



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 29 de maig de 2014

Informe 2/2014, de 29 de maig. Criteris d'adjudicació dels contractes. Ofertes amb valors anormals o desproporcionats quan l'únic criteri d'adjudicació és el preu

Antecedents

1. El president del Consell Insular d'Eivissa ha formulat la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

En aquest Consell Insular es tramita l'expedient núm. 000009/2013-CNT, per a l'adjudicació de les obres de condicionament de la carretera C-733, del PK 8,030 al PK 20,890.

En la tramitació de l'expedient han aparegut diversos problemes en relació amb el procediment que s'ha de seguir que han provocat que la Mesa de Contractació, en la sessió de data 14 d'abril de 2014, acordàs per unanimitat elevar a aquesta presidència una proposta, si ho considera oportú, per sol·licitar un informe de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears en relació amb les qüestions següents:

— Adequació a dret de les actuacions seguides per la Mesa en relació amb el que preveu l'article 152 del Reial decret legislatiu 3/2011, pel qual es regula el procediment que s'ha de seguir davant la presència d'ofertes amb valors anormals o desproporcionats. Es fa saber que aquest expedient es tramita pel procediment obert i que el preu és l'únic criteri de selecció.

Concretament se sol·licita d'aquesta Junta Consultiva l'emissió d'un informe en què es responguin les preguntes següents:

- Era aplicable la subhasta a aquest expedient núm. 000009/2013-CNT?
- És aplicable en la subhasta el procediment de l'article 152 del Reial decret legislatiu 3/2011?
- S'havia de considerar suficient la justificació de SACYR CONSTRUCCIÓN, SA, efectuada dia 11 de desembre de 2013?

S'adjunta una còpia compulsada dels documents més importants de l'expedient núm. 000009/2013-CNT numerats, segellats i amb un índex, per a possibilitar l'emissió de l'informe per la Junta Consultiva, i també



l'informe jurídic annex a aquesta petició, en el qual els serveis jurídics manifesten el seu convenciment de l'adequació a dret de l'actuació de la Mesa de Contractació, si bé, aquesta Presidència considera necessari disposar de l'opinió especialitzada d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa, atès el caire dels escrits efectuats per la Intervenció del Consell Insular.

Tot això de conformitat amb l'article 12.2 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de Contractes i el Registre de Contractistes, i amb els articles 16 i 17 de l'Acord de 10 d'octubre de 1997 del Consell de Govern pel qual s'aprova el Reglament d'organització i funcionament de la Junta consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB.

La competència d'aquesta Presidència per sol·licitar l'informe deriva del que estableix l'article 12 del Decret 20/1997 i de la normativa de desplegament esmentada abans.

Així mateix, atesos els períodes establerts en matèria de contractació pública, se sol·licita que l'informe s'emeti al més aviat possible.

2. El president del Consell Insular d'Eivissa està legitimat per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, de conformitat amb l'article 12.2 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva, i amb l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997. A l'escrit s'adjunta un informe jurídic, d'acord amb l'article 16.3 del Reglament. Per tant, es compleixen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta planteja diverses qüestions relacionades amb l'actuació del Consell Insular en un expedient de contractació concret en el qual s'han presentat diverses ofertes amb valors anormals o desproporcionats.

La primera qüestió que es planteja és si l'actuació de la Mesa de Contractació pel que fa a la presència d'ofertes amb valors anormals o desproporcionats ha estat conforme a dret, en particular al procediment que per a aquests casos preveu l'article 152 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP).



A continuació es plantegen tres dubtes més concrets en relació amb l'expedient i amb una de les ofertes presentades. Concretament, es demana a la Junta Consultiva que es pronuncii sobre les qüestions següents:

- Si era aplicable la subhasta al procediment objecte de consulta, en el qual només hi havia un únic criteri d'adjudicació.
- Si és aplicable a la subhasta el procediment de l'article 152 del TRLCSP.
- Si s'havia de considerar suficient la justificació de l'oferta presentada inicialment per l'empresa l'oferta de la qual presentava valors anormals o desproporcionats.

