



Expediente: 88/2022

ACUERDO 3/2023, de 10 enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don L. F. R. B., en nombre y representación de LIMPIEZAS Y SERVICIOS MAJU, S.L., frente a la Resolución 300E/2022, de 9 de diciembre, de la Directora General de Recursos Educativos, por la que se adjudican los lotes 1, 3, 7, 8, 9, 10, 13, 19, 20, 21, 22 y 25 del contrato del servicio de limpieza ordinaria de 25 centros de enseñanza para el periodo comprendido entre el 16 y el 31 de diciembre de 2022.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de junio de 2022, el Departamento de Educación del Gobierno de Navarra publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación de la “*Contratación del servicio de limpieza de 25 centros de enseñanza*”.

El 24 de junio se produjo la publicación de dicho anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El objeto de dicho contrato se dividió en 25 lotes, correspondiendo cada lote a un centro de enseñanza.

La mercantil LIMPIEZAS Y SERVICIOS MAJU, S.L. concurrió a los lotes 1, 3, 7, 8, 9, 10, 13, 19, 20, 21, 22 y 25, no habiendo resultado adjudicataria de ninguno de ellos.

SEGUNDO.- Con fecha 21 de julio la Mesa de Contratación procedió a abrir el sobre A “Documentación Administrativa” presentado por los licitadores que

concurrieron a cada uno de los lotes, admitiendo a todos ellos tras la subsanación completada por OMEGA SERVICIOS ESPECIALIZADOS, S.L. y DISTRIVISUAL, S.L.

En la misma fecha se produjo la apertura del sobre BC “Ofertas de criterios cuantificables”, constatándose que las ofertas económicamente más ventajosas formuladas en todos los lotes eran anormalmente bajas, razón por la que se solicitó su justificación. Presentada y valorada esta, la Mesa de Contratación decidió acerca de la admisión o exclusión de dichas ofertas, señalando cuál era la oferta más ventajosa tras la realización de dicho trámite. Se adjuntan al acta diversas tablas con la valoración de las ofertas.

Con fecha 17 de noviembre la Mesa de Contratación rectificó la valoración realizada de las ofertas anormalmente bajas en los lotes 5, 13, 16, 21 y 22, al advertir que se había utilizado el coste de la categoría de Encargado General cuando la categoría indicada en los datos del personal subrogable era la de Jefe de Grupo General de limpieza interior.

Formulada la propuesta de adjudicación, por la Resolución 300E/2022, de 9 de diciembre, de la Directora General de Recursos Educativos, se adjudicó el contrato. Las empresas adjudicatarias de los lotes a los que se refiere la reclamación especial interpuesta fueron las siguientes:

LOTE	Importe licitación 12 meses	Empresa adjudicataria	Oferta 12 meses adjudicatario	Importe adjudicación 16 a 31 de diciembre 2022
1	25.911,62 €	Distrivisual S.L.	23.838,69 €	1.044,98 €
3	75.735,36 €	Distrivisual S.L.	69.676,53 €	3.054,31 €
7	131.551,42 €	Distrivisual S.L.	121.027,32 €	5.305,31 €
8	45.212,53 €	Quosec Calidad y Servicios S.L.	42.080,01 €	1.844,60 €

9	58.548,82 €	Distrivisual S.L.	53.864,91 €	2.361,20 €
10	198.370,90 €	Distrivisual S.L.	182.501,22 €	8.000,05 €
13	125.334,55 €	Zaintzen S.A.	114.305,19 €	5.010,64 €
19	146.230,92 €	Brocoli S.L.	139.055,73 €	6.095,59 €
20	69.569,82 €	Distrivisual S.L.	64.004,22 €	2.805,66 €
21	105.456,52 €	Omega Servicios Especializados S.L.	97.874,97 €	4.290,41 €
22	187.000,43 €	Omega Servicios Especializados S.L.	168.300,39 €	7.377,55 €
25	156.695,28 €	Distrivisual S.L.	144.159,63 €	6.319,33 €

TERCERO.- Con fecha 19 de diciembre, don L. F. R. B. interpuso, en nombre y representación de LIMPIEZAS Y SERVICIOS MAJU, S.L., una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la adjudicación de los lotes 1, 3, 7, 8, 9, 10, 13, 19, 20, 21, 22 y 25 del contrato, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. Infracción del principio de concurrencia (así como de publicidad y transparencia) y de los criterios de adjudicación, así como del pliego, por adjudicación a oferta anormalmente baja

Señala que, conforme al artículo 98 de la LFCP, no procede adjudicar contratos a ofertas que sean anormalmente bajas (que se presume no van a cumplir el contrato) porque vulnera los principios básicos de la contratación ya que no se adjudicaría a la oferta más ventajosa.

Manifiesta que, igualmente, es claro que con independencia de lo que señale el pliego (que puede concretar o determinar desde cuándo se presume en todo caso que existe una oferta anormalmente baja), si una oferta se demuestra que es anormalmente baja (aunque cumpla lo previsto en el pliego para no presumirse anormalmente baja) no puede ser objeto de adjudicación.

Alega que en el presente caso el precio de oferta y adjudicación de los lotes impugnados infringe el precepto transcrito y hacen presumir que el contrato no se va a cumplir regularmente.

Señala que el precio de la prestación de servicios de limpieza está basado en tres elementos, que son la mano de obra directa, los aprovisionamientos y los gastos de estructura y organización, si bien la Mesa de Contratación se ha centrado, a la hora de valorar la anormalidad de la oferta, en la comprobación de si la misma cubre el coste del personal subrogable, *“sin entrar a valorar el resto de conceptos indicados en la justificación de su oferta económica”*, como la misma señala en su acta nº 2, de tal forma que cuando el importe anual calculado supera el correspondiente a la mano de obra, la oferta ha sido considerada válida y admitida.

Manifiesta que el artículo 66.3.b) de la LFCP dispone que *“la oferta económica deberá ser adecuada para que el adjudicatario haga frente al coste derivado de la aplicación, como mínimo, del convenio sectorial que corresponda, sin que en ningún caso los precios/hora de los salarios contemplados puedan ser inferiores a los precios/hora, más las mejoras precio/hora del convenio más los costes de la Seguridad Social”*, si bien ello no ha de suponer que no deban valorarse el resto de elementos (aprovisionamientos y gastos de estructura), pues la oferta debe ser suficiente para garantizar la viabilidad del servicio contratado y si no se presupuestan adecuadamente estos dos elementos, el servicio no será viable.

Alega que, además, ha de tenerse en cuenta el coste derivado del absentismo laboral, si bien la Mesa de Contratación señala que en la valoración del importe del personal subrogable se incluyen únicamente *“salario base + plus + antigüedad a 27/07/2022 + seguridad social”*.

