



Exp. Junta Consultiva: RES 1/2014

Resolución del recurso especial en materia de contratación

Exp. de origen: contrato de servicios de redacción y apoyo a la tramitación de la modificación del Plan Director Sectorial Energético de las Illes Balears relativo a la ordenación territorial de las energías renovables

CONTR 2013/3262

Consejería de Economía y Competitividad

Recurrente: Cubic Estudi Tècnic, SLP

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 31 de marzo de 2014 por el que se resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Cubic Estudi Tècnic, SLP contra la Resolución del consejero de Economía y Competitividad por la que se adjudica el contrato de servicios de redacción y apoyo a la tramitación de la modificación del Plan Director Sectorial Energético de las Illes Balears relativo a la ordenación territorial de las energías renovables

Hechos

1. El 10 de septiembre de 2013 el secretario general de la Consejería de Economía y Competitividad aprobó, por delegación, el expediente de contratación, los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares y la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de redacción y apoyo a la tramitación de la modificación del Plan Director Sectorial Energético de las Illes Balears relativo a la ordenación territorial de las energías renovables, por procedimiento abierto.
2. El 4 de noviembre de 2013 la Mesa de Contratación abrió los sobres que contenían las proposiciones económicas de los licitadores admitidos al procedimiento y acordó requerir a la empresa Lavola 1981, SA, que había presentado la mejor oferta económica, que se consideró anormal o desproporcionada, para que en el plazo de diez días hábiles presentase la justificación de su oferta en los términos establecidos en la normativa.
3. El 15 de noviembre de 2013 el representante de Lavola 1981, SA aportó la justificación de su oferta.



4. El 18 de noviembre de 2013 el jefe de la Sección de Seguridad Nuclear de la Dirección General de Industria y Energía, que formaba parte de la Mesa de Contratación, emitió un informe técnico sobre la justificación presentada por Lavola 1981, SA.
5. El 19 de noviembre de 2013 la Mesa de Contratación se reunió para leer el informe técnico y acordó aceptar la justificación de la empresa y proponer la adjudicación del contrato a Lavola 1981, SA.
6. El 4 de diciembre de 2013 el secretario general de la Consejería de Economía y Competitividad dictó, por delegación, la Resolución por la que se adjudica el contrato de servicios de redacción y apoyo a la tramitación de la modificación del Plan Director Sectorial Energético de las Illes Balears relativo a la ordenación territorial de las energías renovables a Lavola 1981, SA. Esta Resolución se notificó a Cubic Estudi Tècnic, SLP el 9 de diciembre.
7. El 9 de enero de 2014 el representante de la empresa Cubic Estudi Tècnic, SLP interpuso ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato.
8. De acuerdo con el artículo 112 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se ha dado audiencia a los licitadores. El 4 de febrero de 2014 el representante de Lavola 1981, SA presentó un escrito de alegaciones.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso es la Resolución por la que se adjudica un contrato de servicios no sujeto a regulación armonizada, tramitado por la Consejería de Economía y Competitividad.

Dado que se trata de un acto no susceptible del recurso especial en materia de contratación que prevé el artículo 40 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), contra el mismo puede interponerse el recurso administrativo que sea procedente. Este recurso, en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, es el recurso especial en materia de contratación



que prevé el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, y lo tiene que resolver la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

La competencia para resolver este recurso corresponde a la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears, de acuerdo con el apartado 13 del artículo 2 y con el artículo 7 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, por el que se crea esta Junta Consultiva.

2. El recurso especial que ha interpuesto el representante de la empresa Cubic Estudi Tècnic, SLP se fundamenta en el hecho de que, en opinión del recurrente, la adjudicación del contrato es arbitraria, excesivamente discrecional y no ha sido objetiva, dado que se ha basado en un informe de un técnico sobre el contenido del escrito que presentó el adjudicatario como justificación de su oferta anormal o desproporcionada, que únicamente reproduce el escrito que presentó el adjudicatario, y que acepta sus alegaciones a pesar de que se basa “en meras suposiciones, sin fundamentos jurídicos ni documentales, ni elementos probatorios que lo justifiquen”, de manera que la Administración no ha fundamentado por qué ha admitido los argumentos del adjudicatario. En definitiva, el recurrente alega también la falta de motivación del informe técnico y de la adjudicación del contrato.

