

Recomendación 8/2002, de 4 de febrero de 2003, sobre interpretación de los artículos 85 y 86 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Ante las dudas interpretativas suscitadas en relación con los artículos 85 y 86 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RgLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa ha adoptado la siguiente Recomendación:

1. La regulación que el vigente Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene de las bajas desproporcionadas o temerarias, supone un cambio sustancial en relación con su anterior regulación, y en tal sentido se expresa su Exposición de Motivos, al decir que: "el carácter innovador del Reglamento se produce al admitir expresamente su apreciación en subastas y concursos y superar los criterios limitativos del artículo 109 del Reglamento de 1975, que no admitía la posibilidad de que, en el supuesto de un solo licitador, se apreciara temeridad en su proposición".

En cuanto a su ámbito de aplicación, hay que notar que, el artículo 85 que contiene los criterios para la apreciación de las bajas y el inciso final del punto 2 del artículo 87 referente a la decisión por sorteo en los casos de igualdad de ofertas, son aplicables exclusivamente a las subastas por imperativo del artículo 90, que excluye la aplicación de tales normas a los concursos.

El Reglamento utiliza diferentes parámetros con los que se han de comparar las ofertas al objeto de determinar su situación en baja temeraria. En el primer punto del artículo 85, la oferta se compara con el presupuesto base de licitación; en el segundo, con la otra oferta y, en el tercero y cuarto, con la media aritmética de las ofertas presentadas. Ello quiere decir que, ante esta diversidad, habrá que estar a lo que expresamente se diga para cada uno de los supuestos, siguiendo una interpretación literal en este aspecto, y olvidar las fórmulas que se contenían en el derogado Reglamento de 1975.

Entrando en el examen de la casuística que contempla el artículo 85 del RgLCAP, éste comienza por declarar que:

"Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

- 1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales".*

En este supuesto, que es nuevo en nuestra legislación de contratos, se compara la oferta con el presupuesto base de licitación, considerándose en situación de baja temeraria si es inferior en más de 25 unidades porcentuales.

"2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta. "

En este caso, la comparación se hace entre las dos ofertas, considerándose en situación de baja temeraria, la que sea inferior a la otra en más de 20 unidades porcentuales.

En este punto nada se dice sobre la posibilidad de considerar en baja temeraria a la oferta que represente una baja superior a 25 unidades porcentuales sobre el presupuesto base de licitación, y aunque pudiera pensarse que este podría ser un criterio general a aplicar en todos los supuestos, lo cierto es que sólo se prevé expresamente en el punto primero y en el tercero, por lo que se habrá de estar a lo que específicamente se contenga en cada uno de los puntos, y considerar la apreciación de esta posibilidad sólo en aquellos supuestos en que expresamente se contenga.

"3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales."

En este supuesto la comparación se hace con la media aritmética de las ofertas presentadas, pero hay que tener en cuenta previamente algunas cuestiones:

1. Que el cálculo de la media aritmética se hace sobre las ofertas en valores absolutos y no en porcentajes, diferencia que se destaca en relación con el derogado Reglamento de 1975, y que a dicha media se le habrá de restar o sumar su 10 por ciento, según los dos casos previstos en este punto.
2. Que automáticamente se sitúa en baja temeraria la oferta que represente una baja superior a 25 unidades porcentuales, pero sin que el Reglamento indique en relación con qué parámetro hay que compararla. Necesariamente se ha de entender que es en relación con el presupuesto base de licitación y no con la media aritmética de las ofertas

presentadas. Si se pusiera en relación con esta última, nunca sería de aplicación el porcentaje de 25 unidades, porque toda oferta que sobrepase las 10 unidades ya está en situación de baja temeraria.

3. Que la oferta de cuantía más elevada superior en 10 unidades porcentuales a la media aritmética se deberá excluir a efectos del cómputo de la media, haciéndose nuevamente la media con las otras dos restantes. Pero sólo se ha de excluir una, tal como dice el texto: "la oferta de cuantía..", en singular; además, es que, de no ser así, sólo quedaría una oferta, imposibilitando cualquier cálculo de media aritmética.

"4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía. "

En este supuesto, igual que en el anterior, la comparación se hace con la media aritmética de las ofertas presentadas, y también hay que tener en cuenta algunas cuestiones:

1. Que de la misma forma que en el punto anterior el cálculo de la media aritmética se hace sobre las ofertas en valores absolutos y no en porcentajes, y que a dicha media se le habrá de restar o sumar su 10 por ciento, según los dos casos previstos en este punto.
2. Que las ofertas de cuantías más elevadas superiores en 10 unidades porcentuales a la media aritmética se deberán excluir a efectos del cómputo de la media, haciéndose nuevamente la media con las restantes. Pero a diferencia del supuesto anterior, aquí se excluyen todas, tal como dice el texto: "si entre ellas existen ofertas", en plural.
3. Ahora bien, una vez realizada la anterior operación, si el número de las ofertas que quedan es inferior a tres, es decir una o dos, para el cálculo de la nueva media se tomarán las tres ofertas de menor cuantía.
4. En este supuesto no opera las 25 unidades porcentuales de baja en relación con el presupuesto base de licitación previsto en los puntos 1 y 3, puesto que en este punto nada se dice al respecto.

En cuanto a los puntos 5 y 6 del artículo 85 del RgLCAP, fuero objeto del Informe 7/2002, de 10 de octubre, de esta Comisión Consultiva, con la siguiente 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 pueden 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.
2. El artículo 86 del RgLCAP contiene las normas relativas a la valoración de las proposiciones formuladas por distintas empresas pertenecientes al mismo grupo.

Las normas contenidas en este artículo se aplican exclusivamente a las subastas debido a la remisión que su párrafo primero hace al artículo 83.3 de la Ley, en el que se regula la adjudicación y bajas temerarias en estos procedimientos.

Para los procedimientos adjudicados mediante la forma de concurso, el párrafo 4 del artículo 86 del RgLCAP, se remite a los criterios que puedan establecer los pliegos de cláusulas administrativa particulares, lo cual no es óbice para que los criterios previstos para la subasta se apliquen también a los concursos si así se hace constar en los pliegos.

Tanto el párrafo primero como el segundo se remiten a los distintos supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio para delimitar la aplicación de las reglas que se contienen en el artículo 86, respecto de las empresas pertenecientes al mismo grupo o de los socios de la misma sociedad.

En estos supuestos para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, se tomará únicamente la oferta de precio más bajo presentada por las empresas pertenecientes al mismo grupo, y a continuación se aplicarán las reglas contenidas en el artículo 85 según el número de licitadores que concurren con exclusión de las empresas del mismo grupo que no se tomen en cuenta, y sin perjuicio de que los efectos derivados de la aplicación de dicho

procedimiento sea de aplicación a estas empresas.