

Informe 3/2017, de 5 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Clasificación y valoración de las ofertas en los procedimientos de licitación en que existen ofertas anormales o desproporcionadas.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Secretario General Técnico de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda se dirige, con fecha 22 de febrero de 2017, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«Por Decreto de 5 de julio de 2015, de la Presidencia del Gobierno de Aragón se modificó la organización de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón asignándose al Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda además de la totalidad de las competencias del anterior Departamento de Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes, las competencias en materia de ordenación del territorio atribuidas al anterior Departamento de Economía y Empleo.

Posteriormente el Decreto 108/2015, de 7 de julio, del Gobierno de Aragón, al desarrollar la estructura orgánica básica de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, estableció como órganos directivos del Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda, entre otros, las Direcciones Generales del Ordenación del Territorio y de Turismo.

Como consecuencia de la nueva estructura orgánica se produjo, en materia de contratación, la integración de dichos centros directivos bajo el mismo órgano de contratación, competencia atribuida al Consejero de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional segunda de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón e impulsándose y tramitándose todos los procedimientos de contratación desde esta Secretaría General Técnica, de acuerdo con lo dispuesto [en el] Decreto 14/2016, de 26 de enero, del Gobierno de Aragón, que aprueba la estructura orgánica del Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda.

Durante la tramitación de los expedientes de contratación promovidos por la Dirección General de Ordenación del Territorio en el ejercicio de sus competencias, se han observado diferencias de criterio con respecto a otras Direcciones Generales acerca del tratamiento que en el seno del procedimiento de licitación de un contrato debe darse a las ofertas identificadas como anormales o desproporcionadas de acuerdo con las previsiones de los artículos 151 y 152 del texto refundido de las Ley de Contratos del sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), en concreto sobre la procedencia de asignar puntuación a aquellas ofertas consideradas en presunción de temeridad desde el momento en que se hace pública su oferta.

Teniendo en cuenta la relevancia que este criterio tiene sobre la adjudicación de los contratos, se han suscitado dudas acerca de la correcta aplicación de las normas en esta materia. En concreto, de la aplicación del artículo 151. Clasificación de las ofertas, adjudicación del contrato y notificación de la adjudicación, en relación con el artículo 152. Ofertas con valores anormales o desproporcionados del TRLCSP, en aquellos casos en los que el Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares no detalla si las ofertas consideradas anormales, tras su justificación, deben ser incluidas o excluidas del cálculo de la puntuación económica.

El criterio seguido en esta materia por el órgano de contratación de este Departamento es excluir del cálculo de la puntuación económica a aquellas ofertas consideradas anormales o desproporcionadas por no haberse estimado la justificación sobre su viabilidad, en base a los informes correspondientes tras el trámite de audiencia. De esta forma, la oferta más baja no incurso en temeridad obtendría la máxima puntuación en el criterio precio.

Lo contrario, como se afirma en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 475/2014, de 31 de julio (REC. 729/2012) “supondría admitir que las ofertas rechazadas por presentar valores anormales o desproporcionados estuvieran condicionando la ordenación de las ofertas y la adjudicación de los contratos vulnerando los principios de licitación proclamados en el artículo 1 de la LCSP y la obligación de la Administración de seleccionar la oferta más ventajosa, pudiendo existir acuerdos fraudulentos entre empresas, presentando una de ellas una baja importante, aún a sabiendas de su inviabilidad, con el único objetivo de que otra empresa pueda conocer de antemano la baja más económica que servirá de cociente en la fórmula del cálculo”.

El criterio seguido por este órgano de contratación se encuentra avalado asimismo por el informe de la Abogacía del Estado 163/2008, de 29 de septiembre, en el que se concluye 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”.

En el mismo sentido se han pronunciado otros órganos especializados en la materia, destacando los siguientes: Resolución 333/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resoluciones 45/2012, de 3 de mayo y 198/2013, de 18 de diciembre del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid, Resolución 26/2014, de 10 de marzo y 62/2015, de 24 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, así como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 475/2014, de 31 de julio.

De conformidad con el artículo 3.2 y 3.4 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado mediante Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, le corresponde a esa Junta Consultiva de Contratación informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa, así como adoptar, en el ámbito de sus competencias, criterios sobre la aplicación de las normas en materia de contratación.

