

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



L'obligació d'establir uns paràmetres objectius als plecs per poder identificar les ofertes anormals

24-01-2024

La clara finalitat de la regulació establerta en matèria d'ofertes anormalment baixes és assegurar que les propostes presentades pels licitadors siguin viables i puguin complir adequadament el contracte.

La Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP) regula les ofertes anormalment baixes a l'article 149:

"Article 149. Ofertes anormalment baixes.

- 1. En els casos en què l'òrgan de contractació presumeixi que una oferta resulta inviable per haver estat formulada en termes que la fan anormalment baixa, només la pot excloure del procediment de licitació prèvia tramitació del procediment que estableix aquest article.
- 2. La mesa de contractació, o si no n'hi ha, l'òrgan de contractació, ha d'identificar les ofertes que estan sotmeses a presumpció d'anormalitat, i s'han de contemplar als plecs, a aquests efectes, els paràmetres objectius que han de permetre identificar els casos en què una oferta es consideri anormal."

La mesa de contractació o, si no, l'òrgan de contractació du a terme la funció descrita en el paràgraf anterior segons els criteris següents:

- a) Llevat que als plecs s'estableixi una altra cosa, quan l'únic criteri d'adjudicació sigui el del preu, si no hi ha previsió, s'hi han d'aplicar els paràmetres objectius que s'estableixin reglamentàriament i que, en tot cas, determinaran el llindar d'anormalitat per referència al conjunt d'ofertes vàlides que s'hagin presentat, sens perjudici del que estableix l'apartat següent.
- b) Quan s'utilitzin una pluralitat de criteris d'adjudicació, cal atènyer-se al que estableixen els plecs que regeixen el contracte, en els quals s'han d'establir els paràmetres objectius que han de permetre identificar els casos en què una oferta es consideri anormal, referits a l'oferta considerada en conjunt.

La primera qüestió que es planteja és si resulta obligatori que els plecs de clàusules administratives particulars recullin, necessàriament i en tots els casos, els paràmetres objectius que serveixin per identificar les ofertes anormalment baixes.

Aquest dubte va sorgir amb l'entrada en vigor de LCSP, que va introduir algunes novetats respecte al contingut del text refós de la Llei de contractes del sector públic. Abans de la LCSP la interpretació comunament acceptada era que en procediments amb pluralitat de criteris d'adjudicació la inclusió als plecs d'aquests paràmetres era potestativa, i que si els paràmetres no figuraven als plecs no era possible declarar el caràcter anormal de l'oferta.

Durant la vigència de la LCSP la doctrina ha anat oscil·lant si bé, en un inici, el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC) va considerar que la redacció literal de l'article 149 comportava l'obligació establir als plecs els paràmetres per poder identificar les ofertes anormals. L'any 2020 el mateix TACRC va canviar de criteri i interpreta que l'article 149 no imposa l'obligació de determinar als plecs dits paràmetres i que és perfectament admissible que l'òrgan de contractació decideixi que en la licitació no es podrà excloure a ningú pel fet de presentar una oferta anormalment baixa i per tant no té la necessitat d'incloure cap paràmetre per determinar l'anormalitat de les ofertes ([Resolució 345/2020](#)).

Posteriorment, amb la [Resolució 103/2023](#), de 9 de febrer, revisa la seva doctrina segons la Sentència del Tribunal General de la Unió Europea (Sala Cinquena) d'1 de desembre de 2021, assumpte T-546/20, i modifica el criteri establert que és una obligació de l'òrgan de contractació identificar les ofertes que poden ser sospitoses d'oferir preus anormalment baixos i que poden fer inviable la prestació objecte del contracte.

En aquest sentit ja s'havia pronunciat el TACRC en la [Resolució 1187/2018](#): “[...] la nueva LCSP impone, mediante el empleo del verbo deber, establecer dichos parámetros objetivos cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación, ya sometido a un solo al criterio del precio ya a varios, pues es obligación del órgano de contratación apreciar la viabilidad de la oferta.”

Més recentment, així ho recull la doctrina del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP), que estableix que la manca de previsió als plecs dels paràmetres d'establir el caràcter anormal de les ofertes contravé l'obligació establerta a l'article 149.2 de la LCSP (resolucions 125/2020 i 366/2020).

També el Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de la Junta d'Andalusia en la Resolució 1/2020 afirma que “En definitiva, de acuerdo con el artículo 149.2 de la LCSP es obligatorio que los pliegos de los contratos recojan en todos los casos unos parámetros objetivos que sirvan para identificar las ofertas anormalmente bajas”.