Cal assenyalar que la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, va incorporar al dret intern, tal com s'afirma en l'exposició de motius, la terminologia comunitària de la contractació i, entre d'altres, hi va adaptar els termes *concurso* i *subhasta* —que en la legislació nacional es referien a formes d'adjudicació del contracte com a instrument que s'havia d'utilitzar en conjunció amb els procediments d'adjudicació— i que ara se subsumeixen en l'expressió «oferta econòmicament més avantatjosa», que remet als criteris que l'òrgan de contractació ha de tenir en compte per valorar les ofertes dels licitadors en els diferents procediments oberts, restringits o negociats, tant si s'utilitza un únic criteri (el preu, com en l'antiga «subhasta») com si se'n considera una multiplicitat (com en l'antic «concurso»).

Amb caràcter previ, s'ha d'assenyalar que els informes de la Junta Consultiva no poden substituir, en cap cas, els informes preceptius dels serveis jurídics o dels serveis tècnics corresponents, ni poden pronunciar-se, amb caràcter general, per resoldre qüestions concretes d'un expedient, sinó que han d'interpretar la normativa de contractació pública en els aspectes que presentin algun dubte o alguna contradicció, i sempre des de la perspectiva que aquestes interpretacions puguin ser d'interès general.

S'ha de dir que els informes de la Junta Consultiva tampoc no poden suplir les funcions de la Mesa de Contractació, atès que això excedeix àmpliament les funcions que té atribuïdes la Junta Consultiva —que en cap cas inclouen l'anàlisi de la documentació de les empreses que participen en un procediment de contractació concret o la valoració del seu contingut—, i atès que l'anàlisi d'aquesta documentació és competència de la Mesa de Contractació, a la qual correspon qualificar i valorar les ofertes, d'acord amb el que disposen l'article



320 del TRLCSP i els articles 22 i 25 del Reial decret 817/2009, de 8 de maig, pel qual es desplega parcialment la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic.

En conseqüència, les consideracions que es fan en aquest Informe són de caràcter general, i no entren a analitzar detalladament l'expedient de contractació concret a què es refereix la consulta, tot i que poden servir per resoldre els dubtes que han sorgit en el procediment.

2. La primera qüestió que es planteja és si l'actuació de la Mesa de Contractació pel que fa a la presència d'ofertes amb valors anormals o desproporcionats en l'expedient concret sobre el qual es formula la consulta ha estat conforme a dret, en particular al procediment que per a aquests casos preveu l'article 152 del TRLCSP.

Certament, no correspon a aquesta Junta Consultiva emetre cap judici de valor sobre si l'actuació de la Mesa de Contractació pel que fa a la presència d'ofertes amb valors anormals o desproporcionats en aquest expedient ha estat conforme a dret, sinó que li correspon, com ja s'ha dit abans, interpretar la normativa de contractació pública, motiu pel qual no se'n farà cap pronunciament. S'ha de dir que l'informe jurídic que acompanya la consulta respon al dubte que es planteja i, en aquest sentit, afirma que l'actuació de la Mesa s'ajusta a dret.

3. La segona qüestió fa referència a si en el procediment de contractació objecte de consulta era possible preveure un únic criteri d'adjudicació.

L'article 150 del TRLCSP, sota l'epígraf "Criteris de valoració de les ofertes", disposa en l'apartat 1 que per a la valoració de les proposicions i la determinació de l'oferta econòmicament més avantatjosa cal atènyer-se a criteris directament vinculats a l'objecte del contracte, com ara, entre d'altres, la qualitat, el preu, la fórmula utilitzable per revisar les retribucions lligades a la utilització de l'obra o a la prestació del servei, el termini d'execució o lliurament de la prestació, i estableix que quan només s'utilitzi un criteri d'adjudicació, aquest ha de ser, necessàriament, el del preu més baix.

