

INFORME 17/2018, DE 19 DE DICIEMBRE DE 2018 SOBRE LA NO DETERMINACIÓN EN LOS PLIEGOS DE PARÁMETROS OBJETIVOS QUE PERMITEN CONSIDERAR LAS OFERTAS COMO ANORMALES O DESPROPORCIONADAS.

I – ANTECEDENTES

La Alcaldesa del Ayuntamiento de Almadén de la Plata solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en relación con el expediente que se tramita en ese Ayuntamiento para la Concesión de la Gestión del Servicio de Atención especializada a personas con discapacidad en un centro residencial de titularidad municipal en los siguientes términos:

“... el pliego no contiene cláusula de cierre acerca de la desproporcionalidad o anormalidad de las ofertas, no determina por tanto, bajo que parámetros objetivos puede apreciarse que una oferta no puede ser cumplida, por lo que a la mesa de contratación le resulta imposible determinar si una o varias ofertas están afectadas inicialmente en anormalidad. Tampoco en el pliego se establece tal remisión al Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

Por tanto, existiendo más de un criterio de valoración y al no haberse determinado en el pliego los parámetros en base a los cuales una oferta, en su conjunto, pueda ser considerada como anormal, es ajustado a derecho aplicar supletoriamente los que señala el artículo 85 RGLCAP, habida cuenta que son varios los criterios de adjudicación, con el fin de seguir el procedimiento establecido en el artículo 152.3 del TRLCSP sobre la justificación de la viabilidad de oferta u ofertas.

En el supuesto de que se considere que no procede aplicar supletoriamente el art. 85 del RGLCAP, se deberá adjudicar a la oferta que por aplicación de los criterios de valoración contenidos en el pliego haya obtenido la mayor puntuación, siendo ya el PCAP un acto firme y consentido, toda vez, que no consta impugnación del mismo.

Se ha de entender que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de las proposiciones por parte de las entidades licitadoras implica su aceptación incondicionada. Se adjunta PCAP. Se solicita informe jurídico al respecto”.

II – INFORME

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.



Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública, si bien en el presente caso realizaremos algunas consideraciones de carácter general sobre las cuestiones planteadas en base a la documentación e información que aporta la entidad consultante, por lo que puede haber elementos jurídicos y fácticos que puedan desconocerse por este órgano consultivo.

1.- El procedimiento que sigue en el Ayuntamiento se tramita de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).

Señala el art. 152.2 TRLCSP, artículo que regula las ofertas con valores anormales o desproporcionados, lo siguiente: *“cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales”*.

Resulta interesante mencionar que el art. 152.1 TRLCSP establece que *“cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado”*.

Es en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), en donde se establecen reglamentariamente los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias; situación prevista cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio.

2.- El caso planteado por el órgano consultante hace referencia a que hay varios criterios de valoración, y por tanto, no sólo el del precio *“(...) el pliego no contiene cláusula de cierre acerca de la desproporcionalidad o anormalidad de las ofertas, no determina por tanto, bajo que parámetros objetivos puede apreciarse que una oferta no puede ser cumplida, por lo que a la mesa de contratación le resulta imposible determinar si una o varias ofertas están afectadas inicialmente en anormalidad”* y añade que *“(...) Por tanto, existiendo más de un criterio de valoración y al no haberse determinado en el pliego los parámetros en base a los cuales una oferta, en su conjunto, pueda ser considerada como anormal (...)”*.

Por tanto, no puede acudir a la previsión reglamentaria establecida en el art. 85 RGLCAP, cuestión que plantea como una posible solución el Ayuntamiento. Los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciaría, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados debieron fijarse en los pliegos.

Puede citarse la Resolución n.º 1213/2017 de 22 de diciembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en cuyo fundamento de derecho séptimo se indica lo siguiente:



“Séptimo. Entraremos ahora en la alegación del carácter anormal o desproporcionado de la oferta, igualmente por ser imposible hacer la entrega en el plazo de un día.

En la reciente Resolución 1020/2017 hemos recordado que el artículo 34 LCSPDS establece, bajo la rúbrica “ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas”, lo que sigue: “Los órganos de contratación o, en su caso, las entidades contratantes, podrán considerar que alguna o algunas de las proposiciones son anormalmente bajas o desproporcionadas con relación a la prestación. Para la determinación de qué oferta u ofertas son anormalmente bajas o desproporcionadas, se estará a lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público”.

La referencia así realizada al artículo 136 de la Ley 30/2007 debe tenerse hoy por hecha al artículo 152 TRLCSP, en cuyos apartados 1 y 2 se establece lo que sigue: “1. Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado. 2. Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.”

Como allí decíamos, y como puede comprobarse, en la citada dicción legal se distingue claramente entre los supuestos en que el criterio de adjudicación único sea el precio, en cuyo caso habrá de estarse a los “parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado”, y aquellos otros en que exista más de un criterio de valoración, en cuyo supuesto “podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados”.