Señala que se adjunta para cada uno de los lotes respecto de los que se interpone la reclamación una tabla donde se resumen los conceptos en los que se basan las adjudicaciones y memoria explicativa de cada uno de los valores que en la tabla se

tratan, donde se puede comprobar y constatar cómo los precios ofertados resultan notoriamente insuficientes para dar viabilidad a los servicios que se pretende contratar.

Manifiesta que en las referidas tablas se ha incluido una que recoge los datos referidos a 2023, pues no tendría sentido contratar a estas alturas del año si no hubiera intención de prorrogar el contrato, por lo que entienden que la entidad contratante debe asegurar la viabilidad del servicio contratado también en 2023. Señala que se da la circunstancia de que el precio del servicio no se modificará con respecto al establecido para 2022 (la licitación no contempla actualización de precio alguna en las prórrogas) pero el coste laboral se incrementa en un 2,25% y el del resto de gastos (aprovisionamientos y estructura) lo hará en mayor medida.

Concluye que todos los parámetros de gasto que han utilizado se han tratado con criterio de prudencia, habiendo otros componentes de gasto o matices en los mismos que los elevan y que, sin embargo, ante la dificultad de su cuantificación, se han obviado.

2ª. Otras infracciones

Señala que, en relación al lote 8 Zubiarte Euskaltea, se propone como adjudicataria a QUOSEC CALIDAD Y SERVICIOS, S.L., entidad que no ha depositado en el Registro Mercantil las cuentas anuales de 2021 y que, a tenor de las cuentas anuales depositadas en los ejercicios 2020 y 2019, y si no ha procedido a mejorar su capitalización de manera sustancial, se encuentra en causa de disolución pues su patrimonio neto resulta negativo en ambos ejercicios en 821.789,83 y 633.710,92 euros, respectivamente.

Alega que nos encontramos, por ello, ante una adjudicación a una empresa que carece de solvencia.

Asimismo, alega que la adjudicataria del lote 21 CIP Tafalla, OMEGA SERVICIOS ESPECIALIZADOS, S.L., no ha llevado a cabo depósito de cuentas anuales alguno en el Registro Mercantil teniendo cerrado el registro.

Alega que este hecho debe considerarse de nuevo como una infracción por adjudicar a una mercantil que carece de solvencia financiera.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la anulación del acto recurrido y la retroacción de actuaciones para su valoración y adjudicación. Señala, por último, que una vez revise el expediente remitido por el Gobierno de Navarra solicitará, en su caso, prueba.

CUARTO.- Con fecha 22 de diciembre el órgano de contratación aportó el correspondiente expediente, así como un informe elaborado por la Mesa de Contratación a la vista de la reclamación especial, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 126.4 de la LFCP. En dicho informe se señala lo siguiente:

1ª. Que la cláusula 11 del pliego regulador establece lo siguiente:

“11.- OFERTA ANORMALMENTE BAJA

Se considerará oferta anormalmente baja, respecto a las prestaciones del contrato que haga presumir que no va a ser cumplida regularmente, cuando sea inferior en 8 puntos porcentuales del presupuesto 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 licitadores admitidas

En el caso de que sea presentada una oferta anormalmente baja será de aplicación el artículo 98 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.”

Que para el cálculo del precio máximo de licitación de cada uno de los lotes se han tenido en cuenta la cantidad de horas de limpieza necesarias y el coste por hora del servicio de limpieza.

Que dicho coste se ha calculado atendiendo a la mano de obra directa, en base a los datos del personal subrogable facilitado por las empresas que realizan el servicio de limpieza, así como al convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de Navarra vigente. Señala que, igualmente, se han tenido en cuenta varios conceptos, como los materiales de limpieza y fungibles a precio de mercado, equipos de protección (EPI) del trabajador, absentismo, costes estructurales como prevención, amortizaciones, mejoras sociales de convenio, asesoría laboral, contabilidad, seguros, etc., así como el beneficio empresarial.

Que en la tabla que se inserta se indican los importes de licitación (IVA excluido) por cada lote a que afecta la reclamación, donde puede apreciarse el coste calculado de la mano de obra directa y del resto de conceptos, así como su peso en el precio resultante.

Que el coste laboral directo se ajusta a las condiciones del personal respecto al convenio sectorial aplicable y, por tanto, cualquier oferta que sea inferior a dicho coste se considera anormalmente baja, motivo por el que se excluyó a las siguientes empresas:

- ITMA, S.L. lotes 1 a 25
- ZU ETA BIOK, S.L. lote 1
- OMEGA SERVICIOS ESPECIALIZADOS, S.L. lotes 1, 7, 8, 9, 11, 15, 19 y 25
- BROCOLI, S.L. lote 8
- LANALEKOM lote 10
- IROTZ LIMPIEZAS TÉCNICAS, S.L. Y TELIZSA, S.L. PARA I.E.S., UTE lote 13
- GESLAGUN, S.L. lote 2
- ARANGUREN, S.L. lote 8

- DISTRIVISUAL, S.L. lote 21

Que en los costes indirectos es donde cabe el margen comercial de las ofertas para que las empresas ajusten sus ofertas económicas y, en cualquier caso, la Mesa de Contratación comprueba el cumplimiento de lo establecido en los pliegos del contrato, que no fueron recurridos por ninguna empresa.

Que en la tabla que se inserta se indican las empresas adjudicatarias y su oferta económica (IVA excluido) comparada con el precio máximo de licitación por un periodo de 4 meses.

Que, en consecuencia, las ofertas de nueve lotes (1, 3, 7, 8, 9, 10, 19, 21 y 25) que se han propuesto como adjudicatarios no pueden presumirse como ofertas anormalmente bajas, dado que no han bajado de 8 puntos porcentuales, tal y como establece la cláusula 11 del pliego, no habiéndose recurrido las bases de la licitación.

Respecto de los otros tres lotes (13, 20 y 22), una vez solicitada la justificación correspondiente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la LFCP, la Mesa de Contratación analizó la información proporcionada y estimó satisfactoriamente las justificaciones dadas, tal y como consta en el acta 2.

Que, por tanto, las ofertas de los 12 lotes que se reclaman como ofertas anormalmente bajas cumplen todas las condiciones requeridas en el pliego regulador, no pudiéndose aceptar tal motivo de impugnación.

2ª. Que, por otro lado, en el recurso se alegan otras infracciones que se sustentan en un mismo hecho, la falta de depósito en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de alguna de las empresas que han resultado adjudicatarias.

Señala que la cláusula 7.1 del pliego establece los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la LFCP.