Considerant que és una obligació de l'òrgan de contractació apreciar la factibilitat de l'oferta, i que el sistema per determinar les ofertes sospitoses d'inviabilitat ha de basar-se en paràmetres objectius i no en una apreciació discrecional de l'òrgan de contractació, és necessari que es fixin als plecs aquests paràmetres objectius, ja que d'una altra manera no es podrien verificar les ofertes per comprovar que no són anormalment baixes.

No obstant això, el TCCSP en la [Resolució 125/2020](#) estima que en determinats casos molt puntuals es podria arribar a analitzar la possibilitat d'admetre la manca d'aquesta previsió sempre que l'òrgan de contractació pugui afirmar de manera motivada que el detall de les prescripcions tècniques establertes als plecs i admeses per l'empresa licitadora fan que una baixada del preu no comporti cap risc en l'execució del contracte, i per tant sembla que sigui possible admetre una justificació per part de l'òrgan de contractació al fet de no incloure als plecs els paràmetres d'anormalitat.

D'acord amb la redacció de l'article i la doctrina exposada, els paràmetres que han de permetre determinar una presumpta anormalitat s'han d'establir als plecs i és una obligació de l'òrgan de contractació identificar les ofertes presumptament desproporcionades.

Conseqüències de no incloure als plecs els paràmetres per calcular les ofertes anormals

L'article 149.2 distingeix dos supòsits: quan l'únic criteri d'adjudicació és el preu i quan s'utilitzen una pluralitat de criteris d'adjudicació. Anem a analitzar les diferències de cadascun.

- Licitació amb un únic criteri d'adjudicació preu (art. 149.2.a)

En les licitacions en què hi hagi un únic criteri d'adjudicació, el preu, s'hauran de preveure als plecs els paràmetres per determinar els lliminars d'anormalitat, tal com estableix l'article 149.2 al primer paràgraf: “[...]debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.”

Si als plecs no consten aquests paràmetres, tal com disposa l'apartat *a* de l'article esmentat, s'han d'aplicar els paràmetres objectius que s'estableixin reglamentàriament (actualment fixats a l'article 85 del RGLCAP). El fet que es consideri la possibilitat que els paràmetres no hagin estat fixats als plecs no obsta que continuï sent obligatòria la inclusió als plecs, i la previsió de la remissió reglamentària no pretén fer una excepció de la regla general sinó remetre supletòriament a l'establert al Reglament, com posa de manifest la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat a l'[Informe 119/18](#).

- Licitació amb una pluralitat de criteris d'adjudicació (art. 149.2.b)

En les licitacions amb una pluralitat de criteris d'adjudicació també és imperativa la inclusió en el contingut dels plecs dels paràmetres per determinar la possible anormalitat de les ofertes, i per a aquest supòsit la conseqüència de la falta d'inclusió és diferent.

Així com per a les licitacions amb un únic criteri d'adjudicació (preu) la llei fa una remissió reglamentària de caràcter supletori si els plecs no disposen aquests paràmetres, per a les licitacions amb una pluralitat de criteris d'adjudicació no fa aquesta remissió, cosa que ha fet que sorgissin dubtes sobre si és possible, encara que l'article no ho digui, acudir a l'article 85 del Reglament quan els plecs no disposen altres paràmetres.

La [Resolució 719/2019](#) del TACRC estableix a aquest respecte que quan hi ha un únic criteri d'adjudicació, el preu, si no es disposa als plecs s'han d'aplicar els paràmetres objectius del Reglament, i en el supòsit que hi hagi diversos criteris d'adjudicació, la llei només permet que els paràmetres aplicables es fixin als plecs de manera que, si no es fa, no és possible acudir als paràmetres establerts reglamentàriament.

De la mateixa manera el Tribunal Administratiu de Contractació Pública de la Comunitat de Canàries, en la Resolució núm. 274/2019 diu: “Como puede observarse del literal del precepto, es obligatorio para los órganos de contratación indicar en los pliegos los parámetros objetivos que permitan identificar qué ofertas se encuentran incursas en presunción de ser anormales o desproporcionadas, debiendo señalarse que, mientras para el supuesto en el que el único criterio de adjudicación sea el precio el citado artículo prevé la aplicación, en su defecto, de los parámetros que se establezcan reglamentariamente, no ocurre lo mismo cuando la adjudicación deba atender a una pluralidad de criterios, supuesto que nos ocupa y para el que se no se

contempla regla substitutiva alguna, lo cual resulta lógico si pensamos que se trata de unos parámetros que han de fijarse discrecionalmente por el poder adjudicador, en función de la naturaleza del contrato y de los criterios de adjudicación.”

