

**Informe 11/2014, de 7 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

**Asunto: Diferentes cuestiones relacionadas con los parámetros objetivos que permiten considerar las ofertas como anormales o desproporcionadas en las licitaciones públicas.**

## **I. ANTECEDENTES**

El Secretario General Técnico del Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente, se dirige con fecha 11 de marzo de 2014, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

**«ANTECEDENTES:**

***Primero:** El Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente en ejercicio de las competencias que tiene atribuidas realiza gran número de contratos para la ejecución de sus trabajos. En particular y a través de la Dirección General de Desarrollo Rural a lo largo del ejercicio 2013 se han realizado 11 contratos, 8 por el trámite abierto simplificado y el resto trámite abierto ordinario, todos ellos valorados mediante varios criterios, 35 puntos los sujetos a evaluación previa y 65 puntos cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas (concurso-subasta anteriormente)*

***Segundo:** Para el cálculo de la baja desproporcionada se ha seguido el modelo que venía realizando SIRASA (actualmente SARGA) que se detalla en el documento adjunto 1 y se resume a continuación:*

- 1.- Se obtiene la media de las bajas con todas las ofertas presentadas.*
- 2.- Se calcula la desviación típica de esa muestra (o bien podría ser cualquier otro intervalo) y las bajas que están por encima o por debajo de la media más/menos ese intervalo se eliminan.*
- 3.- Finalmente con los valores que quedan, se obtiene una nueva media (baja de referencia) y se considerarán ofertas desproporcionadas aquellas que superen esa baja más un intervalo que en este caso se ha fijado en 4 (habitualmente antes 10).*

*El cálculo sería idéntico si se hiciera con las ofertas, solo que hablaríamos de la oferta media de referencia menos 4 puntos (habitualmente 10).*

*El motivo de este cálculo un poco complejo estriba en que con frecuencia hay unas pocas bajas muy pequeñas (8%, 5% o incluso 3%), en un momento como el actual en el que las bajas van del 20% al 30% como mínimo, esas cantidades lo único que hacen es desvirtuar la media (la bajan) y hacen desproporcionadas ofertas que realmente no lo son.*

*El mismo razonamiento valdría si hubiera unas pocas ofertas con la baja muy alta se desprejarían igualmente y esos valores pasarían a ser desproporcionados.*

*Es decir con este método se centra la media despreciando valores extremos, acercándolas a la mediana, proceso que se realiza habitualmente en los muestreos.*

**Tercero:** *Este procedimiento se ha abandonado en las últimas licitaciones ya que se nos ha indicado que era opuesto al Reglamento de la Ley de Contratos, 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, así como lo indicado en el art. 152 del TRLCSP puesto que en ellos se indica que la baja desproporcionada se calculará utilizando la TOTALIDAD de los valores de las diferentes ofertas, y en el caso que nos ocupa la baja de referencia despreja algunos valores.*

**Cuarto:** *Finalmente también se nos ha indicado que el cálculo que se hace con la baja media y baja de referencia se debía hacer con la oferta media (y la oferta de referencia) que son los valores mencionados en el art. 85 del Reglamento.*

**Quinto:** *Por parte de este Departamento no se ve ningún motivo legal para no utilizar el cálculo detallado en el punto Segundo, así mismo se considera útil, ya que permite eliminar algunos valores que con frecuencia no responden a la lógica de la situación. La referencia al conjunto de todas las ofertas válidas se debe utilizar cuando se trata de subastas, lo mismo puede indicarse del art. 85 del Reglamento, en este caso como se ha dicho no son subastas sino que se utilizan varios criterios. Finalmente como la baja y la oferta son correlatos, ambos suman el precio de la obra por lo que da igual considerar la baja o la oferta, no obstante en los últimos contratos se nombra solamente la baja (documento 2).*

#### **CONSULTA:**

1.- *A tenor de lo expuesto surgen varias preguntas interrelacionadas que se hacen a continuación*

2.- *En el caso de utilizar más de un criterio de valoración*

*¿Se puede utilizar el cálculo de la temeridad descrito en el documento 1?*

*¿Se puede utilizar cualquier criterio objetivo que excluya desde el principio valores de algunas ofertas, por ejemplo excluir las 3 ofertas más caras y las 3 más baratas y calcular la media con las restantes?*

*¿Se pueden utilizar otros parámetros estadísticos relacionados con la centralidad que no sean la media para el cálculo de la temeridad, como por ejemplo la mediana, o bien considerar temeridad a partir del percentil 80 de las ofertas (o cualquier otra cifra que se determine en los pliegos)?*

*¿Se pueden hacer los cálculos con las bajas como en el documento 1 o es más recomendable utilizar en todo momento las ofertas, documento 2?*

*Se acompaña la documentación mencionada, sin perjuicio de remitir cualquier otra documentación que pudiera ser requerida por ese órgano consultivo».*

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 7 de mayo de 2014, 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 todas relacionadas con la conformidad a las reglas y principios 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), de distintos métodos de cálculo para apreciar si una oferta es anormal o desproporcionada, cuando existe más de un criterio de valoración de las ofertas.

