



Expediente: 92/2023

ACUERDO 97/2023, de 22 diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por ADELANTA FIELD MARKETING, S.L. frente a la Resolución 468/2023, de 31 de octubre, del Director General de Fomento Empresarial, por la que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato *“para la prestación de servicios personalizados en destino, en China, para mejorar el posicionamiento y consolidación de las empresas navarras”*, licitado por el Departamento de Industria y Transición Ecológica y Digital Empresarial del Gobierno de Navarra.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de mayo de 2023, el Departamento de Industria y Transición Ecológica y Digital Empresarial del Gobierno de Navarra publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato *“para la prestación de servicios personalizados en destino, en China, para mejorar el posicionamiento y consolidación de las empresas navarras”*.

A la licitación de dicho contrato concurrieron las siguientes empresas:

- HERRERA & ZHANG INTERNATIONAL CONSULTING, S.L.
- BEIJING CHINEXITA INTERNATIONAL MANAGEMENT CONSULTING  
CO.LTD
- ADELANTA FIELD MARKETING, S.L.

SEGUNDO.- Con fecha 1 de agosto de 2023, la Mesa de Contratación admitió a todas las empresas presentadas tras la apertura y examen de la documentación presentada en el sobre nº 1 “Declaración responsable y oferta técnica”.

El 18 de agosto asignó las puntuaciones correspondientes a las ofertas técnicas, siendo estas las siguientes:

- HERRERA & ZHANG INTERNATIONAL CONSULTING, S.L.: 42 puntos
- BEIJING CHINEXITA INTERNATIONAL MANAGEMENT CONSULTING CO.LTD: 24,5 puntos
- ADELANTA FIELD MARKETING, S.L.: 42 puntos

A continuación, procedió a la apertura y valoración del sobre nº 2 “Proposición a valorar mediante fórmula”, señalando que *“Examinado el criterio económico, se observa que las licitadoras BEIJING CHINEXITA INTERNATIONAL MANAGEMENT CONSULTING CO.LTD y ADELANTA FIELD MARKETING SL deben presentar la justificación de viabilidad que estimen oportuna, en relación con varios servicios que integran su oferta económica”*.

Con fecha 21 de agosto se requirió a la segunda de dichas empresas la justificación de su oferta anormalmente baja, señalando que *“El punto 20 del pliego regulador de este contrato establece: “Cuando se presente una oferta anormalmente baja que haga presumir al órgano de contratación 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.*

*Tendrá esta consideración toda oferta que sea inferior en 20 puntos porcentuales al importe máximo de licitación.*

*En el caso de que se presenten 3 o más ofertas, también tendrá esta consideración aquella cuyo valor de baja supere en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de los valores de bajas ofertados por todas las empresas licitadoras.*

*En el caso de la presentación de ofertas anormalmente bajas, se estará a lo dispuesto en el artículo 98 de la LFCP”.*

*En la oferta económica presentada por su empresa existen varios servicios que integran la oferta económica cuyo precio supone una baja que supera en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de los valores de bajas ofertados por todas las empresas, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, se le solicita que en el plazo de 10 días naturales presente la justificación que considere oportuna en relación con los servicios siguientes:*

- 1. Sondeo previo (primer análisis básico de posibilidad de actuación comercial)*
- 2. Agenda de contactos para empresa concreta (clientes potenciales, canales)*
- 3. Búsqueda/información sobre canales de distribución*
- 4. Confección listado "vivo" importadoras, distribuidoras, prescriptores...”.*

Con fecha 27 de septiembre la Mesa de Contratación valoró la justificación de la viabilidad de su oferta económica, señalando lo siguiente:

*“ADELANTA FIELD MARKETING SL fue requerida el 21 de agosto de 2023 a través de PLENA para que presentara la justificación de oferta anormalmente baja presentada al contrato para la prestación de servicios personalizados de destino, en China, para mejorar el posicionamiento y consolidación de las empresas navarras.*

*También se le envió un aviso al correo electrónico facilitado por la licitadora advirtiéndole del envío del requerimiento a través de la aplicación PLENA y de la necesidad de responder al mismo a través de la PLENA.*

*En el requerimiento enviado a ADELANTA FIELD MARKETING SL se cita el punto 20 del Pliego regulador del contrato sobre las ofertas anormalmente bajas y se explica lo siguiente: (...)*

*La licitadora ADELANTA FIELD MARKETING SL envió el día 4 de septiembre de 2023 un documento denominado “Justif. Econ. Servicios Licit. Jun. 2023” respondiendo al requerimiento a través de PLENA.*

*En el punto 3 “Estimación de ingresos y costes escandallo de servicios”, apartado 3.1. se dice lo siguiente:*

*“Definimos los precios de nuestros servicios tras una estimación rigurosa de ingresos, escandallo de servicios y análisis de costes. El objetivo es conocer cuál es la estructura de costes de la compañía y saber calcular el punto de equilibrio, de forma que decidimos los precios y qué medidas tomar para incrementar su productividad o para reducir el valor económico que cuesta desarrollar una unidad de servicio.”, y se adjunta en la siguiente tabla ingresos, costes de ventas y margen bruto de producto para justificar la oferta presentada. (Se inserta la tabla).*

*En todos los servicios requeridos para justificar (“Sondeo previo”, “Agenda de contactos”, Información sobre canales de distribución” y “Listado vivo de importadoras”) el “coste de ventas” es 0 y el “margen bruto” es 100%.*

*En la oferta técnica presentada por ADELANTA FIELD MARKETING SL declaraba un equipo de trabajo formado por una coordinadora en España, una coordinadora en China, un responsable de estudios y análisis, un responsable de diseño, un responsable de sondeos y encuestas y una traductora; en total un equipo formado por 6 profesionales. No se comprende cómo la licitadora ADELANTA FIELD MARKETING SL va a realizar los servicios propuestos sin dedicar a ellos ningún empleado de los 6 que ha declarado que va a dedicar al contrato, además de otros gastos fijos en el que incurren las empresas.*

*A la vista de lo cual, y de acuerdo con el artículo 98.3 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, la Mesa de contratación considera que el documento aportado por ADELANTA FIELD MARKETING SL no justifica satisfactoriamente ni el precio ni los costes propuestos.*

*Por consiguiente, se acuerda rechazar la oferta económica presentada por la empresa ADELANTA FIELD MARKETING SL al contrato para la prestación de servicios personalizados de destino, en China, para mejorar el posicionamiento y consolidación de las empresas navarras". Igualmente, se acordó rechazar por el mismo motivo la oferta económica de BEIJING CHINEXITA INTERNATIONAL MANAGEMENT CONSULTING CO.LTD.*

Por la Resolución 468/2023, de 31 de octubre, del Director General de Fomento Empresarial, se excluyeron las ofertas presentadas por las citadas empresas y se adjudicó el contrato a HERRERA & ZHANG INTERNATIONAL CONSULTING, S.L.

