INFORME 7/2012, DE 19 DE DICIEMBRE, SOBRE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 85.3 DEL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PARA APRECIAR VALOR ANORMAL O DESPROPORCIÓN.

ANTECEDENTES

El Director Gerente del Hospital Central de la Cruz Roja San José y Santa Adela ha dirigido consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los siguientes términos:

Por medio del presente escrito, y como representante del Órgano de Contratación del Hospital Central de la Cruz Roja San José y Santa Adela (por delegación de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria del Servicio Madrileño de Salud), SOLICITO INFORME DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA de la Comunidad de Madrid, que dé respuesta a la cuestión que se plantea a continuación, respecto de los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o con valores anormales en las convocatorias de Procedimientos Abiertos mediante el criterio precio, cuando se presenten tres licitadores:

El Pliego Tipo de cláusulas administrativas recomendado por la Junta Consultiva de la Comunidad de Madrid, establece en la cláusula que regula la “Calificación de la documentación presentada, valoración de los criterios de selección y apertura de proposiciones”, que “los criterios para determinar ofertas desproporcionadas o temerarias se encuentran contemplados en el artículo 85 del RGLCAP".

Y el artículo 85 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), indica lo siguiente:

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

3.- Cuando concurran 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.”

Para el caso de que las tres ofertas económicas, no se encuentren en el primer supuesto de que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, incluso excluyendo para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de diez unidades porcentuales a dicha media, en relación al tercer supuesto que se indica para considerar que la oferta es desproporcionada: “en cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales”, la pregunta que se plantea es ¿a partir de la Ley de Contratos del Sector Público ha de entenderse derogada la referencia implícita de que se consideren temerarias las bajas superiores a 25 unidades porcentuales con referencia el presupuesto de licitación?.

En la Mesa de Contratación de este Hospital Central de la Cruz Roja, se planteó en la propuesta de adjudicación de un procedimiento abierto mediante criterio precio el caso anteriormente indicado, y se decidió considerar que el límite para las bajas superiores a 25 unidades porcentuales hay que entenderlo necesariamente en relación con el presupuesto de licitación y no con la media aritmética de las ofertas presentadas, porque si se pusiera en relación con la media aritmética de las ofertas nunca sería de aplicación el porcentaje de 25 unidades, puesto que toda oferta que sobrepase las 10 unidades porcentuales ya se presume anormal o desproporcionada. Este criterio además fue el que nos contestó con fecha 21 de septiembre de 2012 la Subdirección General de Coordinación de la Contratación Administrativa que se tomara ante una consulta efectuada a través de correo electrónico desde la Unidad de Contratación de nuestro Centro.

Sin embargo, la vocal representante de la Intervención de la Comunidad de Madrid, se opuso a la consideración del resto de miembros de apreciar las tres ofertas incursas en presunción de ser desproporcionadas por ser bajas superiores a 25 unidades porcentuales respecto del presupuesto de licitación, alegando lo siguiente:

La Mesa de Contratación celebrada el 7 de agosto determinó que con relación a las ofertas presentadas en el expediente P.A. HCCR- 9/2012 incurrían en presunción de ser consideradas valores anormales o desproporcionados, en base a la interpretación del informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía del año 2002 del artículo 85.3 de RGLCAP.

Así, cuando el único criterio valorable es el del precio del contrato, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas puede apreciarse por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, de acuerdo con los parámetros objetivos establecidos reglamentariamente, como indica el artículo 152.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por R.D. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Dichos parámetros para apreciar el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas son actualmente los establecidos en el artículo 85 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R. Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre.

Los parámetros que establece el citado artículo 85 del Reglamento hacen efectivamente referencia a las ofertas presentadas, aunque hace dos puntualizaciones en los supuestos de los apartados 1 y 3 del mismo artículo. En el supuesto del apartado 1 de que concurra un solo licitador, el criterio se refiere al presupuesto de licitación puesto que no hay otras ofertas con las que comparar. En el supuesto del apartado 3 de que concurran tres licitadores, el criterio sí hace referencia a las ofertas presentadas (se considerarán desproporcionadas, en principio, las ofertas que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas), pero establece además el límite de que "en cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales".

Este límite para las bajas superiores a 25 unidades porcentuales el informe de la Junta Consultiva del año 2002 citado concluye que hay que entender necesariamente que es en relación con el presupuesto de licitación y no con la media aritmética de las ofertas presentadas, porque si se pusiera en relación con esta media nunca sería de aplicación el porcentaje de 25 unidades, puesto que toda oferta que sobrepase las 10 unidades porcentuales ya se presume anormal o desproporcionada.