La petición de informe ha sido formulada por órgano legitimado, tal y como exige el artículo 6 a) del mencionado Decreto 81/2006.

## **II. La apreciación del carácter anormal o desproporcionado de una oferta en la normativa contractual.**

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 sabido, la técnica de baja anormal o desproporcionada se fundamenta en la previsión del artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio que establece que *«...En caso de que una entidad haya recibido una oferta anormalmente más baja que las demás ofertas presentadas podrá pedir información al licitador para asegurarse de que éste puede satisfacer las condiciones de participación y cumplir lo estipulado en el contrato»*. El artículo 55 de la Directiva 2004/18 contenía una previsión similar.

La regulación nacional de las ofertas con valores anormales o desproporcionados, o *«anormalmente bajas»* en terminología comunitaria, la encontramos en el artículo 152 TRLCSP, que establece que:

*«1. 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.»*

*2. Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. 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.*

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

*En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.*

*Si la oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, sólo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquél no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que rechace una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada.*

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

Esta regulación viene motivada por la necesidad de trasponer los preceptos de la citada Directiva 2004/18/CE a la legislación nacional, la cual sustituyó el término anterior de «baja temeraria» por el de «oferta con valores anormales o desproporcionados». Ahora bien, ninguna de las Directivas comunitarias en materia contractual, incluida la recientemente aprobada Directiva 2014/24/UE,

de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, ha definido qué se entiende por oferta anormalmente baja (aunque sí había una referencia en el proyecto inicial, que ha sido suprimida en la tramitación), y por tanto, tampoco ha establecido la forma de determinar cuando nos encontramos ante una oferta anormalmente baja, dejándolo en manos de los legisladores nacionales.

En concreto, la recientemente aprobada Directiva 2014/24/UE, en su artículo 61 establece que:

*«Los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate».*

En todo caso, lo que sí regula el derecho comunitario es que nadie puede ser excluido de forma automática por una proposición incurso en anormalidad (entre otras, Sentencia 27 de noviembre de 2001, Asunto Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni). Debe permitirse al licitador que explique los motivos de su oferta y su viabilidad sin poner en riesgo la ejecución del contrato, emitiendo al efecto un informe técnico el órgano de contratación. Informe que, como ha señalado el Acuerdo 5/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, no es una mera formalidad, de tal manera que la decisión acerca de si una oferta puede o no cumplirse no implica la libertad del órgano de contratación para admitir sin más una oferta incurso en anormalidad, sino que se requiere 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 el TRLCSP. Los argumentos aportados (ahorros en el procedimiento de ejecución del contrato, soluciones adoptadas, condiciones favorables para la ejecución contractual, ayudas estatales otorgada sin contravenir las disposiciones comunitarias —152.3 TRLCSP—) pueden entenderse justificadores, o no, de la oferta y de sus



condiciones. En todo caso, en aras a preservar la causa de la contratación, el ente contratante tampoco debe dar por válida cualquier argumentación, y debe concretar los motivos aportados para justificar su viabilidad (Acuerdo 55/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

Por ello, a la hora de determinar cuando nos encontramos ante una oferta que se presume inicialmente como anormal o desproporcionada, deberemos acudir a la normativa nacional de contratos, es decir, al mencionado artículo 152 TRLCSP y su desarrollo reglamentario, del que se puede concluir que solo hay regulación de alcance general cuando el único criterio de valoración es el precio (antiguas subastas), de tal manera que cuando hay varios criterios debe ser el pliego, de forma expresa, el que diseñe el modelo de determinación de presunción de anormalidad de las distintas proposiciones.