Intentada la notificación electrónica de dicha resolución a ADELANTA FIELD MARKETING, S.L., esta caducó el 14 de noviembre al no haberse accedido a su contenido. Dicha resolución se remitió por correo electrónico a la citada empresa el 16 de noviembre.

TERCERO.- Con fecha 22 de noviembre, ADELANTA FIELD MARKETING, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente al acto por el que se excluye su oferta, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. Señala que, conforme a la cláusula 20 del pliego regulador, tendrá la consideración de oferta anormalmente baja *“toda oferta que sea inferior en 20 puntos porcentuales al importe máximo de licitación.*

*En el caso de que se presenten 3 o más ofertas, también tendrá esta consideración aquella cuyo valor de baja supere en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de los valores de bajas ofertados por todas las empresas licitadoras”.*

Manifiesta que las empresas licitadoras ofertaron los siguientes precios:

- BEIJING CHINEXITA INTERNATIONAL MANAGEMENT CO.....72.270 €
- HERRERA ZHANG INTERNATIONAL S.L. ....81.069 €
- ADELANTA FILED MARKETING S.L.....76.425 €

Señala que estos precios no se encontraban publicados en el Portal de Contratación de Navarra en el momento en que se solicitó la justificación de la oferta, ni tampoco se dio acceso a esta información a la empresa licitadora aun cuando esta lo solicitó, debiendo recordarse que el artículo 98 de la LFCP señala que *“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”*. Por tanto, si no se le facilitaron los otros precios, se pregunta cómo iba a saber cuál era la diferencia con los otros licitadores.

Señala, igualmente, que la media aritmética de los tres precios asciende a 76.588 euros y, siendo el precio de Adelanta Field Marketing de 76.425 euros, este precio de baja no supera el 10% de la media (765,88 euros) ya que la diferencia entre el precio ofertado (76.588 euros) y el precio de baja (76.425 euros) es tan sólo de 163 euros. Por ello, concluye que su oferta no es anormalmente baja.

2ª. Alega que justificó de forma detallada los precios de los cuatro servicios correspondientes a Sondeo previo, Agenda de contactos para empresa concreta, Búsqueda/información sobre canales de distribución y Confección de un listado "vivo" importadoras, distribuidoras, prescriptores, apoyándose en razones de estrategia y cultura organizativa, económicas y de mercado, por lo que, a pesar del *“ahorro de dicha oferta”*, estaba en condiciones de ejecutar el contrato en los términos expresamente recogidos en los pliegos administrativos y técnicos.

Señala que justificó detalladamente cada uno de los extremos que la Administración solicitó, aun cuando su oferta económica estaba dentro del 10%, sin embargo, la resolución que se recurre de forma sorprendente se apoya en una tabla Excel mal interpretada para excluirla de la misma.

Manifiesta que el razonamiento de la Administración parte de dos premisas erróneas para no aceptar la justificación del precio: primera, si se indica margen 100% significa que el coste es 0, y no puede existir un coste 0, así que la justificación del precio no se acepta; y segunda, en las celdas de los otros servicios (servicio 5, servicio 6, servicio 7...) sí hay un margen bruto.

Ante lo que tiene que responder lo siguiente:

- Si aparece coste 0 es porque se han quitado los datos a la fórmula, porque esos datos son internos de la empresa que dan, por ejemplo, el margen de la misma, que no son relevantes para la subsanación. Se aporta la tabla para explicar que utilizan un método cuantitativo para el análisis de costes.

- En cuanto a que en las celdas de otros servicios hay un margen bruto decir que estos servicios no tienen nombre y que la información que aparece en esas celdas no debe ni entrar a valorarse porque son datos de otros servicios que quizás ni siquiera existen, y si existen, no tienen nada que ver con los precios de los servicios que exigían subsanación.

Señala que, en definitiva, es obvio que no hay ningún producto o servicio con un coste 0. Durante todo el texto de la subsanación del precio (10 páginas) hay un claro tratamiento y se ve claramente que hay un coste detrás de cada servicio. Igualmente, el objetivo de la subsanación era la justificación del precio, entrar a valorar su coste o beneficio no es el objeto de la misma. Por último, no dan su margen comercial por lo que quitan los datos de coste de producción, de realización, detalle, etc. Al quitar estos datos, como la tabla en Excel tiene fórmulas, automáticamente sale que el beneficio es 100% porque ya las celdas están sin contenido. Así, cualquiera sabe que, en una tabla en Excel con fórmulas, si quitas el contenido de las celdas, el resultante en este programa es un dato incorrecto.

3ª. Alega, igualmente, que existen argumentos que no se han valorado por la Mesa de Contratación:

- No se puede excluir a un licitador porque en una tabla en Excel aparezca que el margen del servicio es 100%, cuando el resto de la subsanación (90% en espacio de la respuesta) va orientada a que el coste es menor que el resto por economías de escala, por tener oficinas en Shanghái y en Taipéi, por llevar más de 15 años en el mercado y en este sector, por trabajar en el sector digital, por tener estructuras orientadas a este tipo de trabajos, etc.

- No se proporcionó el precio del servicio que ofertaban las otras empresas aun habiéndolo pedido.

- Las notificaciones se realizaron en agosto.

- En la tabla en Excel los datos del margen bruto son los únicos que no están en negro, sino que están en gris claro y en cursiva, que ya avisan que no hay que tomarlos en cuenta. Además, estas celdas son el resultante de unas celdas con fórmulas cuyas celdas están en blanco (sin contenido), vacías, y es obvio que esos datos resultantes evidentemente no hay que tomarlos como correctos y, por ende, no se tienen en cuenta en el análisis de la información presentada. Señala que la resolución incurre en un grave error que, entienden, es porque no se dieron cuenta de este extremo.

4ª. Alega que la Mesa de contratación pudo comprobar que en la justificación se hacía referencia a los criterios de ahorro, soluciones técnicas, originalidad y otras incluidas en el artículo 98 de la LFCP, y si le chocó el coste 0, debería haber solicitado la aclaración al licitador, porque es obvio que en la empresa privada no existe el coste cero.

