

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 5 de junio de 2001¹

I. Introducción

1. El Consiglio di Stato de la República Italiana (Sección Cuarta), ejerciendo su competencia jurisdiccional para resolver los recursos de apelación respectivamente interpuestos contra dos sentencias del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, dirige al Tribunal de Justicia cinco cuestiones prejudiciales, que tienen por objeto la interpretación del artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras² (en lo sucesivo, «Directiva» o «Directiva 93/37»).

2. La consulta que el Consiglio di Stato formula al Tribunal de Justicia tiene como telón de fondo principios esenciales e irrenunciables en la ordenación comunitaria de la contratación pública, que guardan relación con el establecimiento de criterios objetivos de participación en las licitaciones y de adjudicación de los contratos públicos, en el seno de un procedimiento transparente del que estén proscritas las

medidas y las cláusulas que puedan tener efectos discriminatorios.³

3. Y en tal escenario, el protagonismo viene atribuido en esta ocasión a las ofertas anormalmente bajas en relación con la prestación contractual. Más en particular, al procedimiento para su exclusión, como instrumento para despejar el camino hacia la adjudicación mediante el rechazo de propuestas carentes de la necesaria solvencia. Se trata de dar satisfacción a otro principio presente en el derecho comunitario de la contratación pública: el de eficacia.⁴

3 — Son principios que están presentes en las Directivas «clásicas» sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras. Para los contratos de suministro, en la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976 (DO 1977, L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29), y en la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (DO L 199, p. 1). En lo que se refiere al contrato de servicios, en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 (DO L 209, p. 1). Finalmente, la publicidad como herramienta de la transparencia administrativa y el principio de no discriminación se recogieron para el contrato de obras en la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971 (DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9), y, una vez derogada, en la Directiva cuyo artículo 30, apartado 4, es el objeto de las cuestiones prejudiciales que ahora centran mi atención.

La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras (DO 2001, C 29 E, p. 11; en lo sucesivo, «Propuesta de Directiva»), que pretende codificar las tres Directivas «clásicas» y fusionarlas en un único texto, sigue fiel a los principios de igualdad de trato y de transparencia (véase su segundo considerando).

4 — El principio de eficacia, en sentido amplio, late en los considerandos 19, 23 y 25 de la Propuesta de Directiva citada en la nota anterior. También asoma en algunos artículos de la Directiva 93/37 (véanse, por ejemplo, los artículos 4, 7 y 14).

1 — Lengua original: español.

2 — DO L 199, p. 54

4. Respecto de esta clase de ofertas, el Consiglio di Stato trae a colación sus dudas sobre la compatibilidad con el artículo 30, apartado 4, de la Directiva de:

II. El marco jurídico

1. La normativa comunitaria

1) El establecimiento de un mecanismo automático de fijación del umbral a partir del cual una oferta es considerada como anormalmente baja, que impida conocerlo a los licitadores antes de presentar sus propuestas.

2) La exclusión *a limine* de las ofertas a las que no se adjunte la justificación del precio por un valor que, cuando menos, represente el 75 % del importe base de la licitación y el hecho de que sólo se admitan determinadas justificaciones, descartando las relativas a elementos cuyos valores mínimos puedan obtenerse en catálogos oficiales.

3) La previsión de un procedimiento en el que, una vez abiertas las plizas y antes de ser adoptada la medida de exclusión, las empresas que hayan presentado ofertas anómalas no tengan la oportunidad de hacer valer sus razones y de explicar su posición.

5. La Directiva 71/305, con la que se puso en marcha la coordinación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de contratación pública, asumió como principal empeño la realización simultánea de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras.⁵ Esta Directiva tuvo ya presente la eventualidad de que fuesen realizadas ofertas anormalmente bajas y, en el apartado 5 del artículo 29, contempló la posibilidad de su exclusión.

6. La Directiva 71/305 fue objeto de sucesivas y dispersas modificaciones,⁶ lo que aconsejaba su codificación, que se llevó a cabo por la Directiva 93/37.⁷ En el apartado 4 del artículo 30, la nueva disposición se limitó a reproducir, con ligeras alteraciones, el texto del artículo 29, apartado 5, de la Directiva 71/305, tal y como quedó después de la modificación de 1989. Dicho artículo 30, apartado 4, dice:

«Si, para un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja, con

5 — Véase su primer considerando.

6 — Una de ellas afectó, entre otros, al artículo 29, apartado 5, que recibió nueva redacción mediante la Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio de 1989 (DO L 210, p. 1).

7 — Véase su primer considerando.

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, y verificará esta composición teniendo en cuenta las justificaciones presentadas.

El poder adjudicador podrá tomar en consideración las justificaciones que hagan referencia a la economía del procedimiento de construcción, a las soluciones técnicas que se hayan adoptado, a las condiciones excepcionalmente favorables de que disfrute el licitador para la ejecución de las obras o a la originalidad del proyecto.

Si los documentos relativos al contrato disponen la adjudicación al precio más bajo, el poder adjudicador deberá comunicar a la Comisión el rechazo de las ofertas que se consideren demasiado bajas.

[...]

