

Informe 2/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: La necesidad del criterio precio como criterio de valoración y circunstancias excepcionales para su no inclusión. Alcance de las mejoras, su posible consideración como oferta desproporcionada y la posibilidad de cubrir finalidades más allá del presupuesto de licitación.

I. ANTECEDENTES

D. Enrique Sancho Gargallo, en representación de la Agrupación de Contratistas de Obras Públicas Aragoneses se dirige, con fecha 23 de diciembre de 2014, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«Cuestiones sometidas a informe

PRIMERA: En las licitaciones en las que se emplean varios criterios de valoración, cada vez son más abundantes las ocasiones en las que se prescinde del precio como uno de los criterios a considerar a la hora de determinar la oferta económicamente más ventajosa, especialmente en casos en los que las administraciones locales financian las obras con subvenciones que reciben. En su día, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (informes 28/95, de 24 de octubre, e informe 29/98, de 11 de noviembre), bajo la vigencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, señaló que tal posibilidad debiera tener carácter excepcional y consignarse en el expediente las causas que así lo justificaran. Lo cierto es que cada vez con mayor frecuencia se prescinde de tal justificación, o al menos la misma no se ve reflejada en los pliegos.

Naturalmente, como consecuencia de lo anterior, todos los participantes en el proceso de contratación ofertarán el mismo precio –el correspondiente al presupuesto base de licitación-, llegando incluso a ser los propios modelos de proposición los que reflejan el precio a ofertar sin posibilidad de variación.

Se pregunta:

- *¿Bajo la legislación actual, cabe prescindir del criterio precio, como uno de los que deben ser objeto de valoración en aquellos procedimientos de contratación sujetos a varios criterios de valoración?*
- *De ser prescindible ¿Cabe fijar bajo qué tipo de circunstancias tendrá lugar tal excepcionalidad?*

SEGUNDA: *En ciertas ocasiones -posiblemente derivado de una falta de financiación adecuada de las obras- la Administración no dispone de crédito suficiente para financiar el importe completo de un determinado proyecto, por lo cual recurre a licitar una parte del mismo (que no siempre queda acreditado representar una obra completa) y proponer a los licitadores que oferten como mejoras posibles a ofertar el resto del proyecto. Todo ello en el contexto de no valorar el precio como criterio de adjudicación. De este modo la baja económica no existe, sino que se sustituye por la ejecución gratuita de otras partidas o capítulos del proyecto. Consideramos que en este caso, el objeto del contrato puede alterarse en dependencia de las ofertas presentadas por los licitadores. Por otra parte, no siempre se refleja en los pliegos un criterio de presunción de valores anormales o desproporcionados en cuanto a las mejoras ofertadas.*

Se pregunta:

- *¿Es posible que no siendo objeto de valoración el precio, se valore la ejecución gratuita de determinados capítulos o partidas del proyecto, con el riesgo de poder resultar adjudicataria una empresa que no oferte la totalidad del proyecto de construcción al no ofertar todas las mejoras propuestas?*
- *¿En el caso de no ser objeto de valoración el precio, es necesario aplicar un criterio de oferta con valores anormales o desproporcionados a las mejoras ofertadas (que no dejan de ser el reflejo de la oferta económica en cierto modo). Se pide valorar esta cuestión en el caso general de varios criterios de adjudicación siempre que el precio no sea uno de ellos. Se pide también valorar la cuestión en el caso de que únicamente sirva como criterio de adjudicación las mejoras ofertadas (se entiende mejora de obra adicional). En caso afirmativo, ¿cuál sería el criterio para determinar los valores anormales o desproporcionados si no viene reflejado en el Pliego?*