Señala que los citados criterios son criterios cerrados, por lo que el órgano de contratación no podrá requerir al licitador la aportación de justificaciones adicionales o de diferente índole a las que figuran en el citado precepto. Manifiesta que, sin embargo,

para lo que sí que está facultado el órgano de contratación es para realizar cuantos requerimientos adicionales estime oportunos, siendo preferible solicitar cuantas aclaraciones considere pertinentes, antes de adoptar la relevante decisión de excluir la oferta.

Igualmente, señala que el TACRC considera que los informes técnicos que se soliciten por el órgano de contratación para decidir si la oferta está incurso en valores anormales o desproporcionados no son vinculantes.

Concluye señalando que el licitador demostró la seriedad de su oferta y la Mesa de Contratación pudo exigir las precisiones oportunas a favor de la viabilidad de la misma, tomando motivadamente la decisión de admitir o rechazar las referidas ofertas; en el primer caso, no es necesario que la motivación de la admisión sea especialmente exhaustiva, pero, en el segundo, es preceptivo que a través de la motivación de la decisión se rebata suficientemente la justificación del licitador.

Cita, asimismo, diversa doctrina, entre la que puede destacarse la Resolución 149/2016, de 19 de febrero, del TACRC, conforme a la cual *“El procedimiento contradictorio para la justificación de las ofertas en baja anormal o desproporcionada debe estar dirigido exclusivamente a despejar las posibles dudas sobre la viabilidad de la oferta, sin que sea necesario que por parte del licitador se proceda al desglose de la oferta económica, ni a una acreditación exhaustiva de los distintos componentes de la misma. Sino que basta con que ofrezca al órgano de contratación argumentos que permitan explicar la viabilidad y seriedad de la oferta”*.

5ª. Alega que los precios no fueron publicados ni se facilitaron al licitador en el mes de agosto, cuando fue notificado, no habiéndose publicado tampoco la resolución que se recurre, lo cual constituye una infracción de publicidad, concurrencia y transparencia, con nulidad por incumplimiento de los artículos 88 y 102 de la LFCP.

6ª. Alega que el requerimiento de la justificación del precio se hizo en agosto, mes con validez plena y producción de efectos en los procedimientos administrativos, si

bien se pregunta si es correcta y una buena práctica la notificación de la Administración en el mes de agosto. Señala que no se niega que la normativa nada preceptúa al respecto, pero incumple de forma flagrante el código ético de la Administración de servir al ciudadano y garantizar en su actuación el respeto de los derechos que le asisten.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la anulación del acto recurrido.

CUARTO.- Con fecha 22 de noviembre se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 27 de noviembre, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el 5 de diciembre el órgano de contratación aportó, fuera del plazo concedido para ello, el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones, donde manifiesta lo siguiente:

1ª. Respecto a la inexistencia de oferta anormalmente baja, señala que un análisis detallado del pliego revela que el primer criterio previsto en su cláusula 20 para determinar las ofertas anormalmente bajas se refiere “al importe máximo de licitación”, mientras que el segundo criterio tiene en cuenta la baja del resto de las ofertas económicas presentadas.

Señala que, como la puntuación total de la oferta económica queda definida en el pliego por la suma de las puntuaciones de todos los servicios que integran el contrato, el análisis del segundo criterio deberá realizarse comparando la oferta de cada servicio

individualmente considerada, y no utilizando el importe total del contrato, como alega el reclamante.

Manifiesta que, como resulta del documento nº 17 del expediente, los valores de la baja económica del reclamante para los cuatro primeros servicios del contrato superan en más de 10 unidades porcentuales la media aritmética de los valores de bajas ofertados por todas las empresas licitadoras.

2ª. Respecto a la falta de claridad en el requerimiento de subsanación para la justificación de la oferta anormalmente baja, concretamente, respecto a que en dicho requerimiento no constaban los precios ofrecidos por el resto de licitadores, alega que aquel cumplía todos los requisitos del artículo 98 de la LFCP, ya que señalaba de manera clara “el parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta”, sin que el reclamante formulara ninguna consulta al respecto.

Señala, asimismo, que la Mesa de Contratación decidió no publicar la oferta económica del resto de licitadores por entender que dicha información no era necesaria para justificar las ofertas anormalmente bajas presentadas. Así, para proceder a dicha justificación, una licitadora debe poder justificar los precios que ha ofertado sin necesidad de referirse a los del resto de licitadores, razón por la que se denegó a la reclamante el acceso a dichos precios cuando los solicitó vía mail (documento nº 22 del expediente).

3ª. Respecto a la correcta justificación de la oferta anormalmente baja, señala que es evidente que la tabla Excel titulada “Detalle de Estimación de ingresos y escandallo de productos” contiene un error puesto que, como bien reconoce la reclamante, no hay ningún producto o servicio con un coste 0.

Señala que la reclamante aportó en la oferta técnica el compromiso de dedicar al contrato un equipo formado por seis profesionales, y se pregunta qué debió haber interpretado la Mesa de Contratación al examinar los datos de dicha tabla, así como si debió entender que aquella podía cumplir con sus obligaciones aplicables en materia

medioambiental, social o laboral, en los términos previstos en el artículo 98.4 de la LFCP.

Alega que, a diferencia de lo que manifiesta la reclamante, el artículo 98 de la LFCP se refiere en sus apartados 3 y 4 a la justificación del precio y los costes.

Respecto a la confidencialidad en los datos del margen comercial, alega que debió haberse previsto expresamente a la hora de remitir la oferta económica o, bien, en el propio documento de subsanación de la baja ofertada, cosa que no se hizo.

Concluye señalando que, si como manifiesta la reclamante, los datos de la tabla del margen bruto son los únicos que no están en negro, sino que están en gris claro y en cursiva, por lo que no hay que tomarlos como correctos, a sensu contrario, según dicho criterio, los datos “Precio Venta” y “Coste de Venta”, que están en color blanco y tipo normal de letra, deben ser ciertos y habrán de tomarse por correctos, como hizo la Mesa de Contratación.

4ª. Respecto a la necesidad de haber solicitado una aclaración de la justificación de la oferta anormalmente baja, reitera que el documento enviado para justificar la baja ofertada adolece de un error que de ninguna manera cabe aclarar sin modificar el contenido de la tabla Excel presentada.

