre se podrá comprobar cuando presentemos la documentación) *Gastos Mejoras – 500 € *Otros Gastos – 830 € TOTAL: 30.050,17€ RESUMEN Ingresos Oferta Gastos Diferencia 41.990 € 30.050,17 € 4.939,83 €”.*

Señala que se trata de una estimación de gasto efectuada con gran detalle, mediante cálculos claros y justificados, además de seguros, no basados en meras hipótesis, donde se desglosa a la perfección lo relativo a salarios (que se calculan conforme al Convenio Colectivo de aplicación) y Seguridad Social.

Manifiesta que también es de reseñar que la empresa dispone en propiedad de los medios materiales (utensilios y maquinaria) exigidos en el pliego para desarrollar correctamente el contrato, no existiendo sobrecoste por la compra o alquiler de los mismos.

Igualmente, debe indicarse que la empresa obtiene ayudas del Estado debido al compromiso con el INEM de que el trabajo se desarrollará en parte por trabajadores en situación desfavorecida laboralmente. En el Anexo 4 del escrito se adjuntan los TC2 de los trabajadores pudiendo en ellos comprobarse que parte de la Seguridad Social de los mismos es bonificada y exonerada al recibirse bonificación y subvención a cargo de dicho organismo.

Alega que debe resaltarse también que este mismo contrato lo ha llevado a cabo el reclamante durante las anualidades 2017, 2018, 2019 y 2020 a plena satisfacción y, en este caso, se ha ofertado un precio superior, siendo esta la mejor manera de demostrar que el contrato se puede llevar a cabo. Igualmente, la empresa ha prestado este mismo servicio en las mismas condiciones durante temporadas anteriores en piscinas municipales de localidades de la comarca y próximas como Tudela, Corella, Funes, Villafranca, Milagro, Fontellas, Alfaro, Rincón de Soto, Cervera del Rio Alhama y Andosilla, habiéndose ofertado el mismo precio para este contrato, y el contrato se desarrolló sin ningún tipo de problema durante las temporadas anteriores. Señala que esos contratos son de las mismas características que el presente y se han desarrollado sin queja alguna.

Concluye que queda justificado que la oferta es viable y ejecutable, estando acreditada la obtención de un manifiesto beneficio, a lo que debe unirse el beneficio que recibe el Ayuntamiento por una oferta que es 12.000 euros más barata que la de la empresa adjudicataria.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que, con suspensión del acuerdo recurrido, se anule la resolución impugnada, decretándose la improcedente exclusión del reclamante al no ser su oferta anormalmente baja, y se ordene al Ayuntamiento y a su Mesa de Contratación que proceda a recalcular la puntuación asignada a su oferta.

Por último, solicita que antes de dictar la resolución del recurso y al amparo de los artículos 126 de la LFCP y 52.3 de la LCSP, se le confiera plazo de tres días para formular alegaciones cuando se entregue el expediente, atendiendo a la ausencia en este momento del informe a que se refiere en su consideración previa.

CUARTO.- Con fecha 28 de mayo el órgano de contratación aportó el correspondiente expediente, presentando igualmente un escrito de alegaciones, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP, donde manifiesta que, vistas las actuaciones seguidas y la documentación que obra en el expediente de contratación:

1ª. El reclamante ha incumplido el pliego de la contratación, que dice conocer y aceptar, al presentar una oferta inferior al precio mínimo establecido en el mismo.

2ª. El reclamante con su oferta económica no puede cubrir el coste estimado del personal contratado y, por consiguiente, la misma ha de ser rechazada según dispone el artículo 98.4 de la LFCP.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la desestimación de la reclamación interpuesta, su resolución dentro del plazo legal establecido dado el inminente inicio de la temporada estival 2023 de las piscinas municipales, así como la valoración de si el reclamante ha incurrido en temeridad o mala fe en la interposición de aquella.

QUINTO.- Con fecha 31 de mayo se concedió al reclamante un plazo de tres días hábiles a fin de que pudiera examinar el expediente y formular alegaciones para completar su reclamación.

En la concesión de dicho trámite se hizo constar que el acceso al expediente de contratación por parte de los licitadores tiene un carácter instrumental, como garantía del ejercicio de su derecho a interponer un recurso procedente, estando vinculado, además, con la debida motivación exigible a los actos administrativos, de tal forma que la inexistencia de dicha motivación no genere una indefensión material en aquellos.

