

- | |
|---|
| I. Normativa |
| II. Jurisprudencia |
| III. Doctrina administrativa |
| IV. Sindicatura de Comptes |
| Criterios generales |
| Riesgo de auditoría |
| Principales procedimientos de auditoría |
| Ejemplos de informe |
| V. Informes de Tribunal de Cuentas |

I. Normativa

TRLCS

Artículo 152. Ofertas con valores anormales o desproporcionados.

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.

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.

Artículo 85. Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas¹.

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 porcentuales².

¹ De acuerdo con el TRLCS debe entenderse referido a los casos con un único criterio de adjudicación (el precio).

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 las ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada.

II. Jurisprudencia

Sentencia de 20 de marzo de 2012 (recurso 2338/2011) del Tribunal Supremo (Sala 3)

“La sentencia recurrida, llevando a cabo una completa y exhaustiva valoración del material aportado al proceso de instancia, entendió de manera plenamente ajustada a Derecho, con aplicación de la normativa ya citada, que la determinación de la **temeridad de la baja** no podía hacerse de forma exclusivamente aritmética, trayendo a colación la doctrina recogida en la S.T.S. de 28 de enero de 2002 (R. O. 179/1998), coincidente a los efectos del presente recurso con la expresada en la S.T.S. de 13 de febrero de 2001 (RC 2612/1995) En este contexto, el Tribunal de instancia entró a valorar de forma consecuente los datos recogidos en las alegaciones que la empresa formuló en trance de acreditar la viabilidad y el cumplimiento a satisfacción de la oferta presentada, llegando a la conclusión que estas alegaciones, dada su corrección y la diferencia mínima e insignificancia en relación al presupuesto total de la baja no habían obtenido la necesaria reflexión o consideración por parte de la Administración actuante, de manera que no podía entenderse que una diferencia de escasos céntimos en 11 artículos que superaban el 50 % de bajada sobre la media de las ofertas, en el cómputo de los 109 artículos supusiera un riesgo para el debido cumplimiento de un contrato de suministro provisto de un presupuesto total de 470.000 euros....”

III. Doctrina administrativa

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 456/2015, 14 de mayo de 2015

“En el mismo sentido se pronuncia la Abogacía General del Estado en su dictamen A.G. ENTES PÚBLICOS 163/2008, de 29 de septiembre, cuando señala que “(...) Por ello, **tan pronto como la Administración identifica la existencia de ofertas que puedan incurrir en carácter desproporcionado o anormal debe, respecto de todas aquéllas que incurran en esta condición, aplicar el procedimiento previsto en el artículo 136.3 LCSP [152.3 del TRLCSP] y dar audiencia al licitador o licitadores correspondientes para que justifiquen que su oferta es válida.** A resultas de este trámite de audiencia, la Administración puede rechazar la oferta por considerarla anormal o desproporcionada y excluirla de los subsiguientes trámites del procedimiento de licitación.

Esta manera de proceder es, por lo demás, la ordenada con carácter general por la LCSP que, en el examen de los diversos requisitos que deben concurrir en los licitadores y en sus proposiciones (capacidad, clasificación o solvencia, oferta técnica, prestación de la garantía provisional en su caso, etc.), no permite seguir en la licitación a aquellas empresas que no acrediten el cumplimiento de los requisitos legales. (...)”.

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 22/2015, 9 de enero de 2015

Ofertas desproporcionadas. Motivación de la exclusión

“... el establecer un umbral de temeridad muy próximo a la media de las ofertas, puede llegar a desnaturalizar la propia finalidad de la figura de las “*ofertas con valores anormales o desproporcionados*”. Si se trata de establecer un mecanismo para contrastar la viabilidad de las ofertas con valores muy bajos –las “*ofertas temerarias*”- no resulta procedente, en buena lógica, la posibilidad de extender el régimen establecido en el artículo 152 del TRLCSP a las

² Los porcentajes se refieren al presupuesto de licitación; **no** debe utilizarse el importe de las bajas para estos cálculos.

proposiciones que se presenten con un margen de baja que, de acuerdo con las reglas de la práctica comercial en el sector de que se trate, no debieran ser tachadas como “*anormalmente bajas*” o “*temerarias*”.

