



Govern de les Illes Balears

Conselleria d'Hisenda i Pressuposts
Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

Exp. Junta Consultiva: RES 1/2014

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte de serveis de redacció i suport a la tramitació de la modificació del Pla Director Sectorial Energètic de les Illes Balears relatiu a l'ordenació territorial d'energies renovables

CONTR 2013/3262

Conselleria d'Economia i Competitivitat

Recurrent: Cubic Estudi Tècnic, SLP

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 31 de març de 2014, pel qual es resol el recurs especial en matèria de contractació interposat per Cubic Estudi Tècnic, SLP, contra la Resolució del conseller d'Economia i Competitivitat per la qual s'adjudica el contracte de serveis de redacció i suport a la tramitació de la modificació del Pla Director Sectorial Energètic de les Illes Balears relatiu a l'ordenació territorial d'energies renovables

Fets

1. El 10 de setembre de 2013, el secretari general de la Conselleria d'Economia i Competitivitat va aprovar, per delegació, l'expedient de contractació, els plecs de prescripcions tècniques i de clàusules administratives particulars i l'obertura del procediment d'adjudicació del contracte de serveis de redacció i suport a la tramitació de la modificació del Pla Director Sectorial Energètic de les Illes Balears relatiu a l'ordenació territorial d'energies renovables, per procediment obert.
2. El 4 de novembre de 2013, la Mesa de Contractació va obrir els sobres que contenien les proposicions econòmiques dels licitadors admesos en el procediment i va acordar requerir l'empresa Lavola 1981, SA, que havia presentat la millor oferta econòmica, la qual es va considerar anormal o desproporcionada, perquè en el termini de deu dies hàbils presentàs la justificació de la seva oferta en els termes establerts en la normativa.
3. El 15 de novembre de 2013, el representant de Lavola 1981, SA, va aportar la justificació de la seva oferta.



4. El 18 de novembre de 2013, el cap de la Secció de Seguretat Nuclear de la Direcció General d'Indústria i Energia, que formava part de la Mesa de Contractació, va emetre un informe tècnic sobre la justificació presentada per Lavola 1981, SA.
5. El 19 de novembre de 2013, la Mesa de Contractació es va reunir per llegir l'informe tècnic, i va acordar acceptar la justificació de l'empresa i proposar l'adjudicació del contracte a Lavola 1981, SA.
6. El 4 de desembre de 2013, el secretari general de la Conselleria d'Economia i Competitivitat va dictar, per delegació, la Resolució per la qual s'adjudica el contracte de serveis de redacció i suport a la tramitació de la modificació del Pla Director Sectorial Energètic de les Illes Balears relatiu a l'ordenació territorial d'energies renovables a Lavola 1981, SA. Aquesta Resolució es va notificar a Cubic Estudi Tècnic, SLP, el 9 de desembre.
7. El 9 de gener de 2014, el representant de l'empresa Cubic Estudi Tècnic, SLP, va interposar davant la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears un recurs especial en matèria de contractació contra l'adjudicació del contracte.
8. D'acord amb l'article 112 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, s'ha donat audiència als licitadors. El 4 de febrer de 2014, el representant de Lavola 1981, SA, va presentar un escrit d'al·legacions.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la Resolució per la qual s'adjudica un contracte de serveis no subjecte a regulació harmonitzada, tramitat per la Conselleria d'Economia i Competitivitat.

Atès que es tracta d'un acte no susceptible del recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 40 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), s'hi pot interposar el recurs administratiu que sigui procedent. Aquest recurs, a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, és el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, i l'ha de resoldre la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.



La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears, d'acord amb l'apartat 13 de l'article 2 i amb l'article 7 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea aquesta Junta Consultiva.

2. El recurs especial que ha interposat el representant de l'empresa Cubic Estudi Tècnic, SLP, es fonamenta en el fet que, a parer del recurrent, l'adjudicació del contracte és arbitrària, excessivament discrecional i no ha estat objectiva, atès que s'ha basat en un informe d'un tècnic sobre el contingut de l'escrit que va presentar l'adjudicatari com a justificació de la seva oferta anormal o desproporcionada, que únicament reproduïx l'escrit que va presentar l'adjudicatari, i que accepta les seves al·legacions, tot i que es basa "en meras suposiciones, sin fundamentos jurídicos ni documentales, ni elementos probatorios que lo justifiquen", de manera que l'Administració no ha fonamentat per què ha admès els arguments de l'adjudicatari. En definitiva, el recurrent al·lega també la manca de motivació de l'informe tècnic i de l'adjudicació del contracte.

A més, el recurrent considera que l'Administració ha infringit les normes que regulen la concurrència en els procediments de contractació, i que l'adjudicatari no ha respectat els preus de mercat i ha generat un desavantatge competitiu. En concret, qüestiona el següent:

— La preparació i la capacitació tècnica o professional del tècnic que va emetre l'informe sobre la justificació de l'oferta de Lavola 1981, SA, i la de la resta dels integrants de la Mesa de Contractació; la discrecionalitat de la Mesa per haver admès l'informe del tècnic com a justificació de l'oferta desproporcionada, i la concentració de poder en el tècnic atesa la preponderància o importància final del seu criteri en el resultat del procediment de contractació.