Asimismo, se señalaba que el artículo 126.1 de la LFCP, en la redacción dada tras su modificación por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, ya reconoce al reclamante el derecho a acceder al expediente con carácter previo a la interposición de la reclamación especial, si bien la solicitud de acceso debe realizarse imperativamente al órgano de contratación (*“Si el reclamante desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición de la reclamación, deberá solicitarlo al órgano de contratación”*), de tal forma que la posibilidad de formular alegaciones complementarias a que también alude dicho artículo requiere como presupuesto necesario que se haya formulado la citada petición.

Igualmente, se hacía constar como en el presente caso no se acredita por parte del reclamante y, ni tan siquiera se alega, que solicitara al órgano de contratación dicho acceso, por lo que, en principio, no procedería acceder a su petición. Sin embargo, también se aludía a la concurrencia de una serie de circunstancias excepcionales, como son la ausencia de motivación del acto recurrido con quebranto de lo dispuesto en el artículo 100.3 de la LFCP, la falta de oposición del órgano de contratación a la concesión del citado trámite, así como la solicitud de dicho órgano relativa a la pronta resolución de la reclamación, dado el inminente inicio de la temporada estival en la que deben abrirse las piscinas municipales.

Por ello, atendiendo a las citadas circunstancias, a los principios de economía procedimental y de racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos previstos en el artículo 3.1.d) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, así como al principio de celeridad que rige el procedimiento de reclamación especial en materia de contratación pública, se concedió al reclamante de forma excepcional el citado trámite.

Don R. L. M. no formuló alegación alguna como consecuencia de dicho trámite.

SEXTO.- El 2 de junio se solicitó al órgano de contratación que procediera a completar el expediente remitido, lo cual hizo el día 5.

SÉPTIMO.- El 6 de junio se dio traslado de la reclamación a las demás personas interesadas para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, habiéndose presentado alegaciones por parte LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO IMPACTO, S.L.U. con fecha 9 de junio, donde manifiesta lo siguiente:

1ª. Sobre la inexistencia de justificación suficiente de la oferta del reclamante, comparte y se remite a los motivos expuestos en el informe técnico del órgano de contratación que analiza la misma, considerando que las críticas contenidas en dicho informe invalidan la citada justificación por los siguientes motivos:

a) La oferta es insuficiente para cubrir el coste estimado del personal necesario para la ejecución del contrato. Así, mientras el informe técnico realiza un exhaustivo desglose y detalle del cálculo realizado para calcular el presupuesto del contrato, el reclamante manifiesta que tiene un coste salarial de cero euros para las funciones de coordinación, supervisión y evaluación de la ejecución del contrato, así como por la interlocución con el responsable del contrato, porque es autónomo y lo hace él todo, argumento que considera improcedente e inverosímil puesto que no se comprende cómo va a realizar todas las tareas sin percibir remuneración y sin obtener beneficio del contrato.

Asimismo, alega que la justificación realizada no se refiere a su oferta, limitándose a aportar un convenio colectivo y un informe de trabajadores de alta por su cuenta, señalando que los puede poner a disposición del servicio porque con la actual crisis económica ha visto reducido su trabajo, como si ello implicara que no le ocasiona coste alguno la asignación de ese personal al servicio.

b) Discordancia de los datos que sobre personal constan en la contestación al requerimiento para justificación de la oferta y los aportados como documentación técnica en la fase de licitación, lo que por sí solo invalida la justificación presentada.

2ª. Alega que el poder adjudicador goza de reconocida discrecionalidad en el procedimiento de apreciación de la temeridad de la oferta, siendo muy numerosos los pronunciamientos en este sentido, como, por ejemplo, la Resolución 95/2015 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi.

Por todo ello, solicita que se desestime la reclamación especial interpuesta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra, siendo susceptibles de impugnación los actos de trámite o definitivos que excluyan a los licitadores o perjudiquen sus expectativas, conforme al artículo 122.2 de dicha ley foral.

SEGUNDO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

TERCERO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo o legítimo, cumpliendo con ello el requisito establecido en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas, este Tribunal debe pronunciarse sobre la petición formulada por el reclamante relativa a la suspensión cautelar del procedimiento de contratación hasta la resolución de la presente reclamación.

Al respecto, cabe señalar que la LFCP, modificada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, prevé dicha suspensión de forma automática por la mera interposición de la reclamación; disponiendo en su artículo 124.4 que *“La impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, acuerdo marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada”*.

