

# La apreciación del carácter desproporcionado o anormal de la oferta en la contratación pública española

M<sup>a</sup> Antonia Narváez Jusdado

## I. LA APRECIACIÓN DEL CARÁCTER DESPROPORCIONADO O ANORMAL DE LA OFERTA EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA

### 1. DIRECTIVA 2004/18/CE

El art. 43 de la Directiva europea de contratación 2004/18/CE, actualmente en proceso de revisión, respecto a las ofertas anormales o desproporcionadas, señala como preceptivos los informes sobre los motivos por los que se hayan rechazado ofertas que se consideren anormalmente bajas o lo que es lo mismo, para que pueda rechazarse una oferta anormalmente baja tendrá que existir un informe que considere que no puede aceptarse la misma, lo que nos da una idea de la importancia que la Comisión le da a garantizar que las ofertas de los licitadores no se rechacen automáticamente. Asimismo el art. 55 de la Directiva versa sobre el procedimiento de aplicación para apreciar las ofertas anormales, ambas cuestiones se recogen en el art. 152.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público.

## 2. PROPUESTA NUEVA DIRECTIVA

La nueva propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de la UE, relativa a la contratación pública, de fecha 20 de diciembre de 2011 (COM, 2011, 896 final), en el considerando 42 señala que “Las ofertas que resulten anormalmente bajas con relación a las obras, los suministros o los servicios podrían estar basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, económico o jurídico. Para evitar posibles inconvenientes durante la ejecución del contrato, cuando los precios de una oferta sean muy inferiores a los solicitados por otros licitadores, debe obligarse a los poderes adjudicadores a pedir explicaciones sobre el precio fijado. Cuando el licitador no pueda ofrecer una explicación suficiente, el poder adjudicador debe estar facultado para rechazar la oferta. El rechazo debe ser obligatorio en los casos en que el poder adjudicador haya comprobado que el precio anormalmente bajo resulta del incumplimiento de la legislación obligatoria de la Unión en materia social, laboral o medioambiental o de disposiciones del Derecho laboral internacional”.

En este sentido, el art. 69<sup>1</sup> de la propuesta establece la obligación (*...los poderes adjudicadores exigirán...*) de pedir explicaciones a los operadores económicos cuando se den tres condiciones: que el precio sea inferior en más del 50 % a la media del resto de ofertas, que el precio sea inferior en más de un 20 % respecto a la segunda oferta más baja y que se hayan presentado como mínimo cinco ofertas. Que se den estas tres condiciones en un procedimiento de contratación será sin duda bastante difícil y será también complicado para los operadores económicos explicar las razones por las cuales se puede ejecutar su oferta, por lo que se amplía enormemente el margen para la consideración como anormal o desproporcionada de las ofertas presentadas por los licitadores. Ésta es una forma objetiva e igualitaria de apreciar la anormalidad de las proposiciones, no obstante, habrá que ver de qué forma se traspone este artículo a la legislación nacional que, según el art. 92 de la futura Directiva de contratos públicos, los Estados miembros deberán poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y ad-

.....

### 1 Artículo 69:

#### *Ofertas anormalmente bajas*

1. Los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes facturados, cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- a) que el precio o el coste facturado sea inferior en más del 50 % a la media de los precios o costes de las restantes ofertas;
- b) que el precio o el coste facturado sea inferior en más de un 20 % al precio o los costes de la segunda oferta más baja;
- c) que se hayan presentado al menos cinco ofertas.

ministrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma a más tardar el 30 de junio de 2014.

Asimismo este artículo establece en el apdo. segundo que los poderes adjudicadores también *podrán* solicitar explicaciones cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas por otras razones. Se entiende en sentido imperativo para el poder adjudicador, ya que no podrá rechazarse ninguna oferta sin efectuar el trámite de audiencia. Estas otras razones lógicamente deberán estar perfectamente determinadas en el pliego de cláusulas.

Respecto a las explicaciones que hayan de dar los operadores económicos de sus ofertas anormales, la nueva Directiva propone modificar el *respeto* de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo, por el *cumplimiento* de la legislación de la Unión en materia social, laboral o medioambiental o las disposiciones internacionales de Derecho social y medioambiental u otras disposiciones que garanticen un nivel de protección equivalente, estrechándose la vigilancia del cumplimiento de la legislación y teniendo, además, los poderes adjudicadores la obligación de rechazar aquellas ofertas cuando hayan comprobado que son anormalmente bajas porque no cumplen las obligaciones establecidas por la legislación social, laboral o medioambiental. Esta nueva normativa vendrá a arrojar luz sobre la apreciación de anormalidad en aquellas proposiciones con cifras inferiores a los costes del convenio colectivo del sector. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en sus resoluciones 228/2001, 21/2012 y 116/2012, establece que el rasgo fundamental de la regulación de las ofertas anormales es el de evitar el rechazo automático, considerando que “La circunstancia de que una proposición económica en un concurso sea inferior a la cantidad resultante de aplicar el coste hora fijado en el convenio colectivo del sector no impide la adjudicación del contrato en favor de dicha proposición económica, sin perjuicio de la posible aplicación de los criterios para apreciar bajas desproporcionadas o temerarias en concurso con los requisitos del art. 86, apdos. 3 y 4, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en esencia, el que dichos criterios figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares”. Esta interpretación plantea problemas para la aplicación del principio de igualdad de los licitadores, ya que premia a aquellos licitadores que pudieran incurrir en incumplimientos del ordenamiento jurídico laboral.