L'apartat 2 disposa que els criteris que han de servir de base per a l'adjudicació del contracte els ha de determinar l'òrgan de contractació i s'han de detallar en l'anunci, en els plecs de clàusules administratives particulars o en el document descriptiu.



L'apartat 3 disposa que la valoració de més d'un criteri és procedent, en particular, en l'adjudicació dels contractes següents:

- a) Aquells els projectes o pressupostos dels quals no hagin pogut ser establerts prèviament i hagin de ser presentats pels licitadors.
- b) Quan l'òrgan de contractació consideri que la definició de la prestació és susceptible de ser millorada per altres solucions tècniques, a proposar pels licitadors mitjançant la presentació de variants, o per reduccions en el seu termini d'execució.
- c) Aquells per a l'execució dels quals faciliti l'òrgan, organisme o entitat contractant materials o mitjans auxiliars la bona utilització dels quals exigeixi garanties especials per part dels contractistes.
- d) Aquells que requereixin l'ús de tecnologia especialment avançada o l'execució dels quals sigui particularment complexa.
- e) Contractes de gestió de serveis públics.
- f) Contractes de subministraments, llevat que els productes a adquirir estiguin perfectament definits perquè estan normalitzats i no sigui possible variar els terminis de lliurament ni introduir modificacions de cap classe en el contracte, en què per tant el preu sigui l'únic factor determinant de l'adjudicació.
- g) Contractes de serveis, llevat que les prestacions estiguin perfectament definides tècnicament i no sigui possible variar els terminis de lliurament ni introduir modificacions de cap classe en el contracte, en què per tant el preu sigui l'únic factor determinant de l'adjudicació.
- h) Contractes l'execució dels quals pugui tenir un impacte significatiu en el medi ambient, en l'adjudicació dels quals s'han de valorar condicions ambientals mesurables, com ara el menor impacte ambiental, l'estalvi i l'ús eficient de l'aigua i l'energia i dels materials, el cost ambiental del cicle de vida, els procediments i mètodes de producció ecològics, la generació i gestió de residus o l'ús de materials reciclats o reutilitzats o de materials ecològics.

Així doncs, correspon a l'òrgan de contractació —i no a aquesta Junta Consultiva— determinar en cada contracte els criteris d'adjudicació que consideri més adequats per seleccionar l'oferta més avantatjosa econòmicament, amb la limitació que els criteris d'adjudicació que seleccioni estiguin vinculats directament amb l'objecte del contracte i no amb característiques subjectives de les empreses licitadores, i que, necessàriament, si hi concorre alguna de les circumstàncies que preveu l'apartat 3 de l'article 150, hagi d'establir diversos criteris d'adjudicació.

A més, d'acord amb la jurisprudència comunitària, entre d'altres, la Sentència de 10 de desembre de 2009 del Tribunal de Justícia de la Unió Europea dictada en l'assumpte C-299/08, *CAS República Francesa/Comissió Europea*, els criteris



d'adjudicació que estableixin els òrgans de contractació han de respectar, en tot cas, els principis fonamentals del dret comunitari i, en particular, el principi de no-discriminació que deriva de les disposicions del Tractat en matèria de dret d'establiment i de lliure prestació de serveis.

4. La tercera qüestió que es planteja és si el procediment de l'article 152 del TRLCSP és aplicable als procediments de contractació en què hi hagi un únic criteri d'adjudicació del contracte.

Cal assenyalar que aquesta Junta Consultiva s'ha pronunciat recentment sobre les ofertes amb valors anormals o desproporcionats i el procediment que s'ha de seguir, concretament en l'Acord de la Comissió Permanent de 31 de març de 2014 pel qual es resol un recurs especial en matèria de contractació (RES 1/2014), i en la Recomanació 1/2014, de 30 d'abril, sobre la motivació de l'acceptació o el rebuig d'una oferta amb valors anormals o desproporcionats, als quals ens remetem per a una comprensió millor, sens perjudici que, per a una exposició més clara, es reproduïxin a continuació algunes consideracions.