Por su parte, el artículo 125 del mismo cuerpo legal, en el que se regulan las medidas cautelares, señala en su apartado 1º que *“Los interesados en la licitación y*

adjudicación de un contrato público podrán solicitar del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en los plazos señalados en el artículo anterior, la adopción de medidas cautelares para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas la suspensión del procedimiento o de cualquier decisión adoptada en el seno del mismo, siempre y cuando, en los citados casos, no se produzca la suspensión automática del acto impugnado prevista en el artículo 124.4 de esta ley foral”.

Por último, el apartado 3º del mismo precepto prevé que *“El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra recabará de la entidad afectada el expediente administrativo o la documentación del contrato. El órgano de contratación dispondrá de dos días hábiles para presentarlo y para efectuar las alegaciones que considere oportunas. Transcurrido dicho plazo, se haya aportado o no la documentación requerida, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra resolverá motivadamente, en el plazo de cinco días hábiles. Finalizado dicho plazo sin que se haya notificado la resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud, salvo que se haya solicitado la suspensión de un acto o del procedimiento de licitación, en cuyo caso la falta de notificación en plazo tendrá carácter estimatorio de la solicitud de suspensión.*

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la suspensión automática de los actos de trámite, del acto de adjudicación, de un acuerdo marco o del encargo a un ente instrumental cuando se presente una reclamación especial en materia de contratación pública contra dichos actos”.

Por lo tanto, con la interposición de la reclamación se produce la suspensión automática del acto impugnado y, con ella, la del propio procedimiento de contratación, sin que resulte necesario realizar un pronunciamiento respecto a la petición realizada por el reclamante.

SEXTO.- Entrando en las cuestiones de fondo planteadas, constituye el objeto de la presente reclamación la exclusión del reclamante del procedimiento de licitación

como consecuencia de la insuficiente justificación de la viabilidad de su oferta económica incurra en presunción de anormalidad.

Se hace preciso, a este respecto, partir de la regulación sobre las ofertas anormalmente bajas contenida en el artículo 98 LFCP, que dispone que *“El pliego determinará, por referencia al precio de licitación o al resto de ofertas presentadas, las condiciones para considerar anormalmente baja una oferta atendiendo al objeto de la prestación y las condiciones del mercado.*

Cuando se presente una oferta anormalmente baja que haga presumir que no va a ser cumplida regularmente, antes de rechazar la oferta se comunicará dicha circunstancia a la persona afectada para que en el plazo de cinco días presente la justificación que considere oportuna.

La petición de información que se dirija a la licitadora deberá formularse con claridad de manera que esté en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta, especificando el parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta

2. La justificación de la oferta podrá referirse, entre otras cuestiones, a las siguientes:

a) El ahorro que permite el procedimiento de fabricación de los productos, la prestación de servicios o el método de construcción.

b) Las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone quien licita para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.

c) La originalidad de los suministros, servicios u obras propuestos por quien licita.

d) El cumplimiento de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión Europea, el Derecho nacional, los convenios colectivos o en las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo XIV de la Directiva 24/2014.

e) El cumplimiento por parte de los subcontratistas, de las obligaciones recogidas en el apartado anterior.

f) La posible obtención de una ayuda estatal por parte quien licita. Si el órgano de contratación decide rechazar la oferta por considerar que la ayuda estatal es ilegal, deberá informar de ello a la Comisión de la Unión Europea.

3. La mesa de contratación o, en su caso, la unidad gestora evaluará la información proporcionada por quien licita y solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no justifiquen satisfactoriamente el precio o los costes propuestos.

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico de las personas cuyo conocimiento se considere apropiado para valorar los extremos contemplados en la justificación.

4. En todo caso, se rechazarán las ofertas si se comprueba que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en la presente ley foral.”.

