

La oferta anormalmente baja en los contratos públicos

José María Fernández Astudillo

Abogado, especialista en Contratación Pública

La entidad contratante es la que impulsa el contrato público, configurando todas y cada una de las particularidades de éste, por lo que básicamente el operador económico que concurre a su licitación se adhiere a él, debiendo formular su oferta dentro de los márgenes que le permiten las bases reguladoras del concreto contrato público, bases que son confeccionadas y aprobadas por el órgano de contratación.

Entre esas particularidades podemos decir que, entre otras cuestiones, le corresponde a la entidad contratante determinar el grado mínimo de solvencia, tanto económica como técnica, que ha de disponer el que será el adjudicatario del contrato público, las prescripciones técnicas que configuran la prestación objeto del contrato, los criterios a través de los cuales adjudicará el contrato, así como el precio máximo que pagará por su ejecución, y todas estas cuestiones las deberá justificar adecuadamente en el expediente de la contratación (artículo 116.4 LCSP).

El precio en los contratos públicos

Respecto al precio máximo de la contratación que ha de fijar el órgano de contratación en las bases de reguladoras de ésta, ese precio debe ser real y, en consecuencia, proporcional a las exigencias del concreto contrato público, adecuado a éste para su efectivo cumplimiento, por lo que deberá atender al precio general de mercado.

Para cumplir esta exigencia, y en la medida que la fijación del precio del contrato público es una potestad discrecional del órgano de contratación, parece evidente que para no incurrir en arbitrariedad deberá justificar adecuadamente su decisión, que habrá de incluirla, insisto, en el expediente [artículo 116.4,d)], por lo que antes de adoptar su decisión le corresponde realizar un oportuno estudio económico que permita justificar aquella idoneidad entre el precio fijado y el objetivo de la contratación, que es la efectiva ejecución de la prestación objeto del contrato, consignando en ese estudio un nivel de desagregación suficiente de costes y otros gastos tomados en consideración para la determinación del precio (artículos 100, 101 y 102).

Sobre plano, podríamos decir que si el presupuesto base de licitación fijado por el órgano de contratación es correcto, prácticamente no deberían existir bajas temerarias, y en todo caso las bajas que puedan presentar los licitadores básicamente estarán entorno a los gastos generales de estructura y al beneficio industrial, que si acudimos para el contrato de obras a los artículos 130 y 131 del Reglamento de 2001, los primeros están sobre el 13 y el 17 por ciento y el 6%, respectivamente, y ambos porcentajes podrían, en principio, fácilmente extrapolarse al resto de los contratos públicos, si bien seguramente sería conveniente amoldarlos a cada contratación.

Respecto a los operadores económicos que puedan estar interesados en concurrir a la licitación, parece indudable que la información –estudio económico- que el órgano de contratación haga constar en el expediente les facilitará la toma de decisión sobre el acudir o no a la licitación y, en caso afirmativo, a confeccionar sus ofertas al tener una información detallada del presupuesto contractual.

Ahora bien, pese a esa información, lógicamente, cada operador económico igualmente realizará su propio estudio económico, pues cada empresa tiene sus propias particularidades, y para adoptar la decisión de concurrir a la licitación y, en caso afirmativo, qué oferta presentar seguramente intervendrán otros factores de estrategia empresarial que suelen omitirse en la justificación formal de la oferta.

Así, por ejemplo, el operador económico puede valorar el presentar una oferta, por ganar el contrato público, a pérdidas porque le pueda interesar estratégicamente esa contratación:

puede compensar esas pérdidas con los beneficios de otros contratos,

o porque de esa forma puede que tenga que pagar menos impuestos y ya le puede compensar,

o porque a pesar de que no obtiene beneficios por sus particularidades cubre gastos y le permite seguir manteniendo abierta la empresa,

o porque el prestar el contrato públicole puede suponer una notable propaganda que ya le compensa una bajada importante del precio, y un largo etc.