Por último, la propuesta de Directiva establece que los Estados miembros pondrán a disposición del resto la justificación de los operadores económicos sobre las razones de sus bajos precios, en aras de la cooperación administrativa (art. 88 Propuesta), de forma tal que todos los Estados miembros puedan beneficiarse de las ventajas que pueda representar aquellas ofertas anormalmente bajas que estén debidamente justificadas.

## II. DIFERENCIAS ENTRE LEGISLACIÓN ANTERIOR Y POSTERIOR A LA LCSP

### 1. DIFERENCIAS EN CUANTO AL CONCEPTO

La trasposición de la Directiva 2004/18/CE a la LCSP llevó consigo importantes diferencias en cuanto a lo que anteriormente denominaba el art. 83 del TRLCAP *baja temeraria*, adoptándose la definición europea de *oferta anormal o desproporcionada*. La definición de la Real Academia de la Lengua de *temeraria* es “Excesivamente imprudente arrojando peligros”, ante esta definición no es extraño que los órganos de contratación, a la luz de lo que disponía el TRLCAP para los concursos, por sistema rechazasen las ofertas incursas en baja temeraria, parecía como si el órgano de contratación corriese un peligro de proporciones bíblicas si osaba adjudicar a dicho licitador, pese a que ya se recogía, respecto de las subastas, que se requerirá la previa solicitud de información a todos los licitadores supuestamente comprendidos en ella, así como el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

Con la entrada en vigor de la LCSP, para considerar que una oferta es anormal o desproporcionada, en los procedimientos con un único criterio (antigua subasta), el art. 136.1 (152.1 TRLCSP) señala que “[...] podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado”, por lo que sigue apreciándose las bajas anormales por aplicación del art. 85 del RGLCAP, permaneciendo vigente en la actualidad, dado que el único reglamento aprobado hasta la fecha es el Real Decreto 817/2009, que desarrolla parcialmente la LCSP, que se reduce a poco más que la clasificación de las empresas y a la actuación de las mesas de contratación.

La diferencia fundamental se produjo en aquellos procedimientos con varios criterios de adjudicación, antiguo concurso, al establecer el art. 136.2 (152.2 TRLCSP) que “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. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales”. De la literalidad del artículo se deduce en primer lugar que no es preceptivo para el poder adjudicador fijar criterios para la apreciación de ofertas anormales y en segundo lugar que el poder adjudicador podrá fijar los parámetros objetivos en cada uno de los procedimientos, por lo que los operadores económicos tendrán que prestar especial

atención a cuáles son dichos parámetros en cada uno de los procedimientos en los que vayan a participar, lo que multiplica la dificultad a la hora de preparar sus ofertas. Lo que en ningún caso se permite es el rechazo automático de las ofertas anormales o desproporcionadas, debiendo darse audiencia a todos aquellos licitadores que se encuentren en esa situación, independientemente de la posición en la que esté su oferta en una primera valoración.

## **2. DIFERENCIAS EN CUANTO A LAS GARANTÍAS REQUERIDAS A LOS LICITADORES CUYA OFERTA SE CONSIDERE ANORMAL O DESPROPORCIONADA**

Si el poder adjudicador, una vez efectuado el trámite de audiencia al licitador que hubiera presentado una oferta anormal o desproporcionada, y recibida la justificación por éste, considerase que sí puede ser cumplida, adjudicará el contrato, en este sentido no hay diferencias sustanciales entre la LCAP y el TRLCSP, pero sí hay una diferencia fundamental desde el punto de vista de los operadores económicos, y es la garantía que se le requiere por adjudicarse el contrato a una oferta inicialmente anormal.