Así, la presunción de anormalidad o desproporción cuando existe un único criterio —precio— se resuelve con la aplicación del artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), que establece que:

*«Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:*

- 1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.*
- 2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.*
- 3. Cuando concurren tres licitadores, 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.*
- 4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, 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.*

*5. Excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente reducir en un tercio en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos en los apartados anteriores.*

*6. Para la valoración de la ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada».*

De la lectura del citado artículo 152 TRLCSP, podemos extraer varias conclusiones claras e inequívocas, que son:

1. Si se establece el criterio precio como único criterio de valoración de ofertas, los parámetros para apreciar el carácter desproporcionado de una oferta vendrán determinados reglamentariamente, y se deberán evaluar teniendo en consideración la totalidad de las ofertas válidas presentadas.
2. Si estamos ante una pluralidad de criterios de adjudicación, debe ser el pliego el que determine bajo qué parámetros objetivos podemos apreciar que una oferta no puede ser cumplida como consecuencia de que incluye valores anormales o desproporcionados, sin que estos parámetros deban hacer referencia exclusivamente al criterio precio. Es decir, el legislador ha otorgado total libertad a los órganos de contratación para que fijen, vía pliegos, cuales son los parámetros para determinar que una oferta puede considerarse inicialmente como desproporcionada.
3. En ningún caso, la inicial apreciación como oferta anormal, conlleva automáticamente la exclusión del licitador que la ha formulado, sino que se abre un proceso contradictorio de justificación de su oferta y de precisión de las condiciones de la misma, para determinar si la misma es viable o no. Si existen razones objetivas que permitan acreditar la



posibilidad de cumplir de forma correcta con la prestación objeto de licitación, debe aceptarse la oferta.

4. Igualmente, para el supuesto de varios criterios de valoración, y a sensu contrario, en ausencia de determinación en el pliego de dichos parámetros, no procede aplicar supletoriamente los que señala el artículo 85 RGLCAP, tal y como lo han interpretado tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 58/08, de 31 de marzo de 2009, como diversos Tribunales de Recursos Contractuales (Resolución 274/2011, de 26 de noviembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y Acuerdos, 8/2012, y 15/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, entre otros). Por el contrario, nada impide que el órgano de contratación establezca como parámetros para apreciar el carácter anormal de las ofertas los que establece el artículo 85 RGLCAP, siempre que expresamente así se indique en el pliego.

Por último, esta Junta considera que la elección, en su caso, por el órgano de contratación de los parámetros para considerar una oferta como desproporcionada debe justificarse en el expediente, recogándose en el informe al que hace referencia el artículo 22 TRLCSP. Y ello tanto por la previsión contenida en el artículo 109.4 TRLCSP —que obliga a justificar adecuadamente la elección del procedimiento y la de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato—, como por garantía de los principios generales de publicidad y transparencia de las licitaciones.

### **III. Los parámetros para determinar que una oferta es anormalmente baja en los procedimientos de contratación cuando existen varios criterios de valoración.**

Fijado el marco normativo aplicable a las bajas anormales o desproporcionadas, así como la finalidad de esta técnica —que no puede ser diseñada para reducir el número de proposiciones, ni alterar la regla de

adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa— procede analizar las consultas planteadas por el Departamento de Agricultura, Ganadería y Medioambiente.

Cuatro son las preguntas que se formulan en el escrito de consulta, y todas referidas a licitaciones en las que existen varios criterios de adjudicación: si se puede utilizar como fórmula para determinar el umbral que fija el carácter desproporcionado de las proposiciones una que desprece aquellos valores cuya diferencia con respecto a la baja media, en términos absolutos, excedan de la desviación típica de la muestra; si resulta necesario que, a la hora de establecer las fórmulas mediante las cuales se determina el umbral que fija el carácter desproporcionado de las proposiciones, se tengan en consideración la totalidad de las ofertas presentadas, o se pueden excluir del cálculo las más caras o las más baratas; si se pueden utilizar otros parámetros estadísticos distintos de la media para determinar el umbral que fije el carácter anormal de las ofertas (mediana o percentil) y, por último, cual de las dos fórmulas planteadas en el escrito de consulta resulta más recomendable para el cálculo de ofertas desproporcionadas.

