

ANTECEDENTES

1º

La consulta versa sobre si la fórmula de valoración de las ofertas económicas contenida en la cláusula 13 de los Pliegos de Condiciones Administrativas Particulares de «X» es conforme a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP) y se expresa en los siguientes términos:

«I. Según los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de "X" (se adjunta el correspondiente a obras), el cálculo de la puntuación económica de cada oferta se hace con referencia a la baja de la oferta más económica. Así se establece en la cláusula 13 del Pliego (página 23, ab initio).

Ahora bien, tal como se señala en el penúltimo párrafo de la misma cláusula 13, no se tienen en cuenta para el cálculo las ofertas con valores anormales o desproporcionados que han sido rechazadas al haberse estimado que las mismas no pueden ser cumplidas a la vista de la justificación presentada por el licitador.

De acuerdo con el procedimiento expuesto, se pide justificación a todas las ofertas que, según las reglas establecidas en la cláusula 14 del Pliego, presenten valores anormales o desproporcionados.

[...]

II. El hecho de establecer que las «bajas temerarias» excluidas no se tengan en cuenta para el cálculo de la puntuación económica de las restantes ofertas que no presentan valores anormales o desproporcionados permite evitar posibles acuerdos fraudulentos entre empresas, presentando una de ellas una baja muy importante aun 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 de cálculo. Estos acuerdos pueden suponer una alteración de la clasificación final de las ofertas.

III. Por parte de la Intervención Delegada en "X" se ha planteado la cuestión sobre si esta fórmula de valoración de las ofertas económicas es o no conforme a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Entiende el Interventor que la correcta interpretación de lo dispuesto en el art. 135.1 y 135.2 así como en el concomitante 136.4 de dicha Ley, obliga a que todas las ofertas, una vez sea conocida la proposición económica, sean valoradas, puntuadas y clasificadas en orden decreciente sin exceptuar a ninguna, salvo aquellas que no hayan pasado la fase anterior (de calificación técnica). Por tanto, parece que la Ley obliga a que todas las valoraciones de puntuación se realicen antes de pedir justificación a las ofertas incursas en temeridad, por lo que sería contrario a la ley establecer que las ofertas temerarias rechazadas no se tienen en cuenta para el cálculo de la puntuación económica.

En este sentido, sólo se solicitaría justificación a la empresa que hubiera obtenido mayor puntuación global (o incluso a ninguna si la que ha obtenido mayor puntuación no presenta valores anormales o desproporcionados).

IV. Las cuestiones que se plantean en esta petición de informe son las siguientes:

1.º Si a la vista de lo dispuesto en la normativa de contratos del Sector Público cabe -o es obligatorio en su caso- dar audiencia a todos los licitadores cuyas ofertas presenten valores anormales o desproporcionados a efectos de que puedan realizar la correspondiente justificación de éstas; o si, por el contrario, sólo cabe dar audiencia a aquellas ofertas anormales que hayan obtenido la mayor puntuación en la clasificación global.

2.º Si es conforme a Derecho realizar el cálculo de la puntuación económica de las ofertas con posterioridad al análisis y valoración de la justificación de las ofertas anormales o desproporcionadas (excluyendo por tanto a las no admitidas por haberse estimado que no pueden ser cumplidas); o si, por el contrario, resulta obligatorio efectuar la valoración de las ofertas económicas con carácter previo a dar audiencia de los licitadores incurso en posible «temeridad».

2º

Se acompaña como documentación el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del «X» correspondiente al contrato de obras.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

La cuestión objeto de consulta versa 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 art. 136 de la LCSP

Dicho precepto, bajo la rúbrica «Ofertas con valores anormales o desproporcionados », establece lo siguiente:

- «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, acordará la adjudicación provisional a favor de la siguiente 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, que se estime puede ser cumplida a satisfacción de la Administración y que no sea considerada anormal o desproporcionada.»

Como se expresa en la consulta, el pliego actual de cláusulas administrativas particulares del «X» prevé que el cálculo de la puntuación económica de cada oferta se haga con referencia a la baja de la oferta más económica -cláusula 13 del Pliego-. Para ello no se tienen en cuenta las ofertas con valores anormales o desproporcionados que hayan sido previamente rechazadas al haberse estimado que no pueden ser cumplidas a la vista de las justificaciones presentadas por los licitadores que las hayan presentado. De acuerdo con el procedimiento expuesto, se pide justificación a todas las ofertas que, según las reglas establecidas en la cláusula 14 del Pliego, presenten valores anormales o desproporcionados.