En la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en el art. 37.4 establecía “4. En el supuesto de adjudicación a un empresario cuya proposición hubiera estado incurso inicialmente en presunción de temeridad, a la que se refiere el art. 84.2.b, el órgano de contratación exigirá al contratista la constitución de una garantía definitiva por el importe total del contrato adjudicado, que sustituirá a la del 4 % prevista en el apdo. 1, sin que resulte de aplicación lo dispuesto en el apartado precedente, y para cuya cancelación se estará a lo dispuesto en el 48”. Este artículo fue modificado por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la LCAP, quedando la redacción de la forma siguiente: “4. En el supuesto de adjudicación a un empresario cuya proposición hubiera estado incurso inicialmente en presunción de temeridad, a la que se refieren los arts. 84.2.b y 87.3, el órgano de contratación exigirá al contratista la constitución de una garantía definitiva por el 20 % del importe de adjudicación o del presupuesto base de licitación, cuando el precio se determine en función de precios unitarios que sustituirá a la del 4 % prevista en el apdo. 1, sin que resulte de aplicación lo dispuesto en el apartado precedente y para cuya cancelación se estará a lo dispuesto en el art. 48.4”.

La eliminación de la garantía complementaria que tenían que presentar los licitadores cuyas ofertas fuesen anormales se produjo con la entrada en vigor de la LCSP, en mayo de 2008. Entiendo que la razón por la que el legislador, en mi opinión acertadamente, ha ido reduciendo el importe de la garantía complementaria hasta eliminarla, es que al licitador se le exige que demuestre que, a pesar de que su oferta sea anormalmente baja, puede cumplirla. No tiene sentido que,

una vez justificada la misma tenga además que prestar una garantía complementaria; si el poder adjudicador entiende que puede cumplirla, le adjudicará el contrato y si entiende que no puede cumplirla, la rechazará; la garantía sería una penalización para los licitadores que reduzcan sus costes en beneficio del poder adjudicador.

### 3. APLICABILIDAD DEL ART. 85 DEL RGLCAP

Hay numerosos artículos en la legislación contractual que resultan difíciles de entender, entre ellos se encuentra el art. 85 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que sigue vigente en la actualidad. En este artículo del RGLCAP se establecen los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas (único criterio de adjudicación). La duda se plantea sobre si este artículo es de aplicación supletoria para los concursos (varios criterios de adjudicación), en concordancia con lo dispuesto en el art. 91 de la LCAP<sup>2</sup>, por lo que, en principio, parece que se podría aplicar al concurso. Sin embargo, el art. 90 del RGLCAP, sobre la inaplicación al concurso de determinadas normas de la subasta, dice que “No serán de aplicación a los concursos los preceptos que para la subasta se establecen en los arts. 85 y 87.2, último inciso, de este Reglamento”, produciéndose un vaivén sobre la aplicación subsidiaria de las normas de la subasta al concurso y viceversa, que no ayuda precisamente a la aplicación de estos preceptos. Se ponen de manifiesto las disfunciones que se produjeron al adaptar para el concurso la apreciación de las bajas temerarias, que en origen estaba diseñada para la subasta.

Visto lo anterior a los concursos (varios criterios de adjudicación) no les es de aplicación subsidiaria el art. 85 del RGLCAP para la consideración de las ofertas económicas anormales o desproporcionadas, pero bastará con que el poder adjudicador lo haga constar en el pliego de cláusulas para su aplicación. Es más, si en el pliego de cláusulas no figura ningún criterio para apreciar las ofertas anormales no es de aplicación subsidiaria la normativa, así lo entiende el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 113/2012 y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en sus acuerdos 32/2011, 05/2012 y 08/2012, por tanto no cabe apreciar la existencia de baja temeraria o desproporcionada en las ofertas presentadas en un concurso si el Pliego no prevé expresamente esa posibilidad.

.....

- 2 **Artículo 91.** Aplicación subsidiaria de las normas de la subasta. Los preceptos relativos a la celebración de la subasta regirán también para el concurso, excepto en lo que sea exclusivamente aplicable a aquella forma de adjudicación.

Una vez visto que el art. 85 del RGLCAP puede utilizarse como criterio para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en los procedimientos con varios criterios de adjudicación, siempre y cuando esté así previsto en el pliego, vamos a analizar el contenido del art. 85. Iniciaba este apartado diciendo que este artículo, desde mi punto de vista, es especialmente farragoso, por la redacción y por la dificultad de su aplicación. En cuanto al primer apartado no hay controversia, ya que si solo hay un licitador y su oferta es inferior en más de un 25 % del presupuesto de licitación se considerará anormal. Tampoco supone gran dificultad el segundo apartado, si hay dos licitadores, la que sea inferior en más de un 20 % respecto a la otra oferta. La dificultad empieza cuando concurren tres licitadores, se considerarán anormales “las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales”.

Podemos ver el siguiente ejemplo si se presentan 3 licitadores:

1. Hay que ver si la oferta con la cuantía más elevada es superior en más de un 10% de la media, para excluirla del cálculo o no. En el ejemplo habría que excluir la oferta del licitador A.