2. La legislación italiana

7. El apartado 4 del artículo 30 de la Directiva ha sido incorporado al derecho

italiano por el artículo 21, apartado 1 *bis*, de la Ley 109/1994, de 11 de febrero de 1994, Ley marco en materia de obras públicas,⁸ añadido a su texto originario por el artículo 7 de la Ley 216/1995, de 2 de junio.⁹ Conforme a esta disposición:

«En los casos de adjudicaciones de contratos públicos de obras por valor igual o superior a 5 millones de ECU, según el criterio del precio más bajo contemplado en el apartado 1, la administración interesada deberá evaluar la anomalía de las ofertas a que se refiere el artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, en relación con todas las ofertas que presenten una baja superior al porcentaje fijado antes del 1 de enero de cada año mediante Decreto del *Ministro dei lavori pubblici*, oído el *Ossevatorio*, sobre la base de la evolución de las ofertas aceptadas en las licitaciones realizadas el año anterior.

La Administración pública podrá tener en cuenta exclusivamente justificaciones basadas en la economía del procedimiento de construcción, en las soluciones técnicas adoptadas o en las condiciones particularmente favorables de que disfrute el licitador; con exclusión, en todo caso, de justificaciones relativas a todos aquellos elementos cuyos valores mínimos son establecidos por disposiciones legales, regla-

8 — *Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana* (en lo sucesivo, «GURI») n.º 41, de 19 de febrero de 1994, p. 5.

9 — GURI n.º 127, de 2 de junio de 1995, p. 3. Esta norma legal es el resultado de la conversión en ley, con modificaciones, del Decreto-ley 101/1995, de 3 de abril, sobre normas urgentes en materia de obras públicas (GURI n.º 78, de 3 de abril de 1995, p. 8).

mentarias o administrativas, o cuyos valores mínimos puedan ser señalados por catálogos oficiales. Las ofertas deberán ir acompañadas, desde su presentación, de justificaciones relativas a los componentes más significativos del precio, indicados en el anuncio de licitación o en la invitación escrita, cuyo importe conjunto no sea inferior al 75 % del importe base de la licitación.

ción del artículo 21, apartado 1 *bis*, de la Ley 109/1994, respectivamente para los años 1997 y 1998, el *Ministro dei lavori pubblici* fijó el porcentaje a partir del cual el poder adjudicatario está obligado a someter las ofertas anormales a un procedimiento de verificación en una «[...] medida igual a la media aritmética de las bajas porcentuales de todas las ofertas admitidas, incrementada en la diferencia media aritmética de las bajas porcentuales que superen dicha media».

[...]»¹⁰

8. En los Decretos de 28 de abril¹¹ y 18 de diciembre de 1997,¹² dictados en aplica-

III. Los hechos y los litigios principales

10 — El precepto transcrito ha sido modificado por el artículo 7 de la Ley 415/1998, de 18 de noviembre de 1998 (GURI n° 284, de 4 de diciembre de 1998, suplemento ordinario, p. 5). Después de esta nueva modificación, que no es aplicable *ratione temporis* al caso de autos, el texto del artículo 21, apartado 1 *bis*, de la Ley 109/1994 queda como sigue: «En los casos de adjudicaciones de contratos públicos de obras por valor igual o superior a 5 millones de ECU, según el criterio del precio más bajo contemplado en el apartado 1, la administración interesada deberá evaluar la anomalía de las ofertas a que se refiere el artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, en relación con todas las ofertas que presenten una baja igual o superior a la media aritmética de las rebajas porcentuales de todas las ofertas admitidas, con exclusión del diez por ciento, redondeado a la unidad superior, de las ofertas que presenten respectivamente la mayor y menor rebaja, incrementada en la diferencia media aritmética de las bajas porcentuales que superen la precitada media [la cursiva expresa las diferencias con la redacción anterior]. La Administración pública tomará exclusivamente en consideración, en un plazo de sesenta días a contar desde la presentación de las ofertas, justificaciones basadas en la economía del procedimiento de construcción, en las soluciones técnicas adoptadas o en las condiciones especialmente favorables de que disfrute el licitador, con exclusión, en todo caso, de justificaciones relativas a todos aquellos elementos cuyos valores mínimos son establecidos por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o cuyos valores mínimos puedan ser señalados por catálogos oficiales. Las ofertas deberán ir acompañadas, desde su presentación, de justificaciones relativas a los componentes más significativos del precio, indicados en el anuncio de licitación o en la invitación escrita, cuyo importe conjunto no sea inferior al 75 % del importe base de la licitación. [...]»

11 — GURI n° 105, de 8 de mayo de 1997, p. 28.

12 — GURI n° 1, de 2 de enero de 1998, p. 26.

1. Asunto C-285/99

9. El Ente Nazionale per le Strade (en lo sucesivo, «ANAS») anunció la licitación para la adjudicación, por el procedimiento restringido, de las obras denominadas «RM 87/97 — Autopista del GRA — lote 19, adaptación para tres carriles en cada sentido desde el km 43,280 al km 46,500».

10. La asociación temporal de empresas integrada por Lombardini SpA — Impresa

Generale di Costruzioni (en lo sucesivo, «Lombardini»), Collini — Impresa di Costruzioni SpA y Trevi SpA fue invitada a participar en la licitación mediante escrito número 1723, de 15 de octubre de 1997. En lo que aquí interesa y conforme a lo dispuesto en el artículo 21, apartado 1 *bis*, de la Ley 109/1994, el escrito de invitación contenía las siguientes precisiones:

A. La obligación de los aspirantes de acompañar con su oferta justificaciones de los componentes más significativos del precio, equivalentes al 75 % del importe base de la licitación. Las explicaciones debían ser redactadas conforme a las reglas que se adjuntaban con la invitación e introducidas en un sobre con la documentación administrativa que procedía presentar.

