

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Abast de la justificació de la presumpta anormalitat de l'oferta: grau de desviació de la mitjana aritmètica

07-03-2022

En un [apunt anterior](#) d'aquest blog vam fer una introducció a les ofertes anormalment baixes i als pronunciaments doctrinals i jurisprudencials més rellevants en aquesta matèria.

Amb caràcter introductori, recordem que l'article 1 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), obliga a assegurar la selecció de **l'oferta econòmicament més avantatjosa** en els procediments de contractació, en connexió amb l'objectiu d'estabilitat pressupostària i de control de la despesa, així com la utilització eficient dels fons públics, llevat del cas que, d'acord amb l'article 149 de la mateixa LCSP, es pugui estimar que l'oferta no es pot complir com a conseqüència de la inclusió de valors anormals o desproporcionats.

Recentment, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP), en la [Resolució 142/2022, de 23 de febrer](#), s'ha pronunciat sobre diverses qüestions concretes en relació amb les ofertes presumptament anormalment baixes que poden tenir interès per als òrgans de contractació.

En primer lloc, el TCCSP recorda que l'oferta presumptament anormal o desproporcionada és una **excepció al principi d'adjudicació del contracte a l'oferta econòmicament més avantatjosa**, de manera que el legislador europeu assenyala restrictivament que només es pot rebutjar l'oferta en el supòsit que els documents aportats no expliquin satisfactòriament el nivell baix dels preus o costos proposats (article 69.3 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell de 16 de febrer de 2014 sobre contractació pública, per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE).

Per les raons exposades, el TCCSP insisteix que en aquest àmbit cal defugir qualsevol automatisme d'exclusió. **La presumpció d'anormalitat o desproporció d'una oferta econòmica té per finalitat evitar que les ofertes es puguin rebutjar sense haver comprovat prèviament la possibilitat que es compleixi**, mitjançant la instrucció d'un expedient contradictori formal dins del procediment de contractació que satisfaci, no només aquest principi de contradicció escoltant la part afectada, sinó també els principis de lliure concurrència, no-discriminació i transparència que n'han de regir la tramitació.

Aclarir els possibles dubtes sobre la viabilitat de l'oferta

El procediment de justificació de l'oferta anormalment baixa té com a objectiu **aclarir els possibles dubtes** que pugui tenir l'òrgan de contractació respecte de la viabilitat d'una oferta.

L'apreciació de si és possible complir la proposició o no ha de ser conseqüència d'una valoració dels diferents elements que concorren en l'oferta, de les circumstàncies concretes de l'empresa licitadora, de la justificació aportada i de l'assessorament tècnic rebut, cap dels quals té caràcter vinculant per a l'òrgan de contractació, que és el que s'ha de pronunciar en darrera instància.

Admissió de l'oferta presumptament anormal: justificació

El TCCSP no considera necessari desglossar l'oferta econòmica, ni que el licitador que ha presentat una oferta presumptament anormal n'acrediti exhaustivament els diferents components, sinó que entén que és suficient que ofereixi a l'òrgan de contractació els arguments que li permetin explicar la viabilitat i la serietat d'aquesta oferta.

La doctrina i la jurisprudència són constants a l'hora de considerar que, en els **supòsits d'admissió o conformitat amb l'oferta** i la seva justificació, no es requereix especialment que s'explicitin de manera exhaustiva els motius de l'acceptació, sinó que és suficient proveir l'òrgan de contractació d'arguments que li permetin arribar a la convicció que es pot dur a terme. **En aquests casos l'obligació de motivació té un abast limitat.**

Contràriament, en els supòsits **d'exclusió d'ofertes** presumptament anormals, la motivació per part de l'òrgan de contractació sí que ha de ser **reforçada** per desvirtuar les justificacions presentades per l'empresa afectada.

Assessorament tècnic de l'òrgan de contractació

L'assessorament tècnic que l'òrgan de contractació s'ha de procurar segons l'article 149.4 de la LCSP no és per al TCCSP un simple formalisme legal, sinó que serveix com a base per garantir els drets dels licitadors, ja que són els serveis tècnics els que coneixen les necessitats de la contractació i, atesa la seva experiència, són ells els que poden saber si una oferta es pot arribar a complir tècnicament.