TERCERA: *En ocasiones -fruto de las situaciones antes indicadas u otras- resulta que existe una discordancia entre el presupuesto de licitación y el presupuesto que figura en el proyecto aprobado, siendo éste último superior al primero. En el supuesto de un contrato de obra que no sea a tanto alzado y previendo el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) el carácter contractual de los cuadros de precios, resulta que, en los casos en los que la oferta adjudicataria no haya presentado baja alguna respecto del presupuesto de licitación del PCAP, la certificación del total de la obra licitada a los precios de proyecto superaría el importe de la adjudicación.*

Se pregunta:

- *Cuando el precio base de licitación del PCAP y el importe del presupuesto del proyecto de licitación no coinciden, ¿con qué precios deben certificarse las obras?*
- *Si la oferta adjudicataria coincide en su importe por el precio base de licitación y las obras no son a tanto alzado ¿Sería correcto aplicar en la certificación una baja –no ofertada- a los precios del proyecto para ajustar el precio del proyecto al contrato?*

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 17 de marzo de 2015, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

Varias son las preguntas que se suscitan en el escrito de consulta, y a las que se intentará dar respuesta. En primer lugar, la necesidad de incorporar el criterio precio como criterio de valoración en los contratos, y las circunstancias excepcionales para su no inclusión; en segundo lugar, el alcance de las mejoras, su posible consideración como oferta desproporcionada, y posibilidad de cubrir finalidades más allá del presupuesto de licitación; y, por último las derivadas de lo que se denominan «*discordancias entre el presupuesto base de licitación y el presupuesto aprobado del proyecto*».

La Agrupación de Contratistas de Obras Públicas Aragoneses, y, en su representación, D. Enrique Sancho Gargallo, está legitimada como organización

empresarial representativa, para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 i) del mencionado Decreto 81/2006.

II. La necesidad del criterio precio como criterio de valoración y circunstancias excepcionales para su no inclusión.

Como ya se estableció en nuestro Informe 6/2014, de 3 de febrero, «*La finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. Su función consiste, por tanto, en permitir evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo que supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl; y el Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón)*».

Asimismo, no puede desconocerse que la contratación pública debe estar en todo caso orientada a la satisfacción, junto a otros principios, de la eficiencia en la selección de la prestación (artículo 1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP). Por todo ello, el criterio precio es generalmente uno de los componentes necesarios para conseguir una adecuada comparación de ofertas.

Es cierto que el TRLCSP, al regular los criterios de adjudicación en su artículo 150.1, alude al criterio precio como uno mas de los posibles, según se desprende de la expresión «*tales como*»; y únicamente establece éste como obligatorio cuando se utilice un solo criterio, «*este ha de ser necesariamente el precio mas bajo*». Como esta Junta ya señaló en su Informe 1/2011, de 12 de enero, si bien la elección de los criterios de adjudicación es discrecional para el órgano de contratación, tales criterios han de reunir, en síntesis, las siguientes

características: han de estar directamente vinculados al objeto, las características y la naturaleza del contrato; han de ser objetivos; han de estar ponderados; han de permitir evaluar el nivel de rendimiento y la relación calidad/precio de cada oferta y deben figurar en el anuncio de licitación, en los pliegos o, en su caso, en el documento descriptivo. Es decir, atendiendo al interés público en juego y en función del objeto del contrato, el órgano de contratación goza, en nuestro Derecho, de cierta libertad para la elección de los diferentes criterios, debiendo en todo caso motivar su elección (ex artículo 109.4 TRLCSP).

Por su parte, el considerando 90 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, afirma que: *«La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa. Debería establecerse explícitamente que la oferta económicamente más ventajosa debería evaluarse sobre la base de la mejor relación calidad-precio, que ha de incluir siempre un elemento de precio o coste. Del mismo modo debería aclararse que dicha evaluación de la oferta económicamente más ventajosa también podría llevarse a cabo solo sobre la base del precio o de la relación coste-eficacia. Por otra parte conviene recordar que los poderes adjudicadores gozan de libertad para fijar normas de calidad adecuadas utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato».*

Y el artículo 67.2 de la referida Directiva (ya en vigor), declara que *«La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos,*

medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate».