Manifiesta que la posibilidad de aclaración prevista en el artículo 97 de la LFCP no ampara la subsanación de un error cometido en la justificación de la oferta anormalmente baja, ya que ello conculcaría el principio básico de igualdad entre licitadores, y equivaldría a reconocer la existencia de una doble subsanación de la oferta anormalmente baja, lo cual no se contempla ni en dicha ley foral ni en el pliego regulador del contrato.

5ª. Respecto al incumplimiento de los principios de publicidad, concurrencia y transparencia al no haber tenido acceso el recurrente a los precios de los demás licitadores, manifiesta que cabe remitirse a lo ya señalado.

Por último, respecto a la infracción de dichos principios derivada de la falta de publicación de la resolución recurrida, señala que el plazo para publicar la resolución comienza a contar, según la LFCP, con la finalización del plazo de suspensión de la eficacia de la adjudicación del contrato, cosa que ocurrirá cuando este Tribunal resuelva la reclamación.

Considera, atendiendo a lo expuesto, que todas las alegaciones formuladas deben ser desestimadas.

QUINTO.- El 7 de diciembre 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, no habiéndose presentado alegación alguna.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1.b) de la LFCP, a los contratos celebrados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra se les aplicará dicha ley foral, siendo el acto de exclusión impugnado susceptible de reclamación ante este Tribunal 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 las consecuencias que derivan de la inobservancia del plazo previsto legalmente para la formulación en su seno de las alegaciones por parte del órgano de contratación.

Así, cabe señalar que tanto la aportación del expediente de contratación, como la formulación de dichas alegaciones, se han realizado fuera del plazo legalmente previsto para ello, habiendo dispuesto este Tribunal, entre otros, en su reciente Acuerdo 84/2023, de 17 de noviembre, que *“Debe recordarse, a este respecto, que, a tenor de lo preceptuado en el artículo 126.4 de la LFCP “Interpuesta la reclamación, la Secretaría del Tribunal la notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación o la documentación del contrato a la entidad que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes, acompañado de las alegaciones que a su derecho convengan.*

...

*Si el expediente completo o la documentación no se aportan en dicho plazo, el plazo de resolución de la reclamación quedará en suspenso hasta su aportación completa. En este caso, el plazo de suspensión durará como máximo cinco días, pasados los cuales el Tribunal continuará la tramitación...”*

*En el presente caso, el órgano de contratación presentó el escrito de alegaciones a la reclamación interpuesta, una vez transcurrido el plazo máximo previsto legalmente para ello en dicho precepto y expirado, asimismo, el habilitado a tales efectos en el segundo requerimiento formulado con tal objeto por este Tribunal, advirtiéndole de las consecuencias que la inobservancia de dicho plazo tendrían en lo que a la admisión de tales alegaciones se refiere.*

*El criterio seguido respecto a la improcedencia de la admisión de alegaciones formuladas extemporáneamente por el órgano de contratación es unánime y reiterado, pudiendo traerse a colación, entre otros, el Acuerdo 42/2023, de 8 de junio, de este Tribunal, conforme al cual “(...) cabe recordar, como ya hicimos en nuestro Acuerdo 102/2022, de 15 de noviembre, que el procedimiento de la reclamación especial en materia de contratación pública se rige por el principio de máxima celeridad, lo que justifica la previsión en la LFCP de unos plazos muy reducidos para la tramitación y resolución de aquella y en el que la tramitación de la reclamación se configura legalmente como una sucesión de trámites preclusivos, donde cada parte debe formular sus alegaciones en el trámite procedimental legalmente previsto, motivo por el cual, con carácter general, la presentación de éstas fuera del plazo habilitado al efecto determina su inadmisión, salvedad hecha de aquellos supuestos en que se justifique en la complejidad del asunto o el conocimiento de nuevos datos que se desconocían en el momento de finalizar el plazo correspondiente.”*

Conforme a esta doctrina no deben ser tenidas en cuenta las alegaciones formuladas por el órgano de contratación tras constatar su presentación fuera del plazo legalmente previsto, sin que por otra parte se haya aportado razón justificativa de su extemporaneidad tales como la complejidad del asunto o el conocimiento de nuevos datos que se desconocían en el momento de finalizar el plazo.

SEXTO. - Entrando en el examen de las cuestiones de fondo, debemos recordar que el objeto de la presente reclamación especial lo constituye la Resolución 468/2023, de 31 de octubre, del Director General de Fomento Empresarial, por la que se excluye la oferta de la reclamante del procedimiento de adjudicación del contrato por ser anormalmente baja y no haber justificado satisfactoriamente la misma.

Como consta en los Antecedentes de Hecho, dicha resolución es rebatida por la reclamante negando tal condición de su oferta, si bien reconoce que, tras su consideración, procedió a la justificación de forma detallada de los precios de los cuatro servicios que le fueron requeridos. Igualmente, alega que su exclusión parte de una interpretación errónea de una tabla Excel que incluyó en dicha justificación, así como de

la ausencia de requerimiento de aclaración por parte de la Mesa de Contratación en caso de duda. Argumenta también la falta de publicación, ni de acceso, de los precios ofertados por los restantes licitadores, así como la no publicación de la resolución recurrida. Por último, alega que el requerimiento de justificación del precio se hizo en el mes de agosto.

Pues bien, expuestas sucintamente las alegaciones, entraremos al análisis de la primera de ellas referida a la no consideración de su oferta como incurso en anormalidad, al negar el reclamante tal condición tras conocer los precios ofertados por los restantes licitadores. En este sentido considera que su oferta no es anormalmente baja, pues no es inferior en más de un 10% a la media aritmética de las bajas ofertadas por todas las empresas licitadoras.

A este respecto se hace preciso recordar lo dispuesto en el pliego regulador del contrato, al ser el documento donde debe fijarse el parámetro de anormalidad de la oferta, como se advierte en el propio preámbulo de la LFCP al señalar que *“Se ha modificado la regulación de las ofertas anormalmente bajas estableciendo la necesidad de que sea el propio pliego el que, caso por caso, atendidas las circunstancias concretas de cada contrato establezca qué ofertas serán consideradas anormalmente bajas”* y se exige posteriormente en su artículo 98.