En un sector como el de los servicios profesionales de ingeniería, afectado por la reducción de la demanda, sería además razonable que el umbral de temeridad se definiera si acaso con una mayor amplitud respecto a la media de las ofertas. Por el contrario, en la licitación impugnada, ese umbral, al ser la baja media muy elevada, ha resultado establecido en menos de 5 puntos porcentuales por debajo de la media.

Ahora bien, como indicábamos en la resolución citada, una vez expuesto lo anterior, hay que tener en cuenta que los pliegos constituyen la ley del contrato y que la empresa recurrente no cuestiona que su oferta estuviera por debajo del umbral definido en aquellos para ser calificada, en principio, como desproporcionada. Por todo ello, no cabe sino mantener que a su proposición le son de aplicación las previsiones contenidas en el artículo 152 del TRLCSP, sobre la necesidad de justificar que la ejecución del contrato resulta viable con la oferta presentada.

Sexto. En cuanto a la **motivación de la exclusión**, hemos señalado en numerosas resoluciones (entre otras, también en la citada Resolución 662/2014) que **la Ley establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige de una resolución “reforzada” que desmonte las justificaciones del licitador.** No se trata, por tanto, de que éste justifique exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo; obviamente, tales argumentos o justificaciones deben ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta.

En este caso, la desproporción de la oferta es insignificante. Las justificaciones se han resumido en el antecedente tercero. Las más relevantes se refieren al conocimiento del entorno de la obra y a la disposición de medios propios ya amortizados y disponibles en la zona.

El informe técnico en que se funda el acuerdo de exclusión, se limita a consignar que el haber participado en otro proyecto en la zona “*parece exagerado*” o que “*no se indica qué medios son los necesarios y si estos son idóneos*”. El informe parece pretender que se debía haber dado una justificación muy detallada que demostrara que la oferta es viable, pero ni siquiera cuestiona el cálculo de costes de INYGES y **se limita a rechazar su justificación con afirmaciones genéricas. Ni el informe, ni la mesa de contratación que lo hizo suyo, contradicen de manera suficiente las justificaciones del recurrente. El informe del órgano de contratación sobre el recurso presentado tampoco da más razones.**

Una vez examinadas las justificaciones del recurrente y las manifestaciones contrarias del órgano de contratación, este Tribunal entiende que las primeras son suficientes para justificar una baja como la propuesta por lo que su oferta no debió ser excluida.”

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 371/2015, 24 de abril de 2015

“Como hemos reiteradamente señalado el TRLCSP establece la posibilidad de rechazar una proposición cuando se considere que no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. El rechazo de las proposiciones temerarias persigue garantizar la ejecución del contrato haciendo efectivo el principio de eficiencia y necesidad del contrato, al destacarse la importancia del cumplimiento de los fines institucionales que se persiguen con la contratación pública. Se trata de evitar que la ejecución del contrato se frustre como consecuencia de una proposición que en atención a sus valores sea desproporcionada no cumpliéndose el fin institucional que se persigue con el contrato.

También hemos señalado que cuando los pliegos fijen límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales, la superación de tales límites no permite excluir de modo automático la proposición, dado que es preciso la audiencia del licitador a fin de que éste pueda justificar que, no obstante los valores de su proposición, sí puede cumplir con el contrato. De esta manera la superación de los límites fijados en el pliego se configura como presunción de temeridad que debe destruirse por el licitador, correspondiéndole sólo a éste la justificación de su proposición, de modo que su silencio conlleva el rechazo de la proposición.