Previsión legal que trae causa del Considerando 103 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, conforme al cual “*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”.*

Igualmente resulta necesario recordar la doctrina de este Tribunal respecto a las ofertas anormalmente bajas. Así, decíamos, en nuestro Acuerdo 100/2022, de 28 de octubre, que la apreciación de que la oferta tiene 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 hubiere presentado. Igualmente, que 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. Por ello, la apreciación de la anormalidad de una oferta requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se solicite el informe del servicio técnico correspondiente y se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida; así, la STJUE de 27 de noviembre de 2001 (asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99. ECLI:EU:C:2001:640) señala que la identificación de una oferta desproporcionada exige al poder adjudicador que solicite por escrito las “(...) precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que le hayan hecho albergar dudas y valore después dicha oferta a la luz de las justificaciones facilitadas por el licitador afectado en respuesta a la referida petición, y que es necesario que (...) cada licitador sospechoso de haber presentado una oferta anormalmente baja disponga de la facultad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes de su oferta en un momento –que necesariamente ha de ser posterior a la apertura de todas las plicas– en el que tenga conocimiento no sólo del umbral de anomalía aplicable a la correspondiente licitación y del hecho de que su oferta haya perecido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora.”

Sobre la justificación de su oferta por el licitador afectado, pusimos de manifiesto, en el Acuerdo 46/2023, de 14 de junio “que no se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo, dada la viabilidad y seriedad de la misma. Así como que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos, no teniendo ninguno de ellos carácter vinculante.

En este sentido, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 98.3 LFCP, sólo es posible, excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que “la oferta no puede ser cumplida”. O, como expresa también el artículo 69.3 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezca anormalmente baja para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo.

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormalmente baja va dirigida a convencer a la Mesa de Contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada”.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 10 de septiembre de 2020, asunto C-367/19, razona que “*32 Así pues, en virtud del apartado 1 del citado artículo 69, cuando una oferta parezca anormalmente baja, los poderes adjudicadores exigirán al licitador que explique el precio o los costes que en ella se propongan, explicaciones que podrán referirse, en particular, a los elementos contemplados en el apartado 2 de ese mismo artículo. De este modo, tales explicaciones contribuirían a evaluar la fiabilidad de la oferta y permitirían acreditar que, aun cuando el licitador proponga un precio de cero euros, la oferta en cuestión no afectará al cumplimiento correcto del contrato.*

33 En efecto, con arreglo al apartado 3 de ese mismo artículo 69, el poder adjudicador deberá evaluar la información proporcionada consultando al licitador y solo podrá rechazar tal oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos.

34 Además, la evaluación de tal información debe efectuarse con observancia de los principios de igualdad y de no discriminación entre los licitadores, así como de transparencia y proporcionalidad, principios que se imponen al poder adjudicador, de conformidad con el artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2014/24.”

También hemos señalado en numerosas ocasiones que la apreciación de la viabilidad de las ofertas anormalmente bajas responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde, en este caso, a la Mesa de Contratación o a la unidad gestora del contrato; si bien no constituye un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste, siendo 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. Revelándose, a estos efectos, como fundamental la motivación del informe técnico evaluador de la justificación aportada por el licitador, por cuanto en caso contrario la decisión administrativa podría considerarse arbitraria; pues, como señala la Resolución 643/2020 de 21 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“las valoraciones de los informes técnicos están amparada por la discrecionalidad administrativa siempre y cuando se advierta una correcta y debida motivación de los mismos, pues ante una escasa o insuficiente justificación aquélla se transforma en pura y simple arbitrariedad, y ahí reside la función de este Tribunal, con la recta finalidad de enjuiciar si dichos informes se encauzan debidamente, y si satisfacen las exigencias de motivación previstas en el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.”*

SÉPTIMO.- Pues bien, descendiendo al supuesto sometido a nuestra consideración, hemos de señalar que resulta un hecho incontrovertido la apreciación de la oferta del reclamante como anormalmente baja, a la vista de lo dispuesto en la cláusula 11 del pliego regulador del contrato, conforme a la cual *“Se considerará que la oferta es anormalmente baja cuando sea inferior en 17 puntos porcentuales al presupuesto máximo de licitación establecido en la cláusula 6ª del presente Pliego. No obstante, si se presentaran más de 5 ofertas, se considerará anormalmente baja la*

oferta que sea inferior en 15 puntos porcentuales a la media aritmética del resto de las ofertas presentadas. En estos casos será de aplicación lo dispuesto en el artículo 98 de la LFCP”, siendo así que la oferta económica realizada por el reclamante ascendió a 41.990 euros, representando una rebaja del 21,85% sobre el precio máximo de la licitación, de 53.725 euros.

Apreciada la anormalidad de la oferta, la Mesa de Contratación requirió al reclamante que justificara su viabilidad, aportando esta una justificación de la misma, respecto de la cual se emite informe técnico por la Intervención de la entidad local, en el que se estima que la oferta no cubre el coste estimado del personal, valoración que es asumida por la Mesa de Contratación y que determina la exclusión de la oferta del reclamante del procedimiento de licitación.