B. La obligación de proporcionar, en un sobre separado, la documentación necesaria para la verificación de los datos facilitados en el análisis justificativo de la oferta. Este sobre sólo sería abierto y examinado su contenido, si la oferta llegaba a superar el umbral aritmético de anomalía.

C. La advertencia de que el incumplimiento de cualquiera de las anteriores prescripciones determinaría la inadmisión de las ofertas.

D. Los criterios conforme a los que se procedería a verificar la anomalía de las ofertas.

11. La oferta de Lombardini recibió la calificación de anormalmente baja,¹³ por lo que se procedió a la apertura de los sobres que contenían la documentación justificativa. Tras su análisis, fue rechazada y adjudicado el contrato a la Società Italiana per Condotte d'Acqua.

12. Acto seguido, Lombardini impugnó ante el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio el anuncio de licitación, la carta de invitación, su exclusión y la adjudicación del contrato. Estas pretensiones fueron desestimadas por el mencionado tribunal, por lo que apeló, aduciendo, entre otros motivos, la «errónea y falsa interpretación del artículo 30 de la Directiva 93/37».¹⁴

2. Asunto C-286/99

13. Con el fin de ejecutar el segundo lote de las obras de construcción de la variante

13 — El umbral de anomalía quedó fijado en un 28,004 %, en tanto que la rebaja ofrecida por Lombardini alcanzaba un 29,88 %.

14 — Párrafo tercero del apartado de «hechos» del auto de remisión.

Bergamo/Zanica de la carretera provincial nº 115, el ANAS hizo público el anuncio de licitación para la adjudicación, por el procedimiento restringido, del correspondiente contrato.

14. Encabezando una asociación temporal con otra empresa, Mantovani, SpA (en lo sucesivo, «Mantovani») fue invitada a participar en la licitación, mediante escrito en el que se precisaba que la adjudicación se desarrollaría conforme al artículo 21, apartado 1 *bis*, de la Ley 109/1994, en la redacción que le dio el artículo 7 de la Ley 216/1995, y que la anomalía de las ofertas sería evaluada, en el sentido del artículo 30, apartado 4, de la Directiva, siguiendo los criterios indicados en el Decreto ministerial de 28 de abril de 1997. En la invitación se contenían las mismas obligaciones para los licitadores e iguales advertencias de exclusión que las que ya he expuesto más arriba al describir los hechos que se encuentran en la base del asunto C-285/99.

15. Mantovani ofreció una rebaja superior al umbral de anomalía,¹⁵ por lo que su postura fue calificada de anómala. Tras la evaluación de la oferta con las justificaciones pertinentes y los datos facilitados para el análisis, fue declarada inadmisibile. El contrato se adjudicó a la asociación temporal de empresas Bregoli/Roda.

15 — Este umbral quedó fijado en un 40,865 % y Mantovani ofrecía una rebaja del 41,460 %.

16. Disconforme con la inadmisibilidad de su oferta, Mantovani interpuso recurso contra el anuncio de licitación, la invitación escrita, la decisión de excluirla de la adjudicación y la adjudicación propiamente dicha. El Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio desestimó el recurso en sentencia nº 1498, de 26 de junio de 1998.

17. Mantovani apeló, alegando la infracción del artículo 30, apartado 4, de la Directiva «en la medida en que el mecanismo de verificación de la autenticidad de las ofertas [...] viola los principios comunitarios que prohíben dar lugar a una exclusión automática» y por darse una «[...] instauración deficiente del contradictorio después de comprobada la anomalía de la oferta».¹⁶

IV. Las cuestiones prejudiciales

18. El Consiglio di Stato estima que, para la resolución de ambos recursos de apelación, hay que determinar el alcance exacto del apartado 4 del artículo 30 de la Directiva, en lo que se refiere al procedimiento de verificación de las ofertas anómalas, por lo que dirige al Tribunal de Justicia las siguientes preguntas:

«1) ¿Se opone a la aplicación del artículo 30, apartado 4, de la Directiva

16 — Apartado II del auto de reenvío.

nº 93/37 la previsión de cláusulas de anuncios de licitación para la adjudicación de contratos públicos que impidan la participación de empresas que no adjunten a sus ofertas justificaciones del precio indicado, por un valor al menos igual al 75 % del valor mínimo exigido?

nº 93/37 la previsión de que la entidad adjudicataria sólo pueda tomar en consideración justificaciones que hagan referencia a la economía del procedimiento de construcción, a las soluciones técnicas que se hayan adoptado o a las condiciones excepcionalmente favorables de que disfrute el licitador?

2) ¿Se opone a la aplicación del artículo 30, apartado 4, de la Directiva nº 93/37 la previsión de un mecanismo de cálculo automático del umbral de anomalía de las ofertas que deben someterse a verificación de pertinencia, basado en un criterio casuístico y en una media aritmética, de suerte que impide a los empresarios conocer previamente tal umbral?

5) ¿Se opone a la aplicación del artículo 30, apartado 4, de la Directiva nº 93/37 la exclusión de justificaciones relativas a elementos cuyos valores mínimos puedan ser obtenidos de catálogos oficiales?»

V. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

3) ¿Se opone a la aplicación del artículo 30, apartado 4, de la Directiva nº 93/37 la previsión de un procedimiento contradictorio anticipado, sin que la empresa que haya presentado una oferta anómala tenga la posibilidad de hacer valer sus razones después de la apertura de plicas y antes de la adopción de la medida de exclusión?