Sin embargo, la consulta recoge el criterio discrepante de la Intervención Delegada en el «X» que, al parecer, considera que la correcta interpretación de lo dispuesto en los arts. 135.1, 135.2 y 136.4 de la LCAP obliga a que todas las ofertas, una vez sea conocida la proposición económica, sean valoradas, puntuadas y clasificadas en orden decreciente sin exceptuar a ninguna, salvo aquéllas que no hayan pasado la fase anterior (de calificación técnica). Según su criterio, la LCSP obliga a que todas las valoraciones de puntuación se realicen antes de pedir justificación a las ofertas incursas en temeridad, por lo que sería contrario a la Ley establecer que las ofertas temerarias rechazadas no se tienen en cuenta para el cálculo de la puntuación económica. En conclusión, sólo se solicitaría justificación a la empresa que hubiera obtenido mayor puntuación global (o incluso a ninguna si la que ha obtenido mayor puntuación no presenta valores anormales o desproporcionados).

Planteada en estos términos la consulta, este Centro Directivo considera que la cuestión debe resolverse en sentido favorable tanto a la previa depuración de las ofertas para comprobar si están incursas en carácter desproporcionado o anormal como en la necesidad de que, para llevar a cabo esta comprobación, se dé audiencia a los licitadores incursos en dicha situación, todo ello en un momento anterior a la clasificación de las ofertas a que se refiere el art. 135.1 de la LCSP para proceder a la adjudicación provisional del contrato.

Una interpretación literal del art. 136.4 de la LCSP llevaría a concluir que la Mesa de contratación sólo debe solicitar la justificación de la validez de su oferta a aquel licitador que, tras la ordenación prevista en el art. 135.1 LCSP, esté en condiciones de obtener la adjudicación provisional por encontrarse situado en la primera posición, pero no a los demás licitadores a los que sólo se les solicitaría la referida justificación en el caso de que los llamados en primer lugar no lograsen justificar sus ofertas. Abogaría en favor de esta interpretación la redacción del precepto que utiliza el artículo «la» referido a la oferta en singular y que, en caso de fracaso de la primera oferta se refiere a la adjudicación provisional a favor de la siguiente proposición «de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior».

A la misma conclusión llevaría la interpretación del art. 135.2 de la LCSP, que, bajo la rúbrica «clasificación de las ofertas y adjudicación provisional y definitiva del contrato», dispone que:

«La adjudicación al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa no procederá cuando, de conformidad con lo previsto en el artículo siguiente, el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión en la misma de valores anormales o desproporcionados.»

II

Esta manera de entender el texto legal conduce a la conclusión de que la Administración no puede solicitar justificación y, en consecuencia, no puede descartar ofertas desproporcionadas o anormales hasta el momento en que, ordenadas las ofertas integrando la totalidad de criterios que rigen la licitación, debe procederse a la adjudicación provisional del contrato.

Es cierto que a favor de esta interpretación podría citarse que en el nuevo texto legal ha desaparecido la mención que se realizaba en el art. 83 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en el que, bajo la rúbrica «adjudicación y bajas temerarias», se disponía lo siguiente:

«[...] 2. El acuerdo del órgano de contratación se acomodará a la propuesta, excepto en los casos siguientes:

[...] b) Cuando el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias. En estos casos se solicitará informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa cuando las circunstancias concurrentes así lo aconsejen.

La Mesa de contratación notificará aquella circunstancia a los interesados y el plazo indicado en el párrafo primero del apartado 1 de este artículo se ampliará al doble.

3. El carácter desproporcionado o temerario de las bajas se apreciará de acuerdo con los criterios objetivos que se establezcan reglamentariamente y su declaración requerirá la previa solicitud de información a todos los licitadores supuestamente comprendidos en ella, así como el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

[...] 4. El órgano de contratación, a la vista de los informes mencionados, acordará la adjudicación a favor de la proposición con precio más bajo que pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración y, en su defecto, al mejor postor no incurso en temeridad, justificando su decisión ante el Comité Consultivo para los Contratos Públicos de la Comisión de las Comunidades Europeas, si el anuncio de la licitación hubiese sido publicado en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas".