### Aplicación art. 85 RGLCAP (3 licitadores) Paso 1

EMPRESA	PUNTUACIÓN CRITERIOS JUICIO VALOR	OFERTA ECONÓMICA (TIPO 250.000 €)			
		IMPORTE	PORCENTAJE BAJA	PUNTOS	TOTAL
LICITADOR A	X	225.000,00 €	10,00	18,52	18,52
LICITADOR B	X	190.000,00 €	24,00	44,44	44,44
LICITADOR C	X	182.500,00 €	27,00	50,00	50,00
Presupuesto licitación	250.000,00 €				
Media aritmética	199.166,67 €				
Promedio bajas	20,33 %				
Porcentaje de baja mayor	27,00 %				
25 % presupuesto licitación	187.500,00 €				

2. Habría que excluir aquellas ofertas cuya baja sea superior a 25 unidades porcentuales del presupuesto de licitación.

### Aplicación art. 85 RGLCAP (3 licitadores) Paso 2

EMPRESA	PUNTUACIÓN CRITERIOS JUICIO VALOR	OFERTA ECONÓMICA (TIPO 250.000 €)			
		IMPORTE	PORCENTAJE BAJA	PUNTOS	TOTAL
LICITADOR B	X	190.000,00 €	24,00	44,44	44,44
LICITADOR C	X	182.500,00 €	27,00	50,00	50,00
Presupuesto licitación		250.000,00 €			
Media aritmética		186.250,00 €			
Promedio bajas		25,50 %			
Porcentaje de baja mayor		27,00 %			
25 % presupuesto licitación		187.500,00 €			

La conclusión es que la única oferta anormal o desproporcionada sería la del licitador C, por ser superior a 25 unidades porcentuales con respecto al presupuesto de licitación. En este caso no ha tenido ninguna consecuencia que la oferta del licitador A fuese superior a un 10 % de la media, en cualquier caso la oferta del licitador C se consideraría anormal.

Cuando concurren cuatro o más licitadores, se considerarán anormales “las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía”.

Podemos ver el siguiente ejemplo si se presentan 5 licitadores:

1. Hay que distinguir si hay ofertas que sean superiores de un 10% de la media, para excluirlas del cálculo. En el ejemplo habría que excluir la oferta de los licitadores A y B.



**Aplicación art. 85 RGLCAP (5 licitadores) Paso 1**

<b>OFERTA ECONÓMICA (TIPO 250.000 €)</b>					
EMPRESA	PUNTUACIÓN CRITERIOS JUICIO VALOR	IMPORTE	PORCENTAJE BAJA	PUNTOS	TOTAL
LICITADOR A	X	245.000,00 €	2,00	3,70	3,70
LICITADOR B	X	237.500,00 €	5,00	9,26	9,26
LICITADOR C	X	200.000,00 €	20,00	37,04	37,04
LICITADOR D	X	190.000,00 €	24,00	44,44	44,44
LICITADOR E	X	182.500,00 €	27,00	50,00	50,00
Presupuesto licitación	250.000,00 €				
Media aritmética	211.000,00 €				
Promedio bajas	15,60 %				
10 % superior prom. bajas	5,60 %				
25 % presupuesto licitación	187.500,00 €				
Porcentaje de baja mayor	27,00 %				

2. Una vez eliminados de la clasificación los licitadores A y B habría que calcular una nueva media.

**Aplicación art. 85 RGLCAP (5 licitadores) Paso 2**

<b>OFERTA ECONÓMICA (TIPO 250.000 €)</b>					
EMPRESA	PUNTUACIÓN CRITERIOS JUICIO VALOR	IMPORTE	PORCENTAJE BAJA	PUNTOS	TOTAL
LICITADOR C	X	200.000,00 €	20,00	37,04	37,04
LICITADOR D	X	190.000,00 €	24,00	44,44	44,44
LICITADOR E	X	182.500,00 €	27,00	50,00	50,00
Presupuesto licitación	250.000,00 €				
Media aritmética	190.833,33 €				
Promedio bajas	23,67 %				
% límite oferta anormal	33,67 %				
25 % presupuesto licitación	187.500,00 €				
Porcentaje de baja mayor	27,00 %				

La conclusión es que no hay ninguna oferta anormal o desproporcionada, porque ninguna tiene una baja superior al 33,67 %. El licitador E (licitador C en el ejemplo con tres licitadores), cuya propuesta es de 182.500,00 euros, en caso de que los datos fuesen los del ejemplo, si se presentan tres licitadores se consideraría anormal y si se presentan cinco licitadores, no se consideraría anormal o desproporcionada, siendo el presupuesto de licitación y el de su oferta exactamente el mismo, por tanto no sólo dependerá del importe que el licitador haya presentado en su oferta, sino del número de licitadores y del importe que éstos hayan ofrecido, para hallar la oferta económicamente más ventajosa, que es en definitiva el objetivo de todo procedimiento de contratación.