19. El presidente del Tribunal, en auto de 14 de septiembre de 1999, decidió acumular los dos asuntos, dada la conexión objetiva existente.

4) ¿Se opone a la aplicación del artículo 30, apartado 4, de la Directiva

20. Han presentado observaciones escritas, dentro del plazo señalado al efecto por el artículo 20 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, la Comisión, los Gobiernos italiano y austriaco, las demandantes en los

procesos principales, Lombardini y Mantovani, y Coopsette, parte interesada en el litigio promovido por la segunda de las dos sociedades citadas.

3) Inexistencia de un trámite de audiencia de las empresas cuyas ofertas resulten anormalmente bajas, antes de su exclusión. Es el tercero de los interrogantes de los autos de remisión.

21. En el acto de la vista, que tuvo lugar el 3 de mayo de 2001, todas las partes, con excepción del Gobierno austriaco, comparecieron para presentar oralmente sus alegaciones.

23. Mi exposición se atenderá al anterior esquema, pero antes no está de más echar una mirada, siquiera sea a vista de pájaro, a los principios que, en el derecho comunitario, presiden la selección del adjudicatario en la contratación pública, para comprender mejor la norma que contiene el artículo 30, apartado 4, de la Directiva.

VI. Examen de las cuestiones prejudiciales

22. Las cinco preguntas que formula el Consiglio di Stato pueden sistematizarse del modo que he indicado en el punto 4 de estas conclusiones y ser agrupadas en tres bloques:

1. *Los principios que presiden la selección del contratista*

1) Fijación automática del umbral de anomalía. Se trata de la segunda pregunta.

24. Las directivas sobre contratación pública, cada una dentro de su ámbito específico, tienen por meta favorecer el desarrollo de una competencia objetiva en la contratación pública,¹⁷ mediante la realización de tres libertades esenciales en

2) Justificaciones del precio ofertado y su índole. Son las cuestiones primera, cuarta y quinta.

17 — Véase la sentencia de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Rec. p. 1839), apartado 18 *in fine* (en lo sucesivo, «sentencia Fratelli Costanzo»).

la integración europea (la de circulación de mercancías, la de establecimiento y la de prestación de servicios).¹⁸ Tratan de seguir el mandato que el constituyente comunitario dejó plasmado en los artículos 9, 52 y 59 del Tratado CE (actualmente artículos 23 CE, 43 CE y 49 CE, tras su modificación).

26. Los criterios de participación o de selección cualitativa atienden a la aptitud de los aspirantes, a su capacidad y experiencia, tanto profesional como económica y técnica. La proscripción de todo efecto discriminatorio se consigue predeterminando en cada caso, en el marco delimitado por la norma, las pautas que han de presidir el proceso, y los niveles de capacidad y de experiencia exigibles.²²

25. La realización de este mandato y la satisfacción de aquel objetivo sólo pueden ser efectivas si quienes quieren acceder a la contratación pública están en condiciones de hacerlo en pie de igualdad, sin asomo alguno de discriminación,¹⁹ para lo que resulta imprescindible un sistema presidido por la objetividad en todos sus planos, en el sustantivo y en el adjetivo. En el primero, mediante la fijación de criterios objetivos de participación en las licitaciones y de adjudicación de los contratos.²⁰ En el segundo, diseñando procedimientos transparentes, en los que la publicidad sea la norma.²¹

27. Una vez que, mediante la aplicación de las normas sobre participación, son seleccionados los oferentes que pueden aspirar a la adjudicación del contrato, ésta también se atiene a parámetros de talante objetivo, ya sea el del precio más bajo, ya el de la oferta económicamente más ventajosa. Si se acude a este segundo, los criterios de selección deben ser previamente fijados, con precisión de su respectiva importancia, por el poder adjudicador en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.²³

18 — Para el contrato de obras, véanse el primer considerando de la Directiva 71/305 y el segundo de la Directiva 93/37. Véase también el segundo considerando de la Propuesta de Directiva.

19 — Lo que, por otro lado, conduce a la apertura de los mercados nacionales de la contratación pública, que es también exigencia del Tratado CE (véase el apartado 2 del artículo 130 F, —actualmente artículo 163 CE), en este caso en el ámbito de la investigación y del desarrollo tecnológico.

20 — La distinción entre criterios de participación y criterios de adjudicación fue puesta de manifiesto por el abogado general Sr. Darmon en las conclusiones que presentó en el asunto en el que fue dictada la sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes (31/87, Rec. p. 4635). Con referencia a la Directiva 71/305 señaló que «establece una neta distinción entre los criterios de verificación de la aptitud, relativos a las cualidades del contratista, y los de adjudicación del contrato, que se refieren a las cualidades de la prestación que ofrece, de la obra que se propone efectuar» (punto 36). Esta distinción está presente también en la Propuesta de Directiva (considerandos 27 a 29).

21 — Véase el anterior punto 2, así como la nota 2. También los considerandos 27 a 30 de la Propuesta de Directiva.

22 — Véanse los artículos 18 y siguientes de la Directiva, y 44 y siguientes de la Propuesta de Directiva.