Esta interpretación de la Junta Consultiva de Andalucía del año 2002 ha ocasionado que en la decisión adoptada por la Mesa de Contratación las 3 ofertas presentadas han realizado una baja sobre el precio de licitación superior al 25%; en concreto desde el 26% al 40% del mismo, por lo que se ha determinado que todas las ofertas se encuentran en presunción de ser anormalmente bajas.

Si no se hubiese aplicado este criterio las 3 ofertas serían válidas y resultaría adjudicada la oferta más económica.

A juicio de la representante de la Intervención la interpretación que hace la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía en su informe del año 2002 del artículo 85.3 del RGLCAP para determinar oferta desproporcionada o temeraria en las subastas, no respeta lo establecido en el artículo 152 TRLCSP, ya que el cálculo de la temeridad no se realiza por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado sino por referencia al presupuesto de licitación, por lo que a partir de la entrada en vigor de la LCSP no sería de aplicación.

En este sentido la abogacía del Estado en su informe de fecha 27 de marzo de 2009 sobre si sería ajustada a Derecho la cláusula de un pliego que, para determinar qué ofertas presentan valores anormales, estableciera un porcentaje de baja fijo por referencia al presupuesto de licitación y que se aporta, debería concluir que existe una norma que lo permite y en concreto el artículo 85.3 del RGLCAP, no siendo ésta la conclusión.

El informe de la Abogacía del Estado señala:

‘‘Cuando se trata de licitaciones en las que sólo se valora el precio (subastas) está legalmente prohibido calcular la temeridad mediante un porcentaje de baja fijo establecido en el pliego.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no regulaba expresamente esta materia. Era el Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas el que en su artículo 85 establecía las reglas para calcular la temeridad en las subastas.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la LCSP ha pasado a ser una obligación de rango legal (y no reglamentario, como ocurría antes) la necesidad de calcular la temeridad "por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado". Así resulta del artículo 136.1 LCSP (actual 152 del TRLCSP):

‘‘Artículo 136. 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."

Conclusión:

1.- No existe norma jurídica que prohíba expresamente la cláusula de un pliego que, para determinar las ofertas anormalmente bajas presentadas a un concurso, aplique un porcentaje fijo respecto del presupuesto de licitación.

2.- Aunque no exista una prohibición legal expresa de dicha cláusula, debería tenerse en cuenta lo siguiente:

a) El empleo de este tipo de cláusulas puede considerarse contrario a la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

b) Diferentes instancias comunitarias han cuestionado la conformidad de dichas cláusulas con las Directivas sobre contratación pública de la Unión Europea.

c) Dado que la temeridad (la oferta anormal) tiene como premisa el desajuste entre la oferta y el mercado, no sería conforme a Derecho la cláusula que señalara en el pliego un porcentaje fijo si resultara que éste no se corresponde con los precios "normales" del mercado.

d) El cálculo de umbral de temeridad en función de las ofertas presentadas a cada concurso (y no con un porcentaje fijo predeterminado) proporciona un criterio objetivo para sostener que dicho cálculo es correcto, puesto que es el propio mercado el que ha marcado el parámetro de la anormalidad de las ofertas."

Para evitar esta discrepancia de opiniones en la aplicación de los criterios del artículo 85.3 del RGLCAP para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias cuando se presenten tres licitadores en futuras convocatorias de procedimiento abierto mediante criterio precio, es por lo que se solicita el pronunciamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre este tema planteado.

CONSIDERACIONES

1.- La cuestión que se plantea es determinar si ha de entenderse derogado el último párrafo del apartado 3 del artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, que indica, respecto a los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en los contratos a adjudicar mediante criterio precio cuando concurran tres licitadores, que, en cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.

2.- El artículo 83.3 de la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, indicaba que el carácter desproporcionado o temerario de las bajas se apreciará de acuerdo con los criterios objetivos que se establezcan reglamentariamente, mandato que se hizo efectivo en el artículo 85 del RGLCAP.

El artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, no regula la forma de determinar cuándo ha de considerarse anormalmente baja una oferta, sino que únicamente establece que, antes de rechazar una oferta considerada como tal, el poder adjudicador solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta, enumerando a qué aspectos podrán referirse aquéllas. Deja, por tanto, a criterio del legislador de cada Estado miembro la forma de determinar las ofertas anormalmente bajas.

A este respecto, el artículo 152 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), establece, para aquellos casos en que el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para las adjudicación del contrato sea el de su precio, que el carácter anormal o desproporcionado 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.