Este escenario es bastante perturbador para los operadores económicos, que no querrán arriesgar demasiado para no depender de que la mesa de contratación considere si está o no justificada la oferta anormal, puede convertirse en una tómbola dependiendo del técnico que examine la justificación, quedando a merced nuevamente de un juicio de valor.

### **III. ACTUACIÓN DE LA MESA DE CONTRATACIÓN: PROCEDIMIENTO PARA LA APRECIACIÓN DEL CARÁCTER ANORMAL O DESPROPORCIONADO DE UNA OFERTA Y EL TRÁMITE DE AUDIENCIA AL LICITADOR**

#### **1. ACTUACIÓN DE LA MESA DE CONTRATACIÓN**

La Mesa de Contratación es el órgano de asistencia del órgano de contratación en los procedimientos abiertos, restringido y negociado con publicidad, que será competente para la valoración de las ofertas, sin perjuicio de que el órgano de contratación apruebe su constitución en procedimientos negociados sin publicidad.

Entre las funciones de la Mesa de Contratación que el art. 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, relaciona se encuentra el apartado f) “cuando entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitará el procedimiento previsto al efecto por el art. 136.3 de la LCSP (152.3 del TRLCSP), y en vista de su resultado propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo, de conformidad con lo previsto en el apdo. 4 del mismo artículo”, por lo que será la Mesa de Contratación, en los casos en que esté constituida, la encargada de efectuar el procedimiento para la apreciación del carácter anormal o desproporcionado de una oferta.

## 2. PROCEDIMIENTO PARA LA APRECIACIÓN DEL CARÁCTER ANORMAL O DESPROPORCIONADO DE UNA OFERTA

El art. 152 del TRLCSP establece que “cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su 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”, siendo de aplicación el art. 85 del RGLCAP para las subastas.

Continúa el apdo. 2 del mismo artículo, “cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en el pliego 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. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales”, es decir, que los parámetros objetivos para apreciar la anormalidad o desproporción tienen que estar necesariamente incluidos en el Pliego, como he citado anteriormente.

El órgano de contratación tendrá que analizar el objeto del contrato para determinar si es conveniente o necesaria la inclusión o no de parámetros para apreciar la anormalidad de las ofertas, pudiendo estar referido a otras cuestiones distintas del precio, por ejemplo el plazo de ejecución en un contrato de obra, o el plazo de entrega en un contrato de suministro. En caso de que esos criterios de adjudicación se incluyesen sería conveniente establecer en el pliego cuales van a ser las penalizaciones por incumplimiento de los criterios de adjudicación, ya que otras ofertas del resto de licitadores podrían de buena fe haberse cumplido y sin embargo se estaría *premiando* con la adjudicación a aquel que hubiera presentado una oferta que no estaba dispuesto a cumplir o que no disponía de los medios para cumplirla. En este sentido Juan Francisco Martín Seco<sup>3</sup> concluye que “Dadas las características del concurso y teniendo en cuenta la posibilidad de garantizar la solvencia técnica y financiera de los licitadores, parece conveniente realizar un uso restrictivo de las bajas temerarias en esta forma de adjudicación”.

.....

3 Juan Francisco MARTÍN SECO: «El precio como criterio de adjudicación en los concursos», *Revista IGAE*, 7 (junio de 2003).

### 3. PROCEDIMIENTO DE TRÁMITE DE AUDIENCIA AL LICITADOR CUYA OFERTA SE CONSIDERA ANORMAL O DESPROPORCIONADA

El apdo. 3 del art. 152 del TRLCSP es el que establece el procedimiento propiamente dicho. Ha de darse audiencia a todos aquellos licitadores que hayan presentado una oferta anormal o desproporcionada para que la justifiquen, independientemente de la posición inicial, ya que el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales. Como se verá más adelante en un ejemplo puede ser determinante para la clasificación definitiva de los licitadores, variando incluso el licitador que finalmente resulte adjudicatario.

El art. 152.3 del TRLCSP establece igualmente las condiciones en las que se ha de justificar la anormalidad de la oferta, “[...] 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 del Estado”. Establece cómo se puede justificar, pero ¿podría justificarse en otras razones no enumeradas en este artículo?, en particular ¿podríamos entender incluido en el *procedimiento de ejecución del contrato* que un licitador oferte un porcentaje inferior de beneficio industrial o incluso que este sea 0%? En la actualidad diversas empresas están presentando estas ofertas, motivado en la falta de volumen de negocio, tanto en el sector público como en el privado, de esta forma evitarían en lo posible reducciones drásticas en sus plantillas. Esta situación tiene aún mayor sentido en aquellos operadores económicos que por sus dimensiones y con motivo de seguir manteniendo la clasificación empresarial necesitan mantener un determinado número de empleados.