— El contingut de les al·legacions amb les quals Lavola 1981, SA, justifica la seva oferta, que es refereixen a consideracions tècniques, a consideracions en relació amb el benefici industrial i a consideracions de mercat.

A parer del recurrent, s'ha produït una discriminació respecte de la resta d'empreses que han participat en el procediment de contractació, atès que considera que les condicions de solvència no poden servir per justificar l'oferta, que es vulnera el principi de concurrència competitiva i que Lavola 1981, SA, no



aporta cap document ni cap prova per acreditar la realitat de les seves afirmacions.

Atès tot això, el recurrent sol·licita que s'anul·li l'adjudicació del contracte i que es dicti una nova resolució per la qual s'adjudiqui el contracte a Cubic Estudi Tècnic, SLP.

3. El contracte de serveis de redacció i suport a la tramitació de la modificació del Pla Director Sectorial Energètic de les Illes Balears relatiu a l'ordenació territorial d'energies renovables s'ha adjudicat a una empresa que havia presentat una proposició considerada, inicialment, anormal o desproporcionada, atès que el preu de l'oferta era inferior en més de deu unitats percentuals a la mitjana aritmètica de les ofertes presentades.

La qüestió de fons que es planteja en el recurs és determinar si la justificació aportada per Lavola 1981, SA, en relació amb la seva oferta anormal o desproporcionada és o no suficient o adequada per entendre que l'oferta és viable i es pot complir, i si l'acceptació de la justificació de l'oferta és contrària a la normativa o als principis de la contractació pública.

4. 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.

[...]

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

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 a 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.

Els apartats 3 i 4 de l'article 152 del TRLCSP regulen el procediment que s'ha de seguir en el cas que s'aprecii que una oferta presenta valors anormals o desproporcionats en els termes següents:

3. Quan s'identifiqui una proposició que pugui ser considerada desproporcionada o anormal, s'ha de donar audiència al licitador que l'hagi presentat perquè justifiqui la valoració de l'oferta i en precisi les condicions, en particular pel que fa a l'estalvi que permeti el procediment d'execució del contracte, les solucions tècniques adoptades i les condicions excepcionalment favorables de què disposi per executar la prestació, l'originalitat de les prestacions proposades, el respecte de les disposicions relatives a la protecció de l'ocupació i les condicions de treball vigents al lloc en què s'hagi de realitzar la prestació, o la possible obtenció d'una ajuda d'Estat.

En el procediment s'ha de sol·licitar l'assessorament tècnic del servei corresponent.

[...]

4. Si l'òrgan de contractació, tenint en compte la justificació efectuada pel licitador i els informes esmentats a l'apartat anterior, estima que l'oferta no pot ser complerta com a conseqüència de la inclusió de valors anormals o desproporcionats, l'ha d'excloure de la classificació i acordar l'adjudicació a favor de la proposició econòmicament més avantatjosa, d'acord amb l'ordre en què hagin estat classificades de conformitat amb el que assenyala l'apartat 1 de l'article anterior.

L'article 85 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, conté els criteris o paràmetres objectius per determinar quan s'ha de considerar, en els procediments de contractació en els quals només hi hagi un únic criteri d'adjudicació —el preu—, que una oferta és anormal o desproporcionada, en funció del nombre de licitadors que hagin participat en el procediment.

El 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, estableix en la lletra f de l'apartat 1 de l'article 22, com una de les seves funcions, que quan la mesa de contractació entengui que alguna de les proposicions podria ser qualificada d'anormal o desproporcionada, ha de tramitar el procediment que a aquest



efecte preveu l'article 152 del TRLCSP i, en funció del resultat, ha de proposar a l'òrgan de contractació que l'accepti o la rebutgi.

Tot això es recull en la lletra K del Quadre de característiques i en la clàusula 15.4 del Plec de clàusules administratives particulars que regeixen el contracte objecte de recurs.

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 convincents, 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.

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.

La decisió sobre si l'oferta pot complir-se o no correspon a l'òrgan de contractació, el qual ha de sospesar 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.



En definitiva, el que es persegueix és, d'una banda, garantir l'execució correcta del contracte, és a dir, garantir que l'execució del contracte no es pugui frustrar com a conseqüència del fet que una oferta o una proposició contenguin valors anormals o desproporcionats i, per tant, comprovar que aquestes ofertes o proposicions són viables i que en cas de ser seleccionades es podran complir correctament en els termes que s'hagin establert, i, de l'altra, establir, com a garantia dels principis de lliure concurrència, no-discriminació i transparència, uns mecanismes de protecció per a l'empresa licitadora que impedeixin que se'n pugui rebutjar l'oferta de forma automàtica sense haver-ne comprovat prèviament la viabilitat.

