

INFORME 7/2002, de 10 de octubre, sobre determinación de las bajas desproporcionadas o temerarias.

I.- ANTECEDENTES

La Directora Gerente del Instituto Andaluz de Servicios Sociales dirige escrito a esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa en petición de informe cuyo contenido es el siguiente:

"Con relación a la forma de determinación de las bajas temerarias que el nuevo Reglamento de C.A.P. ha desarrollado, y que varía sustancialmente el procedimiento que hasta la fecha se ha venido aplicando, suscita, en opinión de este órgano dudas en torno a su aplicabilidad en las licitaciones de los procedimientos que les sea de aplicación el referido reglamento, y dado que puede influir decisivamente en adjudicaciones inmediatas, se solicita informe de ese Organismo, sobre las siguientes cuestiones:

1º. *La primera cuestión surge como consecuencia de que en el ámbito de nuestra Comunidad, la consideración, en las subastas, de una baja como temeraria o desproporcionada se fijaba, en principio, en 5 unidades porcentuales por encima de la media de las bajas, en lugar de las 10 unidades en las que se determinaba en el ámbito estatal. Pues bien, como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo reglamento, en los expedientes en que éste sea de aplicación, se establece un sistema que altera considerablemente el sistema anterior. Así, dispone el artículo 85 del RGCAP que cuando exista una sola oferta, se considera baja temeraria aquella que se desvíe en más de 25 unidades del precio de licitación, cuando existan dos, se considerarán en baja cuando exista una diferencia de más de 20 unidades una respecto a otra... Se establecen en definitiva unos criterios porcentuales, que toman la referencia de las 10 unidades porcentuales que tradicionalmente determinaba la baja, por ello ¿las unidades de 25 puntos porcentuales, 20, 10 ... que se establecen en el artículo 85 del RGLCAP es de plena aplicación en el ámbito de la Junta de Andalucía? o el hecho que sea a partir de 5 unidades porcentuales considerada baja temeraria en nuestra Administración, el resto de unidades porcentuales fijadas en el Reglamento debe referirse a la proporción que guarde con 5; dicho de modo más explícito: si las unidades porcentuales de 25-20 se toma en relación a 10 en el ámbito estatal, en nuestra Comunidad dichas unidades deberían guardar relación proporcional con 5, que es la unidad porcentual de partida para considerarse baja.*

2º. *Con idéntico argumento que el indicado en el punto anterior, se solicita si resulta pleno de aplicación lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 85 del ya citado Reglamento, sobre todo en lo referente al cálculo de una nueva media en el caso que existan ofertas que sean superiores en 10 unidades porcentuales a la media, concretamente si se aplica el criterio de las 10 unidades por ser novedoso (es decir excluir a ofertas que sean desproporcionadas "por lo alto" a la media) o se aplica también analógicamente el criterio de las 5 unidades.*

3º. *Por último, y a tenor del apartado 6 del artículo 85, qué grado de discrecionalidad puede tener la mesa de contratación a la hora de valorar la solvencia que puede tener una empresa, para considerar, en base a dicha solvencia, si una oferta puede ser considerada como desproporcionada y por tanto la posibilidad que dicha Mesa estimase que tal solvencia es suficiente para justificar la baja. Parecería lógico que dicho órgano colegiado se asesorase de los órganos técnicos en la materia, toda vez que dicho artículo -85- es prácticamente de aplicación en exclusiva a la subasta de contratos de ejecución de proyectos de obras, siendo la opinión de un órgano técnico totalmente relevante a la hora de calibrar la posibilidad real de ejecutar un proyecto, por el carácter eminentemente técnico que tiene.*

El criterio de la solvencia además podría generar inseguridad jurídica, porque ¿cómo se puede determinar cuando una entidad es solvente?."

II. INFORME

1. La cuestión planteada por el órgano consultante se concreta en la determinación de las normas aplicables relativas al porcentaje para la apreciación de la existencia de bajas desproporcionadas o temerarias, a la vista de la concurrencia de disposiciones de origen estatal y de la Comunidad Autónoma.

Por lo que se refiere a nuestra Comunidad Autónoma, la Ley 9/1996, de 26 de diciembre, por la que se aprueban Medidas Fiscales en materia de Hacienda, Contratación Administrativa, Patrimonio, Función Pública y Asistencia Jurídica a Entidades de Derecho Público, dispone en su artículo 36 que *"En los contratos de obras, cuando se adjudiquen por subasta, tanto en procedimiento abierto como restringido, se considerará como desproporcionada o temeraria la baja de toda proposición cuyo porcentaje exceda en cinco unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas, sin perjuicio de la facultad del órgano de contratación de apreciar, no obstante, como susceptibles de normal cumplimiento las respectivas proposiciones, previos los informes adecuados y la solicitud de información a todos los licitadores supuestamente comprendidos en ella."*

El nuevo Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, introduce un nuevo sistema de determinación de bajas desproporcionadas o temerarias en su artículo 85, mediante la aplicación de porcentajes distintos en función del número de licitadores concurrentes, estableciendo en su apartado 5 que: "Excepcionalmente, y

atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente, reducir en un tercio en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos en los apartados anteriores".