### 4. INFORME TÉCNICO SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA OFERTA ANORMAL O DESPROPORCIONADA DEL LICITADOR

En el procedimiento para identificar una oferta anormal o desproporcionada la mesa de contratación deberá solicitar asesoramiento técnico del servicio correspondiente. El técnico que informe tendrá, lógicamente, que tener conocimientos en la materia para poder efectuar un juicio sobre la justificación presentada por el licitador, por lo que lo primero que tendrá que plantearse el órgano de contratación a la hora de redactar los pliegos es si tiene la infraes-

estructura necesaria para llevar a cabo este procedimiento con las suficientes garantías.

Este informe técnico no tiene carácter vinculante, sin embargo, de facto, se convierte en ello, ya que la mesa de contratación obligatoriamente ha de pedir asesoramiento sobre la materia a un técnico con conocimientos suficientes. Difícilmente sus miembros, que en general no cuentan con la especialización necesaria, podrán rebatir el contenido del mismo. En Administraciones de tamaño reducido probablemente el técnico será el mismo que haya redactado el pliego de prescripciones técnicas y valorado los criterios dependientes de un juicio de valor, produciéndose una concentración de poder en este sentido, siendo además en ese momento conocedor de la totalidad de los puntos obtenidos por todos los licitadores. Hay que tener además en cuenta que en dichas Administraciones probablemente el responsable del contrato vaya a ser ese mismo técnico, que también tomará en consideración los problemas que puedan presentarse a lo largo de la vida del contrato. A la vista de todas estas cuestiones, es recomendable que el técnico que emita el informe sobre la justificación de las ofertas anormales o desproporcionadas no tenga relación directa con la ejecución del contrato, cuestión bastante difícil de solventar en la mayoría de las Administraciones Locales. La alternativa para estas Administraciones puede pasar por solicitar asesoramiento o asistencia del personal de la Comunidad Autónoma a la que pertenezcan.

Los distintos Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales que han tratado esta cuestión vienen a fijar doctrina en cuanto a la necesaria motivación en el rechazo de la justificación de los licitadores y asimismo en la necesaria motivación en el informe técnico en la contestación de los argumentos del licitador. Dicha doctrina puede observarse en las resoluciones 32/2012 y 121/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la resolución 59/2012 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en la resolución 42/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía.

Por otra parte estos Tribunales recuerdan la doctrina reiteradamente sostenida por el Tribunal Supremo con respecto a la discrecionalidad técnica<sup>4</sup> de la Administración, reflejada en los informes técnicos de valoración de la justificación de las ofertas anormales, lo cual provoca que, en un alto porcentaje, el sentido de dicho informe se convierta en el de la decisión del órgano de contratación. De las resoluciones analizadas tan solo en la 36/2010 del TACRC el órgano de con-

.....

4 Resoluciones 42/2011 y 176/2011 del TACRC, 42/2012 del TACPA, 64/2012 y 75/2012 TACPCM y 68/2012 del TARCA.

tratación se separa del criterio del informe técnico. En la memoria de actividades 2011 el TACRC considera que “[...] en cuanto a la valoración de las ofertas el TACRC, en línea con jurisprudencia ya consolidada reconoce la discrecionalidad técnica de la Administración. Así en la Resolución 42/2011 se señala que “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”.

Dicha doctrina no se aplica de igual forma por los Tribunales administrativos de recursos contractuales. El TACRC, en su resolución 176/2011, de 29 de junio, se limita a considerar que la cuestión de fondo del recurso sobre la discrepancia con la puntuación asignada a su proposición en los aspectos valorados mediante criterios dependientes de un juicio de valor es meramente técnica, desestimando el recurso. Sin embargo el TACPA, en sus resoluciones 42/2012<sup>5</sup> y 1/2013, aunque hace referencia a dicha doctrina, sí estudia pormenorizadamente cada uno de los aspectos en los que la recurrente discrepa de la valoración realizada. Dichas resoluciones son desestimatorias y no modifican el criterio técnico, pero sí lo analizan con suficiente profundidad como para que el recurrente tenga cierta seguridad jurídica de que su oferta ha sido valorada con las debidas garantías.

## 5. CLASIFICACIÓN DE LOS LICITADORES

El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales.

.....

- 5 Acuerdo 42/2012 TACPA, de 27 de septiembre de 2012, en su fundamento de derecho segundo, párrafo tercero considera que “[...] Dichos incumplimientos se refieren a aspectos técnicos, lo que lleva al órgano de contratación a cuestionar en su informe la competencia de este Tribunal para conocer del recurso, por cuanto a su entender el examen de los motivos no encajaría en la función que tiene encomendada. Y ello en base a anteriores pronunciamientos de este Tribunal, en el sentido de que su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable”.