El criterio precio, por tanto, tiene una vocación general que aconseja su inclusión como criterio de valoración en toda contratación pública. Es más, el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera establece, como uno de los paradigmas de la correcta gestión, la eficiencia de los fondos públicos, y la «economía» del contrato es, sin duda, un elemento clave para alcanzarla.

Eso no significa que no pueda prescindirse del criterio precio, pero tal posibilidad será marcadamente excepcional. De darse esta circunstancia, debe ser motivada con detalle, consignándose en el expediente las causas que así lo justifican (que deberán estar vinculadas necesariamente al objeto del contrato). Este es el criterio ya mantenido en los Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 28/95, de 24 de octubre y 29/98, de 11 de noviembre, que se referencian en el escrito de consulta. Hay que señalar en este punto que, aun cuando el segundo de los informes citados señala que la posibilidad excepcional es *«perfectamente aplicable a los contratos de obras»* (el primer informe se refería a contratos de bienes y servicios informáticos), la Junta estatal reconoce expresamente que *«es difícil imaginar que en este tipo de contratos carezca de interés el factor precio hasta el punto de no incluirlo como criterio de valoración del concurso»*. Es decir, si la posibilidad de no incluir el precio como criterio de adjudicación es excepcional, todavía lo es más en los contratos de obras como los que suscitan la consulta, pues éstos se refieren a la ejecución de un proyecto, en el que el poder adjudicador está obligado a definir con precisión el objeto del mismo (artículo 121 TRLCSP) e incorporar un presupuesto, con expresión de los precios unitarios y descompuestos.

Por otra parte, conviene también aclarar que existe precio aunque no haya retribución por el poder adjudicador, tal y como declara el Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de junio de 2007 (RJ 2007, 4767), al analizar un supuesto de

contratación de mediador de seguros, que no genera gastos a la Administración contratante y por tanto no tiene obligaciones económicas. El TS admitió tal posibilidad, advirtiendo que el precio existe, es determinable, y por tanto cierto. Lo que no existe es obligación económica para la Administración, habida cuenta que el precio se difiere a la compañía de seguros con la que se contrate.

En conclusión, de forma excepcional y debidamente motivada, podrá prescindirse del criterio de valoración precio. En la decisión deberá estar acreditada en todo caso el respeto de la premisa de seleccionar la «*oferta económicamente más ventajosa*», lo que excluye opciones como la de realizar más objeto del contrato con la finalidad de «agotar» el presupuesto habilitado, pues se quiebra la exigencia de que el objeto debe ser cierto (la Junta Consultiva del Estado, en su Informe 44/95, de 21 de diciembre, ya advirtió que estas prácticas afectan a la esencia de la licitación pública, alterando los principios de libre concurrencia y adjudicación objetiva de los contratos públicos).

III. Sobre el alcance de las mejoras y la posibilidad de cubrir finalidades más allá del presupuesto de licitación.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (en adelante TACPA), en su Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, ha dicho que *«la introducción de mejoras —ex artículo 147 TRLCSP (y 67 RLCAP)— debe permitir, sin alterar el objeto del contrato, favorecer la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, garantizando en todo caso la igualdad de trato. Exige, por tanto, una adecuada motivación y previa delimitación de las mejoras a tener en cuenta y su forma de valoración en los Pliegos, que deberá garantizar que no se altere la ponderación de los otros criterios de adjudicación. Y como bien indica el Acuerdo del TACPA número 8/2012, por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Es imprescindible, en consecuencia, su vinculación al objeto de la prestación*

(objetividad) y la justificación de en qué mejora, porqué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias».

