

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Apunts doctrinals i jurisprudencials sobre les ofertes anormalment baixes

26-02-2019

En connexió amb l'objectiu d'estabilitat pressupostària, control de la despesa i utilització eficient dels fons públics en els procediments de contractació pública, l'article 1 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, obliga els òrgans de contractació a assegurar la **selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa**. Al mateix temps, l'apartat 3 de l'article 102 els obliga a vetllar per l'efectiu compliment del contracte mitjançant la **correcta estimació del seu import**, atenent al preu general de mercat, en el moment de fixar el preu base de licitació i l'aplicació, si escau, de les normes sobre **ofertes amb valors anormals o desproporcionats**. El preàmbul de la llei fa esment a les ofertes anormals de la LCSP en els termes següents: "S'introdueixen normes més estrictes tant en benefici de les empreses com dels seus treballadors, de manera que les noves normes s'endureixen sobre aquesta matèria en les denominades *ofertes anormalment baixes*. Així, s'estableix que els òrgans de contractació han de rebutjar les ofertes si comproven que són anormalment baixes perquè **no compleixen les obligacions aplicables en matèria mediambiental, social o laboral**".

En l'àmbit de les ofertes amb valors anormals, cal defugir qualsevol automatisme d'exclusió per satisfer, no només el **principi de contradicció** -escoltant la part afectada-, sinó també els **principis de lliure concurrència, no discriminació i transparència** que han de regir la tramitació del procediment (entre d'altres, vegeu la Sentència del TS de 15 de maig de 2008, la Resolució del TCCSP 218/20018, de 24 d'octubre, o la Sentència del TJUE de 27 de novembre de 2001, assumptes acumulats C-285/99 i C-286/99). A aquest efecte, la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, sobre contractació pública, ja disposa en l'article 69.1 que els poders adjudicadors han d'exigir als operadors econòmics que expliquin el preu o els costos proposats en l'oferta quan les ofertes semblin anormalment baixes per a les obres, els subministraments o els serveis dels quals es tractin. La LCSP, en l'article 149, s'expressa en termes similars, i estableix un procediment contradictori a l'efecte de poder comprovar la viabilitat o no de l'oferta.

La Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, en la consideració 37 assenyala que, per integrar adequadament els **requisits mediambientals, socials i laborals** en els procediments de licitació pública, els estats membres han de prendre les mesures adequades per vetllar pel compliment de

les seves obligacions en els àmbits del dret mediambiental, social i laboral, derivades de la normativa tant nacional com de la Unió, així com dels convenis col·lectius, aplicables al lloc en el qual es realitzin les obres o es prestin els serveis, i en la consideració 40 disposa que el control del compliment d'aquestes disposicions s'ha de fer en les respectives fases del procediment de licitació, concretament en la d'elecció dels participants i l'adjudicació, i alhora cal aplicar els criteris d'exclusió i les disposicions relatives a ofertes anormalment baixes. Així mateix, esmenta en la consideració 103 que l'anormalitat de l'oferta pot estar basada en hipòtesis o pràctiques inadequades des del punt de vista tècnic, econòmic o jurídic, i que si el licitador no pot oferir una explicació suficient el poder adjudicador està facultat per rebutjar l'oferta. A més, afegeix que aquest **rebuig ha de ser obligatori** quan el poder adjudicador comprovi que el preu i els costos anormalment baixos resulten de l'incompliment de la normativa social, laboral o mediambiental.

La presumpció d'una oferta com anormalment baixa té per finalitat evitar que es pugui rebutjar sense la comprovació prèvia de la possibilitat del seu compliment, mitjançant la instrucció d'un **expedient contradictori formal** dins del procediment de contractació que satisfaci els principis esmentats més amunt (entre d'altres, [les resolucions del TCCSP 305/2018 i 25/2019](#)).

L'article 149 de la LCSP regula aquest procediment contradictori que, davant els dubtes de l'òrgan de contractació respecte de la viabilitat d'una oferta, permet a l'empresa licitadora afectada acreditar que les prestacions a contractar es poden realitzar amb els preus oferts, mitjançant l'aportació de tota la informació i documentació que consideren adient. Cal insistir que el procediment contradictori establert per la LCSP no s'ha d'entendre com un mer formalisme i que l'apreciació per part de l'òrgan de contractació de si és possible o no complir la proposició ha de ser fruit de la revisió i la valoració tècnica de la documentació i la informació presentada per l'empresa, motiu pel qual l'article 149.4 de la LCSP estableix la necessitat d'exigir l'assessorament tècnic del servei corresponent, que són els que poden valorar si tècnicament l'oferta es pot complir i si poden proveir l'òrgan de contractació -que és el que finalment adopta l'acord d'exclusió o no-, d'arguments que li permetin arribar a la convicció de la viabilitat o no de l'oferta.

Abans d'analitzar el procediment contradictori esmentat, cal insistir també en matèria d'ofertes desproporcionades sobre la importància de la **memòria justificativa** de l'expedient ([vegeu l'apunt anterior "L'expedient de contractació: aspectes a justificar"](#)), com a peça clau per entendre el contingut dels plecs. Per aquest motiu, és important que, en establir la temeritat en els plecs, la memòria justificativa doni les pautes per interpretar correctament -en aquell contracte concret- la determinació de l'exclusió d'una oferta perquè es considera que està per sota de preus.