23 — Véanse el artículo 30, apartados 1 y 2, de la Directiva, así como el artículo 53, apartados 1 y 2, de la Propuesta de Directiva. Los criterios para determinar la oferta económicamente más ventajosa tienen que estar relacionados con el objeto del contrato y pueden atender a la calidad, el precio, la perfección técnica, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha y el plazo de entrega o de ejecución [letra b) del apartado 1 del artículo 53 de la Propuesta de Directiva].

dicación del contrato. La igualdad que debe presidir la contratación administrativa exige que quienes aspiren a hacerse con un contrato de esta naturaleza sepan de antemano lo que deben hacer para conseguirlo, de manera que el poder adjudicatario se limite, con el margen de apreciación que conlleva la discrecionalidad técnica, a aplicar los parámetros establecidos en la norma, bien la que regule con carácter general los contratos administrativos, bien la que, en particular, rijan uno concreto, esto es, el pliego de condiciones o el anuncio de licitación.²⁴

29. Para que esa igualdad sea real y para que la discriminación quede efectivamente fuera de la contratación administrativa, no basta con establecer criterios objetivos de participación y de adjudicación, sino que es menester también que su aplicación esté presidida por la publicidad. Desde el anuncio de licitación, pasando por los pliegos de condiciones y terminando en el proceso de selección propiamente dicho,²⁵ tanto en los procedimientos abiertos como en los restringidos.

24 — Ésta es la razón por la que en la Propuesta de Directiva se dispone que nadie podrá ser excluido de un procedimiento de adjudicación en razón de criterios de selección o niveles de capacidad y de experiencia distintos de los precisados en el anuncio de licitación (artículo 44, apartado 3) y, a la inversa, que nadie podrá ser seleccionado si no los cumple (artículo 44, apartado 5).

25 — Véanse los artículos 11 y concordantes de la Directiva, y 34 y concordantes de la Propuesta de Directiva. Esta última dispone en el artículo 41, ampliando lo que ya se recogía en el artículo 8 de la Directiva, que los poderes adjudicadores informarán a los candidatos de las decisiones relativas a la adjudicación del contrato, en particular, de las que excluyan su candidatura, con expresión de las razones que la motiven. También deben comunicar a todos los que hayan hecho ofertas admisibles las características y las ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario. De igual forma deben ser públicos los motivos por los que se decide dejar desierta la adjudicación de un contrato o reiniciar el procedimiento.

30. Estos principios deben aplicarse sin olvidar que la contratación administrativa es un modo de gestión de los intereses públicos, en el que las administraciones llaman a los particulares —sean personas físicas o jurídicas— para que colaboren en la realización de los objetivos que tienen encomendados, que, en todo caso, demandan una respuesta eficaz. Tal eficacia, en ocasiones, está reñida con el ritmo que impone un procedimiento selectivo colmado de garantías. Ésta es la razón por la que la Directiva excluye algunos contratos de su ámbito de aplicación, exceptúa para determinados supuestos los procedimientos de atribución ordinarios y reduce, a veces, los plazos.²⁶

2. El artículo 30, apartado 4, de la Directiva

31. Esta disposición se sitúa entre las normas de adjudicación del contrato y, con la finalidad de despejar el camino, autoriza a rechazar las ofertas que sean consideradas anormalmente bajas en relación con la prestación. Pero el rechazo no puede ser automático, puesto que la norma comunitaria exige al poder adjudicador: 1) que, antes de adoptar su decisión, dé al oferente la oportunidad de explicarse sobre la composición de su oferta, solicitándole

26 — Véanse, por ejemplo, los artículos 4, 7 y 14.

las precisiones que estime oportunas, y 2) que, a tal fin, tenga en cuenta las justificaciones que le facilite, especialmente las que hagan referencia a la economía del procedimiento de construcción, a las soluciones técnicas adoptadas, a las condiciones excepcionalmente favorables de que disfrute para la ejecución de las obras y a la originalidad del proyecto.

dad al oferente de aclarar su oferta, esto es, una vez tramitado un procedimiento contradictorio de verificación.²⁸

32. Tres consecuencias se derivan de lo anterior:

3. La fijación automática del umbral de anomalía

1a El concepto de oferta anormalmente baja no es un concepto abstracto; muy al contrario, se define por referencia al contrato de cuya adjudicación se trate y en relación con la prestación.

33. Como se ha visto, la legislación italiana establece un mecanismo matemático y, por tanto, automático de fijación del umbral de anomalía. Consiste en un porcentaje que el Ministerio de Obras Públicas determina el 1 de enero de cada año. Para los años 1997 y 1998, reconociendo la imposibilidad de señalar un umbral único para todo el territorio nacional, acudió a un criterio casuístico, variable para cada licitación concreta, consistente en una «[...] medida igual a la media aritmética de las bajas porcentuales de todas las ofertas admitidas, incrementada en la diferencia media aritmética de las bajas porcentuales que superen dicha media». El poder adjudicatario está obligado²⁹ a someter a verificación todas las ofertas que superen dicho umbral.³⁰

2a El poder adjudicador debe verificar las ofertas que considere anormalmente bajas,²⁷ con el fin de proceder a su rechazo.

3a La decisión de exclusión sólo puede ser adoptada después de haber dado oportuni-

28 — Así lo ha afirmado el Tribunal de Justicia en la sentencia Fratelli Costanzo (apartados 16, 18 y 19), cuya doctrina fue después reiterada en la sentencia de 18 de junio de 1991, Donà Alfonso (C-295/89, Rec. p. I-2967). Existía ya un precedente constituido por la sentencia de 10 de febrero de 1982, Transporoute (76/81, Rec. p. 417; en lo sucesivo, «sentencia Transporoute»). En la sentencia de 16 de octubre de 1997, Hera (C-304/96, Rec. p. I-5685), el Tribunal precisó que el procedimiento de verificación contemplado en el artículo 30, apartado 4, de la Directiva debía ser aplicado, sin excepción, a partir del 31 de diciembre de 1992. Extendió para la Directiva de 1993 lo que ya había sentado el propio Tribunal para la de 1971, en la redacción de 1989, mediante la sentencia de 26 de octubre de 1995, Furlanis (C-143/94, Rec. p. I-3633).

