Informe 16/16, de 27 de abril de 2017 "Falta de justificación puntual de una oferta desproporcionada. TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL."

Clasificación del informe: 4. Órganos de contratación. 10. Régimen de las garantías. 10.1. Garantías provisionales. 4.1. Cuestiones generales. 12. Expediente de contratación. Trámites. 12.1. Expediente de contratación. 16. Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. 16.5. Mesa de contratación. 16.6. Bajas desproporcionadas.

ANTECEDENTES

La Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando se emita informe en los siguientes términos:

"El artículo 152 del Real Decreto 3/2011 de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público contiene la regulación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados. Por otra parte, conforme a la disposición final tercera de dicho Real Decreto, "los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella yen sus normas de desarrollo y, subsidiariamente por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias".

En el apartado 3 de dicho artículo 152 se señala que una vez identificadas ofertas que puedan ser consideradas desproporcionadas o anormales, la Mesa de Contratación debe dar trámite al licitador o licitadores que las hayan presentado, para que proceda a su justificación y, asimismo, debe solicitar el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

En relación con dicho apartado se plantean algunos aspectos derivados de la interpretación y aplicación del mismo, como los que se señalan a continuación, que sustentan la elevación de la presente consulta en cuanto a la evacuación y efectos del trámite de audiencia así como del contenido del informe que en su caso derive del asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

En cuanto al trámite de audiencia, ni el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ni sus normas de desarrollo contienen regulación específica alguna sobre el mismo, por lo que es necesario acudir a lo dispuesto con carácter general en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el que dicho trámite se configura como

JOSÉ ABASCAL 4, 1º
28071 MADRID
TEL: 914 430 950
FAX: 915 756 765

una garantía para los interesados, a efectos de que no pueda producirse indefensión, resultando su ejercicio potestativo parta los mismos.

En consecuencia con lo expuesto, la falta de respuesta de los licitadores en dicho trámite, o la cumplimentación del mismo fuera del plazo otorgado, no comporta automáticamente la exclusión de la clasificación, sino únicamente la pérdida de su derecho a presentar las justificaciones de su oferta que juzguen pertinentes.

A esta conclusión se llega por el hecho de que el artículo 152.3 del TRLCSP establece preceptivamente que en el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente, de tal manera que, conforme se determina a continuación, en el número 4 de dicho precepto, el órgano de contratación, para poder adoptar su decisión, debe considerar dicho informe técnico, así como la justificación efectuada por el licitador, suponiendo que, en ejercicio de su derecho, éste la hubiera realizado mediante la cumplimentación adecuada del trámite de audiencia.

Siguiendo con la argumentación anterior, si nos encontramos con que el trámite de audiencia es potestativo para el licitador, y que el informe técnico es imprescindible en el procedimiento, se llega a la conclusión de que dicho informe debe emitirse siempre, entrando a considerar desde los correspondientes puntos de vista económicos y técnicos, si una determinada oferta puede ser cumplida o no, con independencia de que el licitador presente las justificaciones que considere oportunas, o, por el contrario, decline tal derecho.

Por último se significa que el procedimiento al que nos estamos refiriendo finaliza con la decisión del órgano de contratación de excluir o no de la clasificación a un determinado licitador, o a varios, y esta decisión debe ser motivada, por lo que el informe técnico que debe ser tomado en consideración también debe serlo.

No obstante, a pesar de las cuestiones apuntadas, en el caso de los procedimientos con único criterio de adjudicación (antiguas subastas), el propio Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas impone en su artículo 85 los criterios para apreciar la desproporción o temeridad en las ofertas, estableciendo una presunción iuris tantum, que como tal se mantiene hasta que sea levantada mediante la oportuna prueba en contrario.

Por otra parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha considerado (Resolución nº 032/2012, sobre el recurso nº 004/2012), que cuando es el pliego el que ha fijado límites que permitan apreciar que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas anormales o desproporcionadas, en aplicación de la posibilidad que al respecto establece el artículo 152 del TRLCSP, la superación de 105 límites fijados en el pliego se configura como presunción de temeridad que debe destruirse por el licitador, correspondiéndole solo a éste la justificación de su proposición, de modo que su silencio conlleva el rechazo de la proposición.