En cuanto a la imposibilidad de que la oferta de la adjudicataria cubra los costes de personal derivados de los convenios colectivos aplicables, este Tribunal ya se ha manifestado en múltiples ocasiones (Resoluciones 136/2012, de 20 de junio y 508/2013, de 14 de noviembre) en el sentido de que no se puede rechazar una proposición o impedir la adjudicación de un contrato por la única causa de un hipotético incumplimiento de las tablas salariales de un Convenio colectivo. Debemos pues rechazar la pretensión principal del recurrente. También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha pronunciado en el mismo sentido en diversas ocasiones, entre otras en su informe 34/01 de 13 de noviembre de 2001, que concluye: “*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*”. Así, el posible incumplimiento de la legislación laboral en el ámbito de los costes salariales en la oferta presentada por la empresa licitadora no puede constituirse en la única causa de rechazo de su proposición económica ni puede impedir la adjudicación del contrato a favor de la misma.

En fin, es necesario que los licitadores justifiquen la viabilidad de su oferta, pues como hemos señalado en otras resoluciones (entre otras en la Resolución 236/2012, de 31 de octubre), para *"conjugarse, de una parte, el interés general a que subviene la contratación pública, y de otra la garantía a los principios de libre competencia, no discriminación y transparencia que presiden su tramitación", la finalidad de la Ley es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas anormales o desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente la posibilidad de su cumplimiento. El reconocimiento de tal principio exige de una resolución <reforzada> por parte del órgano de contratación, que desmonte las argumentaciones y justificaciones aducidas por el licitador para la sostenibilidad de su oferta, que deberán referirse en particular: al ahorro, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables para efectuarla prestación,...."*.

En la Resolución nº 683/2014, de 17 de septiembre, con cita de la Resolución 142/2013, de 10 de abril, señalábamos que *"la decisión sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante. Como hemos reiterado en numerosas resoluciones, la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin comprobar antes su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. En caso de exclusión de una oferta incursa en presunción de temeridad es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión. Por el contrario, en caso de conformidad, no se exige que el acuerdo de adjudicación explicita los motivos de aceptación. Como también señala la nueva Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, "El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos..."*

En el mismo sentido en nuestra Resolución 832/2014, de 7 de noviembre de 2014, señalamos que *"en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anomalía de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación –"resolución reforzada" como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, siendo la más reciente la nº 559/2014 de fecha 22 de julio–. Sin embargo, esto no implica, ni quiere decir, que aquellos otros casos en los que se considere que el licitador ha dado razones suficientes para considerar que la oferta es viable a pesar de su apariencia de anomalía o desproporción, se deba aducir necesariamente una motivación distinta de la ya expuesta en su escrito por el licitador. Siendo ésta suficiente, nada exige que el asesor técnico verifique no sólo la realidad de lo alegado sino también, si entiende justificada que la proposición no incurre en anomalía que la haga inviable, recoja en el informe sus propias razones motivando el porqué de la razón que asiste al interesado..."*. En el mismo sentido se han pronunciado las Resoluciones 786/2014, de 24 de octubre, 804/2014, de 7 de noviembre, y 225/2015, de 6 de marzo.

...

En relación con los efectos que sobre la libre y leal competencia pueda tener una oferta anormal o desproporcionada señalamos en nuestra Resolución 24/2011, de 9 de febrero, que *"La recurrente para justificar su recurso utiliza argumentos tendentes tan sólo a poner de manifiesto el carácter exageradamente bajo de la oferta en relación con los costes de producción a incurrir para la prestación del servicio. Ni un sólo argumento se esgrime para demostrar que en tales condiciones la oferta es imposible de cumplir. Simplemente se trata de acreditar vía costes de producción que la oferta de la adjudicataria es inferior al coste de prestación del servicio. Con ello se pone de manifiesto que, aun admitiendo que la forma normal de actuar en el mundo empresarial, no es hacerlo presumiendo que se sufrirán pérdidas como consecuencia de una determinada operación, situación ésta que sólo se produciría si aceptamos los cálculos de costes de la recurrente, es claro también que entre las motivaciones del empresario para emprender un determinado negocio no sólo se contemplan las específicas de ese negocio concreto, sino que es razonable admitir que para establecer el resultado de cada contrato, se haga una evaluación conjunta con los restantes negocios celebrados por la empresa y que, analizado desde esta perspectiva, pueda apreciarse que produce un resultado favorable.*