Al amparo de la legitimación activa que me otorga el citado Reglamento en su artículo 6 y con objeto de homogeneizar y armonizar los criterios existentes sobre la aplicación de las citadas normas, esta Secretaría General Técnica de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda solicita informe a esa Junta Consultiva sobre la siguiente cuestión que somete a su consideración:

En relación con la licitación de los contratos en los que existan ofertas anormales incursas en presunción de temeridad, cuál es el criterio para la aplicación del artículo 151 y 152 del TRLCSP en los casos en que el PCAP no haya establecido si deben ser incluidas o excluidas del cálculo de la puntuación económica las ofertas identificadas como desproporcionadas:

1º. Si es conforme a derecho realizar el cálculo de la puntuación económica de las ofertas (criterio precio) con posterioridad al análisis y valoración de la justificación de las ofertas anormales o desproporcionadas, excluyendo por tanto aquellas ofertas identificadas como desproporcionadas, tras su justificación, por considerarlas inviables. De esta forma las ofertas identificadas como desproporcionadas no habrían influido en la puntuación del resto de ofertas, obteniendo la máxima puntuación en el criterio precio la oferta más baja no desproporcionada.

2º.- O si por el contrario, se debe efectuar la valoración de las ofertas económicas con carácter previo al examen de su temeridad. En este caso obtendría la máxima puntuación la oferta más baja identificada como temeraria.

De esta forma las ofertas identificadas como desproporcionadas serán excluidas de la clasificación, y habrían determinado la ponderación de las ofertas admitidas por aplicación de la fórmula matemática, influyendo esta ofertas no válidas en la clasificación final y la adjudicación del contrato».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 5 de abril de 2017, 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.

El Sr. Secretario General Técnico de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda, es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón.

El extenso y razonado escrito del Sr. Secretario General Técnico suscita como cuestión principal, relacionada 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), si deben ser incluidas o excluidas del cálculo de la puntuación económica las ofertas identificadas como desproporcionadas.

II. Las ofertas anormales o desproporcionadas.

A las ofertas con valores anormales o desproporcionados, o «*anormalmente bajas*» en terminología del derecho de la Unión, se refirió esta Junta en su

Informe 11/2014, de 7 de mayo, en el que se abordaron diferentes cuestiones relacionadas con los parámetros objetivos que permiten considerar las ofertas como anormales o desproporcionadas en las licitaciones públicas; a cuyas consideraciones nos remitimos.

La regulación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados se encuentra en el artículo 152 TRLCSP, que establece:

«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 vino motivada por la necesidad de trasponer los preceptos de la Directiva 2004/18/CE a la legislación nacional, que 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 Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, ha definido qué se entiende por oferta anormalmente baja, ni cuándo nos encontramos ante una oferta anormalmente baja, ni el procedimiento para su verificación ni su determinación.

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

«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».

La calificación de una oferta como anormalmente baja incide, siempre, en la clasificación de las mismas.

La clasificación de ofertas es un acto de trámite del procedimiento de licitación de la adjudicación de un contrato, que el órgano de contratación realiza en función de la propuesta que la Mesa de contratación lleva a término por aplicación de los criterios de adjudicación y de las normas de valoración de los mismos. La clasificación de las ofertas supone su ordenación en función de la puntuación asignada como consecuencia de la aplicación de las normas de valoración de los criterios de adjudicación.

III. Las ofertas anormales o desproporcionadas, la valoración y clasificación de las ofertas en el TRLCSP.

Una de las cuestiones más reiteradas en la aplicación del procedimiento de verificación de las ofertas anormales o desproporcionadas y la valoración de las ofertas, y su incidencia en el procedimiento de licitación para la adjudicación

del contrato, es si —tal y como plantea el Sr. Secretario General Técnico de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda— es conforme a derecho realizar el cálculo de la puntuación económica de las ofertas (criterio precio) con posterioridad al análisis y valoración de la justificación de las ofertas anormales o desproporcionadas, excluyendo aquellas ofertas identificadas como desproporcionadas por considerarlas inviables.

La cuestión objeto de consulta versa, en definitiva, sobre el tratamiento que, en el seno del procedimiento de licitación de un contrato, deba darse a las ofertas con valores anormales o desproporcionados de acuerdo con las previsiones del TRLCSP.

Corresponde a la Mesa de contratación la propuesta de clasificación de las ofertas. Pero la clasificación la lleva a cabo el órgano de contratación (artículo 151.1 TRLCSP). Aunque la regulación sistemática de la ley pueda inducir a error, pues parece que la norma contenida en el artículo 151 TRLCSP debería ser posterior a las previsiones que contiene el artículo 152 TRLCSP, se trata de actos completamente independientes, que han de tramitarse en el orden correcto. Primero la tramitación de las ofertas anormales o desproporcionadas, que la Mesa de contratación propondrá para que sean aceptadas o rechazadas, una vez realizado el trámite de audiencia a las ofertas anormales y propondrá la clasificación. Y la posterior clasificación, que necesariamente ha de hacerse por parte del órgano de contratación.