La Directiva 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministraments i de serveis, preveu la possibilitat que en un procediment de contractació es presentin ofertes anormalment baixes i en l'article 55 disposa el següent:

1. Si, respecto de un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta.

Dichas precisiones podrán referirse a:

- a) el ahorro que permita el procedimiento de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios;
- b) las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios;
- c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;
- d) el respeto de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación;
- e) la posible obtención de una ayuda de Estado por parte del licitador.

2. El poder adjudicador consultará al licitador y verificará dicha composición teniendo en cuenta las justificaciones aportadas.



Aquesta Directiva, de la qual la legislació vigent a Espanya és transposició, ha estat derogada, amb efectes a partir del 18 d'abril de 2016, per la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer, sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE, que s'expressa en uns termes molt similars.

L'article 152 del TRLCSP, sota l'epígraf "Ofertes amb valors anormals o desproporcionats", regula aquesta tècnica i distingeix segons si hi ha un únic criteri d'adjudicació —el preu— o si n'hi ha diversos. Així, l'apartat 1 d'aquest article disposa que quan l'únic criteri valorable de forma objectiva que s'ha de considerar per a l'adjudicació d'un contracte sigui el del preu, el caràcter desproporcionat o anormal de les ofertes es pot apreciar d'acord amb els paràmetres objectius que s'estableixin reglamentàriament, per referència al conjunt d'ofertes vàlides que s'hagin presentat. En canvi, d'acord amb l'apartat 2, quan per a l'adjudicació s'hagi de considerar més d'un criteri de valoració, es poden expressar en els plecs els paràmetres objectius en funció dels quals s'ha d'apreciar, si s'escau, que la proposició no pot ser complerta com a conseqüència de la inclusió de valors anormals o desproporcionats.

Per tant, d'acord amb la literalitat de l'apartat 1 d'aquest precepte, es pot afirmar sense cap dubte que el procediment que s'hi preveu és aplicable als procediments de contractació en què hi hagi un únic criteri d'adjudicació del contracte.

5. La darrera qüestió fa referència a si s'havia de considerar suficient la justificació de l'oferta presentada inicialment per una de les empreses l'oferta de les quals presentava valors anormals o desproporcionats.

Els apartats 3 i 4 de l'article 152 del TRLCSP regulen el procediment que s'ha de seguir en cas que s'aprecii que una oferta presenta valors anormals o desproporcionats, procediment que requereix, d'una banda, que abans d'adoptar una decisió sobre l'adjudicació del contracte es doni audiència als licitadors que hagin presentat ofertes amb valors anormals o desproporcionats perquè justifiquin les seves ofertes i, de l'altra, que se sol·liciti l'assessorament tècnic del servei corresponent.

La finalitat de la regulació de les ofertes anormals o desproporcionades és, tant en les directives comunitàries de contractació pública com en la legislació espanyola que les incorpora, impedir que l'òrgan de contractació pugui rebutjar



automàticament aquestes ofertes sense dur a terme una comprovació prèvia per determinar si es poden complir satisfactòriament.

D'acord amb la regulació que estableix el TRLCSP, aquesta comprovació prèvia es materialitza en un procediment contradictori que requereix, d'una banda, que abans d'adoptar una decisió sobre l'adjudicació del contracte es doni audiència als licitadors que hagin presentat ofertes amb valors anormals o desproporcionats perquè justifiquin les seves ofertes i, de l'altra, que se sol·liciti l'assessorament tècnic del servei corresponent.