Este artículo tiene carácter básico de acuerdo con lo contenido en la disposición final primera de dicho Reglamento.

El artículo 149.1.18º de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva en la legislación básica sobre contratos, correspondiéndole a nuestra Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución sobre contratos de acuerdo con el artículo 15.1.2º del Estatuto de Autonomía.

No obstante, la implantación de un nuevo sistema de determinación de las bajas, el cumplimiento de los requisitos que se exigen para la reducción de los porcentajes en un tercio, el carácter excepcional de dicha reducción y la concreción del carácter básico del artículo 85 del vigente Reglamento, hacen incompatible la aplicación de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 9/1996, quedando desplazado como desarrollo legislativo de la normativa de carácter básico, por lo que se habrán de aplicar los porcentajes tal como están establecidos en el citado artículo 85 del Reglamento, con la posibilidad de su reducción mediante el procedimiento previsto en su apartado 5.

2. La finalidad de la regulación de las bajas temerarias o desproporcionadas, ofertas anormalmente bajas en la terminología comunitaria, es, tanto en las Directivas comunitarias, como en la legislación española que los incorpora, impedir que las ofertas desproporcionadas o temerarias puedan ser rechazadas automáticamente por el órgano de contratación, sin realizar una previa comprobación tendente a determinar si tales ofertas, a pesar de la baja, pueden o no ser cumplidas satisfactoriamente.

En tal sentido se prevén instrumentos para que, tanto la mesa de contratación como el órgano de contratación, puedan formar su voluntad con el mayor grado de acierto para los intereses públicos. De esta manera se prevé en el artículo 83.3 del TRLCAP, por un lado, los criterios objetivos en virtud de los cuales se apreciará la concurrencia de bajas desproporcionadas o temerarias y que se recogen en el artículo 85 del RgLCAP, y de otro lado, la necesidad de solicitar información a los licitadores supuestamente comprendidos en ella, así como el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

El artículo 85 del RgLCAP, después de establecer los porcentajes a partir de los cuales se ha de considerar que las ofertas se encuentran en la situación de baja desproporcionadas o temerarias, establece en su apartado 6 un criterio que matiza la automaticidad de la aplicación de los porcentajes, este criterio es el de la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada. En primer lugar hay que destacar que tal como está redactado el precepto la aplicación de este criterio es facultativa para la mesa de contratación, la cual "podrá considerar" la oportunidad de su aplicación, y en segundo lugar, que la norma no ofrece un criterio para valorar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada. Será la mesa de contratación la que deberá realizar esa valoración atendiendo a las diversas circunstancias que puedan concurrir en cada caso en concreto, sin que pueda a priori establecerse con carácter general unos criterios que puedan servir para tal valoración.

Lo que sí hay que diferenciar es entre la valoración de la solvencia que habrá acreditado el licitador por los medios previstos en los artículos 16 a 19 del TRLCAP y que cumple el objeto de comprobar la aptitud de los licitadores para optar a la celebración del contrato, y la valoración de la solvencia que puesta en relación con la oferta presentada sirve para apreciar que, aún superando los límites porcentuales establecidos, la oferta no se considere desproporcionada o temeraria. Ambas solvencias cumplen finalidades distintas y no tienen por qué ser coincidentes.

Por supuesto que, la mesa de contratación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 81.2 y 83.3 del TRLCAP, podrá solicitar los informes técnicos que considere oportunos y, no caben dudas que, en estos casos estará especialmente indicado.

En todo caso el grado de discrecionalidad, por el que pregunta el órgano consultante, del que puede disponer la mesa de contratación para efectuar la valoración se ha de enmarcar dentro del concepto de lo razonable como se expresa la STS de 10 de junio de 1994 (RJ 1994,5241) al considerar la motivación de los actos discrecionales como *"deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional y lo arbitrario injusto, en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable"*.

III.- CONCLUSIÓN

1. Para apreciar la existencia de ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas se habrán de aplicar los criterios contenidos en el artículo 85 del vigente Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 9/1996, al haber quedado desplazado como desarrollo legislativo de la normativa de carácter básico.

2. A los efectos del apartado 6 del artículo 85 del vigente Reglamento, no puede establecerse a priori unos criterios con carácter general para la valoración de la solvencia en relación con la oferta presentada a efectos de considerarla desproporcionada, será la mesa de contratación la que deberá realizar esa valoración atendiendo a las diversas circunstancias que puedan concurrir en cada caso en concreto.

Es todo cuando se ha de informar.