Además, el recurrente considera que la Administración ha infringido las normas que regulan la concurrencia en los procedimientos de contratación, y que el adjudicatario no ha respetado los precios de mercado y ha generado una desventaja competitiva. En concreto, cuestiona lo siguiente:

– La preparación y la capacitación técnica o profesional del técnico que emitió el informe sobre la justificación de la oferta de Lavola 1981, SA y la del resto de los integrantes de la Mesa de Contratación; la discrecionalidad de la Mesa por haber admitido el informe del técnico como justificación de la oferta desproporcionada y la concentración de poder en el técnico dada la preponderancia o importancia final de su criterio en el resultado del procedimiento de contratación.

– El contenido de las alegaciones con las que Lavola 1981, SA justifica su oferta, que se refieren a consideraciones técnicas, a consideraciones relativas al beneficio industrial y a consideraciones de mercado.

Según el parecer del recurrente, se ha producido una discriminación respecto del resto de empresas que han participado en el procedimiento de contratación,



dado que considera que las condiciones de solvencia no pueden servir para justificar la oferta, que se vulnera el principio de concurrencia competitiva y que Lavola 1981, SA no aporta ningún documento ni prueba alguna para acreditar la realidad de sus afirmaciones.

Por todo ello, el recurrente solicita que se anule la adjudicación del contrato y que se dicte una nueva resolución por la que se adjudique el contrato a Cubic Estudi Tècnic, SLP.

3. El contrato de servicios de redacción y apoyo a la tramitación de la modificación del Plan Director Sectorial Energético de las Illes Balears relativo a la ordenación territorial de las energías renovables se ha adjudicado a una empresa que había presentado una proposición considerada inicialmente anormal o desproporcionada, dado que el precio de la oferta era inferior en más de diez unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas.

La cuestión de fondo que se plantea en el recurso es determinar si la justificación aportada por Lavola 1981, SA en relación con su oferta anormal o desproporcionada es o no suficiente o adecuada para entender que la oferta es viable y se puede cumplir, y si la aceptación de la justificación de la oferta es contraria a la normativa o a los principios de la contratación pública.

4. La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios prevé la posibilidad de que en un procedimiento de contratación se presenten ofertas anormalmente bajas y en el artículo 55 dispone lo siguiente:

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.

El artículo 152 del TRLCSP, bajo el epígrafe “Ofertas con valores anormales o desproporcionados”, regula esta técnica y distingue según si hay un único criterio de adjudicación —el precio— o si hay varios. Así, el apartado 1 de este artículo dispone que cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación de un contrato sea el del precio, el carácter



desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado. En cambio, de acuerdo con el apartado 2, cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados.

Los apartados 3 y 4 del artículo 152 del TRLCSP regulan el procedimiento que debe seguirse en el caso de que se aprecie que una oferta presenta valores anormales o desproporcionados en los siguientes términos:

3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado. En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

[...]

4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior.

El artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, contiene los criterios o parámetros objetivos para determinar cuándo debe considerarse, en los procedimientos de contratación en los que solo haya un único criterio de adjudicación —el precio—, que una oferta es anormal o desproporcionada, en función del número de licitadores que hayan participado en el procedimiento.



El Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establece en la letra *f* del apartado 1 del artículo 22, como una de sus funciones, que cuando la mesa de contratación entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitará el procedimiento previsto al efecto por el artículo 152 del TRLCSP y, en vista de su resultado, propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo.

Todo ello se recoge en la letra K del Cuadro de características y en la cláusula 15.4 del Pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato objeto de recurso.

La finalidad de la regulación de las ofertas anormales o desproporcionadas es, tanto en las directivas comunitarias de contratación pública como en la legislación española que las incorpora, impedir que el órgano de contratación pueda rechazar automáticamente dichas ofertas sin llevar a cabo una comprobación previa para determinar si se pueden cumplir satisfactoriamente.