Igualment, el TCCSP en la [Resolució 366/2020](#), de 4 de novembre, entén que no escau l'aplicació supletòria dels paràmetres establerts a l'article 85 del RGLCAP, el qual, a més sense cap reclam o remissió explícits en el PCAP, és exceptuat expressament de l'aplicació a licitacions amb una pluralitat de criteris de valoració d'ofertes.

Aplicar els paràmetres establerts reglamentàriament a l'hora de qualificar una oferta com anormal o desproporcionada si no hi ha previsió als plecs, és una regla que només pot ser utilitzada quan l'únic criteri d'adjudicació és el preu. Quan hi ha més d'un criteri d'adjudicació, només es permet que els paràmetres estiguin fixats als plecs, de tal manera que si no hi estan inclosos no serà possible acudir a altres criteris ni a paràmetres establerts reglamentàriament (entre d'altres, així ho estableixen les resolucions del TCCSP 125/2020 i 231/2019).

Envers les conseqüències contravenir l'obligació establerta per l'article 149.2, la doctrina s'ha pronunciat entenent que estaríem davant d'un vici d'anul·labilitat. En aquest sentit l'Informe 119/18 de la JCCE diu que l'incompliment als plecs de l'obligació que disposa l'article 149.2 de la LCSP, no té encaix en cap dels supòsits previstos a l'article 47.1 de la LPACAP, i és una infracció de l'ordenament jurídic que determina un defecte de forma en el procediment d'adjudicació que fa que l'acte d'adjudicació estigui mancat d'un requisit formal, l'apreciació de la viabilitat de l'oferta, indispensable per assolir la finalitat de satisfer l'interès general que pretén l'adjudicació, i per tant és un vici d'anul·labilitat i no de nul·litat, conforme als articles 40 de la LCSP i 48 de la LPACAP (vegeu també les resolucions del TCCSP 366/2020 i 386/2019 i la Resolució del TACRC 1187/2018).

Si es constata que aquesta manca de paràmetres en el contingut dels plecs és un vici d'anul·labilitat, aquest hauria de ser denunciat en el moment d'impugnació dels plecs, abans de presentar l'oferta, ja que en presentar-la s'accepta de forma incondicional i sense reserva el contingut íntegre dels plecs d'acord amb l'article 139.1 (Resolució del TCCSP 366/2020).

D'acord amb aquesta doctrina, es pot concloure que els paràmetres per determinar una presumpta anormalitat s'han d'establir als plecs, en cas contrari, els plecs contenen un vici d'anul·labilitat inesmorable que pot comportar l'anul·lació de la licitació.

A l'últim, cal assenyalar que la JCCP a l'[Informe 3/2012](#), de 30 de març, després de posar de manifest que, en cas que hi hagi més d'un criteri d'adjudicació, la mesa de contractació ha d'aplicar els paràmetres objectius que han d'estar prèviament establerts als plecs “sense que pugui utilitzar-ne d'altres o els pugui variar o substituir”, obre la porta a la possible revisió, per part de la mesa de contractació, de la viabilitat de les ofertes quan hi ha “sospites raonables i motivades” que l'execució del contracte es pot veure frustrada:

“[...] Tanmateix, aquest plantejament ha de ser matisat, perquè si bé per garantir el compliment dels principis que informen la contractació pública, els paràmetres objectius per determinar una oferta o proposició com a anormal o desproporcionada s'han de trobar prèviament definits, no és menys cert que, a manca d'aquesta definició prèvia en aquells casos en què la mesa de contractació tingui sospites raonables i motivades que l'execució correcta del contracte es pot veure frustrada com a conseqüència de la inclusió de valors anormals o desproporcionats pugui

demanar les precisions que consideri oportunes al licitador i, si escau, tramitar el corresponent procediment contradictori, per tal de determinar la viabilitat de l'oferta o de la proposició presentada.”

De manera que accepta, tal com estableix el TCCSP a les resolucions 366/2020 i 258/2022, que la mesa o l'òrgan de contractació, tot i no figurar als plec els paràmetres per determinar l'anormalitat de les ofertes, si tenen una sospita que sigui impossible executar el contracte amb la proposta efectuada, pugui sol·licitar aclariments a les empreses licitadores.



Èlia Vilaseca Arqués

Responsable del programa temporal de seguiment de l'Estratègia catalana de millora de la compra pública