5. En l'escrit de recurs el recurrent qüestiona la preparació i la capacitació tècnica o professional del tècnic que va emetre l'informe sobre l'oferta de Lavola 1981, SA, i la de la resta d'integrants de la Mesa de Contractació; la discrecionalitat de la Mesa per haver admès l'informe del tècnic com a justificació de l'oferta desproporcionada, i la concentració de poder en el tècnic atesa la preponderància o importància final del seu criteri en el resultat del procediment de contractació.

En concret, el recurrent afirma que la Mesa de Contractació va actuar amb discrecionalitat, i dubta de la professionalitat dels seus membres, en especial, del tècnic que va emetre l'informe sobre la justificació de l'oferta anormal o desproporcionada que va presentar Lavola 1981, SA. Així mateix, afirma que l'informe hauria d'haver estat elaborat per una persona que no formàs part de la Mesa, atès que el fet que l'elaboràs un membre de la Mesa de Contractació, que coneixia les propostes presentades per la resta dels licitadors, va propiciar una concentració de poder inadmissible en el tècnic.

L'article 320 del TRLCSP disposa que, llevat del cas en què la competència per contractar correspongui a una junta de contractació, en els procediments oberts els òrgans de contractació de les administracions públiques estan assistits per una mesa de contractació, que és l'òrgan competent per valorar les ofertes. Pel que fa a la composició de la mesa, aquest precepte, de caràcter no bàsic, estableix que està constituïda per un president, els vocals que es determinin reglamentàriament i un secretari.

L'article 21 del Reial decret 817/2009, també de caràcter no bàsic, desplega l'article 320 del TRLCSP quant a la composició de les meses de contractació.



En l'àmbit autonòmic, l'article 3 del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, regula la composició de les meses de contractació i disposa que:

La Mesa de Contractació està presidida pel secretari general de la conselleria contractant, o pel secretari de l'entitat en els supòsits d'organismes autònoms i altres entitats instrumentals del sector públic autonòmic, o per aquells que es designin per a cada cas, i com a mínim n'han de formar part un vocal representant de la Intervenció General de la Comunitat Autònoma que, quan es tracti d'entitats instrumentals amb pressupost propi, podrà ser el de la unitat que tenguí assignada la funció de control econòmic en aquestes entitats; un vocal representant de l'assessoria jurídica que pot pertànyer, indistintament, a la Direcció de l'Advocacia de la Comunitat Autònoma o al servei que tenguí atribuït l'assessorament jurídic de l'òrgan de contractació, i un vocal pertanyent al servei promotor de l'expedient. Ha d'actuar com a secretari de la Mesa el cap de la unitat administrativa de contractació que tramiti l'expedient.

Tots els membres de les Meses seran designats per l'òrgan de contractació, qui podrà fer-ho per cada contracte o de manera permanent mitjançant acord publicat en el BOIB, sense perjudici, en aquest darrer cas, de poder-hi incorporar nous vocals en aquelles contractacions que per la seva especialitat o importància així ho determini el mateix òrgan de contractació.

L'òrgan de contractació va designar, d'acord amb aquest precepte, els membres de la Mesa de Contractació per a l'adjudicació del contracte objecte de recurs, tots els quals, llevat del president —que és un alt càrrec—, són funcionaris de carrera de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i, per tant, tenen reservat l'exercici de les funcions tècniques, d'assessorament legal i de control i fiscalització interna de la gestió economicofinancera i pressupostària per a una major garantia d'objectivitat, imparcialitat i independència en l'exercici de la funció pública, tal com disposa l'article 14 de la Llei 3/2007, de 27 de març, de la funció pública de la comunitat autònoma de les Illes Balears.

Així doncs, la professionalitat i la imparcialitat dels membres de la Mesa de Contractació es presumeix des del moment en què els funcionaris accedeixen a l'ocupació pública d'acord amb procediments d'imparcialitat, objectivitat i transparència i d'acord amb les seves competències professionals.

Per tant, no es pot admetre que el recurrent qüestionï sense cap fonament la preparació o la capacitació tècnica o professional del tècnic o la de la resta d'integrants de la Mesa, ni tampoc es pot admetre l'al·legació del recurrent



relativa a l'existència d'una excessiva concentració de poder en el tècnic que informa i que, alhora, és membre de la Mesa, atès que, com ja s'ha dit abans, quan s'identifica una proposició que pot ser considerada desproporcionada o anormal s'ha de requerir l'assessorament d'un tècnic del servei corresponent, i no s'exigeix que l'hagi d'emetre un tècnic aliè a la mesa de contractació.