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) se ha pronunciado igualmente en varias ocasiones sobre la admisibilidad y requisitos de las variantes o mejoras. Entre otras, puede destacarse la Resolución 467/2014, de 13 de junio, que con abundante cita de otras resoluciones que contienen la doctrina del Tribunal sobre el particular, relata: *«Debe afirmarse, por tanto, que el TRLCSP proscrib[e] las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores y/o en cuanto al valor o la ponderación que tendrán como criterio de adjudicación. En este sentido, el Tribunal sostiene un criterio consolidado a lo largo de sus resoluciones, sirviendo como ejemplo las Resoluciones 514/2013, de 14 de noviembre; 207/2013, de 5 de junio; 302/2011, de 14 de diciembre o la Resolución 189/2011, de 20 de julio. Como se expone en la Resolución de este Tribunal 180/2013, de 23 de mayo de 2013, dictada en el recurso 187/2013, y las que en ella se citan -Resolución 155/2011 (reiterada por otras muchas, como la 69/2012 o la 203/2012)- el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha analizado la obligación de que el Pliego de Cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de las mejoras, en aras del principio de igualdad de los licitadores (sentencia 16 de octubre de 2003, asunto Trunfelher GmbH). También para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, su concreción es un requisito esencial, pues como ha recordado la sentencia TJUE de 28 de noviembre de 2008, el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejados en el Pliego».*

La Resolución TACRC 592/2014, de 30 de julio, ha sintetizado de forma excelente la doctrina sobre el ámbito de las mejoras (y su diferencia de las variantes), y declara que deben concurrir los siguientes requisitos para la admisión de mejoras:

- a) Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación.
- b) Que guarden relación con el objeto del contrato.
- c) Que deberán mencionarlas en el pliego y en los anuncios.
- d) Que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.

En el Informe 29/98, de 11 de noviembre, ya citado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado rechazó precisamente mejoras en el precio, entendidas éstas como las que consisten en realizar un mayor volumen de obra sobre la prevista en el proyecto y en el contrato, por el mismo precio de licitación ofrecido.

A este respecto, debe recordarse nuevamente que los contratos de obras se refieren a la ejecución de un proyecto (elaborado, supervisado, aprobado y replanteado previamente), y que el poder adjudicador está obligado a definir con precisión el objeto del mismo (artículo 121 TRLCSP), por lo que solamente la obra contenida en el proyecto es la que se licita y la que puede ejecutarse, sin que sea posible referir las ofertas a un mayor volumen de obras comprendidas en las denominadas mejoras de precio, de forma que dé lugar a la ejecución de obras distintas de las precisadas en el proyecto aprobado. Y ello, además, porque una obra debe cumplir, por si misma, una función económica o técnica (artículo 6 TRLCSP), y los proyectos deben referirse, necesariamente a obras completas (artículo 125.1 RGLCAP). No se alcanza a comprender por esta Junta que supuestos como los planteados (se afirma, incluso, en la consulta *«que no siempre queda acreditado representen una obra completa»*), puedan obtener el informe favorable de los servicios jurídicos y de la intervención de una entidad local.

En el mismo sentido, la Junta estatal, en su Informe 59/09, de 26 de febrero de 2010, precisó que no se cumplen los requisitos de las mejoras cuando se

pretende valorar la ejecución adicional y gratuita de obras adicionales por parte del contratista, sin que previamente haya sido especificada en los pliegos la forma de su valoración, a efectos de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Tampoco se cumple el requisito mencionado cuando las obras adicionales exigidas no guardan la debida relación con la prestación objeto del contrato.

En todo caso, la posibilidad de mejoras, además de no distorsionar el objeto del contrato, debe preservar que se cumplan las exigencias de correcta determinación de su valor estimado. Es doctrina consolidada del TACPA (entre otros, Acuerdos 45/2014, 51/2014 y 6/2015), que en la preparación del contrato la estimación correcta del presupuesto de licitación es fundamental y debe quedar acreditado en el expediente que el presupuesto de licitación, y por ende el valor estimado, responden a los precios de mercado, tal y como exige el artículo 87.1 TRLCSP. Esto significa que la estimación del importe debe ser adecuado para que los posibles licitadores, en un mercado de libre competencia, puedan cumplir el contrato y diseñar una estrategia en la presentación de ofertas. Por ello, una mejora que distorsione el cálculo del valor estimado del contrato, sería, por este motivo, ilegal en si misma. Y es que, como ha recordado el TACPA, *«aun en circunstancias de restricciones presupuestarias, la búsqueda de la mayor eficiencia no puede justificar la alteración de la naturaleza y valor de la prestación demandada»* (Acuerdo 12/2015, de 20 de enero).