Asimismo, resulta obligado recordar la consideración de los pliegos como ley del contrato y que, conforme a lo dispuesto en el artículo 53.1 LFCP *“Las proposiciones, que comprenden tanto la oferta técnica, si la hubiera, como la oferta económica, deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna”*. Aceptación que igualmente se reitera en la cláusula 17.1 del pliego en cuestión al prever que *“Las proposiciones (que comprenden tanto la oferta técnica como la oferta económica) deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación y su presentación supone su aceptación incondicionada, sin salvedad o reserva alguna.”*

De esta consideración del pliego como ley del contrato deriva pues su carácter vinculante, tanto para la entidad contratante que lo ha aprobado como para los

licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido, y la imposibilidad de apartarse del mismo o proceder a su modificación, si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello. De igual modo, si el pliego no es impugnado en el momento procedimental oportuno, deviene consentido y firme, debiendo aplicarse todas sus cláusulas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto las que sean nulas de pleno derecho.

Resultando así que lo más significativo, en relación con el carácter vinculante de los pliegos, es que la participación en el procedimiento por los licitadores comporta la asunción de los derechos y deberes definidos en los mismos que, como ley primordial del contrato, constituye la fuente a la que debe acudir para resolver todas las cuestiones que se susciten en relación con la adjudicación, cumplimiento, interpretación y efectos del contrato en cuestión. Así lo estableció este Tribunal, entre otros, en su Acuerdo 3/2023, de 10 de enero, referido, como este caso, a la posible existencia de una oferta anormalmente baja.

Expuesta esta doctrina, debemos reproducir lo dispuesto en el pliego para el análisis de la cuestión que estamos examinando. Así en su cláusula 20 (Ofertas anormalmente bajas), señala lo siguiente: *“Cuando se presente una oferta anormalmente baja que haga presumir al órgano de contratación 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.*

*Tendrá esta consideración toda oferta que sea inferior en 20 puntos porcentuales al importe máximo de licitación.*

*En el caso de que se presenten 3 o más ofertas, también tendrá esta consideración aquella cuyo valor de baja supere en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de los valores de bajas ofertados por todas las empresas licitadoras.*

*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.*

*En el caso de la presentación de ofertas anormalmente bajas, se estará a lo dispuesto en el artículo 98 de la LFCP.”*

Defiende el reclamante, como hemos reproducido anteriormente, que su oferta no es anormalmente baja, tomando para llegar a tal conclusión el precio total ofertado por todos los licitadores. Sin embargo, si se examina el pliego regulador del contrato se constata que los licitadores no debían realizar una oferta para el servicio en su totalidad, sino una oferta económica respecto de cada uno de los servicios que, conforme a la cláusula 3 de aquel, se encuentran comprendidos en el objeto del contrato.

Así resulta de su cláusula 19.B, conforme a la cual *“Se otorgará la máxima puntuación a la empresa que realice la oferta más económica respecto al lote al que se licite. La puntuación total de la oferta económica será el resultado de sumar las puntuaciones de todos los servicios.*

*a) Sondeo previo (primer análisis básico de posibilidad de actuación comercial). Máximo: 2 puntos. Precio máximo: 1.400 euros.*

*b) Agenda de contactos para empresa concreta (clientes potenciales, canales). Máximo 2,5 puntos. Precio máximo: 1.750 euros.*

*c) Búsqueda/información sobre canales de distribución. Máximo 2,5 puntos. Precio máximo: 525 euros.*

*d) Confección de un listado "vivo" importadoras, distribuidoras, prescriptoras. Máximo 2,5 puntos. Precio máximo: 875 euros.*

*e) Presentación de oferta personalizada (catálogo, muestras, cata) hasta un máximo de tres empresas. Máximo 2,5 puntos. Precio máximo: 1.750 euros.*

*f) Estudio avanzado de mercado. Máximo 3 puntos. Precio máximo 5.250 euros.*

*g) Selección de personal local (búsqueda y filtrado candidaturas). Máximo 2,5 puntos. Precio máximo: 2.625 euros.*

*h) Gestión personalizada en destino. Máximo 2,5 puntos. Precio máximo: 525 euros/día*

*Se asignará cero puntos a las tarifas ofertadas que coincidan con los precios máximos indicados en cada uno de los servicios relacionados anteriormente. Las ofertas para cada servicio se valorarán con arreglo a la siguiente fórmula: (...)*

*La puntuación total del apartado económico será el resultado de sumar las puntuaciones de todos los servicios.”*

Igualmente, el Anexo II del pliego, que contiene el modelo de proposición a valorar mediante fórmulas, prevé que los licitadores deben realizar una oferta económica para cada uno de los servicios del contrato, no contemplándose la realización de una oferta global:

**“1º. OFERTA ECONÓMICA:**

Tipo servicio	Importe ofertado en euros (IVA excluido)
Sondeo previo (primer análisis básico de posibilidad de actuación comercial}	
Agenda de contactos para empresa concreta (clientes potenciales, canales)	
Búsqueda/información sobre canales de distribución	
Confección listado "vivo" importadoras, distribuidoras, prescriptores, ...	
Presentación de oferta personalizada (catálogo, muestras, cata) a un máximo de tres empresas	
Estudio avanzado de mercado	
Selección de personal local (búsqueda y filtrado candidaturas)	
Gestión específica a empresa en destino	euros/ día”

De donde se deduce con meridiana claridad que el pliego referencia el parámetro de anormalidad al importe máximo de licitación, si bien, cuando existan tres o más ofertas, además de este deberá considerarse la media aritmética de las bajas ofertadas por todas las empresas, media aritmética que, como decimos, debe calcularse respecto a cada servicio, dado que el importe de la licitación se calcula mediante precios unitarios

como así se determina en su cláusula 5 al amparo de lo previsto en el artículo 43.3 de la LFCP, debiendo por tanto las ofertas referirse igualmente a dichos precios unitarios.

Por tanto dado su tenor literal no cabe sostener, como se alega, el desconocimiento del parámetro o criterio para determinar la anormalidad de la oferta, cuando a mayor abundamiento en el requerimiento de justificación de la misma se le indica que *“En la oferta económica presentada por su empresa existen varios servicios que integran la oferta económica cuyo precio supone una baja que supera en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de los valores de bajas ofertados por todas las empresas, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, se le solicita que en el plazo de 10 días naturales presente la justificación que considere oportuna en relación con los servicios siguientes:*

- 1. Sondeo previo (primer análisis básico de posibilidad de actuación comercial)*
- 2. Agenda de contactos para empresa concreta (clientes potenciales, canales)*
- 3. Búsqueda/información sobre canales de distribución*
- 4. Confeción listado "vivo" importadoras, distribuidoras, prescriptores...”*

Y, en consecuencia, la justificación de la viabilidad de su oferta económica comienza señalando que *“Justificación en relación al precio baja que supera en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de los valores de bajas ofertados por todas las empresas con los servicios siguientes:*

- Sondeo previo (primer análisis básico de posibilidad de actuación comercial)*
- Agenda de contactos para empresa concreta (clientes potenciales, canales)*
- Búsqueda/información sobre canales de distribución*
- Confeción de un listado "vivo" importadoras, distribuidoras, prescriptores...*

*Hemos estructurado la justificación de nuestros precios de estos servicios en razones de Estrategia y Cultura Organizativa, Económicas y De mercado.”*

Por lo tanto, conforme a lo previsto en el pliego, la oferta de la reclamante resultó anormalmente baja en los cuatro primeros servicios incluidos en el objeto del contrato, tal y como resulta del documento nº 17 del expediente de contratación, por lo que debemos desestimar la alegación realizada a este respecto.