5. Cuando la adjudicación se realice en favor del empresario cuya proposición hubiera estado incurso inicialmente en presunción de temeridad, se exigirá al mismo una garantía definitiva del 20 por 100 del importe de adjudicación, de conformidad con lo dispuesto por el art. 36.4.»

Ahora bien, este Centro Directivo entiende que esta interpretación del precepto legal no es la correcta, a la vista tanto de los criterios sistemáticos que deben servir para interpretar las normas como de los propios antecedentes legislativos de la LCSP.

Desde el punto de vista sistemático, no puede por menos que constatarse la contradicción entre dicha interpretación y el apartado 3 del referido art. 136 en el que se dice que «cuando se identifique una proposición» que pueda calificarse como anormal o desproporcionada, deberá darse audiencia al licitador para que justifique la valoración de las ofertas, sin que se sitúe este trámite tras la ordenación de las proposiciones.

A ello debe añadirse que si no se depuran las ofertas que pueden ser calificadas como desproporcionadas o anormales previamente a su clasificación se vulnerarían los principios de licitación proclamados entre otros, en el art. 1 de la LCSP según el cual:

«La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.»

En efecto, 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. Ello podría determinar que la adjudicataria de un contrato fuera una empresa distinta a la que procedería si se hubieran previamente depurado las ofertas desproporcionadas o anormales.

La interpretación de la previsión que se concreta en el pliego objeto de consulta, esto es, el análisis previo a la clasificación final de las proposiciones para comprobar si incurren en anormalidad o son desproporcionadas para, si así fuera, excluirlas de la licitación, se acomoda a los principios enunciados en el art. 1 y evitan el resultado que se acaba de poner de manifiesto. No puede dejar de insistirse en que las ofertas desproporcionadas o anormales no son válidas, como prueba el hecho incontestable que la LCSP prohíbe que pueda adjudicarse un contrato a una proposición que reúna estas características.

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 art. 136.3 LCSP y dar audiencia al licitador o licitadores correspondientes para que justifiquen que su oferta es válida.

A results 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. Las excepciones que podrían citarse al respecto, esto es, las contenidas en el art. 135.4 de la LCSP (acreditación de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y cualesquiera otros documentos acreditativos de su aptitud para contratar o de la efectiva disposición de los medios que se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al art. 53.2 que le reclame el órgano de contratación) no pueden asimilarse a la cuestión aquí objeto de estudio en la medida en que, aunque en caso de incumplimiento pueden hacer variar la empresa finalmente adjudicataria, no influyen en la selección del contratista en la medida en que no afectan el orden de los licitadores en la clasificación que prevé el art. 135.1 de la LCSP.

III

La conclusión que se propone resulta además avalada por los antecedentes legislativos de la LCSP de ninguno de los cuales se puede deducir que el legislador haya considerado necesario modificar el sistema legal que sustituye.

Así, en la Memoria del anteproyecto menciona esta cuestión en su punto 10 dedicado a las «ofertas anormales o desproporcionadas (art. 136)» en el que expone:

«Se introduce la terminología comunitaria para sustituir el concepto de "baja temeraria". La oferta anormal -en un contexto de múltiples criterios a considerar- no tiene porqué ser exclusivamente una baja en el precio, sino que puede referirse a otros valores y ser desproporcionada por excesivamente alta (por ejemplo aumento anormal del plazo de garantía).

Se enfatiza la necesidad de oír al licitador antes de declarar el carácter anormal de su oferta. Se elimina la exigencia de una garantía especial.»

Es decir, la Memoria menciona exclusivamente como cambios respecto de la normativa anterior el término que se utiliza, determinado por la normativa comunitaria como se comprobará inmediatamente, que se corresponde con un concepto más amplio que el definido en la legislación anterior y al hecho de que se elimine la exigencia de una garantía especial, sin que en dicha Memoria se haga para nada referencia a una alteración o cambio de la forma en que ha de procederse en el caso de ofertas anormales o desproporcionadas.

Por su parte, el art. 55 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios tampoco se pronuncia sobre esta cuestión cuando dispone:

«1. Si, respecto de un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta.

Dichas precisiones podrán referirse a:

a) el ahorro que permita el procedimiento de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios; b) las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios; c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador; d) el respeto de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación; e) la posible obtención de una ayuda de Estado por parte del licitador.