3.- El artículo 85 del RGLCAP, en vigor en lo que no se oponga a lo dispuesto en el TRLCSP, conforme a la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el citado TRLCSP, regula los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas (actualmente ofertas con valores anormales o desproporcionados en los contratos a adjudicar mediante criterio precio), distinguiendo diferentes supuestos, en función de que concurra un solo licitador, dos, tres, y cuatro o más licitadores. Los criterios a aplicar a los diferentes supuestos lo son por referencia al conjunto de ofertas válidas presentadas, por lo que resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 152.1 del TRLCSP.

El análisis del carácter anormal o desproporcionado de las ofertas tiene como objetivo asegurar que el contrato puede ser ejecutado satisfactoriamente al precio ofertado. Esta circunstancia se pone de manifiesto fundamentalmente al comparar el precio de unas proposiciones con otras, pero en relación también con el presupuesto de licitación, pues, en todo caso, las proposiciones se formulan siempre en relación con dicho presupuesto, cuyo importe ha de ser adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante su correcta estimación, atendiendo al precio general de mercado, conforme a lo dispuesto en el artículo 87.1 del TRLCSP. Lo expuesto es especialmente claro cuando la concurrencia es única y no es posible efectuar una comparativa, como ocurre en el supuesto recogido en el artículo 85.1 del RGLCAP, que además expresamente se refiere al presupuesto base de licitación.

El citado artículo 85 del RGLCAP contiene distintos apartados, con diferentes reglas a aplicar en función del número de licitadores. El apartado tercero regula los criterios a tener en cuenta cuando concurran tres licitadores, indicando que se considerarán desproporcionadas las ofertas inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, excluyendo del cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. Y añade un último párrafo, con una regla adicional, determinando que, en cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales, sin especificar sobre

qué importe ha de considerarse dicha baja.

Este inciso, al no indicar expresamente la referencia porcentual, puede considerarse que alude al presupuesto de licitación, dado que si se estimase en relación a la media aritmética de las ofertas presentadas, resultaría de imposible aplicación, por operar previamente el umbral de las 10 unidades porcentuales. No obstante, también cabria interpretar que el citado umbral de las 25 unidades porcentuales se refiere a la media aritmética de las ofertas presentadas, lo que estaría también en consonancia con el artículo 152.1 del TRLCSP y con el resto de supuestos del artículo 85 del RGLCAP, si bien, se daría la citada contradicción de que no sería susceptible de aplicación el citado porcentaje. En ambos supuestos interpretativos se cumple el objetivo fundamental de esta previsión que es no rechazar la oferta más beneficiosa y asegurar que no resultará adjudicataria una oferta que por su escasa cuantía haga inviable la correcta ejecución del contrato. En todo caso, se trataría de un tema interpretativo y no una cuestión derogatoria.

Asimismo, el hecho de que el porcentaje del último inciso del artículo 85.3 del RGLCAP se interprete referido al presupuesto de licitación, al igual que en el supuesto de un solo licitador, y no únicamente a la media aritmética de las ofertas presentadas, no supone una contradicción con el artículo 152.1 del TRLCSP, puesto que en el párrafo inicial de este apartado se referencia la desproporción al conjunto de ofertas válidas presentadas al considerar de esta forma las que sean inferiores en más de 10 unidades a la media aritmética de las ofertas presentadas, pudiendo considerarse la referencia a 25 unidades porcentuales un complemento preciso para asegurar la viabilidad de la ejecución del contrato, previsión que no se ha considerado necesaria cuando concurran cuatro o más licitadores al existir en este supuesto un abanico más amplio de ofertas con las que comparar su adecuación con el presupuesto de licitación. Por lo expuesto, no se puede considerar que la interpretación referida al presupuesto de licitación supone que no se tiene en cuenta el conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado para considerar el carácter anormal o desproporcionado de la oferta, como establece el artículo 152.1 del TRLCSP.

Si, como consecuencia de la aplicación del último párrafo del artículo 85.3 del RGLCAP, alguna de las ofertas presentadas se encuentra incursa en temeridad, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 152.3 del TRLCSP: deberá darse audiencia al licitador o licitadores afectados para que justifiquen la valoración de la oferta y precisen sus condiciones.

No obstante, en el supuesto de que las ofertas de los tres licitadores que concurran presentasen una baja superior al 25% del importe de licitación, podría interpretarse, en función de lo previsto en el artículo 152.1 del TRLCSP, que, a la vista de la similitud de todas las proposiciones presentadas, el contrato puede ejecutarse en los precios ofertados, por lo que procedería la admisión de todas ellas, dado que la figura de las ofertas anormales o desproporcionadas carece de sentido si todas las ofertas presentadas se encuentran en las mismas circunstancias.

CONCLUSIÓN

El último apartado del artículo 85.3 del RGLCAP no puede considerarse derogado, dado que es acorde con lo dispuesto en el artículo 152.1 del TRLCSP, al referirse al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.