Pel que fa a l'al·legació del recurrent sobre l'excessiva discrecionalitat de la Mesa de Contractació en relació amb l'admissió de l'informe i la formulació de la proposta d'adjudicació —i, en definitiva, en la posterior adjudicació del contracte—, el recurrent afirma que en un alt percentatge de casos el sentit de l'informe tècnic de valoració de les ofertes anormals o desproporcionades és determinant en la decisió de l'òrgan de contractació, i esmenta la Resolució 42/2011, de 24 de febrer, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, en la qual es reconeix l'existència de discrecionalitat administrativa en l'apreciació de qüestions tècniques, i de la qual transcriu el fragment següent:

la Administración dispone de un cierto nivel de discrecionalidad en la apreciación de las cuestiones de carácter técnico que no son controlables desde el punto de vista jurídico. Ello no significa que en punto a los temas de carácter técnico la Administración pueda apreciarlos libremente, pero sí que el control de legalidad no puede ir más allá de determinar si en la apreciación y valoración de tales extremos se ha actuado sin discriminación entre los licitadores [...], que no se haya incurrido en error patente [...] y que, finalmente, no se haya producido ninguna infracción legal en el cumplimiento de los requisitos y trámites del procedimiento de valoración.

Sobre aquesta mateixa qüestió, en el sentit de considerar que aquesta discrecionalitat també és present en els casos en què s'ha de valorar si la justificació de l'oferta que té valors anormals o desproporcionats és suficient, es pronuncia el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals en Resolució 42/2013, de 23 de gener, en la qual va manifestar el següent:

En este sentido debe apuntarse que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y como ha tenido ocasión este Tribunal en distintas resoluciones de señalar, sólo en aquéllos casos en que la valoración efectuada por la Mesa de contratación deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental cabría entrar en su revisión, sin que se trate, a la hora de apreciar la posible existencia de error en la valoración, de realizar *“un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de*



efectuar razonamientos complejos” (Resolución de este Tribunal núm. 93/2012) —este criterio, si bien se emite en relación con la valoración efectuada por la Mesa de los criterios de adjudicación no valorables mediante fórmula sino dependientes de juicios de valor, resulta extrapolable a la valoración efectuada en relación con la suficiencia de la justificación presentada por una empresa acerca de la viabilidad de su proposición, cuando éste se encuentra en “baja temeraria”.

[...]

Entiende este Tribunal, a la vista de la documentación aportada por la empresa y del contenido del informe emitido por la Comisión Técnica, que las conclusiones que en este se alcanzan se encuentran, en su conjunto, sólidamente fundamentadas, sin que las distintas explicaciones ofrecidas por la empresa recurrente en el escrito de interposición del recurso permitan desvirtuar, en su conjunto, la conclusión alcanzada por la Mesa de contratación, circunstancia ésta que, unida a la discrecionalidad técnica con que cuenta la Mesa de contratación en orden a valorar la suficiencia de la justificación aportada por la empresa sobre la viabilidad de su proposición, determina la improcedencia de la revisión de dicho criterio, teniendo en cuenta que no nos encontramos ante ninguno de los supuestos que permitirían la anulación en esta sede de la decisión del Órgano de contratación (error manifiesto y constatable sin necesidad de un examen técnico en profundidad, arbitrariedad, o defecto formal en la tramitación).

Efectivament, d'acord amb la doctrina del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals no és procedent revisar l'informe tècnic emès en el procediment contradictori de justificació d'ofertes anormals o desproporcionades, tret dels casos en què hi hagi un error manifest, arbitrietat o que s'hagin vulnerat el principi de no-discriminació o els tràmits i els requisits procedimentals.

Per tant, el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals reconeix un indiscutible marge de discrecionalitat a l'òrgan de contractació quant a l'acceptació de la justificació d'una oferta anormal o desproporcionada.

En el procediment objecte de recurs s'ha actuat d'acord amb el que disposen l'article 152 del TRLCSP i el Plec de clàusules administratives particulars que regeixen el contracte, i s'ha sol·licitat la justificació de la viabilitat de l'oferta que incorre en valors anormals o desproporcionats, com també un informe tècnic sobre la justificació, per la qual cosa no s'observa l'existència d'una excessiva discrecionalitat ni de cap error procedimental, com tampoc no s'observa que s'hagi vulnerat de cap manera el principi de no-discriminació.



No obstant això, cal assenyalar que tot i que l'informe tècnic de valoració de la justificació de l'oferta anormal o desproporcionada de Lavola 1981, SA, conclou que l'empresa ha justificat el preu d'execució que havia oferit, tant les consideracions tècniques prèvies com la conclusió estan redactades en uns termes molt ambigus, que no permeten discernir de forma clara i absoluta si el tècnic s'ha limitat a reproduir algunes parts de l'informe de justificació de l'oferta, o si realment ha analitzat i ha fet seves les argumentacions amb què Lavola 1981, SA, justifica la seva oferta i les ha considerat adequades, 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.

S'ha de dir que l'òrgan de contractació, en la Resolució objecte d'impugnació, es va limitar a fer constar en els fets que la Mesa de Contractació havia acceptat la justificació de l'empresa Lavola 1981, SA, i que havia proposat l'adjudicació del contracte a aquesta empresa, però no hi reflecteix els arguments o els raonaments que l'han conduït a considerar que l'oferta era viable i que, per tant, l'empresa podia complir el contracte correctament. En conseqüència, s'ha d'entendre que aquesta Resolució manca de motivació.