2. El poder adjudicador consultará al licitador y verificará dicha composición teniendo en cuenta las justificaciones aportadas.

3. El poder adjudicador que compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado sólo podrá rechazar dicha oferta por esa única razón si consulta al licitador y éste no puede demostrar, en un plazo suficiente fijado por el poder adjudicador, que tal ayuda se ha concedido legalmente. El poder adjudicador que rechace una oferta por las razones expuestas deberá informar de ello a la Comisión.»

Tampoco el **dictamen del Consejo de Estado** emitido respecto del anteproyecto de LCSP, aunque trata la extensión del concepto de oferta desproporcionada o anormal, no constata que se haya modificado el procedimiento previsto en la normativa anterior.

Finalmente, pueden considerarse los trabajos preparatorios del nuevo Reglamento de desarrollo de la LCSP, disponibles en la web de la plataforma de contratación de la Administración General del Estado.

En dicho texto se contemplan -art. 43- las funciones de las Mesas de Contratación en los siguientes términos:

«Art. 43. Funciones de las Mesas de Contratación.

1. Sin perjuicio de las restantes funciones que le atribuyan la Ley y sus disposiciones complementarias, la Mesa de Contratación desempeñará las siguientes funciones en los procedimientos abiertos de licitación:

a) Calificará las documentaciones de carácter general acreditativas de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica, financiera, técnica y profesional de los licitadores a que se refiere el art. 130 de la Ley, así como la garantía provisional en los casos en que se haya exigido. A tal fin se reunirá con la antelación suficiente, previa citación de todos sus miembros.

b) Determinará los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, así como los documentos que deban ser subsanados por haberse apreciado en ellos algún defecto material, concediendo al efecto un plazo no superior a tres días hábiles.

c) Abrirá las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público, salvo en el supuesto contemplado en el art. 182.4 de la Ley de Contratos del Sector Público.

d) Cuando el procedimiento de valoración se articule en varias fases, determinará los licitadores que hayan de quedar excluidos por no superar el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

e) Valorará las distintas proposiciones, en los términos previstos en los arts. 134 a 136 ambos inclusive de la Ley, clasificándolas en orden decreciente de valoración, a cuyo efecto podrá solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 144.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

f) Cuando entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitará el procedimiento previsto al efecto por el art. 136.3 de la Ley, 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.

g) Fuera del caso previsto en la letra anterior, propondrá al órgano de contratación la adjudicación provisional a favor del licitador que hubiese presentado la proposición que contuviese la oferta económicamente más ventajosa según proceda de conformidad con el pliego de condiciones que rija la licitación. Tratándose de la adjudicación de los acuerdos marco propondrá la adjudicación a favor de los licitadores que hayan presentado las ofertas económicamente más ventajosas. En aquellos casos en que, de conformidad con los criterios que figuren en el pliego, no resultase admisible ninguna de las ofertas presentadas propondrá que se declare desierta la licitación. De igual modo, si durante su intervención apreciase que se ha cometido alguna infracción de las normas de preparación o reguladoras del procedimiento de adjudicación del contrato, podrá exponerlo justificadamente al órgano de contratación, proponiéndole que se declare el desistimiento [...].»

De la lectura de la descripción de las funciones de la Mesa de Contratación se confirma el criterio que se mantiene en este informe: la Mesa comprueba en cada trámite la validez de las proposiciones y en el apartado f) subraya que cuando entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, debe tramitar el procedimiento previsto al efecto por el art. 136.3 de la Ley, 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 aceptación o rechazo de la proposición se sitúa en un momento anterior a la adjudicación del contrato prevista en el apartado siguiente -el apartado g)- en el que se consideran las ofertas ya depuradas de todo posible defecto, incluidas aquellas que puedan ser consideradas desproporcionadas o anormales.

En atención a lo expuesto, la **Abogacía General del Estado** -Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera

A la vista de lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, debe darse audiencia a todos los licitadores cuyas ofertas presenten valores anormales o desproporcionados a efectos de que puedan realizar su correspondiente justificación, con carácter previo al cálculo de la puntuación económica de las ofertas y su ordenación consiguiente a los efectos de adjudicar provisionalmente el contrato.

Segunda

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.