

Ofertas anormalmente bajas y su identificación en el procedimiento de contratación

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

La contratación pública se propone proveer a la Administración de los bienes y servicios que precisa al mejor precio y con la mejor calidad, para lo que es preciso combinar competencia y libre concurrencia. Ahora bien, para lograr el adecuado equilibrio entre ambos factores es preciso verificar que las ofertas no sean anormalmente bajas para evitar la imposibilidad de ejecutar el contrato o su modificación posterior, falseando por tanto la competencia.

Las normas del Derecho de la Unión Europea relativas a la contratación pública han puesto marcadamente el acento en la necesidad de abrir las licitaciones al mayor número de empresas posible¹, consagrando como principios básicos de la contratación pública los de **libre concurrencia**, **no discriminación** y **transparencia**. En línea con ello el legislador español ha diseñado un sistema legal que abre las licitaciones al mayor número de empresas² y que exige que la adjudicación de los contratos se realice a favor la empresa que presente la oferta económicamente más

¹ Así lo hacía la Directiva 2004/17/CE, y lo hace la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, como también lo hace la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

² Así el artículo 1.1 LCSP se propone garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato; y asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la adquisición de obras, bienes y servicios exigiendo la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

ventajosa – lo que se traduce en la utilización de una pluralidad de criterios de adjudicación con base en la **mejor relación calidad-precio** – si bien con una excepción: la posibilidad de considerar que la oferta es **anormalmente baja o desproporcionada**, es decir que contiene valores económicos inferiores a lo razonable o que los diferentes elementos que la integran carecen de la adecuada congruencia entre sí³.

Ahora bien, esta excepción no puede considerarse ilimitada, al contrario, la LCSP obliga, en los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece el artículo 149 LCSP, en cuya virtud la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad⁴, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

Este procedimiento de “evaluación” de la temeridad⁵ debe tener lugar de oficio por la Administración, si bien queda sujeto a control a través de la eventual formulación de un **recurso especial** (artículo 44.2.c LCSP y artículo 50 LCSP en cuanto al plazo)⁶. En este caso, el control jurídico del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales⁷ — o del órgano que corresponda⁸ —

³ Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) números 105/2011, de 15 de abril, y 1468/2019, de 19 de diciembre de 2019.

⁴ Con sujeción a los siguientes criterios: a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente. b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.

El apartado 3 del artículo 149 LCSP añade que cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurren en unión temporal.

⁵ El TACRC ha reiterado, entre otras en las Resoluciones 105/2011, de 15 de abril y 1468/2019, de 19 de diciembre de 2019, que se trata de “*un procedimiento contradictorio, en que se da la oportunidad a los licitadores de justificar la viabilidad de su oferta, recayendo sobre ellos la carga de justificar su proposición, de modo que sólo si no justifican la posibilidad de cumplir el contrato con su oferta, o lo hacen en forma insuficiente, el órgano de contratación puede excluirlas*”.

⁶ La interposición del recurso especial en materia de contratación determina la suspensión automática del acuerdo de adjudicación del contrato ex artículo 53 LCSP.

⁷ Artículo 45.1. LCSP dispone que en el ámbito de los poderes adjudicadores del sector público estatal, el conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará encomendado al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

es limitado ya que la revisión que éste pueda llevar a cabo de la apreciación realizada por el órgano de contratación (sobre la justificación aportada en su caso por el licitador en relación con su propia oferta) encuentra un límite en la discrecionalidad técnica de la Administración⁹ y en la necesaria valoración de elementos cuya apreciación opera en función de parámetros o criterios cuyo control jurídico es limitado¹⁰.

En el caso de que se hubiera identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anomalía, la LCSP impone las siguientes obligaciones – que el TACRC resume en la Resolución 1147/2018, de 17 de diciembre – al órgano de contratación:

- i) el requerimiento de la mesa para la justificación de la oferta debe ser claro sobre los extremos respecto de los que ha de versar la justificación del licitador de su oferta¹¹,
- ii) la justificación debe estar desglosada y detallada, aportando la documentación que sea necesaria¹², sin que se requiera una concreta acreditación de cada uno de los extremos alegados y, en fin,
- iii) la justificación debe versar sobre aquellas condiciones de la oferta que determinan el bajo precio o los bajos costes de la misma, siendo el listado de posibles motivaciones contenidos en artículo 149 de la LCSP meramente enunciativo¹³.

⁸ De conformidad con el artículo 46.1 LCSP en el ámbito de las Comunidades Autónomas, la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias que sean de su competencia.

⁹ En relación con la discrecionalidad técnica que ostenta el órgano de contratación a efectos de valorar la justificación, resoluciones números 968/2019, de 14 de agosto, 6/2016, de 12 de enero y 343/2015, de 17 de abril de 2015, Resoluciones 246/2012, de 7 de noviembre, 606/2013, de 4 de diciembre, 288/2014, de 4 de abril, 344/2014, de 25 de abril, 718/2014, de 26 de septiembre, o 255/2015, de 23 de marzo.

¹⁰ Así lo ha señalado en diversas ocasiones el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en las Resoluciones números 677/2014, de 17 de septiembre; 757/2017, de 7 de septiembre y 812/2018, de 14 de septiembre.

¹¹ Deberá requerirse al licitador dándole un plazo suficiente para que justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anomalía de la oferta,

¹² Mediante la **presentación de aquella información y documentos** que resulten pertinentes a estos efectos

¹³ a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción. b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras, c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras. d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201. e) O la posible obtención de una ayuda de Estado. A este respecto, es interesante señalar que se compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, solo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquel no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas, debiendo además informarse

El artículo 149 establece una serie de previsiones de gran trascendencia en relación con el desenvolvimiento del procedimiento:

1. Prevé que en el procedimiento **deberá solicitarse el asesoramiento técnico** del servicio correspondiente¹⁴.
2. En todo caso, los órganos de contratación **rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional**, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.
3. Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.

Fuera de estos supuestos ex lege, el procedimiento exige la evaluación por la mesa¹⁵ (o el órgano de contratación) de toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo, prohibiendo la norma la aceptación **de una oferta** sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté **debidamente motivada**.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, **la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta**, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las

de ello a la Comisión Europea cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada. Esta previsión, que trae causa de las Directivas en materia de contratación, va en la línea de la no consideración automática como anormalmente baja de una oferta que cuente con ayudas de Estado, pero no hace caer, sino que confirma, la regla de que las ofertas no pueden ser anormales o desproporcionadas (Consejo de Estado, dictamen 514/2006, de 25 de mayo de 2006).

¹⁴ En relación con el informe técnico, el TACRC ha señalado en sus Resoluciones números 786/2014, de 24 de octubre, y 832/2014, de 7 de noviembre, que en cuanto al informe técnico es lo habitual que el informante exprese su propia opinión sobre las alegaciones presentadas por el licitador cuya oferta puede incurrir en anormalidad, haciendo un juicio crítico de la justificación que se le remite. Sin embargo, cabe igualmente la posibilidad de que el informante esté de acuerdo con estas alegaciones, haciéndolas suyas, lo que le eximiría de la necesidad de añadir mayor fundamentación al informe. Así, en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad 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.

¹⁵ En el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación.

ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica.

El último apartado del artículo 149 LCSP advierte que, cuando una empresa que hubiese estado incursa en **presunción de anormalidad** terminara siendo la adjudicataria del contrato, el órgano de contratación deberá establecer mecanismos adecuados para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del mismo, con el fin de garantizar que ésta se lleva a cabo sin merma en la calidad de los servicios, las obras o los suministros contratados.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol y Miguel Ángel García Otero.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

©Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.