Debemos seguidamente analizar las posibles consecuencias de la ausencia de publicación en el Portal de Contratación de Navarra de los precios que se ofertaron por los restantes licitadores, así como la imposibilidad de acceder a los mismos tras haberlo requerido, argumentando en este sentido su necesidad conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 98 de la LFCP, conforme al cual *“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”*.

Efectivamente, como se manifiesta, los citados precios no se encontraban publicados en el momento en que se le requirió la justificación de su oferta económica, ni tampoco se le facilitaron pese a haberlo solicitado.

Pues bien, en relación con la falta de publicación, cabe señalar que la publicación o la comunicación de las ofertas económicas de los licitadores no resulta preceptiva conforme a lo dispuesto en la LFCP. Así, el artículo 88.2.e) de dicha ley foral señala que deberán publicarse en el Portal de Contratación de Navarra el importe de los contratos adjudicados y las actas de las mesas de contratación, donde deberá figurar el cuadro comparativo de las ofertas económicas y de las propuestas técnicas, con sus respectivas puntuaciones. Análoga previsión se establece para los contratos formalizados en el artículo 23.1.e), apartado 11, de la Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Cuestión sobre la que además ya se ha pronunciado este Tribunal en nuestro Acuerdo 48/2022, de 30 de mayo, manifestando que la publicación de esta información ha de realizarse, por lo tanto, tras la adjudicación del contrato, y no con ocasión del trámite de justificación de una oferta anormalmente baja por parte de un licitador.

Tampoco cabe estimar que la falta de remisión de dichas ofertas tras su solicitud suponga incumplimiento legal alguno, por cuanto el trámite de justificación previsto en

el artículo 98 de la LFCP tiene por objeto que el licitador que ha formulado una oferta económica anormalmente baja pueda justificar la viabilidad del precio o los costes propuestos, que serán los de su propia oferta, no viéndose perjudicado su derecho de audiencia por la falta de conocimiento de las ofertas realizadas por los restantes licitadores.

Al respecto, sobre el requerimiento al licitador para que justifique su oferta anormalmente baja, ya nos manifestamos en nuestro Acuerdo 67/2022, de 23 de junio señalando que no tiene cabida un requerimiento genérico que se limite a reproducir la LFCP, teniendo el poder adjudicador la obligación de formular claramente la petición dirigida a los candidatos afectados para que éstos puedan justificar plena y oportunamente la seriedad de sus ofertas, habiéndose constatado como en la reclamación que analizamos el requerimiento de justificación de la oferta económica fue específico y no genérico, concretando el parámetro en base al cual se definía la anormalidad de la oferta.

A mayor abundamiento, tal y como resulta del documento nº 22 del expediente, tras solicitar dichas ofertas y ante la negativa de Mesa de Contratación, la reclamante manifestó su conformidad con la misma, sin formular reparo alguno, afirmando que procedería a justificar su oferta económica sin hacer referencia a los datos de las ofertas económicas presentadas por el resto de las empresas.

Por las razones expuestas no procede estimar los motivos alegados al no constituir incumplimiento alguno de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 98 de la LFCP.

El siguiente de los motivos alegados se refiere a la interpretación errónea de la tabla Excel incorporada en la justificación de los precios de los cuatro servicios de la oferta incurso en anormalidad.

En relación con esta cuestión, cabe comenzar recordando que el artículo 98 de la LFCP establece lo siguiente respecto a las ofertas anormalmente bajas:

*“1. 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 anomalía 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 debemos aludir a la doctrina dictada por este Tribunal en relación con la justificación de las ofertas anormalmente bajas. Así, en nuestro Acuerdo 78/2023, de 23 de octubre, señalamos 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 periclitado 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, hemos puesto de manifiesto 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. Y así, expusimos en nuestro Acuerdo 98/2022, de 24 de octubre, 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.”*

*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 expuesto 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 amparadas 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”. Habiendo señalado, de igual modo, que en aquellos casos en los que el*

*informe técnico no comparta la justificación dada por la licitadora sobre la viabilidad de su oferta, es evidente que dicho informe debe motivarse, saliendo al paso de lo alegado por el interesado, rebatiendo su argumentación mediante una resolución reforzada.”*

Atendiendo a esta doctrina debemos verificar que efectivamente la apreciación de la viabilidad de las ofertas anormalmente bajas se sujeta a los procesos formales de la valoración previstos legalmente, siendo fundamental la motivación del informe técnico evaluador de la justificación aportada por el licitador.

Pues bien, acudiendo al citado informe contenido en el acta nº 3 y que figura como documento nº 29 del expediente, se indica en lo que ahora interesa lo siguiente:

*“La licitadora ADELANTA FIELD MARKETING SL envió el día 4 de septiembre de 2023 un documento denominado “Justif. Econ. Servicios Licit. Jun. 2023” respondiendo al requerimiento a través de PLENA.*

*En el punto 3 “Estimación de ingresos y costes escandallo de servicios”, apartado 3.1. se dice lo siguiente:*

*“Definimos los precios de nuestros servicios tras una estimación rigurosa de ingresos, escandallo de servicios y análisis de costes. El objetivo es conocer cuál es la estructura de costes de la compañía y saber calcular el punto de equilibrio, de forma que decidimos los precios y qué medidas tomar para incrementar su productividad o para reducir el valor económico que cuesta desarrollar una unidad de servicio.”, y se adjunta en la siguiente tabla ingresos, costes de ventas y margen bruto de producto para justificar la oferta presentada.*

*(...)*

*En todos los servicios requeridos para justificar (“Sondeo previo”, “Agenda de contactos”, Información sobre canales de distribución” y “Listado vivo de importadoras”) el “coste de ventas” es 0 y el “margen bruto” es 100%.*