29 — De acuerdo con la sentencia Fratelli Costanzo, el establecimiento de esta obligación es conforme a la Directiva.

30 — Véanse los anteriores puntos 7 y 8.

27 — Las versión española de la Directiva 71/305, incluso en su redacción de 1989, hablaba de ofertas que manifesten un carácter anormalmente bajo (en la francesa se podía leer «[...] des offres présentent manifestement un caractère anormalement bas [...]»). La Directiva 93/37 se refiere, por el contrario, a las ofertas que se consideren anormalmente bajas. Esta diferencia de redacción viene, en mi opinión, a disipar las dudas interpretativas que presentaba el texto de 1975, que obligó al Tribunal de Justicia a precisar, en la sentencia Fratelli Costanzo, que la disposición que interpretaba se refería a ofertas anormalmente bajas y no sólo a las que manifestamente revistan dicho carácter.

34. Un mecanismo como el descrito se adapta a las exigencias que impone el artículo 30, apartado 4, de la Directiva y a los principios que presiden la selección del contratista.

35. He señalado que, conforme a la mencionada disposición, el de oferta anormalmente baja es un concepto muy preciso, que debe determinarse para cada contrato en función del objeto específico que constituye su prestación. Pues bien, en mi opinión se ajusta perfectamente al diseño de la Directiva un umbral de anomalía por referencia a una medida que se obtiene de las ofertas presentadas en una licitación, ofertas que, por definición, son elaboradas en consideración al objeto contractual. El sistema permite que, tal y como ha señalado en el acto de la vista el representante de Mantovani, sea el propio mercado el que fije para cada contrato el limen a partir del cual una oferta pueda ser considerada fuera de norma. Además, dada la objetividad del criterio, todos los aspirantes quedan situados en pie de igualdad. Ninguno juega con ventaja respecto a los demás para elaborar su oferta.

36. Como contrapartida, padece la transparencia. Quienes desean optar a la adjudicación del contrato desconocen, al tiempo de elaborar su oferta, el umbral a partir del que puede ser calificada de anormalmente baja. Incluso, ese umbral es ignorado por el propio poder adjudicador. Pero esta consecuencia es el tributo que hay que pagar para que la anomalía de las ofertas sea un concepto jurídico *a priori* indeterminado, pero perfectamente delimitable en relación con cada contrato en particular,

que es lo que pide el artículo 30, apartado 4, de la Directiva.

37. Es verdad que dicha nota, unida a la obligación de presentar justificaciones del precio con las ofertas y a la exclusión, previa verificación y sin audiencia, de las que resulten anormalmente bajas, es susceptible de contradecir las exigencias de la Directiva. Pero tal consecuencia no es imputable *per se* al mecanismo de fijación del umbral de anomalía, sino a la imposición de aquella obligación o a la puesta en marcha de esta exclusión.

38. También es cierto que, en la sentencia Fratelli Costanzo, el Tribunal de Justicia ha afirmado que la Directiva³¹ prohíbe mecanismos automáticos de exclusión, pero el automatismo que repudia el Tribunal es el de la exclusión sin procedimiento de verificación contradictorio, no el del cálculo del umbral de anomalía mediante criterios matemáticos.³²

39. En atención a las anteriores consideraciones propongo al Tribunal de Justicia que, en respuesta a la segunda de sus preguntas, conteste al Consiglio di Stato que el artículo 30, apartado 4, de la Directiva no se opone a un mecanismo matemático de fijación del umbral de anomalía de tales características que impida a los licitadores conocerlo con anterioridad a la presentación de sus ofertas.

31 — La sentencia se refiere al artículo 29, apartado 5, de la Directiva 71/305.

32 — Véase el apartado 19 de la sentencia.

4. La justificación del precio ofertado

A. Las justificaciones que deben ser presentadas con la oferta

40. Los principios a los que ha de ajustarse la selección en la contratación pública y que, con alcance meramente descriptivo, he expuesto líneas más arriba, permiten afirmar que nada hay en la Directiva, en general, ni en el apartado 4 de su artículo 30, en particular, que impida exigir, so pena de exclusión, que con la oferta se adjunte la justificación de, al menos, el 75 % del precio base de la licitación. Se trata de un requisito objetivo que todos los concursantes deben satisfacer.

41. El citado precepto comunitario no exige que quienes aspiran a hacerse con el contrato expliquen por adelantado la composición y el contenido de su oferta, pero tampoco lo impide. Una previsión de esta naturaleza no rompe la igualdad de condiciones de la que han de partir los que concurren a la licitación. Todos, sin excepción, deben acompañar la oferta de explicaciones sobre los componentes más relevantes del precio, equivalentes al 75 % del importe base de la licitación, y adjuntar, en sobre separado y sellado, la documentación precisa para verificar los datos en que las sustenten.