Esta manifestación del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es coherente con la tradicional doctrina de esa Junta Consultiva sobre la situación de las empresas incursas en presunción de temeridad, así como con otras resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Así, por ejemplo, la Resolución nº 042/2013 de dicho Tribunal sobre el recurso nº 305/2012 CA Murcia 002/2012, expone que la viabilidad de las ofertas que por superar los umbrales que rigen para la contratación se estima que contienen valores anormales o desproporcionados, ha de ser acreditada debidamente por la empresa licitadora en el trámite oportuno, de conformidad con lo que establece el artículo 152 TRLCSP, correspondiendo a la mesa de contratación, en el ejercicio de su discrecionalidad técnica, la valoración acerca de la posibilidad de cumplimiento del contrato por parte de la empresa que se encuentra en "baja temeraria", con base en lo justificación presentada por lo empresa y en los informes técnicos recabados al efecto. Deben resaltarse las consideraciones del citado Tribunal sobre la necesidad de la debida acreditación por las empresas licitadoras de sus ofertas con valores anormales o desproporcionados en el trámite oportuno, no en cualquier otro momento.

A este respecto, aunque, efectivamente, el artículo 152.3 del TRLCSP utiliza la expresión "audiencia", en relación con el trámite de justificación de las ofertas por parte de los licitadores con ofertas desproporcionadas o anormales, no parece que este trámite se configure con una identidad total con respecto al previsto como trámite de audiencia en el arto 84 de la Ley 30/1992, por cuanto éste se establece, previa manifestación íntegra del expediente, para que los interesados puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes, mientras que el trámite del 152.3 del TRLCSP tiene como exclusiva finalidad que el licitador "justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma". Se trata, pues, de un trámite específico de un procedimiento especial como son los procedimientos para la adjudicación de contratos del sector público.

En este punto de la argumentación, conviene recordar el alcance de la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre a los procedimientos regulados en el TRLCSP. De conformidad con la disposición final tercera del citado texto refundido, los procedimientos regulados en el mismo se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en la Ley de Contratos del Sector Público y en sus normas de desarrollo. Por lo tanto, solo cuando dicha normativa aplicable en primer término guarde silencio sobre un determinado extremo cabe la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, pero además, solo cuando la norma subsidiaria no sea contraria al contenido general y a los principios generales que inspiran la norma aplicable en primer lugar, pues en esos casos debe entenderse que la materia aparece regulada por ésta (en este sentido, informe de esa Junta Consultiva nº 16/00, de 11 de abril de 2000).

Parece, en la específica regulación de este trámite por la normativa que regula la adjudicación de los contratos del sector público, que la justificación de la oferta por parte del licitador incurso en presunción de "temeridad" se configura como una carga del procedimiento para ese licitador, que de no ser cumplida conlleva unos efectos que van más allá de la pérdida del trámite por su parte, puesto que determinan la exclusión de la oferta del procedimiento. La no asunción de esa carga por parte del licitador devendría en que no se le pueda adjudicar el contrato, con independencia ya de otras consideraciones. En esta línea se ha manifestado esa Junta Consultiva en informes anteriores a la entrada en vigor de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, por ejemplo y entre otros, en su informe 24/1998, de 30 de junio de 1998, entre otros que señala que en el supuesto de bajos temerarias o incursas en presunción de temeridad es evidente que la falta, par causas imputables al licitador, de contestación a la solicitud de información sobre la oferta que efectúa el órgano de contratación prevista en el artículo 84.3 de la Ley [hoy 152.3 del TRLCSP] equivale a una retirada injustificada de la oferta, dado que la proposición no debe estimarse completa ni permite la adjudicación del contrato, sin la práctica de esta información...