Así las cosas, lo que interesa determinar es si el licitador que resultó adjudicatario se encuentra en condiciones de cumplir el contrato en los términos de la proposición presentada, y a este respecto es necesario reconocer que las alegaciones de la recurrente no han proporcionado elementos de juicio suficientes para sustentar la opinión de que no podrá cumplirlo..."

Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat, Informe 8 /2009, de 29 de octubre

"8.- Admisibilidad de la oferta que licita "sin costo" a la administración el servicio de limpieza. Oferta desproporcionada.

En el supuesto que se plantea ahora, hay que destacar en primer lugar que el licitador debe ofertar un precio y no "un costo", como se indica en la oferta en cuestión, pues el costo o coste es el gasto que en conjunto se soporta para conseguir un producto o resultado, mientras que el precio es la contraprestación que ha de pagarse por los bienes o prestaciones adquiridos a título oneroso. Se debe ofertar un precio, es decir, la contraprestación económica -dineraria o, en su caso, en

especie-, por la prestación de un contrato público de servicios, que tiene precisamente ese carácter oneroso y no gratuito por definición.

Independientemente de considerar o no en el pliego de cláusulas administrativas las bajas desproporcionadas estableciendo los límites de su apreciación, el Ayuntamiento debe tener presente que si ha solicitado dos prestaciones independientes, y ha establecido un precio unitario por cada una de ellas, es porque estas prestaciones suponen para el empresario unos costes unitarios, directos e indirectos, diferentes en cada una de las prestaciones y, en consecuencia, establece dos tipos de licitación distintos y exige que se oferte independientemente cada una de ellas.

Con carácter general, una oferta a precio 0€ es indicativa de que se trata de una oferta desproporcionada o anormalmente baja en un contrato oneroso, se hayan o no fijado criterios concretos para su apreciación, porque la prestación del servicio tiene siempre un coste mínimo, sin cuya cobertura no puede ser realizada.

....

En el caso sometido a informe, si el ofertar a 0€ el precio unitario de limpieza significa que ésta queda subsumida en el de control de accesos, se estaría incumpliendo el pliego de cláusulas administrativas, que obliga a presentar los precios unitarios diferenciados para cada prestación. La propia empresa en sus alegaciones expone que no ha presentado una oferta económica a coste cero o gratuita para el Ayuntamiento de Vinaròs, sino que, en cumplimiento del pliego de condiciones, ha ofertado un precio para la contratación del servicio de control de accesos y limpieza de...

Atendiendo a todas las circunstancias puestas de relieve en el presente informe, esta Junta estima que el Ayuntamiento debería plantear el desistimiento de la licitación regulado en el Art. 139 de la Ley de Contratos del Sector Público, que no impide el inicio de un nuevo procedimiento, y dado que se dan las circunstancias previstas en el número 4 de dicho artículo.”

Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, Informe 6/2014, de 3 de marzo.