Así, los licitadores acreditarán su solvencia económica mediante una declaración sobre el volumen global de negocios en el ámbito de actividades objeto del contrato, durante los tres últimos ejercicios, siempre que el volumen de negocios de un año alcance como mínimo el valor máximo autorizado anual del lote o de la suma de lotes a los que se presente. El apartado 1 del citado artículo 16 entiende por solvencia económica y financiera la adecuada situación económica y financiera de la empresa para que la correcta ejecución del contrato no corra peligro de ser alterada por incidencias de esa naturaleza.

Asimismo, en su apartado 2 establece varios medios de acreditación de la solvencia económica y financiera a disponer en los anuncios, pliegos o invitaciones, dejando esa posibilidad de solicitar uno u otro medio de prueba. Así, en el apartado 4 se permite justificadamente cuando el licitador no se encuentre en condiciones de presentar las referencias solicitadas, que podrá acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el órgano de contratación considere adecuado.

Que en el caso del lote 8, el recurrente pone en duda el cumplimiento del solicitado medio de solvencia económica y financiera argumentando que la citada empresa licitadora no ha depositado en el Registro Mercantil las cuentas anuales de 2021 y que, a tenor de las cuentas anuales depositadas en los ejercicios 2020 y 2019, si no ha procedido a mejorar su capitalización de manera sustancial, se encuentra en causa de disolución pues su patrimonio neto resulta negativo en ambos ejercicios en 821.789,83 y 633.710,92 euros, respectivamente.

Que, igualmente, alega respecto a la adjudicataria OMEGA SERVICIOS ESPECIALIZADOS, S.L. no tener registradas en el Registro Mercantil sus cuentas anuales del 2021.

Que las cuentas anuales proporcionan y permiten ordenar de forma sistematizada todas aquellas situaciones que puedan suponer una alteración de la situación patrimonial y del desempeño de la actividad mercantil, permitiendo su registro público continuado en el tiempo elaborar la “radiografía” del patrimonio de la empresa y su actividad. En

suma, son una imagen fiel del estado patrimonial y de explotación de la empresa cuando ha concluido un ejercicio.

Que, no obstante, el medio solicitado en el pliego para acreditar la solvencia ha sido el establecido en el artículo 16.2.c) de la LFCP, *“la declaración sobre el volumen global de negocios en el ámbito de actividades objeto del contrato, durante los tres últimos ejercicios siempre que al menos el volumen de negocios de un año alcance como mínimo el valor máximo autorizado anual del lote o de la suma de lotes a los que se presente”*, y no el medio de justificación de la letra d) del mismo apartado 2, *“Patrimonio neto, o bien ratio entre activos y pasivos, al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato. La ratio entre activo y pasivo podrá tenerse en cuenta si el poder adjudicador especifica en los pliegos de la contratación los métodos y criterios que se utilizarán para valorar este dato”*, que tiene relación directa con la obligación del registro de cuentas anuales que argumenta el recurrente.

Concluye que, en consecuencia, reconocida por la propia LFCP la discrecionalidad del órgano licitador para solicitar por cualquier medio la solvencia económica y financiera necesaria, no puede aceptarse tal motivo de impugnación, al no ponerse en duda el medio exigido en los pliegos, que tampoco fueron recurridos, y presentado por el adjudicatario propuesto, cuando ni se discute ni se combate, ni se prueba por cualquier medio admitido en derecho su veracidad.

QUINTO.- El 27 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, habiendo presentado las siguientes alegaciones ZAINZTEN, S.A. con fecha 28 de diciembre:

1ª. Causas de inadmisibilidad: falta de legitimación

Alega, con cita de los artículos 123.1 y 127.3.b) de la LFCP y de la Resolución 1102/2022, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que la recurrente carece de legitimación para recurrir todos los lotes en los que su clasificación y posición final, respecto de todas las ofertas presentadas, ha sido la tercera y siguientes, dado que con ocasión de la resolución de su reclamación especial no obtendrá ni puede obtener ningún beneficio material ni jurídico, dado que no podrá llegar a ser nunca la adjudicataria del contrato, y, además, no contiene la reclamación argumento alguno tendente a excluir a las licitadoras que le preceden o a cambiar el orden de clasificación de cada lote, siendo este el caso de los Lotes 1, 3, 7, 9, 10, 19, 20, 21 y 25.

Manifiesta que a idéntica conclusión debe llegarse en el lote 13, en el que la recurrente ha resultado excluida, dado que esta exclusión se acordó por la Mesa de Contratación en su acta de 21 de julio de 2022, sin que conste recurrida esta exclusión por la ahora reclamante, debiendo entenderse como definitiva en vía administrativa, lo que acarrea la consecuencia de que carecerá de legitimación para impugnar la adjudicación de este lote, en cuanto que no podrá llegar a ser la adjudicataria del mismo.

2ª. Sobre los motivos contenidos en la reclamación especial

Alega que, conforme a la Directiva 2014/24/UE, el hecho de que una proposición se encuentre en presunción de anormalidad no implica, de forma automática, que ésta deba ser desechada, sino que debe darse la oportunidad a la licitadora que ha propuesto tal precio para justificar las razones para ello, debiendo la Administración valorar si tal precio es suficiente para garantizar la viabilidad y cumplimiento del contrato, para garantizar el interés público que se trata de atender con la contratación pública, entrando esta valoración dentro de la discrecionalidad técnica que tiene atribuida la Administración.

Señala que en este juicio de viabilidad de la proposición incurso en baja anormal debe tenerse en cuenta si cumple el Convenio Colectivo de aplicación, el cumplimiento de las exigencias contenidas en los pliegos y de la propia oferta, así como las

justificaciones que presente la licitadora cuya proposición ha sido calificada como anormalmente baja.

Manifiesta que no existe norma alguna de contratación pública que impida o prohíba la adjudicación de un contrato a favor de una proposición incurra en baja anormal.

Asimismo, señala que en el presente caso la Mesa de Contratación procedió a excluir las proposiciones que no son suficientes para atender los costes laborales que establece el Convenio Colectivo de aplicación, práctica que está amparada por el artículo 98.4 de la LFCP, en cuanto que impone el rechazo de una proposición que incumpla el convenio colectivo sectorial vigente.

Respecto a que deben valorarse otros elementos de la proposición, alega que este argumento tampoco puede ser admitido, dado que el propio artículo 98.4 de la LFCP establece la obligación para la Administración de rechazar las proposiciones que incumplan el convenio colectivo vigente, lo que debe producirse de manera automática, en el sentido de que una proposición anormalmente baja que no contenga un importe suficiente para atender los costes laborales tal y como vienen fijados por el Convenio de aplicación, debe ser desechada, por mandato de la referida norma y como garantía del debido cumplimiento del contrato.