*En la oferta técnica presentada por ADELANTA FIELD MARKETING SL declaraba un equipo de trabajo formado por una coordinadora en España, una coordinadora en China, un responsable de estudios y análisis, un responsable de*

*diseño, un responsable de sondeos y encuestas y una traductora; en total un equipo formado por 6 profesionales. No se comprende cómo la licitadora ADELANTA FIELD MARKETING SL va a realizar los servicios propuestos sin dedicar a ellos ningún empleado de los 6 que ha declarado que va a dedicar al contrato, además de otros gastos fijos en el que incurren las empresas.*

*A la vista de lo cual, y de acuerdo con el artículo 98.3 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, la Mesa de contratación considera que el documento aportado por ADELANTA FIELD MARKETING SL no justifica satisfactoriamente ni el precio ni los costes propuestos.*

*Por consiguiente, se acuerda rechazar la oferta económica presentada por la empresa ADELANTA FIELD MARKETING SL al contrato para la prestación de servicios personalizados de destino, en China, para mejorar el posicionamiento y consolidación de las empresas navarras.”*

Se advierte en este sentido que tal y como se indica en el acta reproducida, en la justificación presentada por la reclamante, en su punto 3.1 se señala que la definición de los precios de sus servicios se realiza tras una estimación rigurosa de ingresos, escandallo de servicios y análisis de costes, incorporándose una tabla donde se indica el precio de venta para cada uno de los cuatro servicios cuya justificación fue requerida, señalándose en todos ellos un coste de ventas de 0 euros y un margen bruto del 100%.

Alega la reclamante, a este respecto, que la Mesa de Contratación ha interpretado erróneamente dicha tabla, pues es evidente que no puede existir un servicio con un coste 0, y que la indicación de este coste ha sido el resultado de eliminar de la tabla los datos de coste de producción, siendo así que lo que debe justificarse es el precio y no el coste. Señala que, al eliminar dichos datos y como la tabla tiene fórmulas, sale un beneficio del 100%, no siendo este resultado real. Además, señala que este margen bruto aparece en gris y cursiva, lo que supone un indicativo de que no debe tenerse en cuenta.

No obstante, pese a lo argumentado, debemos puntualizar que los errores existentes en dicha estimación son de exclusiva responsabilidad de la empresa reclamante, dada la carga probatoria que le incumbe, no debiéndose a una errónea

interpretación de la Mesa de Contratación, como hemos constatado, que no ha hecho sino atender a las cifras consignadas en la misma. Sin que tampoco resulte clarificador, como pretende la reclamante, el hecho de que el “Margen bruto” aparezca en la tabla en gris y cursiva, pues ninguna advertencia se realiza respecto al significado de dicha circunstancia. Debemos insistir por tanto en que la justificación de la oferta se realiza mediante una estimación de costes y beneficios, siendo la referida tabla la única justificación numérica aportada, la cual contiene errores exclusivamente imputables al licitador que la presentó.

Por ello, consideramos que la valoración de la justificación aportada por la reclamante se ha producido atendiendo a su contenido, sin que se aprecie arbitrariedad o discriminación alguna, ni error material en su realización, por lo que debemos igualmente desestimar este motivo de impugnación.

Se alega también en este aspecto que la Mesa de Contratación debió haberle requerido una aclaración sobre el contenido de la citada tabla si albergaba alguna duda al respecto, siendo preferible solicitar cuantas aclaraciones considere pertinentes antes de adoptar la relevante decisión de excluir la oferta.

En este sentido debemos indicar que este Tribunal no se ha opuesto a que en el trámite de justificación de la viabilidad de la oferta económica se soliciten las aclaraciones que se estimen pertinentes, sin que ello suponga un menoscabo del principio de igualdad de trato, por todos nuestro Acuerdo 22/2023, de 24 de febrero, antes referido. Sin embargo, debe repararse también en que tal posibilidad deberá realizarse, como el propio reclamante señala, siempre y cuando la Mesa de Contratación o, en su caso, la unidad gestora, tuvieran alguna duda respecto a la justificación aportada, no siendo este el caso, tal y como resulta del contenido de la transcrita acta de 27 de septiembre, razón por la que debe también desestimarse la alegación formulada al respecto.

Siguiendo con el análisis de los motivos esgrimidos se alega por la reclamante la ausencia de publicación de la resolución recurrida, considerando a su parecer una causa de nulidad por incumplimiento de los artículos 88 y 102 de la LFCP.

Pues bien, según dispone el artículo 102.1 de la LFCP *“Las adjudicaciones de contratos, excepto las llevadas a cabo mediante el régimen especial de adjudicación para contratos de menor cuantía, se anunciarán en el Portal de Contratación de Navarra en el plazo de cinco días desde la finalización del plazo de suspensión de la eficacia de la adjudicación del contrato”*, señalando el artículo 101.2.a) que la eficacia de la adjudicación quedará suspendida *“Durante el plazo de diez días naturales contados desde la fecha de remisión de la notificación de la adjudicación, si dicha remisión se hace a través de medios electrónicos”*.

Así, en el presente caso, la notificación se remitió por medios electrónicos el 3 de noviembre, por lo que tras el plazo de suspensión de la eficacia de la adjudicación, comenzó el cómputo del plazo de cinco días para publicar la adjudicación, finalizando el 20 de noviembre, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 30.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas, conforme al cual *“Cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente”*. Si bien, la eficacia de la adjudicación volvió a suspenderse el día 22 de noviembre, como consecuencia de la reclamación especial interpuesta, por cuanto la LFCP señala en su artículo 101.3 que *“El acto de adjudicación quedará suspendido por la mera interposición de una reclamación en materia de contratación pública hasta el momento en que se resuelva dicha reclamación o hasta que transcurra el plazo legal para resolverla”*, y 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”*.

Expuestos los antecedentes relevantes, debemos dar la razón a la reclamante puesto que la adjudicación debió publicarse en el Portal de Contratación de Navarra tras la finalización de la suspensión de su eficacia, si bien el reconocimiento de esta circunstancia no tendrá los efectos pretendidos por la misma.