En consecuencia, la respuesta a la consulta es que la inclusión del criterio mejoras con la intención de agotar el presupuesto y «ampliar» el objeto de la licitación —con independencia de que se prescindiera, o no, del criterio precio—, no solo es contraria al principio de eficiencia/economía, sino que, además, vulnera el principio de igualdad de trato. Pues como ha recordado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 22 de abril de 2010, mediante la clara redacción de los términos del anuncio, debe ofrecerse objetivamente a todo posible licitador, normalmente informado y experimentado y razonablemente diligente, la oportunidad de hacerse una idea concreta del

objeto de la licitación, y de formular consecuentemente su oferta. Ofertar una mejora que va más allá de la limitación del objeto quiebra las reglas de igualdad en la presentación de ofertas, que es un límite insoslayable, ya que impide una adecuada comparación de ofertas, y, por ello, este criterio debe ser considerado ilegal (criterio ya adoptado en el Acuerdo 12/2015, del TACPA).

IV. Sobre la consideración como desproporcionada o anormal de una oferta en ausencia de criterio precio y de fijación de parámetros en el pliego.

En nuestro Informe 11/2014, de 7 de mayo, se analiza con detalle el funcionamiento de la consideración anormal o desproporcionada de una oferta, y se advierte que *«si bien la oferta del precio por parte del empresario ha de ser libre, tal y como establece el artículo 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, ello no debe implicar que no resulte recomendable, como manifestación del principio de buena administración, introducir en las licitaciones públicas parámetros o indicios que permitan detectar cuando nos encontramos ante una oferta cuyo precio no resulta viable por ser excesivamente bajo, o porque altera de forma indebida la competencia. La necesidad de preservar la correcta ejecución del contrato hace que tal previsión —y su regulación— sea una práctica necesaria a incorporar en los pliegos de la licitación»*.

Como es conocido, con la técnica de verificación de anormalidad o desproporción de las ofertas, se pretende la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y la comprobación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable, de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones (sobre el mecanismo, función y desarrollo del concepto de oferta anormal o desproporcionada pueden consultarse, entre otras, las Resoluciones núm. 240 y 242 del TACRC de 16 de noviembre de 2011, o el Acuerdo 69/2013, de 11 de diciembre, del TACPA).

El TRLCSP previene sobre la imposibilidad de adjudicar un contrato cuando el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión en la misma de valores anormales o desproporcionados, y el 152 TRLCSP regula esta técnica distinguiendo en función de que exista un único criterio —precio— o varios. En el primer supuesto se remite el precepto a los parámetros objetivos fijados reglamentariamente (contenidos, en la actualidad en el todavía vigente artículo 85 RGLCAP). En el segundo caso —varios criterios— le corresponde al pliego de cláusulas administrativas particulares determinar los parámetros objetivos de calificación de oferta anormalmente baja. Así, el 152.2 TRLCSP determina que 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.

La literalidad del precepto —«*si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base a la adjudicación*»— nos lleva a concluir que si nos encontramos ante un supuesto en el que, de forma excepcional y motivada, el precio no se incluye entre los criterios de adjudicación, no se podrán incorporar a los pliegos parámetros de desproporción de ofertas vinculados al mismo. Sin perjuicio de que, en este caso, puedan establecerse parámetros de desproporción vinculados a otros criterios, como por ejemplo, el plazo.