Entrando en el análisis de la justificación aportada por el reclamante se observan, para empezar, divergencias en el cálculo de los gastos o costes del contrato que, en un primer momento, se cuantifican en 37.050,17 euros, y que pasan a ser, posteriormente, 30.050,17 euros, primer motivo que hace quebrar la justificación presentada respecto a la viabilidad de su oferta.

Igualmente se aprecia, tal y como se señala en el informe técnico de la Intervención Municipal, una discrepancia de relevancia en cuanto al personal ofertado en la propuesta del reclamante, diez trabajadores (dos personas de mantenimiento, cuatro personas de limpieza, tres personas dedicadas a control de accesos, conserjería y atención al público y una persona dedicada a la coordinación), y el personal al que se alude en la justificación de la oferta económica, que queda reducido a seis trabajadores (dos taquilleros, dos operarios de mantenimiento y dos personas de limpieza), de manera que el coste salarial que justifica, referido únicamente a estos seis empedados, no responde al contenido de su oferta y por consiguiente pone en cuestión su viabilidad.

En lo que se refiere al cálculo de dichos costes salariales, y al margen de las dos objeciones anteriores, en la justificación aportada por el reclamante se alude a la

aplicación del Convenio Colectivo del Sector Empresas y Entidades Privadas Gestoras de Servicios y Equipamientos Deportivos propiedad de otras Entidades de Navarra, efectuándose la siguiente cuantificación: 2 Personas a Jornada Completa de Taquilla - Grupo 5 - 6.124,54 euros; 2 Operarios de Mantenimiento - Grupo 4 - 7.735,95 euros; 2 Personas a Jornada Completa de Limpieza - Grupo 6 - 6.025,35 euros; Seguridad Social 6.323,69 euros; Total 26.209,53 euros.

Por su parte, en el informe técnico, tomando también en consideración el mismo convenio colectivo y los mismos grupos profesionales, se realiza el siguiente cálculo: 2 empleados de taquilla y control de accesos - 11.912,72 euros; 2 empleados de mantenimiento - 13.122,90 euros; 3 empleados de limpieza - 9.751,92 euros; Seguridad Social 11.062,43 euros; Total 45.849,97 euros.

En su justificación, el reclamante se limita a indicar el coste salarial por cada trabajador, sin detallar de dónde se obtiene (ni salario por hora, ni número de horas, ni pluses aplicados, etc.). El informe técnico, en cambio, realiza un cálculo del coste de cada empleado en función del número de horas y del coste bruto por hora señalado en la tabla salarial del convenio, incluyendo las horas realizadas en festivos y domingos, y siguiendo el calendario establecido en el pliego.

Se concluye, por tanto, una deficiente justificación de los costes salariales por parte del reclamante, carente del detalle necesario, que resultan muy inferiores a los estimados en el informe técnico para la correcta ejecución del contrato y que, además, omite a algunos de los empleados contemplados en su oferta técnica, que no se cuantifican en la justificación, todo lo cual determina el rechazo en el informe técnico, posteriormente asumido por la Mesa de Contratación, de la justificación de la oferta anormalmente baja, por no cubrir el coste de personal.

A este respecto, no ofrece el reclamante razón alguna para tal rebaja en los costes salariales, aludiendo, o bien a circunstancias que ninguna relevancia tienen en los mismos, como la disposición en propiedad de los medios materiales para la ejecución del contrato, o la prestación de servicios semejantes en esa y en otras localidades

próximas o bien cuya incidencia efectiva no resulta acreditada, como el disfrute de bonificaciones por parte de la Seguridad Social, cuya concesión en relación con los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato no se demuestra y que, en cualquier caso, no tendría una incidencia económica suficiente como para compensar las notables diferencias existentes con los costes estimados en el informe técnico.