Conviene traer a colación a este respecto la Resolución 66/2021, de 21 de abril, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, conforme a la cual *“El recurrente alega que se ha infringido el artículo 151 de la LCSP al no haberse publicado el acuerdo de adjudicación. Al respecto, consta en el expediente que se han publicado en el perfil del contratante los datos relativos a la adjudicación, la fecha de la misma y los informes de valoración de los criterios de adjudicación junto con sus actas. Por otro lado, aparece igualmente en el expediente que fue notificada a los licitadores la adjudicación del contrato. Ante este concreto reproche que efectúa la recurrente, debe indicarse que la mera falta o retraso de la publicación en el perfil del contratante no tiene encaje en ninguno de los supuestos de invalidez establecidos en los artículos 38 a 40 de la LCSP, y que ha sido voluntad del legislador reservar la sanción de nulidad de pleno derecho a los casos que afectan, según el artículo 39.2 c) de la LCSP, a la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135. Por ello, la infracción denunciada, en el peor de los casos, sería una irregularidad no invalidante (ver el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, en adelante LPAC). En cualquier caso, no se aprecia indefensión de la recurrente, pues consta en el expediente la práctica de la notificación de la adjudicación con fecha 5 de febrero de 2021 de la forma requerida en el artículo 151 de la LCSP, que ha permitido que haya podido interponer un recurso debidamente fundado.”*

Coincidiendo con el argumento expuesto, entendemos que dicho incumplimiento en ningún caso constituye un vicio de nulidad, tal y como se afirma, sino una irregularidad no invalidante, en los términos previstos en el artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, dado que, tal y como resulta del expediente de contratación, dicha adjudicación le fue remitida por correo electrónico el 16 de noviembre, al haber caducado la notificación electrónica el día 14 de dicho mes, al no haber accedido la

reclamante a su contenido, no apreciándose por tanto perjuicio ni indefensión a la reclamante como consecuencia de la misma.

Se alega como último motivo de impugnación, que el requerimiento de justificación del precio se hizo en el mes de agosto, siendo este un mes de descanso para el profesional y el ciudadano, pero con validez plena y con producción de efectos en los procedimientos administrativos, si bien se cuestiona si es correcta y constituye una buena práctica la realización de la notificación en dicho mes, afirmando que incumple de forma flagrante el código ético de la Administración de servir al administrado y garantizar el respeto de los derechos que le asisten.

Adelantamos ya que debemos desestimar tal alegación. Como la propia reclamante reconoce, el mes de agosto es un mes hábil para la realización de actuaciones administrativas, por lo que la realización del requerimiento de justificación de la oferta anormalmente baja en dicho mes no constituye incumplimiento legal alguno, siendo así que las afirmaciones que se realizan respecto a las buenas prácticas administrativas y al código ético de la Administración constituyen manifestaciones sin soporte legal alguno.

Resta señalar que la reclamante bien pudo ponerlo de manifiesto con ocasión de la realización del citado trámite, lo que sin embargo no hizo, hecho sobre el que incide el Acuerdo 41/2023, de 5 de junio, de este Tribunal, que conviene reproducir y cuyas consideraciones son trasladables a la alegación planteada, en concreto cuando indicamos que *“Siendo esto así, si dicho plazo de subsanación era, a juicio de la reclamante, excesivamente breve o de difícil cumplimiento por coincidir con días festivos, debió, como alega el órgano de contratación, haberlo puesto de manifiesto en su momento, y no tras la exclusión de su oferta motivada precisamente por su incumplimiento, incurriendo en un comportamiento contrario a la doctrina de los actos propios, como este Tribunal entendió en su Acuerdo 16/2022, de 8 de febrero: “Si la entidad Getinge albergaba alguna duda respecto al requerimiento formulado, debió ponerlo de manifiesto en el momento oportuno, vulnerando la alegación realizada la doctrina de los actos propios contenida, entre otros, en el Acuerdo 54/2019, de 14 de*

*junio, conforme al cual “No obstante, el reclamante, a pesar de lo que ahora esgrime, no cuestionó en ningún momento el requerimiento de la Mesa de contratación para que acreditara el tanto por ciento ofertado para la subcontratación a través de Centros de Inserción Sociolaboral y/o Centros Especiales de Empleo. El reclamante, en lugar de oponerse a justificar en ese momento la forma y modo de la subcontratación, por idénticos motivos a los ahora esgrimidos, acredita voluntariamente la identificación de la empresa subcontratada con la documentación que la acredite como Centro de Inserción Sociolaboral y/o Centro Especial de Empleo y los trabajos concretos a desarrollar en el contrato, el importe económico que alcanza la subcontratación y el compromiso de la empresa subcontratada de realizarlos en el plazo que garantice la ejecución total del contrato en 90 días naturales desde el acta de replanteo.*

*En este punto conviene recordar la doctrina del non licet contra los actos propios como uno de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades junto con el denominado “pacta sunt servanda” y el imperio de la buena fe. Sobre este principio general del Derecho el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 24 de mayo de 2001, ha establecido que: “es principio general de Derecho, que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, principio que tenía ya constancia en el añejo texto de Las Partidas, y que supone un límite del derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia de la buena fe y de la exigencia de la observancia de una coherencia en el ámbito del tráfico jurídico y siempre que concurren los presupuestos o requisitos exigidos por la doctrina para su aplicación y que son los siguientes: a) En primer lugar, que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídicamente afectante a su autor y b) que exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente-”*

*Por tanto, según la llamada doctrina de los actos propios el autor de una declaración de voluntad queda vinculado al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio o contrario, se fundamenta en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación.*

*La actuación del ahora reclamante resulta evidente que contradice su actuación precedente en la que aceptó la actuación de la Mesa de contratación al no reclamar ni rebatir el requerimiento y aportando la documentación solicitada, en consecuencia, procede desestimar este motivo de impugnación.”*

*En definitiva, la reclamante atendió el requerimiento de subsanación formulado, dando cumplimiento al mismo y presentando la documentación que consideró acreditaba su solvencia técnica y profesional, sin que alegara en momento alguno anterior a la reclamación especial la falta de claridad en el citado requerimiento respecto a qué aspecto o punto del requisito de solvencia no se consideraba cumplido. Por ello, debe desestimarse la alegación planteada.”*

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 ADELANTA FIELD MARKETING, S.L. frente a la Resolución 468/2023, de 31 de octubre, del Director General de Fomento Empresarial, por la que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato “*para la prestación de servicios personalizados en destino, en China, para mejorar el posicionamiento y consolidación de las empresas navarras*”, licitado por el Departamento de Industria y Transición Ecológica y Digital Empresarial del Gobierno de Navarra.

2º. Notificar este acuerdo a ADELANTA FIELD MARKETING, S.L., al Departamento de Industria y Transición Ecológica y Digital Empresarial del Gobierno de Navarra, 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 diciembre de 2023. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer.  
LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.