De acuerdo con la regulación que establece el TRLCSP, esta comprobación previa se materializa en un procedimiento contradictorio que requiere, por una parte, que antes de adoptar una decisión sobre la adjudicación del contrato se dé audiencia a los licitadores que hayan presentado ofertas con valores anormales o desproporcionados para que justifiquen sus ofertas y, por otra, que se solicite el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

La justificación de una oferta consiste en explicar los elementos en que el licitador fundamentó su oferta, aduciendo razones convincentes, con el objetivo de argumentar la viabilidad y el acierto de una proposición en los términos en que fue presentada en el procedimiento de contratación.

El asesoramiento técnico, que tiene carácter preceptivo, se plasma en un informe que permite al órgano de contratación verificar o comprobar que, conforme a las explicaciones mencionadas, la oferta es viable y, por tanto, que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada en la forma establecida en los pliegos de condiciones. Por este motivo, se exige un informe técnico razonado que, a partir de las alegaciones del licitador cuya oferta ha sido considerada anormal o desproporcionada, ponga de relieve que los valores anormales o desproporcionados de la oferta no afectarán a la ejecución del contrato.



La decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, el cual debe sopesar las alegaciones que haya formulado la empresa licitadora y el informe o informes que hayan emitido los servicios técnicos, que no tienen carácter vinculante.

En definitiva, lo que se persigue es, por una parte, garantizar la correcta ejecución del contrato, es decir, garantizar que la ejecución del contrato no pueda frustrarse como consecuencia del hecho de que una oferta o una proposición contengan valores anormales o desproporcionados y, por tanto, comprobar que dichas ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas podrán cumplirse correctamente en los términos que se hayan establecido, y, por otra, establecer, como garantía de los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia, unos mecanismos de protección para la empresa licitadora que impidan que pueda rechazarse su oferta de forma automática sin haber comprobado previamente su viabilidad.

5. En el escrito de recurso el recurrente cuestiona la preparación y la capacitación técnica o profesional del técnico que emitió el informe sobre la oferta de Lavola 1981, SA y la del resto de integrantes de la Mesa de Contratación; la discrecionalidad de la Mesa por haber admitido el informe del técnico como justificación de la oferta desproporcionada, y la concentración de poder en el técnico dada la preponderancia o importancia final de su criterio en el resultado del procedimiento de contratación.

En concreto, el recurrente afirma que la Mesa de Contratación actuó con discrecionalidad y duda de la profesionalidad de sus miembros, en especial, del técnico que emitió el informe sobre la justificación de la oferta anormal o desproporcionada que presentó Lavola 1981, SA. Asimismo, afirma que el informe tendría que haber sido elaborado por una persona que no formara parte de la Mesa, dado que el hecho de que lo elaborara un miembro de la Mesa de Contratación, que conocía las propuestas presentadas por el resto de los licitadores, propició una concentración de poder inadmisibles en el técnico.

El artículo 320 del TRLCSP dispone que, salvo el caso en que la competencia para contratar corresponda a una junta de contratación, en los procedimientos abiertos los órganos de contratación de las administraciones públicas están asistidos por una mesa de contratación, que es el órgano competente para la valoración de las ofertas. Con respecto a la composición de la mesa, este precepto, de carácter no básico, establece que estará constituida por un presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente y un secretario.



El artículo 21 del Real Decreto 817/2009, también de carácter no básico, desarrolla el artículo 320 del TRLCSP en cuanto a la composición de las mesas de contratación.