Se hace patente, por tanto, la ausencia de una justificación suficiente de la viabilidad de la oferta que demuestre que la misma puede ser cumplida en los términos en que se formuló, debiendo citarse, a este respecto, el Acuerdo 98/2022, de 24 de octubre, de este Tribunal, donde señalamos que *“Llegados a este punto, y a la vista de lo manifestado por el órgano de contratación en el escrito de alegaciones remitido a este Tribunal, conviene recordar que como señalamos en nuestro Acuerdo 90/2018, de 11 de septiembre, “La justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones”. Así pues, frente a lo alegado, en este trámite no se trata de que el licitador justifique únicamente el exceso de su oferta respecto al umbral de anormalidad fijado en el pliego, en este caso un céntimo de euro, sino de que explique y justifique la viabilidad de la oferta económica que realizó, es decir, la razón o razones por las que es posible ejecutar la obra por el precio ofertado sin comprometer la viabilidad del contrato; teniendo, por tanto, atribuida la carga de proveer a la Mesa de contratación de elementos de juicio suficientes en orden a determinar si dicha oferta, considerada en su conjunto, puede ser, efectivamente, cumplida en los términos en que ha sido formulada.”*

Y es que, como se afirma, en la Resolución 212/2018, de 2 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: *“Finalmente, es también doctrina de este Tribunal, que la exhaustividad de la justificación aportada por el*

licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas. Y del mismo modo, a menor porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca (Resolución nº 559/2014 y 662/2014)”, siendo así que, en este caso, la baja en que incurre el reclamante es de un 21,85%, lo que representa un porcentaje respecto del umbral de temeridad fijado en el pliego de entidad ya suficiente para requerir una justificación exhaustiva que no ha sido aportada.

Frente a tal insuficiente justificación, se alza, de manera necesaria, el juicio técnico, dotado de presunción de acierto y veracidad que, en modo alguno, ha sido desvirtuada por el reclamante, no apreciando este Tribunal error manifiesto, arbitrariedad o discriminación alguna en el rechazo de la justificación de la oferta anormalmente baja presentada por el reclamante, que permita su revisión.

Procede incidir, llegados a este punto, en la doctrina relativa a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación en relación con esta cuestión, contenida, entre otras, en la Resolución 306/2018, de 31 de octubre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, donde se indica que: *“En primer término, se ha de manifestar que es doctrina reiterada de este y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales que en la determinación de si una oferta anormal o desproporcionada está o no suficientemente justificada rige el principio de discrecionalidad técnica. En tal sentido, las Resoluciones 34/2015, de 3 de febrero, 82/2016, 21 de abril, 294/2016, de 18 de noviembre, 75/2017, de 21 de abril, 92/2017, de 12 de mayo y 120/2017, de 9 de junio, de este Tribunal, reproduciendo el contenido de la 121/2013, de 11 de octubre, señalan que «(...) el informe técnico en que se apoya la mesa de contratación y posteriormente, el órgano de contratación al asumir la propuesta de aquélla, sí contiene las razones que avalan la decisión adoptada, sin que este Tribunal aprecie en las mismas error, criterio arbitrario ni desviación de poder que lleve a sostener la superación de los límites de la discrecionalidad técnica que opera en este ámbito, pues no se olvide que, en última instancia, estamos ante una cuestión de apreciación técnica por parte un servicio especializado.*

No en vano dice el artículo 152.4 del TRLCSP que el órgano de contratación considerará la justificación efectuada por el licitador y los informes técnicos emitidos por el servicio correspondiente, a fin de estimar si la oferta puede o no ser cumplida. Queda claro, pues, el margen de discrecionalidad técnica que rige en esta materia, resultando de aplicación la ya conocida y reiterada doctrina jurisprudencial que ha sido invocada por este Tribunal en muchas de sus resoluciones. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324) señala que “(...) la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción iuris tantum sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”».

También se ha pronunciado este Tribunal al respecto, señalando, en nuestro Acuerdo 67/2022, de 23 de junio, lo siguiente: “*Y es que, efectivamente, como apunta la precitada Resolución de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi – Resolución 9/2022, de 17 de enero –, este Tribunal no puede entrar a controlar el ejercicio por la Administración de la discrecionalidad técnica, más allá de la verificación de que dicho ejercicio se ajusta a los límites jurídicos que lo constriñen, como son la existencia de los hechos determinantes de la valoración, la suficiencia de la motivación, el respeto al fondo reglado de la discrecionalidad y a las reglas procedimentales aplicables, o el*

seguimiento de los principios generales de la LFCP, especialmente el de igualdad y no discriminación.