Cal recordar que tant la jurisprudència del Tribunal Constitucional com la jurisprudència ordinària han admès la motivació per referència a informes que formen part de les actuacions, tant sigui de manera expressa (amb la incorporació formal del text de l'informe en el cos de la resolució) com, fins i tot, de manera presumpta, això és, en vista del contingut material de la resolució (motivació *in aliunde*). En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Suprem de 22 de setembre de 2011 manifesta que:

Es, por tanto, admisible una motivación breve y lacónica que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer los criterios jurídicos en que se apoya la decisión adoptada. En este sentido, se ha aceptado, como motivación constitucionalmente adecuada, la motivación por remisión o *aliunde*, técnica en virtud de la cual se incorporan a la resolución que prevé la remisión los razonamientos jurídicos de la decisión o documento a la que se remite (Auto del Tribunal Constitucional 207/1999, de 28 de julio), porque ello permite conocer las razones en las que se ha basado la decisión judicial. Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 144/2007, de 18 de junio, FJ 3, una fundamentación por remisión «no deja de serlo ni de satisfacer la exigencia constitucional contenida en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva [entre otras muchas, SSTC 187/2000, de 10 de julio, FJ 2; 8/2001,



de 15 de enero, FJ 3, *in fine*; 13/2001, de 29 de enero, FJ 2; 108/2001, de 23 de abril, FJ 2; 5/2002, de 14 de enero, FJ 2; 171/2002, de 30 de septiembre FJ 2; y ATC 194/2004, de 26 de mayo, FJ 4 b); en términos similares, SSTC 115/2003, de 16 de junio, FJ 8; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 8; 113/2004, de 12 de julio, FJ 10; 75/2005, de 4 de abril, FJ 5; y 196/2005, de 18 de julio, FJ 3], siempre y cuando dicha remisión se produzca de forma expresa e inequívoca [STC 115/1996, de 25 de junio, FJ 2 b)] y que la cuestión sustancial de que se trate se hubiera resuelto en la resolución o documento al que la resolución judicial se remite (SSTC 27/1992, de 9 de marzo, FJ 4; y 202/2004, de 15 de noviembre, FJ 5; y ATC 312/1996, de 29 de octubre, FJ 6).

Quant als efectes de la manca de motivació dels actes administratius, el Tribunal Suprem, en la Sentència d'11 de febrer de 2011, manifesta:

El cumplimiento de esta exigencia de la motivación de los actos, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos en que se basa, previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, se salvaguarda mediante la severa consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo no motivado, en caso de incumplimiento.

Ahora bien, esta ausencia de motivación puede ser un vicio invalidante, como hemos señalado, o una mera irregularidad en el caso de que no se haya producido ese desconocimiento de los motivos y razones en que se funda la decisión administrativa. Dicho de otra forma, debe atenderse a un criterio material en orden a determinar si efectivamente se ha cumplido, o no, la finalidad que exige la motivación de los actos, es decir, si el destinatario ha llegado a conocer las razones de la decisión adoptada por la Administración, pues solo si se conocen pueden impugnarse. [...]

En conseqüència, atès que la Resolució objecte de recurs no conté cap pronunciament, ni tan sols de forma succinta, sobre els motius o els raonaments en què l'òrgan de contractació s'ha basat per arribar al convenciment que l'oferta de l'empresa adjudicatària, que contenia valors anormals o desproporcionats, era viable i es podia complir, cal considerar que incorre en una causa d'invalidesa.

S'ha de dir que fins i tot en el cas que la Resolució hagués fet una remissió a l'informe tècnic sobre la justificació de l'oferta anormal o desproporcionada de l'adjudicatari per motivar-ne la viabilitat, la conclusió hauria estat la mateixa atesa l'ambigüitat amb què, com s'ha dit abans, s'expressa el tècnic.

6. Passem ara a analitzar les al·legacions del recurrent sobre el contingut de l'informe amb el qual Lavola 1981, SA, justifica la seva oferta, que es refereixen a



consideracions tècniques, a consideracions en relació amb el benefici industrial i a consideracions de mercat, i també sobre algunes qüestions relacionades amb això.

— Pel que fa a les consideracions tècniques, Lavola 1981, SA, exposa que aplicarà aspectes metodològics, eines i procediments desenvolupats en altres projectes de planificació territorial de característiques similars al que és objecte de licitació, que li permetran optimitzar i focalitzar els treballs en les diferents fases del projecte, cosa que permetrà reduir el temps de dedicació de l'equip tècnic i, consegüentment, reduir els costos de la proposta. Lavola 1981, SA, concreta quines són les millores metodològiques, les eines i els procediments que farà servir per executar el contracte.