Por tanto, si bien el órgano de contratación ha de fijar un precio adecuado para una ejecución efectiva del contrato, por lo que deberá concretarlo de una forma objetiva y motivada, no cabe duda que el operador económico al presentar su oferta actúa de una forma subjetiva movido por sus particulares capacidades y/o intereses empresariales, a lo que debemos añadir que para lo que para un empresario puede ser un precio adecuado a las particularidades de un determinado contrato público, para otro puede ser totalmente impropio o sobrevalorado.

Las ofertas por contratos públicos con precios anormalmente bajos

En la medida que desde el punto de vista del empresario en la concreción de su oferta pueden concurrir diferentes y heterogéneas sensibilidades, un tema de especial importancia son las ofertas por contratos públicos con precios anormalmente bajos, las cuales ya fueron recogidas en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio del año 1979, Acuerdo que tiene por objetivo establecer un marco multilateral de derechos y obligaciones equilibrados en materia de contratos públicos con miras a realizar la liberalización y la expansión del comercio mundial, y que en el vigente del año 2012 están previstas en su artículo XV.6 al prever que en caso de que una entidad contratante reciba una oferta cuyo precio sea anormalmente más bajo que los precios de las demás ofertas presentadas, la entidad podrá verificar con el proveedor que éste reúne las condiciones de participación y tiene capacidad para

cumplir lo estipulado en el contrato; de este artículo XV.6 podemos decir que su finalidad es asegurar que las ofertas presentadas por los operadores económicos que tengan un precio de contratación inverosímil –anormalmente bajo- sean viables para cumplir adecuadamente el contrato; para llegar a esta convicción ha de desarrollarse previamente a la adjudicación del contrato público una actuación contradictoria entre la entidad contratante y el licitador.

En línea con ese artículo XV.6 está el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE, en cuyo primer apartado se estatuye que los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate; el resto de apartados de ese artículo 69 básicamente señalan algunas de las explicaciones que puede ofrecer el operador económico cuya oferta está incurso en presunción de anomalía y que la entidad contratante puede finalmente rechazar la oferta cuando el operador no haya explicado satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por conseguir los contratos públicos, así como cuando el operador no cumple las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral, o la normativa sobre subcontratación.

En consecuencia, la Directiva no concreta los parámetros que hay que tener en consideración para apreciar una oferta con un precio de contratación como anormalmente baja, limitándose a prever un procedimiento contradictorio en el que el operador económico podrá aportar, previo requerimiento del poder adjudicador, todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes de su oferta y de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas del poder adjudicador; efectivamente, la Directiva estatuye “la aplicación de un procedimiento contradictorio de verificación de aquellas ofertas que la entidad adjudicadora considere anormalmente bajas, al exigir a ésta que, después de tomar conocimiento de todas las ofertas y antes de decidir la adjudicación del contrato, solicite primero por escrito precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que le hayan hecho albergar dudas y valore después dicha oferta a la luz de las justificaciones facilitadas por el licitador afectado en respuesta a la referida petición” (apartado 51 de la STJUE Asuntos acumulados 285/99 y 286/99), para finalmente tomar la decisión de admitir o, por el contrario, rechazar justificadamente la concreta oferta.

La finalidad de ese debate contradictorio entre el poder adjudicador y el licitador es una exigencia de la Directiva que tiene por finalidad evitar una actuación arbitraria de ese poder y garantizar al licitador una sana competencia entre empresas.

Como ya es tradicional en nuestro ordenamiento jurídico interno, y además como no podía ser de otra forma, la vigente Ley de Contratos del Sector Público del año 2017 (en adelante, LCSP), igualmente contempla el régimen de las ofertas anormalmente bajas, concretamente en su artículo 149.

La LCSP, en línea con la Directiva, tampoco especifica los parámetros que hay que tener en consideración para apreciar una oferta con precio anormalmente baja, ni fija ningún umbral de anomalía en virtud del cual se pueda considerar que la oferta es irregular, pues le corresponde al órgano de contratación concretar esos aspectos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), siendo esta obligación de concreción independiente de que para la adjudicación del contrato público utilice uno o varios criterios de adjudicación; en relación a esos parámetros, hemos de tener en cuenta que la contratación pública está presidida, entre otros, por el principio de transparencia y ausencia de arbitrariedad del órgano de contratación, por lo que éste al fijar los términos para considerar la anormalidad de una oferta ha de exponerlos sin ambigüedades, parámetros que pueden ser referidos no únicamente en relación al precio ofertado sino también a cualquier otro u otros aspectos que influyan en la prestación ofertada; ahora bien, de no concretar en el PCAP esos concretos parámetros:

cuando el único criterio de adjudicación sea el precio, serán de aplicación los parámetros objetivos establecidos reglamentariamente, actualmente los recogidos en el artículo 85 del Reglamento de 2001, y

cuando para la adjudicación del contrato público se utilicen diversos criterios, el órgano de contratación no podrá atribuir a ninguna oferta el carácter de anormal.

De los apartados 2 y 4 del art. 149 y del art. 150.1 podemos señalar que una vez abiertas las ofertas, y valoradas a tenor de los criterios de adjudicación, es cuando la mesa de contratación público, o en su defecto el órgano de contratación, podrá identificar las que se encuentren incursas en presunción de anormalidad, y, de haberlas, una vez identificadas deberá requerir al licitador 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 anormalidad de la oferta, debiendo ese requerimiento ser claro a los efectos de no generar indefensión al interesado y éste poder justificar plana y oportunamente la viabilidad de su oferta; en consecuencia, en la solicitud de justificación se debe precisar los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía, o dicho de otra forma, se solicitará las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta (STJUE, Asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99); a tal efecto, deberá otorgarle un plazo suficiente para ello.

Justificación de la oferta y el precio por conseguir el contrato público por parte del licitador

En apoyo de su oferta, en consecuencia del bajo nivel de precios o costes propuestos o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, el licitador puede presentar todas las justificaciones que considere apropiadas, sin limitación alguna, y en caso las justificaciones mencionadas en el art. 149.4 de la LCSP, que son una transposición de las relacionadas en el art. 69.2 de la Directiva 2014/24/UE, teniendo en cuenta que las justificaciones indicadas en estos dos preceptos son simplemente a título de ejemplo, pues ambos artículos no autorizan la exclusión de otros tipos de justificaciones; el justificar el precio de la oferta y, por tanto, aclarar los elementos en los que el licitador la fundamenta, no es una cuestión baladí, de ahí que debe ser consciente que deberá aportar sólidos argumentos a través de los cuales explique la viabilidad de su oferta, argumentos que deberán ser más significativos cuanto mayor sea la desproporcionalidad de su oferta; sobre esta relación entre el grado de desproporcionalidad y la contundencia de las argumentaciones del licitador se puede señalar la

Resolución del TACRC 468/2020 y el voto discrepante emitido por el Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 3/2017, de 17 de enero de 2017.

Una vez presentadas las justificaciones y antes de adoptar la decisión de admitir o rechazar la oferta de que se trate, la entidad adjudicadora deberá considerar todas las justificaciones, especialmente de precio de su oferta, alegadas por el licitador, al que igualmente le podrá solicitar –meras- aclaraciones; para ese fin, la mesa de contratación o, en su caso, el órgano de contratación pública debe –obligación asesoramiento técnico al servicio correspondiente, el cual emitirá su informe técnico –discrecionalidad técnica- en relación a aquella justificación, informe que, si bien es obligatorio, no es vinculante. El informe técnico goza de presunción iuris tantum de acierto y fiabilidad, salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación.

Emitido ese informe, la mesa o, en su defecto, el órgano de contratación pública evaluará la justificación del precio de de la oferta del licitador y el informe técnico, y de actuar la mesa de contratación ésta elevará al órgano su correspondiente propuesta, pues es únicamente el órgano de contratación el que tiene la competencia para decidir la exclusión o no del licitador que inicialmente ha presentado una oferta irregular.

Es práctica común que tanto la mesa como el órgano de contratación público asuman el informe técnico, y sobre el fundamento de éste emitan su propuesta y decisión, respectivamente; ahora bien, igualmente pueden apartarse de las consideraciones del informe técnico dado que este no les vincula, pero en este caso igualmente han de motivar su decisión, si bien en esta motivación deberá, además, justificarse la causa por la que se apartan del informe técnico.