En este sentido es preciso traer a colación la regulación contenida en el artículo 62.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que no ha sido expresamente derogado, que al establecer que en caso de retirada injustificada de la oferta por algún licitador antes de la adjudicación se procederá a la ejecución de la garantía provisional, añade que a esos efectos, la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el art. 83.3 de la Ley (equivalente al 152 del TRLCSP) tendrá la consideración de retirada injustificada de la proposición. La aplicación directa de esta norma, en el supuesto de que mantenga su vigencia, determinaría por sí misma, en los supuestos en que se haya establecido garantía provisional, que la no justificación de su oferta por parte del licitador cuya oferta contenga valores anormales o desproporcionados, sería considerada como retirada injustificada de la oferta y devendría en la incautación de la garantía provisional (en aplicación del arto 103.4 del TRLCSP); lo que en una interpretación lógica llevaría a colegir que, cuando no está establecida garantía provisional en el pliego, el efecto de la no presentación de la justificación de la oferta no puede ser diferente, salvo en cuanto a la incautación de la garantía, al ser esta imposible en ese caso.

De admitirse que el efecto inmediato de la no justificación de la viabilidad de una oferta que contiene valores desproporcionados o anormales en el plazo otorgado por la Mesa de Contratación es la exclusión de esa proposición del procedimiento, parece que no tendría objeto alguno que se emitiese informe técnico sobre aquella, debiendo manifestarse el servicio técnico solamente sobre las ofertas que sí hayan sido justificadas por los licitadores oferentes. Esta interpretación resulta congruente con la regulación en el derecho de la Unión Europea sobre las ofertas anormalmente bajas en la contratación pública. El artículo 69.1 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero

de 2014, señala taxativamente que los poderes públicos exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas aparezcan anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate. Parece que esta disposición de la Directiva, que se encuentra ya traspuesta en el texto del art. 152 del TRLCSP, determina el sentido en el que el órgano de contratación debe interpretar el alcance de dicho texto, ya que no deja lugar a dudas de que la justificación de su oferta es un acto obligado para el licitador que se encuentro incurso en presunción de "temeridad", puesto que el órgano de contratación ha de exigírsela. De acuerdo con ello, debería matizarse, por lo tanto, el significado del término "audiencia" en la redacción del artículo 152.3 del TRLCSP, que, desde esa perspectiva, se constituye como el momento en el que el licitador debe asumir la carga de la prueba, acreditando la viabilidad de su oferta, y no viene referido a la mera posibilidad y derecho a ser escuchado en el procedimiento.

El artículo 69.3 añade además que el poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador, y que solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2, que enumera las cuestiones a las que podrán referirse las explicaciones contempladas en el apartado 1. El análisis de la oferta anormalmente baja debe partir, por lo tanto, de la información proporcionada por el licitador en ese específico trámite de consulta sobre la justificación se su oferta. La conclusión que parece deducirse de la lectura conjunta de ambos apartados es que, en el caso de que un licitador no atienda a la exigencia de justificar su oferta, esta no podrá ser tomada en consideración para la adjudicación, al no habérsele facilitado al poder adjudicador la información que éste debe evaluar.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, se eleva consulta sobre las siguientes cuestiones:

1. *Si el artículo 62.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas mantiene su vigencia, y con qué alcance en relación con supuestos como el mencionado.*
2. *Qué consecuencias acarrea la no presentación, o la cumplimentación fuera del plazo otorgado, por parte del licitador de documentación para la justificación de la valoración de su oferta, cuando por superación de los umbrales que rijan en el procedimiento se ha considerado que contiene valores desproporcionados o anormales.*
3. *Si el asesoramiento técnico al que se refiere el artículo 152.3 del TRLCSP debe extenderse solamente a las ofertas con respecto a las cuales los licitadores requeridos para ello han justificado en el plazo otorgado por la Mesa de Contratación la justificación de la valoración de su proposición, o si es preceptivo que se*

refiera a todas las que se hayan identificado como desproporcionadas o anormales, aunque no hayan sido justificadas por los oferentes.".