“... La opción de «saciamiento» de la puntuación en el criterio precio con fórmulas distintas no resulta una técnica correcta de asignación de puntos, pues distorsiona, por sí, la función de ponderación objetiva de los criterios con un límite de horquilla y su sistema de proporcionalidad. Lo que puede conducir, en palabras del TJUE, en la citada Sentencia de 16 de septiembre de 2013, a que licitadores más competitivos se encuentren en una situación de competencia «irracional». Salvo que así se exprese en el pliego y se motive adecuadamente, **hay que considerar no idónea la práctica de otorgar todos los puntos a la oferta más barata**, por los mismos motivos que para los criterios técnicos, tal y como se afirma en nuestro Informe 16/2013: «al producir un distanciamiento entre ofertas técnicas, mayor cuanto menor es la calidad de las mismas, pudiendo desvirtuar el resultado de la aplicación de los criterios no sometidos a juicio de valor. Además, tal opción implica de hecho un mayor peso de los criterios objetivos sobre los criterios subjetivos, por lo que es previsible que los licitadores adopten comportamientos de riesgo, realizando mayores bajas ya que la oferta económica (criterio objetivo principal) aportará cualitativamente puntuaciones más altas que el resto de los criterios de valoración».

En todo caso, **tampoco sería correcta la opción de fijar un umbral económico a partir del cual la rebaja del importe ofertado no suponga obtener más puntuación**; ni la de asignar la misma puntuación a la oferta más barata y a otras ofertas; o aquella en la que a partir de cierto umbral las diferencias de puntuación obtenidas por el elemento precio sean insignificantes. Y ello porque, lógicamente, se incumple la regla de ponderación proporcional y se limita la economía de escala de las proposiciones, lo que contamina el fin de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa.

Tampoco sería admisible la fórmula que prevé otorgar puntuación a las **bajas nulas**, ya que existirá menos diferencia de puntos entre su oferta y la de un competidor con una baja mayor; en el caso de la fórmula lineal, la pendiente de la recta de puntuación es menor, de modo que el número de puntos otorgados por incremento en la baja será menor.”

Informe 42/12, de 7 de mayo de 2013 de la Junta Central de Contratación Administrativa (JCCA) “Adecuación a la legalidad de fórmulas para valorar el precio como criterio de admisión de ofertas”.

“...se advierte que **fórmulas en las que el licitador puede saber previamente cuál es la puntuación que va a obtener, sin tener en consideración las demás, pueden degenerar en estrategias que lleguen a desvirtuar una correcta concurrencia**”. Ello debido a que cuando “el comportamiento de los licitadores pasa a ser previsible/conocido” aunque “no de un modo cierto pero sí aproximado. Esta circunstancia socava, en cierta medida el espíritu y finalidad de la norma, esto es, que la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor tenga lugar con tal autonomía de la voluntad, o lo que es lo mismo, sin ningún tipo de distorsión que pudiera venir del comportamiento de la valoración de los criterios evaluables mediante fórmulas o porcentajes” (Apartado 3, primer párrafo, Consideraciones Jurídicas). Lo anterior a pesar de que “el órgano de contratación tiene libertad para establecer las fórmulas de valoración de ofertas que considere oportunas pero debería mantener una coherencia entre lo que se establece en los pliegos y las fórmulas que determinan en cálculo de las puntuaciones” (Apartado 3, último párrafo, Consideraciones Jurídicas).

IV. Sindicatura de Comptes

Criterios generales

1. Bajas temerarias

El artículo 152 *Ofertas con valores anormales o desproporcionados* del TRLCSP establece la posibilidad de rechazar una proposición cuando se considere que no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados (coloquialmente “ofertas temerarias”).

El rechazo de las proposiciones temerarias persigue garantizar la ejecución del contrato haciendo efectivo el principio de eficiencia y necesidad del contrato, al destacarse la importancia del cumplimiento de los fines institucionales que se persiguen con la contratación pública. Se trata de evitar que la ejecución del contrato se frustre como consecuencia de una proposición que en atención a sus valores sea desproporcionada no cumpliéndose el fin institucional que se persigue con el contrato.

Cuando el PCAP fija límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales, la superación de tales límites no permite excluir de modo automático la proposición, dado que es preciso la audiencia del licitador a fin de que éste pueda justificar que, no obstante los valores de su proposición, sí puede cumplir con el contrato. De esta manera la superación de los límites fijados en el pliego se configura como presunción de temeridad que debe destruirse por el licitador, correspondiéndole sólo a éste la justificación de su proposición. Es decir, **nadie puede ser excluido de forma automática** ante una proposición incurso en anormalidad.

El artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, establece los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias para las subastas, que sirven de referencia general para su evaluación, en particular en cuanto a su referenciación respecto de la baja media y el establecimiento de un margen de amplitud razonable. La adopción de un criterio diferente debería estar motivada en el expediente.

Al establecer los mecanismos de identificación de ofertas anormales o desproporcionadas, por ejemplo, en precios, se deben evitar los sistemas que señalicen con carácter previo el “umbral máximo de competencia”, esto es, el nivel del parámetro en cuestión a partir del cual la oferta se considerará desproporcionada. **No son admisibles los límites de bajas predeterminados, que no dependan de la media de las bajas ofertadas.**

2. Indebida utilización de umbrales de saciedad

A veces se establecen limitaciones a la hora de valorar las ofertas económicas cuyas bajas exceden determinados límites fijados en el PCAP.

El establecimiento de estos umbrales en algunos casos desvirtúa absolutamente la importancia relativa concedida en los criterios de adjudicación a la oferta económica.

En un caso, por ejemplo, se estableció un umbral de saciedad del 1,5% del tipo de licitación, combinado con una ponderación del precio del 10% del total. La baja ponderación del criterio “precio” junto con la limitación a la valoración de las bajas presentadas hace que su importancia como criterio de adjudicación sea, en la práctica, nula.

En otro caso, a modo de ejemplo, sólo se valoraban incrementalmente las bajas hasta que éstas alcanzaran el 3% del precio de licitación, desincentivando totalmente la presentación de ofertas económicas que mejoraran esa cifra.

Un ejemplo del efecto combinado de los factores directos e indirectos, se pudo ver en un contrato fiscalizado, de valor estimado 15 millones de euros, el cual fue adjudicado a la oferta que había presentado una baja económica del 0,5%. La diferencia máxima de puntuaciones de la oferta económica entre dos licitantes teóricos, uno que hubiera presentado una oferta sin baja y otro que hubiera presentado la baja máxima admitida del 5%, sería de 1 punto. Escasa diferencia posible para un contrato de tan importante cuantía.

Compartimos el criterio del Tribunal de Cuentas de que **la fijación de umbrales de saciedad en la valoración de la oferta económica es contraria al principio de economía que debe informar el gasto público y que está fijado en el artículo 1 del TRLCSP.**

Riesgo de auditoría

- El establecimiento de la presunción del carácter de anormal de una oferta en función de un porcentaje fijo, en lugar de establecerlo en función de la baja media de las ofertas presentadas, desincentiva y limita de forma injustificada las posibles bajas y no resulta coherente con el principio de economía en la gestión de los fondos públicos.
- La fijación de umbrales de saciedad en la valoración de la oferta económica es contraria al principio de economía que debe informar el gasto público y que está fijado en el artículo 1 del TRLCSP.

Procedimientos principales

- Revisar las correspondientes cláusulas del PCAP, para verificar que la fórmula de cálculo de las bajas temerarias es conforme con la normativa y que no se fijan umbrales de saciedad.
- Revisar las actas de la mesa y comprobar si se ha declarado alguna baja como temeraria y en ese caso si se ha seguido el procedimiento contradictorio previsto en la normativa.