Incidència del grau de desviació

En darrer lloc, el TCCSP recorda que el grau de desviació de l'oferta respecte del llindar de temeritat, tot i no ser determinant per si mateix, sí que és un **element indiciari** que obliga que **la justificació aportada** de l'oferta en presumpció de temeritat hagi de ser **més o menys exhaustiva segons la rellevància de la baixa detectada**. En conseqüència, si aquesta desviació és petita, la justificació que s'ha d'efectuar tampoc no ha de ser extensa, sinó suficient per poder convèncer l'òrgan de contractació de la viabilitat del contracte.

En la Resolució esmentada, el TCCSP considera que certament l'informe que accepta la justificació de l'empresa que va presentar l'oferta anormalment baixa és breu, però entén que en aquest cas és suficient, atesa la poca desviació de l'anormalitat.

Revisió de la decisió de l'òrgan de contractació

El TCCSP considera que, una vegada dissipats els possibles dubtes sobre la viabilitat de l'oferta que tingui l'òrgan de contractació i admesa la viabilitat per part d'aquest, **només es pot desvirtuar la decisió de l'òrgan de contractació:**

- Per l'existència d'un **incompliment clar i evident de l'article 149.4 de la LCSP.**
- Per l'existència d'una **inconsistència palesa en la justificació** que evidenciï que l'acceptació per part de l'òrgan de contractació ha estat arbitrària.

Per tant, la funció del TCCSP, una vegada que s'ha comprovat que s'ha seguit el tràmit contradictori exigint en l'article 149 de la LCSP, queda circumscrita a revisar el compliment de les formalitats legals i comprovar que la decisió de l'òrgan de contractació està motivada de **manera racional i raonable, excloent-ne així qualsevol possibilitat d'arbitrarietat**, sense que això impliqui substituir el judici tècnic de l'informe, ni la decisió sobre el possible compliment de les ofertes o no.

Si no hi ha cap indicatiu d'arbitrarietat, error o manca de força en les argumentacions de l'òrgan de contractació, el TCCSP no pot entrar a substituir els criteris tècnics amb criteris jurídics, sempre que:

- Es compleixin les **formalitats jurídiques**.
- L'apreciació de la inviabilitat de l'oferta estigui **motivada**.
- Resulti **racional i raonable**.

En la Resolució 142/2022 esmentada, el TCCSP entén que dels arguments contraposats de les parts no queda provat l'incompliment de la normativa laboral invocat per la recurrent en l'elaboració de l'oferta presumptament anormal, i tampoc no aprecia error ni arbitrarietat en l'anàlisi de la justificació de l'oferta de l'adjudicatària duta a terme per l'òrgan de contractació, per la qual cosa aquesta empresa l'ha de proveir dels arguments que va considerar raonables i suficients per justificar l'oferta i arribar a la convicció que el contracte pot ser executat correctament amb el preu ofert. En tot cas, cal tenir en compte que l'empresa ha de complir la normativa laboral, ja que li correspon fer front a les despeses que en resultin, i que, en cas d'incompliment, els plecs en aquest cas ja disposaven conseqüències i penalitats i l'òrgan de contractació ja va informar que, si resultava necessari, establiria els mecanismes per fer un seguiment detallat de l'execució del contracte d'acord amb l'article 149.7 de la LCSP.

Conclusions

- El procediment de justificació de l'oferta anormalment baixa ha d'anar adreçat exclusivament a **clarificar els possibles dubtes** que pugui haver respecte de la viabilitat d'una oferta, sense que sigui necessari que el licitador que ha presentat una oferta presumptament anormal desglossi l'oferta econòmica, ni que acrediti exhaustivament els diferents components, sinó que és suficient que ofereixi a l'òrgan de contractació els arguments que li permetin explicar la viabilitat i la serietat de l'oferta.
- El **grau de desviació** de l'oferta respecte del llindar de temeritat, tot i que no és determinant per si mateix, sí que és un **element indicatiu** que obliga que la justificació aportada de l'oferta en presumpció de temeritat hagi de ser més o menys exhaustiva segons la rellevància de la baixa detectada.
- El TCCSP entén que, un cop dissipats els possibles dubtes sobre la viabilitat de l'oferta que pugui tenir l'òrgan de contractació i admesa la viabilitat per part d'aquest, **només es pot desvirtuar la decisió de l'òrgan de contractació per l'existència d'un incompliment clar i evident de l'article 149.4 de la LCSP**, o per l'existència d'una **inconsistència palesa en la justificació** que evidenciï que l'acceptació per part de l'òrgan de contractació ha estat arbitrària.



Rosa Maldonado Camats

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