En el ámbito autonómico, el artículo 3 del Decreto 147/2000, de 10 de noviembre, sobre contratación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, regula la composición de las mesas de contratación y dispone que:

La Mesa de Contratación estará presidida por el secretario general de la consejería contratante, o por el secretario de la entidad en los casos de organismos autónomos y otras entidades instrumentales del sector público autonómico, o por aquellos que se designen para cada caso, y como mínimo formarán parte de la misma un vocal representante de la Intervención General de la Comunidad Autónoma, que, cuando se trate de entidades instrumentales con presupuesto propio, podrá serlo el de la unidad que tenga asignada la función de control económico en dichas entidades; un vocal representante de la asesoría jurídica, que puede pertenecer, indistintamente, a la Dirección de la Abogacía de la Comunidad Autónoma o al servicio que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación, y un vocal perteneciente al servicio promotor del expediente. Deberá actuar como secretario de la Mesa el jefe de la unidad administrativa de contratación que tramite el expediente.

Todos los miembros de las Mesas serán designados por el órgano de contratación quien podrá hacerlo para cada contrato o de forma permanente mediante acuerdo publicado en el BOIB, sin perjuicio, en este último caso, de poder incorporar nuevos vocales en aquellas contrataciones que por su especialidad o importancia así determine el propio órgano de contratación.

El órgano de contratación designó, de acuerdo con este precepto, a los miembros de la Mesa de Contratación para la adjudicación del contrato objeto de recurso, todos los cuales, salvo el presidente —que es un alto cargo—, son funcionarios de carrera de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y, por tanto, tienen reservado el ejercicio de las funciones técnicas, de asesoramiento legal y de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria para una mayor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública, tal como dispone el artículo 14 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.



Así pues, la profesionalidad y la imparcialidad de los miembros de la Mesa de Contratación se presume desde el momento en que los funcionarios acceden al empleo público de acuerdo con procedimientos de imparcialidad, objetividad y transparencia y de acuerdo con sus competencias profesionales.

Por tanto, no puede admitirse que el recurrente cuestione sin fundamento alguno la preparación o la capacitación técnica o profesional del técnico o la del resto de integrantes de la Mesa, ni tampoco puede admitirse la alegación del recurrente relativa a la existencia de una excesiva concentración de poder en el técnico que informa y que, a la vez, es miembro de la Mesa, dado que, como ya se ha dicho antes, cuando se identifica una proposición que puede ser considerada desproporcionada o anormal debe requerirse el asesoramiento de un técnico del servicio correspondiente, y no se exige que deba emitirlo un técnico ajeno a la mesa de contratación.

En cuanto a la alegación del recurrente sobre la excesiva discrecionalidad de la Mesa de Contratación en relación con la admisión del informe y la formulación de la propuesta de adjudicación —y, en definitiva, en la posterior adjudicación del contrato—, el recurrente afirma que en un alto porcentaje de casos el sentido del informe técnico de valoración de las ofertas anormales o desproporcionadas es determinante en la decisión del órgano de contratación, y cita la Resolución 42/2011, de 24 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la que se reconoce la existencia de discrecionalidad administrativa en la apreciación de cuestiones técnicas, y de la cual transcribe el siguiente fragmento:

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 esta misma cuestión, en el sentido de considerar que esta discrecionalidad también está presente en los casos en que ha de valorarse si la justificación de la oferta que tiene valores anormales o desproporcionados es suficiente, se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 42/2013, de 23 de enero, en la cual manifestó lo siguiente:



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).

Efectivamente, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales no es procedente revisar el informe técnico emitido en el procedimiento contradictorio de justificación de ofertas anormales o desproporcionadas, salvo en los casos en que haya un error manifiesto, arbitrariedad o que se hayan vulnerado el principio de no discriminación o los trámites y requisitos procedimentales.



Por tanto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales reconoce un indiscutible margen de discrecionalidad al órgano de contratación en cuanto a la aceptación de la justificación de una oferta anormal o desproporcionada.

En el procedimiento objeto de recurso se ha actuado de acuerdo con lo que disponen el artículo 152 del TRLCSP y el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato, y se ha solicitado la justificación de la viabilidad de la oferta que incurre en valores anormales o desproporcionados, así como un informe técnico sobre la justificación, por lo que no se observa la existencia de una excesiva discrecionalidad ni de error procedimental alguno, como tampoco se observa que se haya vulnerado de modo alguno el principio de no discriminación.