Y ello porque como señala el considerando 103 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, «*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. 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 y los costes anormalmente bajos propuestos resultan del incumplimiento del Derecho imperativo de la Unión o del Derecho nacional compatible con este en materia social, laboral o medioambiental o de disposiciones del Derecho laboral internacional».

La respuesta negativa de esta Junta a la posibilidad de incluir mejoras que consistan en realizar un mayor volumen de obra sobre la prevista en el proyecto y en el contrato, hace innecesario responder a la cuestión de si, en ese caso, se pueden establecer parámetros de desproporción asociados a las mejoras ofertadas.

En consecuencia, y sobre la consulta planteada, el sistema de determinación de anormalidad de una oferta debe estar expresamente incluido y regulado en los pliegos, sin que sea posible realizar, a posteriori, interpretaciones analógicas. Como ya se dijo en el citado Informe 11/2014, debe ser el pliego el que determine, en su caso, bajo qué parámetros objetivos puede apreciarse que una oferta no puede ser cumplida como consecuencia de incluir valores anormales o desproporcionados, sin que estos parámetros deban hacer referencia exclusivamente al criterio precio. Además, como ha dictaminado el TACPA en numerosos Acuerdos (por todos, Acuerdos 8/2012 y 33/20014) no es posible apreciar una baja anormal o desproporcionada si no se contemplan expresamente en los Pliegos los criterios para su determinación; ni es posible aplicar el artículo 85 RGLCAP cuando existe más de un criterio de adjudicación, pues éste es de aplicación, en todo caso, a los procedimientos con un solo criterio de adjudicación (el precio).

Esto significa que el poder adjudicador debe prestar especial atención en el diseño del modelo de determinación de anormalidad de ofertas, pues de lo contrario, además de poner en riesgo la correcta ejecución del contrato —que es la última *ratio* de todo procedimiento de contratación— puede fomentar prácticas anticoncurrenciales.

Por otra parte, se debe recordar que no existe libertad del órgano de contratación para admitir sin más una oferta incurso en anormalidad, exigiéndose un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anormalidad de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas de forma expresa —lógicamente— por la normativa. En consecuencia, la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad.

V. «Discordancias» entre presupuesto base de licitación y el presupuesto aprobado del proyecto.

Se plantean en el escrito de consulta unas últimas cuestiones sobre los precios a los que certificar las obras, que parten de la premisa de la existencia de discordancias entre el presupuesto base de licitación y el presupuesto aprobado del proyecto, siendo este último superior al primero. A lo largo del escrito de consulta se apuntan, además, las razones que pueden llevar a esta situación *«no disponer de crédito suficiente para financiar el importe completo de un determinado proyecto»*, *«licitar una parte del mismo (que no siempre queda acreditado representa una obra completa)»*, etc.

La situación descrita es claramente «patológica» y carece de soporte legal por motivos muy evidentes. En primer lugar, porque el artículo 109.3 TRLCSP establece la obligación de que el expediente de contratación incorpore el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, certificado que debe referirse a la totalidad del objeto del contrato definido con precisión en el proyecto de las obras.

En segundo lugar, porque la normativa en materia de contratación pública prohíbe, por una parte, el fraccionamiento irregular de los contratos (artículo 86 TRLCSP). Y en el caso de las obras, exige que cumplan, por si mismas, una función económica o técnica (artículo 6 TRLCSP), y que los proyectos se

refieran, necesariamente, a obras completas (artículo 125.1 RGLCAP). Únicamente se permite la contratación separada de prestaciones diferenciadas cuando éstas gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación (artículo 86.3 TRLCSP); o en el supuesto contemplado en la disposición adicional segunda TRLCSP, apartado 11, para municipios de población inferior a 5.000 habitantes.