Para realizar dicha clasificación atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego o en el anuncio (art. 151.1 TRLCSP). Para que el órgano de contratación clasifique las proposiciones la mesa de contratación tendrá que, previamente, haber propuesto la clasificación de los licitadores al órgano de contratación, por lo cual al órgano de contratación le llegará una clasificación, que con casi toda probabilidad aceptará.

Es decisivo que la clasificación se realice con posterioridad a la aceptación o rechazo de las ofertas anormales o desproporcionadas de los licitadores. A continuación podemos ver un ejemplo del resultado de una clasificación en caso de haberse hecho en el momento previo a la aceptación o rechazo de las ofertas anormales o desproporcionadas.

### Contratación del servicio de \_\_\_\_\_

<u>OFERTA ECONÓMICA (TIPO 18.652,15 €)</u>					
EMPRESA	PUNTUACIÓN CRITERIOS JUICIO VALOR	IMPORTE	PORCENTAJE BAJA	PUNTOS	TOTAL
LICITADOR A	10	17.908,00 €	3,99	10,03	20,03
LICITADOR B	30	17.093,89 €	8,35	21,01	51,01
LICITADOR C	50	18.092,59 €	3,00	7,54	57,54
LICITADOR D	40	14.943,50 €	19,88	50,00	90,00
Presupuesto licitación	18.652,15 €				
Media aritmética	17.009,50 €				
Límite oferta anormal	15.308,55 €				
Porcentaje de baja mayor	19,88 %				
Promedio bajas	8,81 %				

Se calculará la media aritmética de las ofertas y se considerarán anormales o desproporcionadas aquellas cuya oferta económica sea inferior en un 10 % a la media de los ofertados.

La oferta del licitador D se consideraría como anormal o desproporcionada, según los criterios establecidos en el pliego. Si se rechazase su proposición la clasificación quedaría de la siguiente forma:

## Contratación del servicio de \_\_\_\_\_

### OFERTA ECONÓMICA (TIPO 18.652,15 €)

EMPRESA	PUNTUACIÓN CRITERIOS JUICIO VALOR	IMPORTE	PORCENTAJE BAJA	PUNTOS	TOTAL
LICITADOR A	10	17.908,00 €	3,99	23,88	33,88
LICITADOR B	30	17.093,89 €	8,35	50,00	80,00
LICITADOR C	50	18.092,59 €	3,00	17,95	67,95
Presupuesto licitación	18.652,15 €				
Media aritmética	17.698,16 €				
Límite oferta anormal	15.928,34 €				
Porcentaje de baja mayor	8,35 %				
Promedio bajas	5,11 %				

En un primer análisis la oferta presentada por el licitador D obtendría el primer puesto y se consideraría anormal o desproporcionada, siendo la segunda clasificada la oferta del licitador C con 57,54 puntos. Sin embargo, de ser rechazada la proposición del licitador D, habría que hacer de nuevo la clasificación, resultando que no tendría la mayor puntuación la oferta del licitador C, sino la del licitador B con un total de 80,00 puntos. Éste es un claro ejemplo de que la clasificación ha de realizarse una vez se hayan aceptado o descartado las ofertas inicialmente anormales o desproporcionadas.

El esquema del procedimiento para la apreciación de la anormalidad de las ofertas de los licitadores sería el que aparece en la página siguiente.

La clave estriba en el momento en que se hace la clasificación de los licitadores, tal y como hemos visto en el ejemplo anterior. Sin embargo esta cuestión no es pacífica, el Ayuntamiento de Madrid, en la Resolución núm. 45/2012, de 3 de mayo de 2012 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, alegó que “[...] una vez la Mesa consideró la existencia de temeridad descartó las ofertas, pero no volvió a calcular puntuaciones y puesto que si, de la nueva puntuación, existiesen otras ofertas incursas en presunción de temeridad ello daría lugar a una segunda vuelta y exigiría volver a pedir justificación”. La empresa adjudicataria asimismo considera que “[...] el informe de la Abogacía General del Estado (29 de septiembre de 2008) es equívoco en cuanto al momento de exclusión de las ofertas incursas en desproporción y que la Resolución (333/2011) del Tribunal (Administrativo Central de Recursos Contractuales) yerra en su interpretación por los mismos motivos de la anterior ale-