42. Así, se agiliza el proceso de selección y, por tanto, se incrementa la eficacia, que,

como ya he apuntado, es una exigencia que también deriva de la ordenación comunitaria de la contratación pública. Una vez que, mediante la aplicación del mecanismo expuesto *ut supra*, una oferta es considerada como anormalmente baja, el poder adjudicador está en disposición de proceder, sin más dilación, a la verificación de su contenido y al análisis de las justificaciones presentadas, sin tener que esperar a que le sean facilitadas por su autor, quien podrá suministrar explicaciones adicionales en el imprescindible trámite de audiencia, que ha de dársele antes de que su propuesta sea rechazada.

En efecto, puede ocurrir que, a la vista de la documentación aportada con la oferta y de las explicaciones facilitadas en ese momento, el poder adjudicador decida admitirla.³³ La licitación puede seguir adelante, sin la demora que se produciría si, no habiendo sido presentada *ab initio* documentación justificativa alguna, fuese necesario dar audiencia al concursante a fin de que la facilite ahora.

43. Propongo, por tanto, al Tribunal de Justicia que responda a la primera de las preguntas formuladas por el Consiglio di Stato que el artículo 30, apartado 4, de la

33 — Porque la calificación de una oferta como anormalmente baja no conlleva su automática exclusión. Una vez que han sido analizadas las justificaciones presentadas y la documentación que las sustente, el poder adjudicador puede decidir que, pese a aquella calificación, sea admitida. No tendría sentido la norma del artículo 30, apartado 4, de la Directiva si, en todo caso y cualesquiera que sean las explicaciones del licitador, su oferta anormalmente baja va a ser rechazada.

Directiva no se opone a que, en el anuncio de la licitación, se incluya una cláusula por la que queden excluidas las empresas que no adjunten a sus ofertas justificaciones del precio que propongan, por un valor cuando menos igual al 75 % del precio base de la licitación.³⁴

B. La índole de las justificaciones

44. El artículo 30, apartado 4, de la Directiva prevé, en el segundo párrafo, que, para analizar las ofertas anormalmente bajas, el poder adjudicador pueda tomar en consideración las justificaciones que hagan referencia a la economía del procedimiento de construcción, a las soluciones técnicas que se incluyan en el proyecto ofertado, a su originalidad o, en fin, a las condiciones excepcionalmente favorables de que disfrute el licitador.

34 — Cuestión distinta, y a la que no se refiere ninguna de las preguntas objeto de esta cuestión prejudicial, es la consistente en que, en la práctica (véase el punto 10, letra B, de estas conclusiones) se exija, además, la aportación en sobre cerrado de los documentos que sirvan para verificar los datos que se incluyen en la justificación y que dicho sobre sólo sea abierto si la oferta queda por encima del umbral de anomalía y es calificada como anormalmente baja. En principio no se da aquí ningún trato distinto injustificado entre las ofertas que resulten anormalmente bajas y aquéllas que no lo sean. Unas y otras, serán inadmitidas si no cumplen con el requisito en cuestión. La única situación de discriminación injustificada y jurídicamente rechazable se daría en la hipótesis de que, habiendo presentado una y otra clase de ofertas, el sobre, en ambos casos, estuviera vacío o no contuviera la documentación precisa. En efecto, si existe, pero carece de documentación o la que contiene no es la pertinente, de acuerdo con las normas de la convocatoria (véase la letra C del indicado punto 10), la oferta será automáticamente inadmitida. Así las cosas, se introduce una injustificada diferencia de trato entre las ofertas que resulten calificadas como anormalmente bajas y las que queden por debajo del umbral de anomalía, puesto que el sobre sólo se abre en el caso de las primeras. De esta forma, una oferta que no sea anormalmente baja puede seguir el curso del proceso de selección e, incluso, llegar a la adjudicación, incumpliendo un requisito que, conforme a las normas de la convocatoria, es presupuesto de admisibilidad de la oferta.

45. Esta norma no es más que una precisión de la contenida en el párrafo primero del precepto, a cuyo tenor, el poder adjudicador pedirá al licitador las precisiones que estime oportunas y, teniendo en cuenta las justificaciones presentadas, verificará la composición de la oferta.

46. La interpretación conjunta de ambas disposiciones conlleva que el poder adjudicador, antes de rechazar una oferta por ser anormalmente baja, está obligado a pedir a su autor las precisiones y las aclaraciones que estime oportunas. En contestación a la petición, y para defender su propuesta, el licitador puede presentar las justificaciones que tenga por conveniente, sin limitación alguna, entre ellas, las previstas en el segundo párrafo.

Todas deberán ser tenidas en cuenta por el poder adjudicador para decidir si, al fin y a la postre, admite o rechaza la oferta, incluidas las justificaciones contempladas en el segundo párrafo. Esta disposición no es una norma de bloqueo, no establece un catálogo cerrado sobre las razones y explicaciones susceptibles de ser presentadas, sino que, al contrario, se limita a precisar la norma general prevista en el párrafo primero.

47. Por tanto, una disposición que limitara la clase de justificaciones que puede aportar

el autor de una oferta anormalmente baja a las aludidas en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 30 se opondría a la letra y al espíritu de la Directiva, que aspira a que, antes de rechazar una oferta por ser excesivamente baja, su autor pueda explicarse, sin limitación alguna. Pues bien, esta norma está incluida en el artículo 7 de la Ley italiana 216/1995.³⁵

50. Pero, en mi opinión, la anterior aseveración desconoce dos ideas clave: una, que precio tasado no es sinónimo de inamovible, y otra, que el objetivo de la Directiva es facilitar la libre concurrencia entre empresarios.