El hecho de que artículo 152.4 TRLCSP atribuya al órgano de contratación la clasificación en este artículo, y no haya incluido esta previsión en el artículo 151 TRLCSP, que es el que establece cómo ha de hacerse la clasificación, no ayuda a despejar las dudas que ofrece una interpretación sistemática de ambos preceptos. Puede parecer que hay confusión entre las funciones de la Mesa de contratación y del órgano de contratación, pero el artículo 22.1.f) del RD 817/2009 de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, es claro en cuanto a las funciones de la Mesa de contratación en este tema:

«f) Cuando entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitará el procedimiento previsto al efecto por el artículo 136.3 de la Ley de Contratos del Sector Público [hoy artículo 152.3 TRLCSP], y en vista de su resultado propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del mismo artículo».

La respuesta que siempre han dado a esta cuestión los Tribunales Administrativos de contratos, como bien señala la exposición del escrito de solicitud de informe, es coincidente con la postura de la Abogacía General del Estado quien, en su dictamen 163/08 de 29 de septiembre de 2008, después de un exhaustivo estudio de la cuestión, y de advertir que quedaría en entredicho el deber de la Administración de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa —entendido este concepto en el amplio sentido que establece la LCSP y no sólo en el estrictamente económico— si la adjudicación de un contrato se condicionara por la concurrencia (por sus efectos en la ordenación final previa a la adjudicación provisional) de ofertas no depuradas que pueden ser inválidas por ser desproporcionadas o anormales; consideró que:

«En consecuencia, 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».

Porque, efectivamente, valorar las ofertas que presenten valores desproporcionados o anormales, que finalmente podrían ser inválidas, puede alterar la puntuación y determinar la adjudicación de un contrato a empresa distinta a la que resultaría si se hubieran excluido previamente dichas ofertas.

Esta cuestión no se planteaba en el sistema en que nace la «*baja temeraria*» (la subasta). Si el procedimiento de adjudicación se lleva a cabo tomando en consideración un único criterio (el precio), el adjudicatario es siempre quien presenta la oferta más baja no incurso en temeridad. Por eso nunca se reguló tal cuestión en nuestro régimen jurídico de la contratación anterior a la LCSP. Ni tampoco es relevante la cuestión planteada si la fórmula a aplicar para la

valoración de la oferta económica no tiene en cuenta la totalidad de las ofertas. Claro está.

La respuesta a la cuestión se encuentra en el propio TRLCSP. El artículo 151 TRLCSP regula la clasificación de los licitadores, precepto que es inmediatamente anterior al artículo sobre las ofertas con valores anormales o desproporcionados (152 TRLCSP), y es claro y preciso:

“El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo siguiente”.

De donde se concluye, que en la clasificación de las ofertas no pueden ni deben ser incluidas aquellas que han sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo 152 TRLCSP. Sin que sea necesario realizar mayores consideraciones.

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.

Cuando el órgano de contratación no considera justificada la oferta anormal, o las ofertas que incurran en anormalidad, los licitadores tienen que ser descartados. Y sus ofertas no pueden incluirse en la clasificación porque puede alterar la puntuación y determinar la adjudicación de un contrato.

Desde el punto de vista teórico, la postura contraria —la de incluir a las ofertas que incurran en anormalidad en la clasificación y valoración— tenía algún sentido para quienes defendían que, en otro caso, una vez determinadas las ofertas incursas en anormalidad con el resto de los licitadores habría de llevarse a cabo un nuevo cálculo de determinación de bajas incursas en anormalidad, esto es, repetir el proceso, de forma sucesiva. Sin embargo, aunque tal forma de proceder puede plantearse como una hipótesis teórica de

reflexión o divagación, lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico no contempla tal posibilidad.

Para finalizar, y aunque los pliego de cláusulas administrativas particulares no pueden regular el procedimiento sobre la apreciación de las ofertas anormales o la clasificación, pues hay que atenerse a lo que establece el TRLCSP, es recomendable que recojan con claridad cómo va a operar la exclusión de una oferta por no justificar su viabilidad.

III. CONCLUSIONES

I. La clasificación de ofertas es un acto de trámite del procedimiento de licitación de la adjudicación de un contrato, que el órgano de contratación realiza en función de la propuesta que la Mesa de contratación lleva a término por aplicación de los criterios de adjudicación y de las normas de valoración de los mismos. La clasificación de las ofertas supone su ordenación en función de la puntuación asignada como consecuencia de la aplicación de las normas de valoración de los criterios de adjudicación.

II. En la clasificación de las ofertas no pueden ni deben ser incluidas aquellas que han sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo 152 TRLCSP.

III. 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.

Informe 3/2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 5 de abril de 2017.