Pues bien, como hemos recordado en la Resolución 907/2017, con cita de la 107/2016, “para que pueda ser ponderada si una proposición no puede ser cumplida por considerar que se trata de una oferta anormalmente baja (...), cuando se apliquen diversos criterios de valoración de las ofertas, es requisito que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se hayan especificado los criterios objetivos que permitirán su apreciación. De tal forma que si tal previsión “no figura en el PCAP no puede apreciarse que una proposición pueda ser considerada como oferta anormalmente baja” (...) Además, idéntica interpretación literal del precepto transcrito se ha realizado tanto desde los órganos jurisdiccionales (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2014, recurso de casación 334/2013), como desde la doctrina de los tribunales administrativos competentes para conocer del recurso especial en materia de contratación.”

Lo anterior supone que, cuando existen criterios de adjudicación diferentes del precio, la fijación de las condiciones y umbrales que determinan que una oferta contiene valores anormales o desproporcionados es competencia exclusiva de los pliegos que rigen la licitación”.

Cabe citar igualmente la Resolución 278/2018, de 4 de octubre del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en cuyo fundamento de derecho sexto se indica lo siguiente:

“En el supuesto examinado, el PCAP no establece parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados.



Por su parte, el artículo 152 del TRLCSP, cuando estamos ante una pluralidad de criterios de adjudicación, como es el caso, dispone en su apartado 2 que debe ser el pliego el que determine bajo qué parámetros objetivos podemos apreciar que una oferta no puede ser cumplida como consecuencia de que incluya valores anormales o desproporcionados, sin que estos parámetros deban hacer referencia exclusivamente al criterio precio. Es decir, el legislador ha otorgado total libertad a los órganos de contratación para que fijen o no en los pliegos, cuales son los parámetros para determinar que una oferta puede considerarse inicialmente como anormal o desproporcionada.

En efecto, cuando para la adjudicación se consideren varios criterios, como es el caso, la apreciación de que una proposición es anormalmente baja exige que el pliego haya establecido de forma clara los parámetros objetivos para apreciar que la oferta podría ser anormal o desproporcionada, por lo que si los pliegos no los indican no procede la obligación de tramitar el procedimiento contradictorio a que se refiere el artículo 152.3 y 4 del TRLCSP para determinar la viabilidad de la oferta. Así pues, la ausencia de parámetros objetivos en los pliegos para considerar, en su caso, una oferta anormal o desproporcionada, no puede considerarse una infracción del procedimiento de contratación que deba suplirse con la aplicación supletoria de la normativa contractual, por lo que hay que entender que no hay voluntad del órgano de contratación de establecerlos, no existiendo en consecuencia obligación de tramitar el procedimiento contradictorio a fin de determinar su viabilidad, por lo que este Tribunal concluye que la adjudicación, en el extremo analizado, se ha ajustado a Derecho y que procede por tanto la desestimación del recurso interpuesto”.

De todo ello cabe concluir que el TRLCSP distinguía entre aquellos contratos en los que el único criterio valorable de forma objetiva para la adjudicación del contrato era el precio, en cuyo caso el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas se podía apreciar de acuerdo con los parámetros objetivos establecidos reglamentariamente, y aquellos contratos en los que existían más de un criterio de valoración, en cuyo caso, podía expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciaría la inclusión de valores anormales o desproporcionados.

Por último, puede traerse a colación el Informe 11/2014, de 7 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón que trata diferentes cuestiones relacionadas con los parámetros objetivos que permiten considerar las ofertas como anormales o desproporcionadas en las licitaciones públicas. En el mismo se señala que *“la apreciación de que una oferta contiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida satisfactoriamente como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. De acuerdo con ello, la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia licitadora, no siendo posible su aplicación automática (Resolución 24/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales). Por este motivo, resulta conveniente que el órgano de contratación establezca los parámetros objetivos —razonables y compatibles con la finalidad de conseguir economías de escala— a partir de los cuales se pueda apreciar que se dan unos indicios por los que se entiende que una proposición es anormalmente baja, parámetros, que como consecuencia lógica de los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad que rigen la contratación pública, en ningún caso podrán producir efectos discriminatorios, de ahí que deban de figurar de manera clara y precisa en los pliegos de rijan la licitación. Es decir, establecer los parámetros o fórmulas a partir de los cuales se determina que una oferta es, a priori, anormalmente baja, es solo un primer paso que obliga al órgano de contratación a solicitar aclaraciones al licitador que se encuentre en esta situación para que justifique su oferta”.*



III – CONCLUSIÓN

1.- De acuerdo con lo establecido el art. 152.1 TRLCSP cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.

2.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 152.2 TRLCSP cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados.

3.- Por tanto, cuando se apliquen diversos criterios de valoración para la adjudicación, si en el pliego de cláusulas administrativas particulares no se han recogido esos parámetros objetivos no podrá apreciarse que una proposición pueda ser considerada como oferta anormalmente baja o desproporcionada.

Es todo cuanto se ha de informar.