No obstante, hay que señalar que a pesar de que el informe técnico de valoración de la justificación de la oferta anormal o desproporcionada de Lavola 1981, SA concluye que la empresa ha justificado el precio de ejecución que había ofrecido, tanto las consideraciones técnicas previas como la conclusión están redactadas en unos términos muy ambiguos, que no permiten discernir de forma clara y absoluta si el técnico se ha limitado a reproducir algunas partes del informe de justificación de la oferta o si realmente ha analizado y ha hecho suyas las argumentaciones con que Lavola 1981, SA justifica su oferta considerándolas adecuadas, en el sentido de que el técnico considera que con esta justificación la empresa ha aducido las razones que explican la viabilidad de su oferta y que, por tanto, el contrato puede cumplirse.

Debe decirse que el órgano de contratación, en la Resolución objeto de impugnación, se limitó a hacer constar en los hechos que la Mesa de Contratación había aceptado la justificación de la empresa Lavola 1981, SA y que había propuesto la adjudicación del contrato a esta empresa, pero no refleja los argumentos o los razonamientos que le han conducido a considerar que la oferta era viable y que, por tanto, la empresa podía cumplir el contrato correctamente. En consecuencia, debe entenderse que esta Resolución carece de motivación.

Es necesario recordar que tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la jurisprudencia ordinaria han admitido la motivación por referencia a informes que forman parte de las actuaciones, ya sea de forma expresa (con la incorporación formal del texto del informe en el cuerpo de la resolución), como, incluso, de forma presunta, esto es, en vista del contenido material de la



resolución (motivación *in aliunde*). En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2011 manifiesta 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).

En cuanto a los efectos de la falta de motivación de los actos administrativos, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 11 de febrero de 2011, manifiesta:

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 consecuencia, dado que la Resolución objeto de recurso no contiene ningún pronunciamiento, ni siquiera de forma sucinta, sobre los motivos o razonamientos en que se ha basado el órgano de contratación para llegar al convencimiento de que la oferta de la empresa adjudicataria, que contenía valores anormales o desproporcionados, era viable y se podía cumplir, debe considerarse que incurre en una causa de invalidez.

Debe decirse que incluso en el caso de que la Resolución hubiese efectuado una remisión al informe técnico sobre la justificación de la oferta anormal o desproporcionada del adjudicatario para motivar su viabilidad, la conclusión habría sido la misma dada la ambigüedad con que, como se ha dicho antes, se expresa el técnico.

6. Pasemos ahora a analizar las alegaciones del recurrente sobre el contenido del informe con el que Lavola 1981, SA justifica su oferta, que se refieren a consideraciones técnicas, a consideraciones relativas al beneficio industrial y a consideraciones de mercado, y también sobre algunas cuestiones relacionadas con ello.

— En cuanto a las consideraciones técnicas, Lavola 1981, SA expone que aplicará aspectos metodológicos, herramientas y procedimientos desarrollados en otros proyectos de planificación territorial de características similares al que es objeto de licitación que le permitirán optimizar y focalizar los trabajos en las diferentes fases del proyecto, lo que permitirá reducir el tiempo de dedicación del equipo técnico y, por consiguiente, reducir los costes de su propuesta. Lavola 1981, SA concreta cuáles son las mejoras metodológicas, las herramientas y los procedimientos que utilizará para ejecutar el contrato.

El recurrente alega que las empresas admitidas a la licitación cumplían los criterios de solvencia técnica que establecía el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato, que se basaban fundamentalmente en la disposición de un equipo de trabajo multidisciplinar y de instalaciones y equipamiento adecuados al objeto del contrato, y que, por tanto, las consideraciones técnicas con que Lavola 1981, SA justifica su oferta no pueden tenerse en cuenta como elemento justificativo de la oferta, dado que, en opinión del recurrente, ello discrimina de forma negativa al resto de licitadores en la medida que en el momento de acreditar su solvencia no pudieron aportar información alguna sobre su metodología o mejoras ni defender las ventajas de sus ofertas.