Respecto de la proposición de una nueva tabla, al margen de las valoraciones técnicas dadas por la Administración, para justificar que los precios ofertados son notoriamente insuficientes para la viabilidad del servicio, señala que esta argumentación supone sustituir el juicio técnico e imparcial de la Administración por el juicio interesado de la reclamante, lo que resulta vedado en derecho, máxime en el presente caso, en que la reclamación no contiene argumento alguno acerca de si la Administración, en el ejercicio de su discrecionalidad técnica, ha cometido algún error o se ha excedido en su ejercicio, incurriendo en arbitrariedad.

Finalmente, respecto a que las adjudicatarias de los lotes 8 y 21 carecen de solvencia económica, se adhiere y hace suyas las alegaciones contenidas en el informe remitido por la Administración.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la inadmisión por falta de legitimación de la recurrente de la reclamación frente a la adjudicación de todos los lotes, excepto los lotes 8 y 22, así como la desestimación de la reclamación dirigida frente a la adjudicación de estos dos últimos lotes.

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 adjudicación 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 se fundamenta en la falta de solvencia económica y financiera, técnica o profesional del adjudicatario, así como 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, apartados b) y c), de la LFCP.

CUARTO.- Debemos detenemos en la verificación de la concurrencia del requisito procedimental correspondiente a la legitimación activa de la reclamante para la impugnación de la adjudicación de los lotes que ha delimitado como objeto de la reclamación especial interpuesta. Y ello no sólo a los efectos de resolver la alegación que sobre este extremo formula la tercera interesada que ha comparecido en el presente procedimiento de reclamación oponiendo como causa de inadmisión la falta de tal

requisito respecto de todos los lotes cuya adjudicación se combate salvedad hecha de los lotes 8 y 22, sino por cuanto las normas que rigen el acceso a los recursos son de carácter imperativo (de orden público), no disponibles para las partes ni para el órgano que debe resolverlos, de forma que el examen de su observancia no está condicionado a la alegación de parte, pudiendo este Tribunal apreciar de oficio la concurrencia de una causa que impida la admisión del recurso (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2005), por lo que es obligado examinar en fase de decisión la pertinencia de la formulación del recurso (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2008).

Respecto a la legitimación activa para la interposición de la reclamación especial en materia de contratación pública, dispone el artículo 123.1 LFCP que *“La reclamación especial podrá ser interpuesta por cualquier persona que acredite un interés directo o legítimo. También podrá ser interpuesta por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna siempre que sea para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que éstas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación”.

Así pues, en la línea apuntada por el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia 103/2022, de 31 de enero, debemos resaltar que la legitimación activa es cualificada, de forma que no basta con discrepar del contenido de una resolución administrativa o considerar que dicha resolución es contraria al ordenamiento jurídico, sino que ha de concurrir, además, una determinada cualidad que habilite para actuar como parte reclamante en un determinado procedimiento. Debe mediar una vinculación entre el sujeto y el objeto de la pretensión que se deduce en el procedimiento de impugnación; en concreto, a tenor del transcrito artículo 123.1 LFCP, la legitimación activa se condiciona, por lo que hace al caso, a la titularidad de un derecho o de un interés legítimo.

Sobre la necesaria vinculación entre el sujeto y el objeto de la pretensión en orden a apreciar la concurrencia del requisito procesal que ahora nos ocupa, resulta especialmente significativa la doctrina recogida por el alto Tribunal en su Auto 2281/2022, de 22 de febrero, cuando expone que *“Constituye la legitimación activa y, más precisamente, la legitimación ad causam que es a la que aquí nos referimos -como recuerda la reciente STS de 2 de noviembre de 2021, rec. 76/2020, en línea con una constante jurisprudencia- la cualidad que habilita a las personas físicas o jurídicas para actuar como parte demandante en un determinado proceso. Y se vincula, en nuestro orden jurisdiccional, a la relación que media entre el sujeto promotor del recurso y el objeto de la pretensión que se deduce. De modo que el recurso sólo puede iniciarse por quien tiene legitimación, pues no se reconoce con carácter general la acción pública, salvo previsión legal expresa.*

Se comprende, por tanto, su indisociable vinculación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE, al que sirve de soporte, del que deriva la necesidad, en la medida en que permite el acceso a la jurisdicción, de evitar interpretaciones que dificulten de manera irrazonable o desproporcionada tal acceso.

A ella se refiere el art. 19 LJCA que en sus diversos apartados desglosa un catálogo de supuestos en los que, como regla general, se vincula la legitimación activa a la defensa de un derecho o interés legítimo, tal y como deriva de la configuración en el art. 24 CE del derecho a la tutela judicial efectiva "de los derechos e intereses legítimos".

Es así doctrina reiterada de esta Sala -que todas las partes conocen y citan en sus respectivos escritos-la necesidad de invocar la afectación de un interés en sentido propio, cualificado y específico, distinto del mero interés por la legalidad, de forma que concurra una relación entre el sujeto que acciona y el objeto de la pretensión que determine que la anulación de lo impugnado produzca para aquél un efecto positivo (un beneficio) o evite uno negativo (un perjuicio), actual o futuro, pero cierto, que debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acuda al proceso, criterio que reitera la jurisprudencia constitucional. El interés legítimo supone que la actuación administrativa impugnada pueda repercutir directa o indirectamente, o en el

futuro, pero de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, en la esfera jurídica de quien la impugna, sin que baste la mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (por citar sólo algunas, SSTS de 25 de mayo de 2006, de Pleno, rec 38/2004; de 3 de marzo de 2014, de Pleno, rec.4453/2012; o la más reciente de 2 de noviembre de 2021, antes aludida, entre otras muchas).

El interés legítimo se delimita, así, caso a caso, en atención a la pretensión ejercitada, en función de si la anulación que se pretende de la actividad administrativa impugnada "supone un concreto beneficio o la evitación de un singular perjuicio a quien ejercita la acción, esto es, una utilidad específica que va más allá del interés genérico de que las Administraciones públicas actúen conforme a derecho" (STS de 15 de julio de 2010, rec. 23/2008). Esta ventaja ha de ser concreta y efectiva, y ha de ser identificada en la interposición de cada recurso contencioso administrativo. No es suficiente, como regla general, que se obtenga el beneficio de carácter cívico que lleva aparejado el cumplimiento de la legalidad (STS de 18 de enero de 2005, rec. 22/2003). Con éstas u otras palabras similares se pronuncia desde antiguo una constante jurisprudencia.

La concurrencia de un interés legítimo es, pues, la regla general para el reconocimiento de la legitimación activa a una persona física o jurídica en la interposición de un recurso contencioso administrativo y así se expresa en el apartado a) de art. 19.1 LJCA.