El recurrent al·lega que les empreses admeses a la licitació complien els criteris de solvència tècnica que establia el Plec de clàusules administratives particulars que regeixen el contracte, que es basaven fonamentalment en la disposició d'un equip de feina multidisciplinari i d'instal·lacions i equipament adequats a l'objecte del contracte, i que, per tant, les consideracions tècniques amb què Lavola 1981, SA, justifica la seva oferta no es poden tenir en compte com a element justificatiu de l'oferta, atès que, a parer del recurrent, això discrimina de forma negativa la resta de licitadors en la mesura que en el moment d'acreditar la seva solvència no varen poder aportar cap informació sobre la seva metodologia o millores ni defensar els avantatges de les seves ofertes.

En aquest cas, els empresaris que complien els requisits de solvència que establia el Plec de clàusules administratives particulars varen ser admesos a la licitació, i la Mesa de Contractació, d'acord amb els paràmetres objectius que establia el Plec, va advertir que Lavola 1981, SA, havia presentat una oferta anormal o desproporcionada, motiu pel qual, en compliment de l'article 152.3 del TRLCSP, li va donar audiència perquè la justificàs.

El que fa Lavola 1981, SA, és explicar o precisar la seva oferta fent referència a algunes de les condicions a què es refereix l'article 152.3 del TRLCSP, com ara l'estalvi que permet el procediment d'execució del contracte i les solucions tècniques adoptades, per justificar que la seva oferta és viable i que pot complir el contracte en el cas de resultar-ne adjudicatària. Com és obvi, aquesta justificació no es va demanar a la resta de licitadors precisament perquè no hi havia cap dubte que en cas de resultar adjudicatària podrien complir el contracte.



Per tant, la Mesa de Contractació es va limitar a aplicar el Plec de clàusules administratives particulars pel que fa a les ofertes amb valors anormals o desproporcionats i a seguir el procediment que preveu l'article 152.3 del TRLCSP per al cas en què s'hagi identificat una oferta d'aquestes característiques—procediment en el qual no es preveu la participació de la resta de licitadors—, sense que d'aquesta actuació es derivi cap tracte discriminatori respecte de les empreses les ofertes de les quals no contenen valors anormals o desproporcionats.

És necessari recordar, com es posa de manifest en la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 29 de març de 2012, *SAG ELV Slovensko i altres*, dictada en l'assumpte C-599/10, que l'existència d'un debat contradictori entre el poder adjudicador i el candidat a fi que aquest pugui provar que la seva oferta és seriosa constitueix una exigència de la Directiva 2004/18/CE, adreçada a evitar l'arbitrarietat del poder adjudicador i a garantir una sana competència entre les empreses.

Així doncs, les al·legacions del recurrent no tenen cap sentit i s'han de desestimar, atès que l'Administració, que simplement ha seguit el procediment, no ha discriminat cap licitador.

Certament, és important entendre el significat o la funció de la fase de selecció dels contractistes en els procediments de contractació.

Cal assenyalar que tant la jurisprudència comunitària (Sentència de 20 de setembre de 1988, dictada en l'assumpte C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV / Països Baixos*), com la doctrina emanada de les juntes consultives de contractació —com ara l'Informe 36/2001, de 9 de gener de 2002, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat—, es pronuncien en el sentit que en els procediments d'adjudicació dels contractes s'han de distingir fases distintes, amb requisits també distints, la de selecció dels contractistes i la d'adjudicació del contracte, sense que els criteris de selecció puguin ser utilitzats com a criteris d'adjudicació. Tot i això, el cert és que en el cas que ens ocupa la qüestió que és objecte de debat ni tan sols té relació amb els criteris d'adjudicació del contracte, sinó que es tracta d'una simple justificació de l'oferta d'un dels licitadors amb la finalitat d'explicar que l'oferta és viable i es pot complir.

— Quant al benefici industrial, Lavola 1981, SA, manifesta que té l'objectiu estratègic d'incrementar la seva presència en les Illes Balears i que, per aquest motiu, ajusta el benefici industrial del projecte del 10 % al 4 %.



El recurrent considera que aquesta argumentació no es vàlida com a element probatori i justificatiu d'una oferta desproporcionada, i que evidencia l'aleatorietat i la discrecionalitat amb què Lavola 1981, SA, ha quantificat els costos empresarials per justificar la seva oferta, amb la finalitat d'obtenir uns resultats determinats. A més, afirma que els preus/hora assignats a cada un dels tècnics que han d'executar el projecte i la resta de costos i desplaçaments no estan documentats ni justificats mitjançant les nòmines, els contractes mercantils, les factures o els pressuposts. I també afirma que la reducció del benefici industrial només estaria justificada si estigués fonamentada, d'acord amb l'article 152.3 del TRLCSP, en el respecte de les disposicions relatives a la protecció de l'ocupació i les condicions de treball vigents en el lloc en què s'hagi de dur a terme la prestació, com a forma d'evitar una reducció dràstica de la plantilla, però que aquella reducció no pot servir per justificar l'objectiu estratègic d'ampliar la seva presència a les Illes Balears i augmentar el seu volum de negoci.