La justificació d'una oferta consisteix a explicar els elements en què el licitador va fonamentar l'oferta, adduint raons convinents, amb l'objectiu d'argumentar la viabilitat i l'encert d'una proposició, en els termes en què va ser presentada al procediment de contractació. No s'exigeix una prova absoluta per part del licitador, sinó una argumentació raonada i coherent, amb fonament en les circumstàncies o els aspectes a què es refereix l'apartat 3 de l'article 152 TRLCSP –que no formen una relació exhaustiva de possibles justificacions– del fet que el contracte es pot complir.

L'assessorament tècnic, que té caràcter preceptiu, es plasma en un informe que permet a l'òrgan de contractació verificar o comprovar que, conforme a les explicacions esmentades, l'oferta és viable, i, per tant, que l'execució de la prestació que constitueix l'objecte del contracte queda garantida en la forma que estableixen els plecs de condicions. Per aquest motiu, s'exigeix un informe tècnic raonat que, a partir de les al·legacions del licitador l'oferta del qual s'ha considerat anormal o desproporcionada, posi en relleu que els valors anormals o desproporcionats de l'oferta no afectaran l'execució del contracte, en el sentit que el tècnic considera que amb aquesta justificació l'empresa ha adduït les raons que expliquen la viabilitat de l'oferta i, que, per tant, el contracte es pot complir.

La decisió sobre si l'oferta pot complir-se o no correspon a l'òrgan de contractació, el qual ha de sopesar les al·legacions que hagi formulat l'empresa licitadora i l'informe o els informes que hagin emès els serveis tècnics, que no tenen caràcter vinculant.

Com ja hem dit abans, correspon a la mesa de contractació, que és l'òrgan competent per qualificar i valorar les ofertes, analitzar la documentació de les empreses que participen en un procediment de contractació concret i valorar-ne el contingut –com ara un escrit en què l'empresari justifica, en el marc del



procediment de l'article 152 del TRLCSP, l'oferta que ha presentat—, com també, amb l'assessorament tècnic previ preceptiu, proposar a l'òrgan de contractació que accepti o rebutgi una oferta amb valors anormals o desproporcionats.

En conseqüència, no correspon a aquesta Junta Consultiva dur a terme aquestes actuacions, atès que no és competent per emetre informes sobre qüestions tècniques ni, per tant, per pronunciar-se sobre la suficiència o no de la justificació de l'oferta presentada inicialment per l'empresa esmentada en l'escrit de consulta.

En relació amb la possibilitat que l'Administració sol·liciti al licitador l'oferta del qual conté valors anormals o desproporcionats que aclareixi algun aspecte de la justificació sobre la viabilitat de la seva oferta, qüestió sobre la qual no es fa la consulta tot i que hi està relacionada, tal com es desprèn de l'informe jurídic que acompanya la consulta, cal assenyalar que aquesta Junta Consultiva va analitzar la possibilitat de sol·licitar aclariments de les ofertes en l'Informe 7/2013, de 9 de desembre, al qual ens remetem.

Conclusions

1. Correspon a l'òrgan de contractació determinar en cada cas concret els criteris d'adjudicació del contracte que consideri més adequats per seleccionar l'oferta més avantatjosa econòmicament, amb la limitació que els criteris d'adjudicació que seleccioni estiguin vinculats directament amb l'objecte del contracte i no amb característiques subjectives de les empreses licitadores, i que, necessàriament, si hi concorre alguna de les circumstàncies que preveu l'apartat 3 de l'article 150 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, hagi d'establir diversos criteris d'adjudicació.
2. El procediment que preveu l'article 152 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic és aplicable als procediments de contractació en què hi hagi un únic criteri d'adjudicació del contracte.
3. Correspon a la Mesa de Contractació, amb l'assessorament tècnic previ preceptiu —orientat a comprovar que l'oferta és viable i que, per tant, el contracte es pot complir—, valorar la justificació d'una oferta amb valors anormals o desproporcionats i proposar a l'òrgan de contractació que l'accepti o la rebutgi.