Sólo como excepción, y así lo recuerda la STS de Pleno de 3 de marzo de 2014, rec. 4453/2012, "en determinadas ocasiones, ese concreto y específico interés legítimo que vincula al recurrente con la actividad objeto de impugnación, no resulta exigible. Por ejemplo, ese requisito legitimador no resulta de aplicación en algunos ámbitos sectoriales de la actividad administrativa, en los que se permite que cualquier ciudadano pueda interponer un recurso sin ninguna exigencia adicional. Es lo que se denomina "acción popular" en el artículo 19.1.h) de la Ley de esta jurisdicción, y que la mayor parte de nuestras leyes sectoriales tradicionalmente la han denominado "acción pública" tan habitual, por ejemplo, en el ámbito del urbanismo o en determinados supuestos relacionados con el medio ambiente. El entronque constitucional de esta acción está en el artículo 125 de nuestra Carta, y exige que una norma con rango de ley así la reconozca expresamente, con la finalidad de

"(r)obustecer y reforzar la protección de determinados valores especialmente sensibles, haciendo más eficaz la defensa de los mismos, ante la pluralidad de intereses concurrentes" como dijeron las SsTS de 14 de mayo de 2010 (casación 2098/06, FJ 5) y 6 de junio de 2013 (casación 1542/10, FJ 5º). Se considera que la relevancia de los intereses en juego demanda una protección más vigorosa y eficaz que la que puede proporcionar la acción de los particulares afectados. Por ello, cualquier ciudadano que pretenda simplemente que se observe y se cumpla la ley, puede actuar, siempre y cuando así le haya sido previamente reconocido. Fuera de estos supuestos, expresamente reconocidos y previstos por la ley, es necesario el concurso del interés legítimo como presupuesto habilitante para poder acceder a la jurisdicción."

En definitiva, quien acciona ante esta jurisdicción debe "resultar afectado" en un interés cualificado y específico, en los términos expuestos, por la resolución que impugne. Al margen de ello, la legitimación activa en este orden jurisdiccional requiere la expresa habilitación del legislador y en los términos en que la ley configure la acción pública (art. 19.1.h/ LJCA).

Doctrina que también este Tribunal ha recogido de forma reiterada en sus resoluciones, señalando, en lo que ahora interesa, que no puede reconocerse la legitimación a quien no podría resultar adjudicatario ni con la estimación total de la pretensión sostenida en su recurso, por cuanto ningún beneficio le reportaría en su esfera jurídica. Pudiéndose citar, por su similitud con el supuesto ahora analizado, nuestro Acuerdo 46/2021, de 11 de mayo, donde manifestamos que *"lo relevante a efectos de que exista esta legitimación es que exista un interés directo o indirecto con el resultado de la reclamación especial, de manera que la actuación impugnada pueda repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso y no simplemente de forma hipotética o previsible, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; resultando así que el primer interés que se puede reconocer a quien interpone un reclamación de este tipo, se encuentra en resultar adjudicatario del contrato, si bien no el único, aunque también en estos supuestos relativos a un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la defensa de la legalidad.*

Apuntamos también que el interés de quien reclama para ser legítimo ha de estar conectado con el objeto del proceso, pues la legitimación no es genérica sino concreta, y la legitimatio ad causam conlleva la necesidad de constatar la interrelación existente entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo 14 octubre de 2003), de modo que ha de ser de la estimación de la pretensión de la que derive la ventaja inmediata, real y efectiva, que permite calificar el interés como legítimo.

En el caso concreto que nos ocupa, la reclamante ha participado en el procedimiento al que se contrae la presente reclamación, presentando oferta a los lotes 7, 10, 11, 12, 13 y 14; resultando ser adjudicataria de los lotes 7 y 14, y tercera y segunda clasificada, respectivamente, en los lotes 10 y 13.

(...).

Por otro lado, la reclamante carece de legitimación no sólo para impugnar la adjudicación de aquéllos lotes en los que no ha presentado oferta - pues respecto a éstos resulta patente que, al no haber concurrido, no obtendría beneficio inmediato o cierto alguno con la estimación de su reclamación - sino también respecto a aquellos otros en los que su posición en el orden de prelación de las ofertas, ante la hipotética estimación de la reclamación no le permitiría ser adjudicataria del contrato.

En este sentido, y en lo que respecta al Lote 10 debe advertirse que la reclamante ha resultado tercera clasificada con una valoración de 60 puntos, frente a los 64,75 y 96 que han obtenido las dos primeras clasificadas, respectivamente. De igual modo, en el Lote 13, al que únicamente concurren dos licitadoras, ha resultado clasificada en segundo lugar con 34,98 puntos frente a los 96 obtenidos por la mercantil que ha resultado adjudicataria.

Partiendo de tal circunstancia, lo cierto es que la reclamante en ningún momento cuestiona la valoración de las ofertas del resto de las empresas que han concurrido a dichos Lotes, limitándose a impugnar tales adjudicaciones sobre la base o en atención, exclusivamente, a la valoración que a su oferta se ha otorgado en relación a los criterios de adjudicación de carácter medioambiental a los que el pliego regulador atribuye una puntuación máxima de 10 puntos. Resultando así que la reclamante no obtendrá beneficio inmediato o cierto alguno de una eventual estimación de la reclamación, ya que no podría resultar, en modo alguno, adjudicataria del

contrato, pues la diferencia de puntuación respecto a las otras interesadas – cuya valoración, repetimos, no recurre – es bien superior a la puntuación máxima que cabe obtener del criterio de adjudicación cuya aplicación cuestiona; de ahí que la misma carezca de interés legítimo para impugnar la adjudicación de dichos lotes, puesto que no ostenta un interés legítimo concreto que se vaya a ver beneficiado por la eventual estimación de la reclamación. Motivo por el cual, debe inadmitirse también la reclamación respecto de estos lotes.”

Sentado lo anterior, procede analizar, pues, respecto a cada uno de los lotes cuya adjudicación se recurre la posición de la reclamante en el orden de prelación de las ofertas para, a la vista de la concreta pretensión deducida, concluir si la estimación de su reclamación le reportaría un beneficio real, directo y efectivo, y, por tanto, si cabe reconocerle o no legitimación activa.