Els plecs han d'establir el llindar de temeritat i els criteris o paràmetres objectius per determinar-lo, que s'han de valorar en relació amb el conjunt d'ofertes admeses i no en relació amb el preu de licitació, per no restringir la competència ni interferir en els incentius a les empreses per oferir preus més baixos ([vegeu la Resolució TACRC 242/2017, de 3 de març](#)). Respecte dels paràmetres que permeten considerar una oferta anormal o desproporcionada, cal atènyer-se a l'apartat 2 de l'article 149 de la LCSP:

- Quan l'únic criteri d'adjudicació és el preu, si els plecs no estableixen una altra cosa, cal atènyer-se al que es determini reglamentàriament. A aquest efecte, mentre no hi hagi un desenvolupament reglamentari de la vigent LCSP, a falta de determinació en els plecs, cal atènyer-se als criteris de l'article 85 del Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el

Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, encara vigent. Per determinar el llindar d'anormalitat s'ha de prendre com a referència el conjunt de les ofertes vàlidament presentades.

- Quan s'utilitzin una **pluralitat de criteris**, a més del preu, ha de ser el plec el que expressament dissenyi el model de determinació de la presumpció de temeritat de les ofertes, **referida a l'oferta valorada en el seu conjunt**. Com a possible sistema objectiu de valoració de les baixes anormals o desproporcionades, quan s'utilitzen una pluralitat de criteris, es podria fixar, en primer lloc, un interval de puntuació en el qual es podria considerar que les proposicions són homogènies des d'un punt de vista tècnic, per aplicar, en segon lloc, sistemes automàtics, proporcionals o progressius de detecció de preus anormalment baixos ([Recomanació 4/2005, de 12 de desembre, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa](#)).

Respecte del **procediment contradictori** de l'article 149 de la LCSP, la finalitat és evitar que les ofertes desproporcionades puguin ser rebutjades sense la comprovació prèvia de la seva viabilitat, i evitar l'arbitrarietat del poder adjudicador en benefici de la **sana competència entre les empreses** (sentències del TJUE de 29 de març de 2012, assumpte C-9910), que cal efectuar en dues fases:

- **Justificació del licitador de la viabilitat de la seva oferta:** el licitador pot aportar tota la informació que estimi convenient per acreditar la viabilitat de la seva oferta. La justificació del licitador ha d'anar adreçada a demostrar la viabilitat de l'oferta per referència, fonamentalment, al compliment de les prestacions objecte del contracte (Sentència 8/2018, de 25 de gener de 2018, del TSJ de la Regió de Múrcia).

En relació amb aquesta qüestió, és rellevant destacar els pronunciaments dels tribunals especials de contractació en relació amb el **contingut del requeriment** que, a aquest efecte, cal adreçar al licitador. En el moment de fer el requeriment, l'òrgan de contractació ha d'indicar els aspectes concrets que cal precisar i formular correctament les preguntes sobre el que cal justificar de l'oferta; no són vàlids els requeriments poc concrets, que simplement exigeixen que es presentin per escrit les raons objectives que en justifiquen la baixa (Resolució del TACRC 682/2015, de 17 de juliol de 2015 i Resolució 8/2019, de 15 de gener, de l'Òrgan Administratiu de Recursos Contractuals de la Comunitat Autònoma d'Euskadi).

- **Valoració tècnica de la justificació dels licitadors:** un cop l'empresa presenti la documentació i la informació requerida per justificar la baixa en els preus, la mesa de contractació, o si escau l'òrgan de contractació, ha de demanar l'informe tècnic; els serveis tècnics corresponents són els que poden valorar si tècnicament l'oferta es pot complir, i si poden proveir a la mesa de contractació i, en darrera instància, a l'òrgan de contractació -que és el que finalment adopta l'acord d'exclusió o no-, els arguments que els permetin arribar a la convicció de la viabilitat de l'oferta.

En darrer lloc, també cal recordar la doctrina constant (entre d'altres la Resolució TCCSP 305/2018 ja esmentada) que considera que, davant de la possible exclusió d'una oferta perquè inclou valors anormals, la **motivació de la decisió de l'òrgan de contractació ha de ser reforçada** i que aquesta circumstància es dona quan la justificació de l'empresa no explica satisfactòriament el baix nivell dels preus o costos oferts per al compliment correcte del contracte. Sobre la suficiència dels arguments de l'informe que justifica la decisió del poder adjudicador d'excloure un licitador del procediment pel fet de considerar que la seva oferta és anormalment baixa o desproporcionada, la doctrina assenyala que **l'informe ha de ser explícit i**

motivats, i que el raonament ha de ser racional i suficientment ampli perquè els interessats tinguin el degut coneixement dels motius de l'acte per poder defensar els seus drets i interessos. No obstant això, cal recordar que el poder adjudicador gaudeix d'un **ampli marge de discrecionalitat** en el procediment d'apreciació de la temeritat i així ho ha reconegut el TCCSP en la Resolució 305/2018 esmentada, en la qual assenyala que "No havent quedat demostrat en el recurs que l'informe tècnic que va servir de base a la decisió de l'òrgan de contractació sigui manifestament erroni, infundat o arbitrari, es conclou que les seves apreciacions queden emmarcades dins de la discrecionalitat tècnica de l'Administració i de la presumpció de veracitat i encert que es predica dels informes tècnics, i que la decisió d'exclusió de [...] de la licitació, per tant, ha estat ajustada a dret [...]".



Rosa Maldonado Camats

Responsable jurídica de regulació i assessorament en contractació de la Direcció General de Contractació Pública, Departament d'Economia i Hisenda