En este caso, los empresarios que cumplían los requisitos de solvencia establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares fueron admitidos a la licitación, y la Mesa de Contratación, de acuerdo con los parámetros objetivos establecidos en el pliego, advirtió que Lavola 1981, SA había presentado una oferta anormal o desproporcionada, motivo por el cual, en cumplimiento del artículo 152.3 del TRLCSP, le dio audiencia para que la justificase.

Lo que hace Lavola 1981, SA es explicar o precisar su oferta haciendo referencia a algunas de las condiciones a que se refiere el artículo 152.3 del TRLCSP, como por ejemplo el ahorro que permite el procedimiento de ejecución del contrato y las soluciones técnicas adoptadas, para justificar que su oferta es viable y que puede cumplir el contrato en el caso de resultar adjudicataria. Como es obvio, esta justificación no se solicitó al resto de licitadores precisamente porque no existía ninguna duda de que en caso de resultar adjudicatarios podrían cumplir el contrato.

Por tanto, la Mesa de Contratación se limitó a aplicar el pliego de cláusulas administrativas particulares en lo relativo a las ofertas con valores anormales o desproporcionados y a seguir el procedimiento previsto en el artículo 152.3 del TRLCSP para el caso de que se haya identificado una oferta de estas características —procedimiento en el que no se prevé la participación del resto de licitadores—, sin que de esta actuación se derive trato discriminatorio alguno respecto de las empresas cuyas ofertas no contenían valores anormales o desproporcionados.

Es necesario recordar, como se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, *SAG ELV Slovensko y otros*, dictada en el asunto C-599/10, que la existencia de un debate contradictorio entre el poder adjudicador y el candidato a fin de que este pueda probar que su oferta es seria constituye una exigencia de la Directiva 2004/18/CE dirigida a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y a garantizar una sana competencia entre las empresas.

Así pues, las alegaciones del recurrente no tienen ningún sentido y deben desestimarse, dado que la Administración, que simplemente ha seguido el procedimiento, no ha discriminado a ningún licitador.

Ciertamente, es importante entender el significado o la función de la fase de selección de los contratistas en los procedimientos de contratación.



Debe decirse que tanto la jurisprudencia comunitaria (Sentencia de 20 de septiembre de 1988, dictada en el asunto C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV / Países Bajos*), como la doctrina emanada de las juntas consultivas de contratación — como por ejemplo el Informe 36/2001, de 9 de enero de 2002, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado—, se pronuncian en el sentido de que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deben distinguirse fases distintas, con requisitos también distintos, la de selección de los contratistas y la de adjudicación del contrato, sin que los criterios de selección puedan ser utilizados como criterios de adjudicación. Con todo, lo cierto es que en el caso que nos ocupa la cuestión objeto de debate ni siquiera tiene relación con los criterios de adjudicación del contrato, sino que se trata de una simple justificación de la oferta de uno de los licitadores con la finalidad de explicar que la oferta es viable y se puede cumplir.

—En cuanto al beneficio industrial, Lavola 1981, SA manifiesta que tiene el objetivo estratégico de incrementar su presencia en las Illes Balears y que, por este motivo, ajusta el beneficio industrial del proyecto del 10 % al 4 %.

El recurrente considera que esta argumentación no es válida como elemento probatorio y justificativo de una oferta desproporcionada, y que evidencia la aleatoriedad y la discrecionalidad con que Lavola 1981, SA ha cuantificado los costes empresariales para justificar su oferta, con la finalidad de obtener unos resultados determinados. Además, afirma que los precios/hora asignados a cada uno de los técnicos que tienen que ejecutar el proyecto y el resto de costes y desplazamientos no están documentados ni justificados mediante nóminas, contratos mercantiles, facturas o presupuestos. Y también afirma que la reducción del beneficio industrial solo estaría justificada si estuviese fundamentada, de acuerdo con el artículo 152.3 del TRLCSP, en el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, como forma de evitar una reducción drástica de la plantilla, pero que aquella reducción no puede servir para justificar el objetivo estratégico de ampliar su presencia en las Illes Balears y aumentar su volumen de negocio.