Pues bien, partiendo de que con fundamento en que los precios ofertados por las proposiciones que han resultado adjudicatarias de los distintos lotes resultan notoriamente insuficientes para dar viabilidad a los servicios que se pretende contratar se ejercita como pretensión la anulación de dichas adjudicaciones con retroacción de actuaciones para la nueva valoración de tal viabilidad y adjudicación, acredita el expediente administrativo, por un lado, respecto a los lotes 1, 3, 7, 9, 10, 19, 20, 21, 22 y 25 que la posición de la reclamante en el orden de prelación de las ofertas no es otra que la cuarta (lotes 1, 3 y 19), quinta (lotes 7 y 21), octava (lote 9) séptima (lote 10), sexta (lotes 20 y 25) y tercera (lote 22). Posición de la que resulta que de una eventual estimación de la reclamación anulando la adjudicación la reclamante no obtendría beneficio inmediato o cierto alguno, ya que no podría resultar, en modo alguno, adjudicataria de ninguno de tales lotes pues en todos ellos existen ofertas que han obtenido mayor valoración – cuya admisión y evaluación no se cuestiona - y que serían quienes, en su caso, obtendrían una ventaja a resultas de la acción ejercitada; de ahí que no podamos sino concluir que la reclamante carece de interés legítimo para impugnar la adjudicación de dichos lotes, puesto que, insistimos en ello, no ostenta un interés legítimo concreto que se vaya a ver beneficiado por la eventual estimación de la reclamación.

Por el contrario, según se acredita en el expediente administrativo, en el lote 8 - respecto al cual se alega además que la adjudicataria carece de la solvencia exigida - la reclamante es la segunda oferta mejor valorada; de donde siguiendo el criterio anteriormente expuesto, cabe reconocer la concurrencia de un interés legítimo concreto en la medida en que puede verse beneficiada por la eventual estimación de la reclamación, pues anulada la adjudicación podría resultar adjudicataria de dicho lote.

Finalmente, y en lo que respecta al lote 13, tras la exclusión de dos ofertas por no haber justificado la viabilidad de su oferta anormalmente baja la adjudicación recae a favor de otra de las participantes, quedando la reclamante y otra de ellas empatadas en la segunda mejor posición por haber obtenido igual puntuación; motivo por el cual cabe reconocerle pues legitimación activa para su impugnación, pues no podemos obviar que la aplicación del criterio de desempate previsto en la cláusula 12 del pliego requiere de la solicitud de nueva documentación a los licitadores interesados. Apreciándose por ello una potencial ventaja derivada de la estimación de la reclamación pues anulada la adjudicación y aplicado el criterio de desempate podría resultar adjudicataria de este lote.

Así pues, y recapitulando, sólo cabe apreciar la concurrencia de legitimación activa de la reclamante para impugnar la adjudicación de los lotes 8 y 13; debiéndose inadmitir la reclamación formulada respecto de la adjudicación del resto de los lotes del contrato de referencia.

QUINTO.- Entrando en las cuestiones de fondo, y comenzando por la impugnación correspondiente al lote 8, aduce la reclamante que la adjudicación de dicho lote ha recaído en una oferta anormalmente baja, lo cual hace presumir que el contrato no va a cumplirse regularmente; indicando asimismo que, además de que el precio ofertado resulta insuficiente, la Mesa de Contratación, al valorar la viabilidad económica de la oferta, se ha limitado a examinar si cubre el coste del personal subrogable, sin valorar el coste de absentismo ni otros costes, tales como los de aprovisionamientos y gastos de estructura y organización. Consideraciones a las que se

oponen la entidad contratante y la tercera interesada que ha comparecido en el presente procedimiento en base a los argumentos expuestos de manera detallada en el apartado correspondiente a los antecedentes de hecho del presente Acuerdo al que nos remitimos.

Sobre las ofertas anormalmente bajas comienza el artículo 98 LFCP disponiendo que *“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. (...)”*. Previsión legal que nos obliga a acudir a lo dispuesto en el pliego regulador a estos efectos, por ser éste el documento donde se deben fijar los parámetros a aplicar en cada caso para determinar cuando las ofertas son anormalmente bajas, tal y como de manera expresa recoge el Preámbulo de nuestra LFCP cuando señala 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”*; no asistiendo, por tanto, razón a la reclamante cuando señala que una oferta pueda ser anormalmente baja con independencia de lo previsto en el pliego o *“aunque cumpla lo previsto en el pliego para no presumirse anormalmente baja”*, pues precisamente y por mandato legal serán anormalmente bajas las ofertas incursas en las condiciones que de manera específica establezcan en cada caso los pliegos, de forma que, contrario sensu, aquellas que no reúnan tales condiciones en ningún caso podrán ser calificadas como anormalmente bajas.

Al hilo de lo anterior, obligado es 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”*. 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. Esto también significa que si, como en el caso que nos ocupa, no es impugnado en el momento procedimental normativamente establecido para ello, 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 a la adjudicación, cumplimiento, interpretación y efectos del contrato en cuestión. Doctrina que impide acoger la tesis de la reclamante, pues no habiendo cuestionado los parámetros que el pliego determina para considerar que una oferta es anormalmente baja mediante la impugnación de dicho documento contractual en el momento procedimental habilitado para ello, no cabe, a posteriori, con ocasión de su aplicación sostener que ofertas económicas que se sitúan por encima de dicho umbral resultan insuficientes para ejecutar de forma idónea el contrato y que por ello deben ser calificadas como anormalmente bajas.

Realizada la anterior precisión, en el supuesto analizado, la cláusula 11 señala que *“Se considerará oferta anormalmente baja, respecto a las prestaciones del contrato que haga presumir que no va a ser cumplida regularmente, cuando sea inferior en 8 puntos porcentuales del presupuesto 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 licitadores admitidas

En el caso de que sea presentada una oferta anormalmente baja será de aplicación el artículo 98 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos”. Debiéndose advertir que, tal y como consta en el acta nº 2 de la Mesa de Contratación, de fecha 21 de julio de 2022, la oferta formulada por la adjudicataria del lote 8, no es, conforme a lo preceptuado en la transcrita cláusula 11, anormalmente baja;

motivo por el cual, y sin necesidad de mayor análisis, procede la desestimación de este concreto motivo de impugnación.

También respecto de este lote alega la reclamante que la adjudicataria carece de solvencia, por cuanto se encuentra en causa de disolución debido a su patrimonio neto negativo, a tenor de sus cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2019 y 2020. Motivo de impugnación que no puede prosperar.

Sobre esta cuestión, el artículo 16.1 LFCP determina que *“La persona que vaya a resultar propuesta adjudicataria deberá acreditar la solvencia económica y financiera para la ejecución del contrato. Se entiende por solvencia económica y financiera la adecuada situación económica y financiera de la empresa para que la correcta ejecución del contrato no corra peligro de ser alterada por incidencias de esa naturaleza. El nivel de solvencia económica y financiera será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada al importe de licitación del mismo”*; disponiendo su apartado 3 que *“En los anuncios de contratos, en los pliegos o en las invitaciones de los procedimientos negociados se señalarán los medios de acreditación de la solvencia que se utilizarán de entre los reseñados en el apartado anterior”*.