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. La Tesorería General de la Seguridad Social consulta a este órgano acerca de tres cuestiones distintas. Procede, en consecuencia, analizar cada una de ellas por separado comenzando por la que hace referencia a la vigencia y alcance del artículo 62.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Como es sabido, la normativa de contratación pública ha sido objeto de sucesivas modificaciones desde la entrada en vigor del Reglamento de 2001. Sin embargo, en ninguna de tales modificaciones se deroga expresamente el precepto cuya vigencia se cuestiona. Esto es así si aludimos a las normas que tuvieran rango legal como, por ejemplo, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y sus sucesivas modificaciones como la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las Infraestructuras y los servicios de información geográfica en España, la Ley 34/2010, de 5 de agosto, la Ley núm. 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la Ley núm. 26/2011, de 1 de agosto, o el Real Decreto Legislativo núm. 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y sus modificaciones posteriores. Tampoco en las normas reglamentarias más relevantes dictadas tras la entrada en vigor del Reglamento, por ejemplo en el Real Decreto núm. 817/2009, de 8 de mayo o en el Real Decreto núm. 773/2015, de 28 de agosto, se ha producido derogación expresa de este precepto.

Tampoco puede hablarse de derogación tácita. El tenor literal del precepto reza lo siguiente:

"Artículo 62. Efectos de la retirada de la proposición, de la falta de constitución de garantía definitiva o de la falta de formalización del contrato respecto de la garantía provisional.

1. Si algún licitador retira su proposición injustificadamente antes de la adjudicación o si el adjudicatario no constituye la garantía definitiva o, por causas imputables al mismo, no pudiese formalizarse en plazo el

contrato, se procederá a la ejecución de la garantía provisional y a su ingreso en el Tesoro Público o a su transferencia a los organismos o entidades en cuyo favor quedó constituida. A tal efecto, se solicitará la incautación de la garantía a la Caja General de Depósitos o a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales donde quedó constituida.

2. A efectos del apartado anterior, la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley, o el reconocimiento por parte del licitador de que su proposición adolece de error, o inconsistencia que la hagan inviable, tendrán la consideración de retirada injustificada de la proposición."

La remisión al artículo 83.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000 supone la necesidad de un trámite consistente en una previa solicitud de información a todos los licitadores supuestamente comprendidos en baja, así como el asesoramiento técnico del servicio correspondiente. Tal trámite guarda una relación directa e inmediata con los que, a los efectos de la valoración de las ofertas incurras en presunción de temeridad contienen la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 (artículo 136.3) y el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (152.3). Ambos exigen un trámite en que el licitador afectado por la oferta desproporcionada explique su viabilidad y, por ello, no existe obstáculo para que la falta de contestación al trámite tenga el efecto de retirada injustificada de la oferta que a tal conducta anuda el precepto reglamentario.

Bien es cierto que en nuestro Informe 42/05, de 26 de octubre, aludíamos a la inaplicación del artículo 62.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en los supuestos de proposiciones incursas en presunción de temeridad que adolezcan de error debidamente acreditado, pero la lectura atenta del meritado informe aflora una serie de condiciones peculiarísimas en el caso tratado que justifican una excepción a nuestra doctrina general, que ahora ratificamos.

En la misma línea general a la que nos venimos refiriendo se pronunció nuestro informe 25/2007, de 5 de julio, donde se indica lo siguiente:

"A estos efectos, esto es, la retirada de la proposición, el apartado 1 del artículo 62 del Reglamento General de la Ley determina que si algún licitador retira su proposición injustificadamente antes de la adjudicación o si el adjudicatario no constituye la garantía definitiva o, por causas imputables al mismo, no pudiese formalizarse en plazo el contrato, el órgano de contratación procederá a la ejecución e ingreso en el Tesoro Público de la garantía provisional y oficiará, en su caso, al órgano donde quedó constituida a los mismos efectos, equiparando el apartado 2 del citado artículo a la retirada injustificada de la proposición tanto la falta de contestación por el empresario a la solicitud de información emitida por el órgano de contratación cuando la proposición de aquél esté inicialmente incursa en el concepto de oferta anormalmente baja a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como el reconocimiento por parte del licitador de que su proposición adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable.