## **Procedimiento para la apreciación de la anomalía o desproporción de las ofertas de los licitadores**

PROCEDIMIENTO CORRECTO	PROCEDIMIENTO INCORRECTO
1. Introducir datos ofertas licitadores	1. Introducir datos ofertas licitadores y efectuar la <b>CLASIFICACIÓN</b>
2. Detectar si hay alguna oferta anormal	2. Detectar si hay alguna oferta anormal
3. Trámite audiencia licitador/es oferta anormal	3. Trámite audiencia licitador/es oferta anormal
4. Licitador justifica	4. Licitador justifica
5. Informe técnico	5. Informe técnico
6. La mesa de contratación acepta o rechaza las ofertas anormales y hace propuesta adjudicación	6. La mesa de contratación acepta o rechaza las ofertas anormales y hace propuesta de adjudicación según la clasificación del paso 1
7. <b>CLASIFICACIÓN</b> licitadores	
8. Requerimiento órgano contratación oferta económicamente más ventajosa	8. Requerimiento órgano contratación oferta económicamente más ventajosa

gación sobre el contenido de los arts. 134 y 135 del LCSP (150 y 151 del TRCLSP)". El TACPCM, con buen criterio, rechaza ambos argumentos, concluyendo que esta actuación no se considera ajustada al orden establecido en el procedimiento para valoración y clasificación de las ofertas y puesto que una vez rechazadas las ofertas que estén en dicha situación, no procede volver a considerar el carácter desproporcionado o anormal de las restantes. Tanto la Resolución 333/2011 del TACRC como el informe de la Abogacía del Estado de 29 de septiembre de 2008 concluyen que "[...] el cálculo de la puntuación económica de las ofertas debe realizarse con posterioridad al análisis y valoración de la justificación de las ofertas anormales o desproporcionadas, excluyendo a las no admitidas por no haberse estimado la justificación sobre su viabilidad tras el mencionado trámite de audiencia", quedando reducida la controversia.

Quizá la confusión se produzca porque el artículo sobre la clasificación de los licitadores (151 TRLCSP) es inmediatamente anterior al artículo sobre las ofertas con valores anormales o desproporcionados (152 TRLCSP), pero lo cierto es que el art. 151.1 TRLCSP es claro en el sentido de que se hace una única clasificación, y ésta ha de ser una vez se hayan aceptado o rechazado las ofertas inicialmente anormales, en ningún caso ha de hacerse una segunda vuelta. La confusión también puede venir por la utilización habitual de programas informáticos para

la ponderación de los criterios automáticos, que calculan tanto la apreciación del carácter anormal de las ofertas como la puntuación obtenida por cada una de ellas, de existir ofertas anormales ese *borrador* de clasificación no debe tener ninguna validez. Si no se rechazan las ofertas anormales que no se han justificado se estaría alterando el resultado del procedimiento y distorsionando la puntuación del resto de licitadores, ya que obtendrían puntuación ofertas que nunca van a resultar adjudicatarias, desde el mismo momento en que son rechazadas por ser anormales deben dejar de existir para el procedimiento y por supuesto ser excluidas de la clasificación. Supongamos que en una prueba de atletismo se obtiene la clasificación de los corredores por su orden de llegada a la meta y una vez finalizada la prueba se practican los controles de dopaje habituales, resultando que alguno de ellos da positivo en el control. Es lógico que a ese corredor se le excluya de la clasificación de la carrera, otorgando el título a quien realmente era merecedor de ganar, independientemente de que el farsante ocupase la primera posición u otra distinta, a los operadores económicos también les interesa saber en qué posición han quedado para mejorar sus ofertas en futuras licitaciones.

#### IV. CONCLUSIONES

Los órganos de contratación han de ser muy cautelosos a la hora de introducir los criterios para la apreciación de las ofertas anormales o desproporcionadas en los pliegos de cláusulas, ya que éstos actúan de freno ante el objetivo de conseguir bajas en las ofertas económicas de los licitadores.

Es necesario analizar cuál es la estructura organizativa de la Administración para prever que se va a poder llevar a cabo el procedimiento para la apreciación de las bajas anormales.

Y por último, y no menos importante, ha de reflexionarse sobre la necesidad o conveniencia de fijar estos criterios. En un entorno privado esta cuestión sería impensable, nadie se plantea cuando va a adquirir algún producto o servicio cuál es el margen de beneficios o cuáles son los costes de producción, evidentemente cada parte en un contrato privado velará por defender sus intereses al máximo. La razón por la cual una Administración Pública fija criterios para aceptar o rechazar ofertas anormales no puede deberse a que quiera asegurarse que el contrato se ejecute correctamente, porque normalmente no dependerá de la fase de licitación, sino del control que se efectúe en la ejecución del mismo el que éste se cumpla en todos sus términos. Este problema es de mayor calado, porque el control del cumplimiento de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas requiere, entre otras cosas, dotar de los medios necesarios a los servicios públicos para llevar a cabo un control efectivo.