El recurrent també considera que la renúncia a una part del benefici industrial atempta contra el principi bàsic de concurrència competitiva i pot generar una "guerra de preus" en el sector que pot provocar alteracions en la qualitat de les prestacions que s'han de dur a terme.

Les afirmacions del recurrent quant a l'aleatorietat i la discrecionalitat de les dades que aporta Lavola 1981, SA, no tenen cap base, sinó que es fonamenten en meres apreciacions particulars, totalment subjectives, sobre l'oferta de Lavola 1981, SA, i no aporta cap dada per corroborar les seves opinions que permeti concloure que a causa del fet que l'empresa tenguí un benefici industrial del 4% l'oferta de Lavola 1981, SA, no és viable.

Certament, la justificació de l'ajust del benefici industrial al 4% té a veure, com s'afirma en l'informe justificatiu, amb l'estratègia empresarial de Lavola 1981, SA, emmarcada en un context de lliure competència i llibertat d'empresa, que per tant no ha d'estar necessàriament vinculat a evitar reduccions dràstiques de la plantilla per manca de volum de negoci, com sembla que sosté el recurrent. Per tant, la reducció del benefici industrial en cap cas atempta contra el principi de lliure concurrència, atès que el fet que una empresa que concorre a un procediment de contractació decideixi reduir el seu benefici industrial no és un fet que pugui impedir que altres empreses participin en un procediment de contractació concret. De fet, ni tan sols és un aspecte conegut per la resta d'empreses, sinó que és una decisió que queda en l'àmbit empresarial més íntim.



Per tant, no s'arriba a entendre de quina manera aquesta decisió afecta el principi de concurrència en la contractació pública.

Pel que fa al fet que Lavola 1981, SA, no hagi aportat proves documentals per confirmar les dades amb què pretén justificar la seva oferta, s'ha de dir que ni el TRLCSP ni el Reglament general com tampoc el Reial decret 817/2009 no exigeixen que la justificació d'una oferta anormal o desproporcionada, en particular la reducció del benefici industrial, hagi d'anar acompanyada de cap document o element probatori. En conseqüència, també s'han de desestimar les alegacions del recurrent pel que fa a aquesta qüestió.

– Pel que fa a les consideracions de mercat, Lavola 1981, SA, assenyala que la seva oferta s'adapta als condicionants de mercat, atès que els preus d'altres projectes comparables han baixat els darrers anys entre un 25 % i un 35 % fruit de l'optimització dels treballs i de la competència que hi ha en el mercat.

El recurrent argumenta que les altres tres empreses admeses en el procediment de contractació varen presentar ofertes ajustades a una forquilla de preus d'un 5%, la qual cosa evidencia que el preu de mercat està dins d'aquest rang, i que, per tant, l'oferta de Lavola 1981, SA, no s'ajusta en absolut al preu de mercat. A més, manifesta que les afirmacions de Lavola 1981, SA, són meres suposicions i contravenen el principi de concurrència competitiva, i que Lavola 1981, SA, no aporta cap document que confirmi o justifiqui que el seu preu és un preu de mercat.

Cal assenyalar que el recurrent no aporta cap argument o element de judici que provi o que dugui al convenciment que Lavola 1981, SA, no podrà complir el contracte d'acord amb la seva oferta. En un cas similar, el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, en la Resolució 24/2011, de 9 de febrer, va manifestar que:

La recurrente para justificar su recurso utiliza argumentos tendentes tan sólo a poner de manifiesto el carácter exageradamente bajo de la oferta en relación con los costes de producción a incurrir para la prestación del servicio. Ni un solo argumento se esgrime para demostrar que en tales condiciones la oferta es imposible de cumplir. Simplemente se trata de acreditar vía costes de producción que la oferta de la adjudicataria es inferior al coste de prestación del servicio. Con ello se pone de manifiesto que, aun admitiendo que la forma normal de actuar en el mundo empresarial, no es hacerlo presumiendo que se sufrirán pérdidas como consecuencia de una determinada operación, situación ésta que sólo se produciría si aceptamos los cálculos de costes de la recurrente, es claro



también que entre las motivaciones del empresario para emprender un determinado negocio no sólo se contemplan las específicas de ese negocio concreto, sino que es razonable admitir que para establecer el resultado de cada contrato, se haga una evaluación conjunta con los restantes negocios celebrados por la empresa y que, analizado desde esta perspectiva, pueda apreciarse que produce un resultado favorable.

En relació amb tot això, cal reiterar que la normativa no exigeix que s'aporti cap prova documental d'aquest tipus d'argument per justificar una oferta amb valors anormals o desproporcionats, sinó que el que es requereix és una explicació dels motius en virtut dels quals, tot i haver-hi valors anormals i, en conseqüència, una certa presumpció que l'oferta és inviable, no hi ha obstacle perquè el contracte s'executi en els seus termes. S'ha de dir també que 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'article 152.3 del TRLCSP —que no formen una relació exhaustiva de possibles justificacions— del fet que el contracte es pot complir.