Por tanto, y teniendo en cuenta lo anterior, puesto que la alegación de error se estima como retirada injustificada de oferta e impide al órgano de contratación la adjudicación del contrato a la misma, procede actuar en el sentido que se especifica respecto de la incautación de la garantía provisional."

La consecuencia de que se concluya que la falta de contestación al trámite concedido al licitador sea considerada como una retirada injustificada de la oferta es la que el propio precepto reglamentario establece, esto es, la ejecución de la garantía provisional, si es que existe, y su ingreso en el Tesoro Público o su transferencia a los organismos o entidades en cuyo favor quedó constituida.

2. La segunda cuestión, referente a las consecuencias que acarrea la no presentación o la cumplimentación fuera del plazo otorgado de la justificación de la oferta incursa en presunción de temeridad, ya ha sido contestada en parte y viene detallada en la ley y en la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero. Esta última establece (artículo 69) que el poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador y que solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos que se han de justificar.

La aplicación coordinada de todas las normas mencionadas implica, como hemos visto, que la conducta omisiva en cuanto a la explicación de la oferta en estos casos debe calificarse como una retirada injustificada de la oferta pues ante ella no se podrá considerar explicado satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos. Tal calificación conlleva la ejecución de la garantía provisional, habida consideración del tenor literal del precepto reglamentario que antes hemos analizado.

Por otro lado tal conducta supone la exclusión del licitador puesto que el artículo 151.4 de la ley establece que si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas. Este precepto tiene en consideración el supuesto en que el licitador haya tratado de justificar la viabilidad de su oferta y no lo haya conseguido. Con mayor razón habrá que considerar que la actitud pasiva del licitador debe tener el mismo efecto, máxime si, como hemos visto, supone una retirada injustificada de la oferta. Esta conclusión es congruente con el contenido del artículo 69 de la Directiva.

En este sentido conviene recordar que la superación de los límites que el órgano de contratación ha fijado para definir la existencia de una anormalidad de la proposición del licitador, si bien como hemos visto no permite excluir de modo automático la proposición, se configura como una presunción de temeridad que debe destruirse por el licitador, correspondiéndole sólo a éste la justificación de su proposición, de modo que su silencio conlleva el rechazo de la proposición. (TACRC. Resolución 32/2012, de 26 de enero).

3. La tercera cuestión que nos plantea la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social es si el asesoramiento técnico al que se refiere el artículo 152.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público debe extenderse solamente a las ofertas respecto de las cuales los licitadores, una vez requeridos para ello, haya justificado en el plazo otorgado por la Mesa de Contratación la justificación de la valoración de su proposición, o si es

preceptivo que se refiera a todas las que se hayan identificado como desproporcionadas o anormales, aunque no hayan sido justificadas por los oferentes.

La respuesta a esta cuestión debe ser congruente con nuestra anterior conclusión. Si la omisión de la justificación solicitada al licitador supone su exclusión al no haber atendido el trámite de explicación de su proposición, no tiene sentido que el órgano de contratación tenga que solicitar más información de ningún tipo.

De hecho, en este caso la petición del informe podría suponer que el órgano técnico tuviera que pronunciarse atendiendo simplemente al importe de la proposición y a los demás elementos de la misma que no hayan sido explicados, lo que en aplicación del pliego puede llegar a suponer una motivación mínima basada en la propia aplicación del umbral descrito en el pliego de cláusulas administrativas particulares para perfilar la proposición anormal. Por tanto, este informe carecería de relevancia alguna para la motivación de la exclusión, que vendría simplemente determinada por la ausencia de justificación de la viabilidad de la proposición.

CONCLUSION:

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que:

1. El artículo 62.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas mantiene su vigencia.
2. Por su virtud, y por aplicación del resto de la normativa vigente en materia de contratación pública, si el licitador debidamente requerido no justifica la viabilidad de su oferta por no contestar a la solicitud de información que le dirige la entidad contratante, tal conducta supondrá una retirada injustificada de aquella y la incautación de la garantía provisional. Igualmente supondrá la exclusión del licitador y la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas.
3. En este supuesto no es necesario instar la opinión del órgano técnico.