El recurrente también considera que la renuncia a una parte del beneficio industrial atenta contra el principio básico de competencia competitiva y puede generar una “guerra de precios” en el sector que puede provocar alteraciones en la calidad de las prestaciones que deben realizarse.



Las afirmaciones del recurrente en cuanto a la aleatoriedad y la discrecionalidad de los datos que aporta Lavola 1981, SA no tienen base alguna, sino que se fundamentan en meras apreciaciones particulares, totalmente subjetivas, sobre la oferta de Lavola 1981, SA, y no aporta dato alguno para corroborar sus opiniones que permita concluir que por el hecho de que la empresa tenga un beneficio industrial del 4% la oferta de Lavola 1981, SA no es viable.

Ciertamente, la justificación del ajuste del beneficio industrial al 4% tiene que ver, como se afirma en el informe justificativo, con la estrategia empresarial de Lavola 1981, SA, enmarcada en un contexto de libre competencia y libertad de empresa, que por tanto no tiene que estar necesariamente vinculado a evitar reducciones drásticas de la plantilla por falta de volumen de negocio, como parece sostener el recurrente. Por tanto, la reducción del beneficio industrial en ningún caso atenta contra el principio de libre competencia, dado que el hecho de que una empresa que concurre a un procedimiento de contratación decida reducir su beneficio industrial no es un hecho que pueda impedir que otras empresas participen en un procedimiento de contratación concreto. De hecho, ni siquiera es un aspecto conocido por el resto de empresas, sino que es una decisión que queda en el ámbito empresarial más íntimo. Por tanto, no se alcanza a entender de qué manera esta decisión afecta al principio de competencia en la contratación pública.

En cuanto al hecho de que Lavola 1981, SA no haya aportado pruebas documentales para confirmar los datos con que pretende justificar su oferta, debe decirse que ni el TRLCSP ni el Reglamento General como tampoco el Real Decreto 817/2009 exigen que la justificación de una oferta anormal o desproporcionada, en particular la reducción del beneficio industrial, tenga que ir acompañada de ningún documento o elemento probatorio. En consecuencia, también deben desestimarse las alegaciones del recurrente respecto a esta cuestión.

— En cuanto a las consideraciones de mercado, Lavola 1981, SA señala que su oferta se adapta a los condicionantes de mercado dado que los precios de otros proyectos comparables han bajado los últimos años entre un 25 % y un 35 % fruto de la optimización de los trabajos y de la competencia existente en el mercado.

El recurrente argumenta que las otras tres empresas admitidas al procedimiento de contratación presentaron ofertas ajustadas a una horquilla de precios de un 5%, lo que evidencia que el precio de mercado está dentro de dicho rango, y que,



por tanto, la oferta de Lavola 1981, SA no se ajusta en absoluto al precio de mercado. Además, manifiesta que las afirmaciones de Lavola 1981, SA son meras suposiciones y contravienen el principio de concurrencia competitiva, y que Lavola 1981, SA no aporta ningún documento que confirme o justifique que su precio es un precio de mercado.

Es preciso señalar que el recurrente no aporta ningún argumento o elemento de juicio que pruebe o que lleve al convencimiento de que Lavola 1981, SA no podrá cumplir el contrato de acuerdo con su oferta. En un caso similar, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la Resolución 24/2011, de 9 de febrero, manifestó 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 relación con todo ello, debe reiterarse que la normativa no exige que se aporte prueba documental alguna de este tipo de argumento para justificar una oferta con valores anormales o desproporcionados, sino que lo que se requiere es una explicación de los motivos en virtud de los cuales, a pesar de existir valores anormales y, en consecuencia, una cierta presunción de que la oferta es inviable, no existe obstáculo para que el contrato se ejecute en sus propios términos. Debe decirse también que no se exige una prueba absoluta por parte del licitador sino una argumentación razonada y coherente, fundamentada en las circunstancias o los aspectos a que se refiere el artículo 152.3 del TRLCSP —que no forman una relación exhaustiva de posibles justificaciones— del hecho de que el contrato se puede cumplir.