Con carácter previo a la respuesta de las mismas, conviene recordar que el artículo 87.1 TRLCSP establece la obligación a los órganos de contratación de cuidar que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

Además, como se ha señalado, la apreciación de que una oferta contiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida satisfactoriamente como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. De acuerdo con ello, la

apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia licitadora, no siendo posible su aplicación automática (Resolución 24/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales). Por este motivo, resulta conveniente que el órgano de contratación establezca los parámetros objetivos —razonables y compatibles con la finalidad de conseguir economías de escala— a partir de los cuales se pueda apreciar que se dan unos indicios por los que se entiende que una proposición es anormalmente baja, parámetros, que como consecuencia lógica de los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad que rigen la contratación pública, en ningún caso podrán producir efectos discriminatorios, de ahí que deban de figurar de manera clara y precisa en los pliegos de rijan la licitación. Es decir, establecer los parámetros o fórmulas a partir de los cuales se determina que una oferta es, a priori, anormalmente baja, es solo un primer paso que obliga al órgano de contratación a solicitar aclaraciones al licitador que se encuentre en esta situación para que justifique su oferta.

La primera de las consultas se centra en la adecuación de una fórmula para establecer el umbral de anormalidad de las ofertas que no se fije únicamente en la baja media de las mismas, sino que elimine del cálculo aquellas ofertas cuya diferencia con la baja media en términos absolutos, sea superior a la desviación típica de las bajas.

En términos estadísticos la desviación típica es una medida de dispersión que sirve para analizar la variación de los valores de la variable en torno a un valor central como la media, es decir nos da una imagen más representativa de cómo se comporta una muestra de valores que si se toma únicamente como referencia el valor medio de ellos, y sirve para complementar y precisar la información que proporcionan otros estadísticos centrales como la media. Así, cuanto mayor sea la dispersión respecto de la media (mayor desviación típica), más alejados estarán los valores de la variable respecto de la media y por ello la media será

menos representativa de los valores que la variable toma en el colectivo analizado.

Con este tipo de fórmulas que minimizan los efectos de ofertas que se dispersan en mucho (tanto por exceso como por defecto) de la media, se obtiene una visión más ajustada de cuál es la oferta media que apriorísticamente nos da la referencia de oferta normal. Por ello, y a priori, parece que la fórmula que plantea el Departamento de Agricultura no solo no conculcaría la normativa de contratos, sino que serviría de un modo más preciso a la determinación de las ofertas que en principio se calificarían de anormalmente bajas.

De igual modo, no habría inconveniente en establecer un parámetro que, por su objetividad, fijara el umbral de anormalidad en relación a la mediana, que es el valor central de la muestra, es decir, aquel que separa los valores de ésta, ordenados de mayor a menor, en dos partes iguales y al que le afectan menos los valores extremos que a la media; o que se tomara como umbral de anormalidad en función de un determinado percentil de las ofertas, con la única condición que figure explicitado claramente en los pliegos, ya que el legislador ha dejado en manos de los órganos de contratación el establecimiento, vía pliegos, de los parámetros objetivos que determinan el carácter desproporcionado de las ofertas y no resulte un límite a la regla de conseguir la oferta económicamente más ventajosa, ni, por sus efectos prácticos, afecte al modelo de competencia e igualdad de trato exigible en toda licitación pública. Así, porcentajes muy pequeños de desviación de baja, pueden conducir a una estrategia de ofertas al «alza» contraria al principio de mejor precio.

No parece tampoco conveniente extender en toda licitación pública sistemas de identificación de ofertas anormales o desproporcionadas en precios mediante parámetros que señalen con carácter previo el «umbral máximo de competencia», pues puede suceder que se elimine la función de ponderación del criterio precio, tal y como ha advertido la Comisión Nacional de la Competencia, en su Guía sobre Contratación Pública y Competencia de 2010, ya que «la

*revelación de esta información puede restringir severamente la competencia, especialmente si el umbral establecido limita excesivamente el ámbito de posibles niveles del parámetro. Con carácter general, además de evitar su conocimiento a priori, es conveniente que los “umbrales de temeridad” de la oferta no estén expresados en valores absolutos, y que, como se ha indicado anteriormente, la eliminación de las ofertas anormales se lleve a cabo mediante mecanismos que minimicen las posibilidades de interferencia en los incentivos a ofertar en precios».* Corresponderá al órgano de contratación valorar los riesgos de esta opción en un concreto contrato, si bien en modo alguno se impiden ofertas inferiores, pues la única consecuencia es la existencia de presunción de anormalidad y la necesidad de acreditar la posibilidad de cumplimiento del contrato.

En conclusión, cada tipo de contrato puede aconsejar la formulación de unos parámetros objetivos que comporten la calificación diferente de oferta anormalmente baja, y exigirá, en cada caso concreto, un adecuado conocimiento de la situación del mercado provisor y de la situación económica general en el momento de la licitación, ya que ello condicionará la formulación de las ofertas por los licitadores, que, en algún caso, pueden hacerse incluso en pérdidas.