Ejemplos de informe

a) Sobre las ofertas desproporcionadas

Los criterios establecidos para determinar si una oferta tiene carácter anormal o desproporcionada, no se ajustan a lo establecido en el Artículo 85. Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas, del 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, y desincentivan la presentación de bajas en el precio de licitación ya que, en la práctica, se han considerado anormales o desproporcionadas las bajas superiores al 8% del precio de licitación.

b) Sobre las ofertas desproporcionadas

En relación con la cláusula de temeridad establecida en el PCAP, hay que significar que la misma presenta una redacción deficiente ya que la inadmisión de una oferta por esta causa no puede ser automática, tal como se establece en el mismo, dado que en el TRLCSP, artículo 152, se establece un trámite de audiencia con la finalidad de analizar el caso concreto.

c) Límite a las bajas de precio

Siendo el tipo de salida de 579.827,59 euros (IVA incluido), en el PCAP se establece expresamente una baja máxima admisible de 9.827,59 euros (un 1,7%). Consecuencia de esta limitación es que de las 34 ofertas presentadas, 31 presentaron una propuesta económica de 570.000 euros.

La baja ponderación del criterio "precio" junto con la limitación a la valoración de las bajas presentadas hace que su importancia sea, en la práctica, nula. Este mecanismo entra en contradicción con lo establecido en el artículo 134 de la LCSP que establece la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa y supone renunciar a priori y de forma automática a la obtención de una posible mayor baja económica en el precio del contrato, en contra de los principios de economía y de eficiente utilización de los fondos establecidos en el artículo 1 de la LCSP.

d) Límite a las bajas de precio

La fórmula utilizada para valorar la oferta económica establece un límite que desincentiva la presentación de ofertas más ventajosas, en particular una baja del 6% obtiene los 40 puntos máximos y una baja superior a ese límite no obtendría mayor puntuación.

Consideramos que no se deben utilizar estos umbrales de saciedad en la valoración de los criterios económicos, puesto que a través de ellos se está penalizando a las ofertas más beneficiosas económicamente.

Esta actuación está en contradicción con el artículo 150 del TRLCSP que establece la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa y supone renunciar a priori y de forma automática a la obtención de una posible mayor baja o economía en el contrato, en contra del principio de economía y de eficiente utilización de los fondos públicos establecidos en el artículo 1 del TRLCSP.

V. Informes del Tribunal de Cuentas

El TCu ha venido señalando en sus informes como prácticas contrarias al principio de economía en la gestión de recursos públicos **las que establecen umbrales de saciedad, más allá de los cuales los licitadores no perciben una puntuación superior** (cfr.: Informes del Tribunal de Cuentas nº 889 -pág. 101-, nº 942 -pág. 31- y nº 955 -pág. 209, e informe 1062).

Informe de Fiscalización de la contratación de las entidades locales de la Comunidad Autónoma de la Rioja, Ejercicio 2012 (Informe 1062)

“b.1) Criterios para la valoración de los **precios** de las ofertas

...

- En los PCAP de los contratos números 17 y 19 a 25 del Anexo, formalizados por el Ayuntamiento de Logroño, se estableció una fórmula para la valoración de los precios de las ofertas según la cual a todas las ofertas con bajas superiores a 5 puntos porcentuales con respecto a la baja media de las presentadas se les otorgaba una puntuación igual, con independencia de sus importes. Esta cláusula, al prever un límite fijo e invariable por debajo del cual no se otorgaba puntuación y, por tanto, **establecer umbrales de saciedad en la valoración de las ofertas económicas, no resultó conforme al principio de economía en la gestión de fondos públicos ni al de adecuación del precio al mercado previsto en el artículo 87.1 del TRLCSP.**”

Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2008 por las Entidades del Sector Público estatal sometidas a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas (Informe nº 942, de 31 de mayo de 2012)

“En el PCAP del contrato número 1510, se asignan 78 puntos al criterio del precio. Para su valoración se establecen una serie de fórmulas cuya aplicación provoca **situaciones inequitativas** al establecer un umbral de saciedad de tal manera que a la oferta más cara (cuyo importe es igual al presupuesto del contrato) no le corresponden 0 puntos y cuya aplicación hace posible que ofertas económicas diferentes obtienen los mismos puntos. **Estas fórmulas suponen atribuir al criterio precio un peso real distinto a su peso teórico lo cual es contrario al principio de economía que debe informar la actuación contractual del sector público.**”