48. Se trata de que el licitador autor de una oferta que supere el umbral de anomalía pueda explicarse y presentar, para acreditar la seriedad de su propuesta, todas las justificaciones que estime oportunas. Pero sólo cabe explicarse allí donde el empresario tiene un margen de maniobra para, en libre concurrencia, ofertar unos precios inferiores a sus competidores y, de este modo, diseñar una ejecución del contrato lo más beneficiosa posible para los intereses públicos, por lo que donde no existe ese margen, está de más cualquier justificación.

51. Nada impide a una empresa ofertar para determinados elementos de la obra un precio distinto —inferior— al señalado como mínimo en catálogos oficiales. La propuesta que realiza un licitador tiene un contenido complejo, no es monolítica, lo que le permite combinar sus distintos elementos para conseguir un precio y unas condiciones de ejecución que la hagan lo más atractiva posible para el interés general. Privar a quien aspira a hacerse con el contrato de la posibilidad de justificar la razón por la que propone un precio inferior al fijado en catálogos oficiales supone negar los efectos beneficiosos que se derivan de una lícita competencia y condenarlo a una exclusión automática de su oferta.

49. En principio, esta situación se daría en el caso de los precios fijados oficialmente. Cuando los precios son tasados, no hay necesidad alguna de explicación, pues viene dada por la norma. Si el licitador ha ofertado unos precios distintos, en este punto su propuesta será injustificable. En una hipótesis tal, la exclusión de aclaraciones no sería contraria a la Directiva.

52. Por lo anterior, propongo que, en respuesta a las preguntas que formula el Consiglio di Stato en cuarto y quinto lugar, el Tribunal de Justicia disponga que el artículo 30, apartado 4, de la Directiva impide que una norma de derecho nacional imponga al poder adjudicador que, para verificar las ofertas anormalmente bajas, sólo tenga en cuenta determinadas justificaciones y excluya las que se refieran a

35 — Véase el anterior punto 7.

elementos cuyos valores mínimos pueden ser obtenidos en catálogos oficiales.

exclusión se adopta teniendo en cuenta únicamente las justificaciones presentadas con la oferta, sin que al poder adjudicador quepa pedir aclaraciones y sin ofrecer al licitador afectado la posibilidad de completar las explicaciones que aportó en un primer momento.³⁷

5. El trámite de verificación contradictoria de las ofertas

53. En repetidas ocasiones y de diversas formas he apuntado a lo largo de estas conclusiones que el artículo 30, apartado 4, de la Directiva proscribía la exclusión automática de las ofertas que sean consideradas como anormalmente bajas. Antes de tomar una decisión tal, el poder adjudicador debe solicitar, por escrito, las precisiones que estime oportunas sobre la composición de la oferta. El legislador comunitario ha querido que ninguna oferta sea rechazada sin que su autor pueda explicarse ampliamente. El trámite de verificación contradictoria es ineludible. Y así lo ha dicho este Tribunal en sus sentencias *Transporoute*, *Fratelli Costanzo* y *Donà Alfonso*.³⁶

55. Una vez que una oferta es considerada anormalmente baja, después de abrir el sobre que contiene los documentos con los datos en que se sustentan las justificaciones facilitadas *ab initio* y antes de decidir sobre su futuro, el poder adjudicador está obligado a pedir las justificaciones que considere precisas. Teniendo en cuenta estas justificaciones, así como las inicialmente facilitadas y los documentos presentados en apoyo de unas y otras, debe adoptar su decisión: excluir la oferta o admitirla.

54. Contradicción es sinónimo de diálogo, discusión y debate. Sólo hay monólogo cuando quien va a verse afectado por la decisión no puede explicarse. Y esto es lo que ocurre con el sistema diseñado por la Ley italiana, en el que la decisión de

56. En suma, procede afirmar, en respuesta a la tercera cuestión prejudicial, que el artículo 30, apartado 4, de la Directiva se opone a un procedimiento de exclusión de las ofertas anormalmente bajas en el que las empresas licitadoras no tengan posibilidad de explicarse después de la apertura de las pliegos y antes de la adopción de la medida de exclusión.

36 — La Propuesta de Directiva se mantiene en la misma línea. En el párrafo primero del artículo 54 se puede leer que «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 y comprobará esta composición por procedimiento contradictorio, teniendo en cuenta las justificaciones presentadas».

37 — Recuérdese que se le exige presentar con la oferta las justificaciones relativas a los componentes más significativos del precio cuyo importe no sea inferior al 75 % del precio base de licitación.

VII. Conclusión

57. A tenor de las consideraciones que preceden propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones suscitadas por el Consiglio di Stato de la República Italiana declarando que el artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras:

- a) no se opone a un mecanismo matemático de fijación del umbral de anomalía de tales características que impida a los licitadores conocerlo con anterioridad a la presentación de sus ofertas;
- b) no empece que el anuncio de la licitación contenga una cláusula que excluya a las empresas que no adjunten a sus ofertas justificaciones del precio que propongan, por un valor cuando menos igual al 75 % del precio base de la licitación;
- c) impide que una norma de derecho nacional imponga al poder adjudicador el que, para verificar las ofertas anormalmente bajas, sólo tenga en cuenta determinadas justificaciones y excluya las que se refieran a elementos cuyos valores mínimos puedan ser obtenidos de catálogos oficiales; y
- d) no permite un procedimiento de exclusión de las ofertas anormalmente bajas, en el que las empresas licitadoras no tengan la posibilidad de explicarse después de la apertura de las plicas y antes de la adopción de la medida de exclusión.