Y, en el mismo sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución nº 880/2022, de 14 de julio, ante un recurso similar del mismo reclamante, concluye que *“la exclusión de la oferta de D. R. L. M. por incurrir en una baja anormal no justificada se encuentra debidamente motivada, y que, al ser de aplicación al caso el principio de discrecionalidad administrativa, no es procedente la revisión por este Tribunal de la apreciación realizada a este respecto por el órgano de contratación, con arreglo a parámetros y criterios técnicos cuyo control jurídico es limitado. En el presente caso, no se han ofrecido por el recurrente argumentos suficientes que desvirtúen la valoración realizada por el órgano de contratación o permitan apreciar que el juicio emitido por éste fue infundado o incurrió en un error manifiesto y constatable”*.

Por las razones expresadas, resulta ajustada a derecho la exclusión del reclamante del procedimiento de licitación como consecuencia de la insuficiente justificación de la viabilidad de su oferta anormalmente baja que no ha permitido al órgano de contratación llegar a la convicción de que pueda ser cumplida, habida cuenta de que no cubre los costes salariales, procediendo, por consiguiente, la desestimación de la reclamación especial interpuesta.

OCTAVO.- Para finalizar, debemos resolver la petición formulada por el órgano de contratación en orden a la valoración de si el reclamante ha incurrido en temeridad o mala fe en la interposición de la reclamación, solicitud que entendemos se realiza a los efectos de la posible imposición de una multa a la misma por tal motivo.

En este sentido, el artículo 127.4 LFCP señala que *“En caso de que el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición de la reclamación o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al reclamante, justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de*

su cuantía. La imposición de multas sólo procederá en el caso de que se hubieran desestimado totalmente las pretensiones formuladas en la reclamación.

El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al interés público y al resto de participantes. Las cuantías indicadas en este apartado podrán ser actualizadas mediante orden foral del titular del Departamento competente en materia de contratación pública”.

En relación con la imposición de multas, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha entendido, en Resolución nº 813/2019, de 11 de julio, que: *“La imposición de estas sanciones, que debe ser excepcional, tiene por objeto evitar la interposición de recursos con la única finalidad de ralentizar o perjudicar el proceso de adjudicación del contrato, contrarrestando así el eventual ejercicio abusivo del recurso especial, tal y como señaló el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional nº 138/2015, de 7 de octubre, indicó que “Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio.”*

Como ya indicamos en la Resolución nº 728/2015, de 30 de julio, con cita de la Resolución 505/2013, “la concurrencia de mala fe o temeridad requiere un análisis de las circunstancias del caso concreto, aunque, con carácter general, hemos venido declarándola cuando la impugnación carecía de un mínimo fundamento (cfr.: Resoluciones 536/2014, 321/2015, 553/2015, entre muchas otras) o, si se prefiere, los motivos esgrimidos eran de escasa consistencia (cfr.: Resoluciones 593/2013, 191/2014, 284/2014, 290/2014 y 426/2014, entre otras). Ello es coherente con el criterio expresado en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2015 (Roj SAN 910/2015), que considera que la finalidad de la multa prevista en el artículo 47.5 TRLCSP es la de asegurar la seriedad del recurso.”

Este Tribunal también se ha pronunciado al respecto, en su Acuerdo 22/2022, de 24 de febrero, señalando que *“Respecto a la concurrencia de temeridad, la Resolución*

11/2014, de 17 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, señala lo siguiente: “La jurisprudencia viene considerando temerario la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse “cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”. O, cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, RJ 1990\3637. La Sentencia 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal “ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita”. Doctrina reiterada en el Acuerdo 71/2022, de 1 de julio, de este Tribunal.

Pues bien, no se aprecia en la presente reclamación ni temeridad, ni mala fe, en el sentido expuesto, que hagan al reclamante merecedor de la multa insinuada por el órgano de contratación. A pesar de que la reclamación vaya a ser desestimada, la misma no carece de argumentos impugnatorios. Por otro lado, tampoco resulta acreditada una voluntad intencionada de demorar el procedimiento de licitación, sin que por el órgano de contratación se haya concretado algún perjuicio derivado de la reclamación, por lo que consideramos que no procede la imposición de multa al reclamante.

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 interpuesta por don R. L. M. frente a la Resolución N° 117 de 15/05/2023, de la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Buñuel, por la que se adjudica a LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO IMPACTO, S.L.U. el contrato de “*prestación de los servicios de taquilla, limpieza y mantenimiento de las instalaciones de las piscinas municipales de Buñuel*”, y se excluye la oferta presentada por el reclamante.

2º. Notificar este acuerdo a don R. L. M., al Ayuntamiento de Buñuel, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y acordar su publicación en la página 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, 22 de junio de 2023. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.