Ciertamente, sería exagerado exigir una justificación más allá de aquello que parece lógico y razonable, incluso teniendo en cuenta que el hecho de que una oferta no presente valores anormales o desproporcionados tampoco es, en la práctica, una garantía absoluta de que el contrato pueda cumplirse de acuerdo con sus propios términos.

Respecto a la alegación del recurrente de que las afirmaciones de Lavola 1981, SA contravienen el principio de concurrencia, debe decirse otra vez que no se alcanza a entender de qué manera sus manifestaciones afectan al principio de concurrencia en la contratación pública.

Finalmente, la afirmación del recurrente de que el hecho de que un determinado número de empresas ha presentado unas ofertas ajustadas a una horquilla de precios de un 5% no significa necesariamente ni prueba que el precio que ofrecen dichas empresas sea un precio de mercado, sino que puede tener otras lecturas, como por ejemplo que ello sea un indicio de que estas empresas han llevado a cabo una práctica colusoria, prohibida por las normas que regulan el derecho de la competencia.

En definitiva, esta alegación del recurrente también debe desestimarse.

7. Aunque el escrito de recurso contiene numerosas alegaciones que se han desestimado, tanto respecto a la preparación y la capacitación técnica o profesional del técnico que emitió el informe sobre la justificación de la oferta de Lavola 1981, SA y la del resto de los integrantes de la Mesa de Contratación, a la discrecionalidad de la Mesa por haber admitido el informe del técnico como justificación de la oferta desproporcionada, y a la concentración de poder en el técnico dada la preponderancia o importancia final de su criterio en el resultado del procedimiento de contratación, como respecto al contenido del escrito con el que la empresa justifica su oferta, lo cierto es que una de las alegaciones —la falta de motivación de la aceptación de la oferta— sí tiene fundamento, ni que sea únicamente por la ambigüedad con que se expresa el técnico, ambigüedad que, como ya hemos dicho antes, no permite discernir de forma clara y absoluta si el técnico se ha limitado a reproducir los argumentos del adjudicatario o si ha llevado a cabo un proceso de análisis y aceptación de dichos argumentos que le ha conducido al convencimiento interno de que la oferta se podía cumplir. Es por este motivo, que puede considerarse puramente formal, por el que esta Junta Consultiva considera que esta alegación debe estimarse.
8. El artículo 31 del TRLCSP dispone que:



Además de los casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado, los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes.

Después de enumerar las causas de nulidad en el artículo 32, el artículo 33 dispone que:

Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En consecuencia, la Resolución por la que se adjudica el contrato de servicios de redacción y apoyo a la tramitación de la modificación del Plan Director Sectorial Energético de las Illes Balears relativo a la ordenación territorial de las energías renovables incurre en causa de anulabilidad, dado que no contiene, ni en el cuerpo de la Resolución ni por remisión al informe técnico, pronunciamiento alguno, ni siquiera de forma sucinta, sobre los motivos en que se ha basado el órgano de contratación para llegar al convencimiento de que la oferta de la empresa adjudicataria, que contenía valores anormales o desproporcionados, era viable y se podía cumplir. Por tanto, esta Resolución está afectada por una causa de invalidez.

Por todo ello, dicto el siguiente

Acuerdo

1. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Cubic Estudi Tècnic, SLP contra la Resolución del consejero de Economía y Competitividad por la que se adjudica el contrato de servicios de redacción y apoyo a la tramitación de la modificación del Plan Director Sectorial Energético de las Illes Balears relativo a la ordenación territorial de las energías renovables y, en consecuencia, anular el acto.
2. Ordenar retrotraer las actuaciones administrativas al momento inmediatamente anterior al de la emisión del informe técnico sobre la justificación de la oferta de



Lavola 1981, SA para que, una vez emitido, se continúe el procedimiento hasta su resolución.

3. Notificar este Acuerdo a las personas interesadas y a la Consejería de Economía y Competitividad.

Interposición de recursos

Contra este Acuerdo —que agota la vía administrativa— se puede interponer un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a aquel en que se reciba la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1 *a* y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.