En las obras, el artículo 121 TRLCSP requiere la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo de un proyecto que defina con precisión el objeto del contrato. El contenido del proyecto se establece, con detalle, en el artículo 123 TRLCSP, de cuyo apartado 1 caben destacarse la letra b), sobre el contenido y función de los planos; la letra c), sobre la descripción de las obras en el pliego de prescripciones técnicas; y la letra d), sobre el presupuesto y precios unitarios, estado de mediciones y detalles precisos para su valoración.

Respecto al precio del contrato, como ya se ha señalado, el TRLCSP exige que el precio de la licitación sea el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato (artículo 87.1 TRLCSP), y el artículo 26.1 k) TRLCSP exige el crédito presupuestario con cargo al que se abonará el precio. Es más, y como no podría ser de otro modo, la Ley sanciona con nulidad radical, la carencia o insuficiencia de crédito para atender la licitación, ex artículo 32 c) TRLCSP.

Por último, conviene recordar que la certificación de obra debe considerarse como un acto de constancia o dación de fe por el que la Administración, a través de la dirección técnica de la obra, acredita fehacientemente la obra que realmente ha realizado el contratista y el valor que la misma tiene, debiendo responder siempre a la realidad ejecutada y valorada de la obra. Esto significa que los precios a certificar son los ofertados por el licitador (pues fueron éstos los tenidos en cuenta al seleccionar su oferta), que forman parte del contrato celebrado y que, por ello, vinculan a todas las partes. Otra opción supondría una evidente alteración de los principios de economía y eficiencia. Y, por los motivos

expuestos, no es posible alterar el sistema de certificaciones ofertado para ajustar la liquidación al presupuesto del proyecto (posibilidad que, en si misma, es un fraude de Ley). La normativa sobre qué y cómo se certifica —Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en sus artículos 148 y ss.— es clara y no puede ser objeto de «manipulación».

De todas estas previsiones normativas se concluye que la situación objeto de consulta es una actuación administrativa claramente irregular, e incurre en un supuesto de nulidad que vicia la licitación y la adjudicación, sin que esta Junta pueda ni deba pronunciarse sobre las consecuencias que una situación irregular acarrea en la ejecución material de un contrato.

III. CONCLUSIONES

- I. El criterio precio debe ser, con carácter general, uno de los componentes necesarios para conseguir una comparación de ofertas correcta de cara a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa. En todo caso, de forma excepcional y con motivación detallada —precisando en el expediente las causas que así lo justifique, que deberán estar vinculadas necesariamente al objeto del contrato— se podrá prescindir de dicho criterio.
- II. La inclusión del criterio mejoras con la intención de agotar el presupuesto y «ampliar» el objeto de la licitación —con independencia de que se prescinda, o no, del criterio precio—, no solo es contraria al principio de eficiencia/economía, sino que, además, vulnera el principio de igualdad de trato.
- III. El sistema de determinación de anormalidad de una oferta debe estar expresamente incluido y regulado en los pliegos, sin que sea posible,

a posteriori, realizar interpretaciones analógicas. Si nos encontramos ante un supuesto en el que, de forma excepcional y motivada, el precio no se incluye entre los criterios de adjudicación, no se podrán incorporar a los pliegos parámetros de desproporción de ofertas vinculados al mismo. Sin perjuicio de que, en este caso, puedan establecerse parámetros de desproporción vinculados a otros criterios, como por ejemplo, el plazo.

- IV.** El presupuesto de licitación de una obra debe coincidir necesariamente con el presupuesto que figura en su proyecto. En consecuencia, y ya que la certificación de obra debe considerarse como un acto de constancia o dación de fe por el que la Administración acredita fehacientemente la obra que realmente ha realizado el contratista y el valor que la misma tiene, los precios a certificar son los ofertados por el licitador (pues fueron éstos los tenidos en cuenta al seleccionar su oferta), que forman parte del contrato celebrado y que, por ello, vinculan a todas las partes. Otra opción supondría una evidente alteración de los principios de economía y eficiencia, que comporta la nulidad.

Informe 2/2015, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 17 de marzo de 2015.