Este Tribunal ya ha señalado en anteriores ocasiones la discrecionalidad que asiste al órgano de contratación en la elección entre los medios de solvencia previstos legalmente; y así, en nuestro Acuerdo 83/2022, de 16 de agosto, pusimos de manifiesto que *“para participar en una licitación las empresas y profesionales interesados deben acreditar que disponen de la suficiente capacidad y solvencia, así como que la entidad adjudicadora deberá fijar en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación, de forma clara, precisa e inequívoca, los niveles mínimos de capacidad y solvencia que los candidatos y licitadores deben reunir, y estos niveles mínimos deberán estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. Para la acreditación de este cumplimiento, la entidad adjudicadora también deberá fijar en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación los medios, de entre los recogidos en la norma (artículos 16 y 17 de la LFCP), que mejor sirvan para acreditar la solvencia de los licitadores, pudiendo*

escoger uno o más de ellos. Estos medios, en el caso de la solvencia técnica deberán tener, además, directa relación con la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de los suministros o de los servicios que se pretenda contratar. Por tanto, corresponde al órgano de contratación la determinación de los medios y documentos a través de los cuales deben los licitadores acreditar que cuentan con la solvencia suficiente para concurrir a la licitación de referencia, correspondiendo también a aquél establecer los valores mínimos a partir de los cuales se entiende acreditada la solvencia y ello porque, en el caso de no fijar tales valores mínimos, la acreditación de la solvencia se convertiría en un mero formalismo que no garantizaría la correcta ejecución del contrato.

Así pues, los preceptos citados atribuyen al órgano contratación una facultad discrecional en orden a la determinación de los requisitos mínimos de solvencia a exigir en cada caso; facultad que deberá ser ejercitada con respeto a los límites establecidos por los mismos, sin que pueda admitirse una exigencia en tal sentido desproporcionada puesto que ello supondría una clara vulneración del principio de concurrencia; principio de proporcionalidad que requiere, en definitiva, que toda limitación de los derechos de quienes estén llamados a concurrir a una licitación pública tienda a la consecución de fines legítimos y sea cuantitativa y cualitativamente adecuada. Y como tal potestad discrecional no es posible sustituir, en su correcto ejercicio, la elección que el órgano de contratación realice de entre las distintas soluciones amparadas por la norma de aplicación por ninguna otra, sin perjuicio de estar sometida a control jurisdiccional.”

Descendiendo al caso concreto, el pliego regulador del contrato, en su cláusula 7.1, respecto de la solvencia económica y financiera, dispone que “*De acuerdo con el artículo 16 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, los licitadores acreditarán su solvencia económica mediante una declaración sobre el volumen global de negocios en el ámbito de actividades objeto del contrato, durante los tres últimos ejercicios siempre que al menos el volumen de negocios de un año alcance como mínimo el valor máximo autorizado anual del lote o de la suma de lotes a los que se presente.*”

En el caso de participaciones conjuntas la solvencia económica y financiera podrá ser justificada indistintamente por cualquiera de las empresas que concurran conjuntamente, así como de forma acumulativa entre los integrantes de dicha participación". Medio de acreditación de la solvencia económica y financiera que se corresponde con el previsto en el artículo 16.2.c) LFCP.

Así las cosas, y en ejercicio de la discrecionalidad que le asiste en este ámbito el órgano de contratación eligió como medio de acreditación de la solvencia económica y financiera la aportación de una declaración sobre el volumen global de negocios en el ámbito de actividades objeto del contrato referida al periodo temporal antes indicado y acreditativa de los umbrales también indicados en la cláusula transcrita; éste y no otro es el medio exigido en el pliego y por tanto el parámetro a tener en cuenta al valorar el cumplimiento del requisito de solvencia de las personas participantes en la licitación.

Siendo esto así, resulta que la adjudicataria, según consta en el expediente (documento "6.C Documentación adjudicatarios.zip"), presentó la documentación acreditativa de cumplir el requisito de la solvencia económica y financiera conforme a lo exigido en el pliego; de forma que, en contra de lo alegado, la adjudicación de este lote no ha recaído a favor de una empresa que carece de solvencia, sin que a tales efectos pueda tenerse en cuenta, como pretende, que el patrimonio neto de los ejercicios 2019 y 2020 sea negativo pues, como decimos, la solvencia económica y financiera ha sido acreditada conforme a lo preceptuado en el documento de carácter contractual que sirve de base a la licitación.

SEXTO.- En relación con el lote 13 reitera la reclamante el motivo de impugnación y alegaciones referidas en el fundamento de derecho precedente sobre la anormalidad de la oferta; si bien, y a diferencia de lo señalado respecto al lote 8, la oferta de la adjudicataria de este lote sí es, atendiendo al umbral de temeridad señalado en la cláusula 11 del pliego, anormalmente baja.

Partiendo de tal premisa, la resolución de las cuestiones planteadas ha de partir de la regulación contenida en el artículo 98 LFCP que tras indicar, como se ha dicho,

que el pliego determinará las condiciones para considerar anormalmente baja, establece que *“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”

Por influencia del Derecho Comunitario, la regla general del Derecho español es la de adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa, estableciéndose como excepción a dicha regla general que la adjudicación pueda no recaer a favor de la proposición que reúna tal característica cuando ésta incurra en valores anormales o desproporcionados.

La apreciación de que la oferta tiene valores anormales 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; por ello, tal circunstancia no implica su exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia al licitador afectado para que justifique la viabilidad económica de la proposición, y de recabar los asesoramientos técnicos procedentes. 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 periculado 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, 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. 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. La apreciación de la viabilidad del contenido de tales justificaciones en relación con el de las propias ofertas responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde a la Mesa de Contratación o a la unidad gestora del contrato, a una valoración de elementos técnicos que en buena medida pueden ser apreciados en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado.

A la vista de dicha documentación y justificaciones, y a los efectos de su valoración, el artículo 98 LFCP no sólo señala que sólo podrán ser rechazadas tales ofertas cuando los documentos a estos efectos aportados no justifiquen satisfactoriamente el precio o los costes propuestos, sino que en su apartado cuarto obliga al rechazo de aquellas ofertas que aunque justificadas impliquen un incumplimiento de las obligaciones que han de asumir los contratistas en materia medioambiental, social o laboral, incluyendo en lo laboral, los convenios colectivos sectoriales vigentes.