Otra de las dudas que se suscitan en la consulta es si a la hora de calcular el umbral de desproporción se pueden excluir del cálculo aquellas ofertas más caras, o las más baratas. Esta duda surge, según se pone de manifiesto en el escrito de consulta, por una posible oposición al RGLCAP y a las previsiones del artículo 152.1 TRLCSP, que señala que *«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».*

Tanto el artículo 85 RGLCAP, como el apartado primero del artículo 152 TRLCSP, se refieren única y exclusivamente a las licitaciones en las que el precio sea el único criterio de adjudicación, por lo que, dada la claridad de su

redacción, no resulta admisible una interpretación («*in claris non fit interpretatio*») y por tanto, como se ha señalado anteriormente, debe de ser el pliego el que fije, en su caso, los parámetros objetivos que determinen la anormalidad de las ofertas, y éste puede establecer fórmulas que, considerando a todas las ofertas, excluya del cálculo aquellas que desvirtúan el umbral por su disparidad. A mayor abundamiento, para el supuesto de que el único criterio de adjudicación sea el precio, el propio desarrollo reglamentario que se plasma en el mencionado artículo 85 RGLCAP en sus apartados 3 y 4, excluye del cálculo de la media de las ofertas a aquellas que excedan en más de diez unidades porcentuales a dicha media. Es decir, el propio legislador trata de evitar el efecto distorsionador que puede tener en el cálculo de la desproporción aquellas ofertas elevadas que pueden falsear los cálculos de la oferta media.

Por último, se pregunta sobre la idoneidad de las fórmulas planteadas, y en concreto, si resulta más recomendable utilizar una que excluye del cálculo a las ofertas cuya diferencia en valores absolutos con la baja media exceda de la desviación típica, u otra que considera ofertas desproporcionadas aquellas que sean inferiores a un determinado porcentaje de la oferta media, sin excluir a ninguna de las admitidas.

Del escrito de consulta parece deducirse que la duda surge de la necesidad de que los cálculos a efectuar para fijar el umbral de anormalidad de las ofertas se realicen tomando como referencia las ofertas (fórmula 2) y no los porcentajes de baja (fórmula 1), y ello debido a que las referencias porcentuales que indica el artículo 85 RGLCAP se deben interpretar referidas a la media aritmética de las ofertas presentadas, y no a la media aritmética de los porcentajes de baja, tal y como ha interpretado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 47/03, de 2 de febrero de 2004. Si bien, tal y como se ha indicado, este artículo 85 RGLCAP se aplica únicamente a los supuestos en los que el único criterio de adjudicación sea el precio, antiguas subastas, y no resulta aplicable a aquellos en los que existan una pluralidad de ellos.

Como ya se ha señalado, debe de ser el órgano de contratación el que, dependiendo del tipo de contrato, de la situación del mercado provisor y de la situación económica general en el momento de la licitación, el que determine el establecimiento de unos parámetros objetivos u otros, sin que proceda con carácter general determinar a esta Junta si resulta más recomendable utilizar una fórmula u otra, siendo en todo caso conformes a Derecho ambas fórmulas.

Todo lo dicho bajo la premisa de que la apreciación de una oferta como presuntamente desproporcionada no puede suponer nunca su exclusión automática, sino que determina la apertura de un procedimiento contradictorio de audiencia al interesado para que la justifique.

### **III. CONCLUSIONES**

- I. En los procedimientos de licitación en los que se establezca una pluralidad de criterios de adjudicación, 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. En ausencia de determinación en el pliego de dichos parámetros, no procede aplicar supletoriamente los que señala el artículo 85 RGLCAP.
- II. Los parámetros objetivos que determinarán el carácter desproporcionado de las ofertas pueden establecerse por los órganos de contratación tomando en consideración variables estadísticas distintas de la media. Igualmente se podrá excluir del cálculo los valores extremos, con el fin de minimizar el efecto distorsionador de éstos.
- III. Cada tipo de contrato puede aconsejar la formulación de unos parámetros objetivos que comporten la calificación de ofertas



anormalmente bajas diferentes, y exigirá, en cada caso concreto, un adecuado conocimiento de la situación del mercado provisor y de la situación económica general en el momento de la licitación.

**Informe 11/2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 7 de mayo de 2014.**