Certament, seria exagerat exigir una justificació més enllà d'allò que sembla lògic i raonable, fins i tot tenint en compte que el fet que una oferta no tengui valors anormals o desproporcionats tampoc és, en la pràctica, una garantia absoluta que el contracte es pugui complir d'acord amb els seus termes.

Pel que fa a l'al·legació del recurrent que les afirmacions de Lavola 1981, SA, contravenen el principi de concurrència, s'ha de dir una altra vegada que no s'arriba a entendre de quina manera les seves manifestacions afecten el principi de concurrència en la contractació pública.

Finalment, l'afirmació del recurrent que el fet que un nombre determinat d'empreses ha presentat unes ofertes ajustades a una forquilla de preus d'un 5% no significa necessàriament ni prova que el preu que ofereixen aquestes empreses sigui un preu de mercat, sinó que pot tenir altres lectures, com ara que això sigui un indicatiu que aquestes empreses han duit a terme una pràctica col·lusòria, prohibida per les normes que regulen el dret de la competència.

En definitiva, aquesta al·legació del recurrent també s'ha de desestimar.

7. Tot i que l'escrit de recurs conté nombroses al·legacions que s'han desestimat, tant pel que fa a la preparació i la capacitació tècnica o professional del tècnic que va emetre l'informe sobre la justificació de l'oferta de Lavola 1981, SA, i la de la resta dels integrants de la Mesa de Contractació, a la discrecionalitat de la



Mesa per haver admès l'informe del tècnic com a justificació de l'oferta desproporcionada, i a la concentració de poder en el tècnic atesa la preponderància o importància final del seu criteri en el resultat del procediment de contractació, com pel que fa al contingut de l'escrit amb el qual l'empresa justifica la seva oferta, el cert és que una de les al·legacions —la manca de motivació de l'acceptació de l'oferta— sí té fonament, ni que sigui únicament per l'ambigüitat amb què s'expressa el tècnic, ambigüitat que, com ja hem dit abans, no permet discernir de forma clara i absoluta si el tècnic s'ha limitat a reproduir els arguments de l'adjudicatari o si ha duit a terme un procés d'anàlisi i acceptació d'aquests arguments que l'ha conduït al convenciment intern que l'oferta es podia complir. És per aquest motiu, que pot considerar-se purament formal, pel qual aquesta Junta Consultiva considera que aquesta al·legació s'ha d'estimar.

8. L'article 31 del TRLCSP disposa que:

A més dels casos en què la invalidesa derivi de la il·legalitat de les seves clàusules, els contractes de les administracions públiques i els contractes subjectes a regulació harmonitzada, inclosos els contractes subvencionats a què es refereix l'article 17, són invàlids quan ho sigui algun dels seus actes preparatoris o el d'adjudicació, perquè hi concorre alguna de les causes de dret administratiu o de dret civil a què es refereixen els articles següents.

Després d'enumerar les causes de nul·litat en l'article 32, l'article 33 disposa que:

Són causes d'anul·labilitat de dret administratiu les altres infraccions de l'ordenament jurídic i, especialment, les de les regles contingudes en aquesta Llei, de conformitat amb l'article 63 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre.

En conseqüència, la Resolució per la qual s'adjudica el contracte de serveis de redacció i suport a la tramitació de la modificació del Pla Director Sectorial Energètic de les Illes Balears relatiu a l'ordenació territorial d'energies renovables, incorre en causa d'anul·labilitat, atès que no conté, ni en el cos de la Resolució ni per remissió a l'informe tècnic, cap pronunciament, ni tan sols de forma succinta, sobre els motius en què l'òrgan de contractació s'ha basat per arribar al convenciment que l'oferta de l'empresa adjudicatària, que contenia valors anormals o desproporcionats, era viable i es podia complir. Per tant, aquesta Resolució està afectada per una causa d'invalidesa.

Per tot això, dict el següent



Acord

1. Estimar parcialment el recurs especial en matèria de contractació interposat per Cubic Estudi Tècnic, SLP contra la Resolució del conseller d'Economia i Competitivitat, per la qual s'adjudica el contracte de serveis de redacció i suport a la tramitació de la modificació del Pla Director Sectorial Energètic de les Illes Balears relatiu a l'ordenació territorial d'energies renovables i, en conseqüència, anul·lar l'acte.
2. Ordenar retrotreure les actuacions administratives al moment immediatament anterior al de l'emissió de l'informe tècnic sobre la justificació de l'oferta de Lavola 1981, SA, perquè, una vegada emès, es continuï el procediment fins que es resolgui.
3. Notificar aquest Acord a les persones interessades i a la Conselleria d'Economia i Competitivitat.

Interposició de recursos

Contra aquest Acord —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.