Conclusión

El PCAP deberá contener los parámetros en virtud de los cuales podrá identificarse una oferta a un precio anormalmente bajo; de no contenerlos, si solo se ha fijado el precio como único criterio de adjudicación será de aplicación los parámetros fijados reglamentariamente; por el contrario, si son varios los criterios y no se impugna el PCAP, no se aplicará ningún parámetro y, por tanto, no se podrá considerar la irregularidad de ninguna oferta.

De constar los parámetros, el art. 149 de la LCSP dispone con carácter imperativo que le incumbe a la mesa de contratación o, en su defecto, al órgano de contratación público:

en primer lugar, identificar las ofertas con precios anormalmente bajos;

en segundo lugar, de identificar este tipo de ofertas deberá conceder a las empresas afectadas la posibilidad de demostrar la seriedad de sus ofertas, exigiéndoles las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta, pudiendo el licitador en apoyo de su oferta aportar todas las justificaciones que, a tenor de la naturaleza y de las características del concreto contrato, considere oportunas en favor de la viabilidad de su oferta, sin limitación alguna;

en tercer lugar, valorar la pertinencia de las justificaciones aportadas por el licitador valiéndose de un informe técnico emitido por el servicio correspondiente y,

en último lugar, tomar motivadamente la decisión de admitir o rechazar las referidas ofertas; en el primer caso, la motivación de la admisión no es necesario que sea especialmente exhaustiva pero, en el segundo caso, es preceptivo que a través de la motivación de la decisión se rebata suficientemente la justificación del licitador.

Por último considero oportuno retomar lo expuesto en precedentes párrafos sobre que de los apartados 2 y 4 del art. 149 y del art. 150.1 de la LCSP podemos señalar que una vez abiertas las ofertas y valoradas a tenor de los criterios de adjudicación es cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación público, podrá identificar las que se encuentren incursas en presunción de anormalidad, y, de haberlas, abrir un procedimiento contradictorio entre el licitador que ha presentado tal oferta y la entidad contratante.

Pues bien, una de las cuestiones que pueden surgir es la de si, como consecuencia de la exclusión de un licitador por no justificar la viabilidad de su oferta incursa en anormalidad, debe o no volverse a valorar, o en su caso calcular, a calcular las puntuaciones resultantes de la aplicación de los criterios de adjudicación en relación a las ofertas no excluidas.

A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado es del parecer de que no es procedente volver a recalcular, concluyendo que la valoración de las proposiciones, incluyendo la de los criterios dependientes de juicio de valor, que ya haya sido realizada en el seno del procedimiento de selección del contratista no puede modificarse, alterarse o repetirse a pesar de que posteriormente se proceda a excluir a alguna de las ofertas de los licitadores por causa de su calificación como anormal o desproporcionada (Expediente 16/20).

Particularmente entiendo que en ocasiones debería recalcularse; efectivamente, hace unos pocos días se me planteó el siguiente supuesto de hecho:

Un licitador que si bien presentó la oferta mejor puntuada en los criterios de adjudicación, y cuyo precio ofertado obtuvo la máxima puntuación en el criterio automático precio, resultó que estaba incursa en baja temeraria y finalmente fue excluido por no justificar su viabilidad, pasando a ser automáticamente adjudicatario el licitador cuya oferta obtuvo inicialmente la segunda mejor puntuación.

Pues bien, de haberse recalculado el criterio automático precio, sin necesidad de volver a valorar el resto de criterios pues en estos la valoración de la oferta excluida no afectaba a la puntuación del resto de licitadores y, en todo caso, al tratarse de criterios subjetivos de volverse a valorar se truncaría el principio del secreto de las ofertas y el orden de apertura de los sobres, el licitador que inicialmente, por puntuación de los criterios de adjudicación, su oferta tenía la tercera mejor valoración pasaría delante del segundo y obtendría la adjudicación del contrato público como consecuencia de aquella exclusión.

En esta ocasión, la falta de no volver a recalcular el criterio precio supuso no adjudicar el contrato público a la mejor oferta viable y, por tanto, incumplirse el principio fijado en el artículo 1.1 de la LCSP de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.