El rechazo de la oferta exige de una resolución debidamente motivada que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva; así lo pone de manifiesto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 685/2016, de 9 de septiembre, donde señala que *“en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación –“resolución reforzada” como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, siendo la más reciente la nº 559/2014 de fecha 22 de julio–. Sin embargo, esto no implica, ni quiere decir, que aquellos otros casos en los que se considere que el licitador ha dado razones suficientes para considerar que la oferta es viable a pesar de su apariencia de anormalidad o desproporción, se deba aducir necesariamente una motivación distinta de la ya expuesta en su escrito por el licitador. Siendo ésta suficiente, nada exige que el asesor técnico verifique no sólo la realidad de lo alegado sino también, si entiende justificada que la proposición no incurre en anormalidad que la haga inviable, recoja en el informe sus propias razones motivando el porqué de la razón que asiste al interesado”, como también señala la nueva Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, “el poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes*

propuestos...”, y en el mismo sentido el artículo 84.3 de la DIRECTIVA de sectores excluidos (Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero), al establecer que “la entidad adjudicadora evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo 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.”.

Adicionalmente, debemos advertir que no es cometido de este Tribunal la revisión de los criterios técnicos empleados por la Mesa de contratación para valorar la justificación de las ofertas anormalmente bajas, toda vez que incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración; si bien ello 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.

Para desvirtuar la valoración realizada por la Mesa de Contratación en esta materia, será preciso que el reclamante ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio de la Mesa, resulta infundado o se aprecia que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable.

Descendiendo al caso concreto, la justificación de la viabilidad económica de la oferta formulada por la adjudicataria de este lote consta en el documento “5. Justificaciones bajas temerarias.zip” del expediente de contratación, donde se señala que la misma *“es suficiente para atender todos los costes necesarios para la ejecución del contrato, con todas las prestaciones y requerimientos exigidos por los pliegos”*, desglosándose a continuación los costes directos e indirectos de la oferta. Así, entre los primeros se incluyen los del personal (en atención al personal subrogable, a las horas de prestación del servicio y a la aplicación del convenio colectivo del sector), que integra el gasto de absentismo y los gastos de adquisición de productos, consumibles y utensilios de aseos, así como otros correspondientes a la uniformidad del personal y a la

vigilancia de la salud; entre los costes indirectos se incluyen los gastos generales y el beneficio industrial. La documentación justificativa aportada cuantifica cada uno de dichos costes, explicitando que se ha previsto un 1,65% para el futuro incremento salarial; y alude a las medidas de ahorro que repercuten en el coste del contrato, donde se señalan, entre otras, la disposición de utensilios, útiles, herramientas y maquinaria ya comprada y amortizada, así como acuerdos con proveedores y subcontratas que permiten la adquisición de productos y material a bajo precio, acompañando prueba de la existencia de dichos acuerdos comerciales en un número de cuatro, teniendo por objeto la gestión de contenedores higiénicos femeninos, el suministro de calzado, el de productos de limpieza y de uniformes para el personal.

La justificación aportada es analizada por la Mesa de Contratación, tal y como consta en el acta de la reunión de dicho órgano colegiado celebrada con fecha 17 de noviembre de 2022, que incluye una tabla resumen de todos los conceptos de gastos justificados por la licitadora; y entendiendo que tal documentación es suficiente a los efectos de justificar su viabilidad se admite la oferta, refiriéndose a la válida justificación del coste de personal. Ciertamente, se señala que la admisión se hace “sin entrar a valorar el resto de conceptos indicados en la justificación de su oferta económica”, si bien de ello no cabe deducir, como hace la reclamante, que éste sea el único aspecto que se haya tenido en cuenta sino que dada su especial importancia a la luz de lo dispuesto en el artículo 98.4 LFCP constituye la referencia principal para determinar la viabilidad y admisión de la oferta, pero no hay duda de que en tal apreciación se ha examinado la justificación aportada sobre el resto de los conceptos, como refleja el acta de la Mesa de Contratación; debiéndose recordar, al respecto, que la admisión de la oferta anormalmente baja a la vista de la justificación aportada no precisa, como hemos indicado anteriormente, de una motivación reforzada.

Sea como fuere, lo cierto es que frente a ello la reclamante alega que el precio ofertado resulta insuficiente, aportando como prueba de ello las tablas y explicaciones que adjunta relativas a distintos lotes, pero sin adjuntar, precisamente, la correspondiente al lote 13, contraviniendo así el principio de la carga de la prueba que le incumbe, respecto al que en nuestro Acuerdo 104/2022, de 1 de diciembre, señalamos que “(...) son varios los acuerdos de este Tribunal conforme a los cuales recae en cada

una de las partes la carga de probar los hechos que alega, de modo que una mera sospecha carente de prueba no puede desvirtuar la presunción de validez de los actos administrativos. Así como indicamos en el Acuerdo 17/2022, de 9 de febrero: “debemos traer a colación la doctrina referente a que cada una de las partes ha de soportar la carga de probar los hechos que invoca en su provecho, a fin de acreditar lo que a su derecho convenga. Principio jurídico de la carga de la prueba que, tal y como afirma el Tribunal Administrativo Central Recursos Contractuales en su Resolución 607/2016, de 22 de julio, “se recogía en nuestro ordenamiento con carácter general en el originario artículo 1.214 del Código Civil, cuando disponía que “incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone”, y se recoge hoy en el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuando establece que “corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención. Ello supone, en el ámbito del procedimiento contradictorio, que quien tiene la titularidad de la carga de la prueba es la parte que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión, teniendo la carga de la prueba una dimensión formal, correspondiendo a las partes probar los hechos introducidos en sus alegaciones, y otra material, ofreciendo al órgano llamado a resolver un criterio para resolver dudas sobre medios probatorios desestimando las pretensiones según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos inciertos.

Así las cosas, corresponde a la recurrente probar lo que afirma e introducir los argumentos jurídicos que, a partir de los hechos probados, permitan a este Tribunal pronunciarse sobre su pretensión”.

Siendo esto así, este Tribunal no puede sino concluir que la reclamante no ha desvirtuado la valoración que sobre la suficiencia de la documentación justificativa aportada y la viabilidad de la oferta ha realizado la Mesa de Contratación; procediendo, en consecuencia, también la desestimación de la reclamación en lo que a la impugnación de la adjudicación del lote 13 se refiere.

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. Inadmitir la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don L. F. R. B., en nombre y representación de LIMPIEZAS Y SERVICIOS MAJU, S.L., frente a la Resolución 300E/2022, de 9 de diciembre, de la Directora General de Recursos Educativos, por la que se adjudican los lotes 1, 3, 7, 9, 10, 19, 20, 21, 22 y 25 del contrato del servicio de limpieza ordinaria de 25 centros de enseñanza para el periodo comprendido entre el 16 y el 31 de diciembre de 2022; desestimándola en lo que a la impugnación de la adjudicación de los lotes 8 y 13 se refiere.

2º. Notificar este acuerdo a don L. F. R. B., en calidad de representante de LIMPIEZAS Y SERVICIOS MAJU, S.L., al Departamento de Educación 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, 10 de enero de 2023. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.