



Expediente 119/18

Materia: identificación de ofertas anormalmente bajas cuando existen varios criterios de adjudicación, en relación con lo previsto en el artículo 149.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

ANTECEDENTES

La Directora General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

«La Intervención Delegada en los Servicios Centrales de este Instituto Nacional de la Seguridad Social ha formulado, en el trámite de fiscalización previa de expedientes de contratación en los que se contemplaban varios criterios de adjudicación, una observación complementaria relativa a los parámetros establecidos en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para identificar las ofertas anormalmente bajas.

En todos los casos de referencia, el correspondiente Pliego de Prescripciones Administrativas Particulares (PCAP) incluía una cláusula, referida al precio de la oferta, conforme a la cual

"...en aplicación de lo previsto en el artículo 149.2 LCSP, se considerará en principio como anormalmente baja el valor de toda proposición cuyo



porcentaje de baja exceda de los límites fijados en el artículo 85 del RGLCAP:

- *Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto de licitación del contrato (IVA excluido) en más de 25 unidades porcentuales.*
- *Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.*
- *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 anormal la baja superior a 25 unidades porcentuales.*
- *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"*

Frente a ello, la Intervención Delegada observa que a pesar de que los expedientes de referencia se tramitan utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación, "los parámetros incluidos en el PCAP para apreciar la existencia



de ofertas anormales, son los recogidos en el artículo 85 del RGLCAP para apreciar las ofertas desproporcionadas cuando el único criterio de adjudicación sea el precio y por lo tanto, en este caso no se encuentran referidos a la oferta considerada en su conjunto, lo que supone un incumplimiento de lo establecido en el artículo 149.2.b)". Y concluye que "Los parámetros establecidos en el PCAP, al no ajustarse a lo previsto en el artículo 149.2.b de la LCSP, podrían determinar que se consideren desproporcionadas determinadas ofertas que no lo fuesen y viceversa, al establecer el umbral de anormalidad por referencia únicamente al conjunto de ofertas económicamente válidas que se hayan presentado, pero sin tener en cuenta las ofertas consideradas en su conjunto (mejoras)".

En relación con esta observación formulada por la Intervención Delegada en los Servicios Centrales del INSS, este centro gestor se plantea una serie de dudas interpretativas, que seguidamente se exponen:

CONSIDERACIONES

El citado artículo 149.2 de la LCSP, en que apoya la Intervención Delegada su observación, establece lo siguiente:

“2. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.



La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

- 1. Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.*
- 2. Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.”*

El mencionado artículo introduce algunos cambios de redacción respecto del artículo 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto-legislativo 3/2011, de 4 de noviembre) que establecía:

"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".

Este artículo 152 se vino interpretando en el sentido de considerar que, frente a lo establecido en los casos en que el único criterio de valoración era el precio, para los supuestos en que existía una pluralidad de criterios de adjudicación, el legislador había otorgado a los órganos de contratación total libertad para fijar, vía pliegos, cuáles eran los parámetros para determinar que una oferta podía considerarse inicialmente como desproporcionada, sin que necesariamente tuvieran que hacer referencia exclusivamente al precio. No obstante, nada impedía que el órgano de contratación estableciera en el pliego como parámetros para apreciar el carácter anormal de las ofertas los que establece el artículo 85 RGLCAP.

A la luz de los referidos antecedentes la primera cuestión que se plantea en la interpretación del vigente artículo 149.2 es si en su primer inciso se está imponiendo la obligación de establecer expresamente en los pliegos, en todos los casos, los parámetros objetivos para identificar los casos de anormalidad. O si, por el contrario, como considera este Instituto, cabe interpretar que ello no es así y que el auténtico sentido de ese inciso es que para que pueda apreciarse por la mesa o el órgano de contratación, en su caso, la presunción



de anormalidad deben haberse contemplado en los pliegos (y este sería el alcance de la expresión "debiendo contemplarse") los parámetros objetivos para ello.

Avalarían dicha interpretación no solo los antecedentes normativos a que antes se ha hecho referencia, sino también la letra a) de ese artículo 149.2, que prevé expresamente la posibilidad de que en los pliegos no exista previsión alguna respecto de los indicados parámetros.

De este modo, cabría interpretar el referido apartado en su conjunto en el sentido de que no resulta obligatorio que en los pliegos se establezcan unos parámetros para identificar las ofertas anormalmente bajas (aun cuando ello si pueda resultar conveniente). Lo que se fijaría es una regla general conforme a la cual para poder apreciar la referida presunción sí es necesario que los pliegos hayan fijado esos parámetros, de modo que de no haberse hecho no será posible apreciar la anormalidad. Dicha regla tendría una excepción referida a los supuestos en que solo existe un criterio de adjudicación respecto de los cuales, en ausencia de la fijación en los pliegos de los referidos parámetros, resultan de aplicación supletoria los establecidos por vía reglamentaria (actualmente los fijados en el artículo 85 del RGLCAP). Puesto que no existe en el apartado b) una excepción similar respecto de los supuestos en los que hay varios criterios de adjudicación rige la regla general y, en consecuencia, a falta de fijación expresa de los parámetros de referencia en los pliegos no resulta posible efectuar una presunción de anormalidad. Ello es compatible con la redacción del citado párrafo b) conforme al cual cuando se utilicen varios criterios habrá de estarse a lo previsto en los pliegos que han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, lo cual podría interpretarse en



el sentido de que la falta de tales criterios en los pliegos no permite tal identificación.

La segunda cuestión se refiere al grado de libertad que la norma deja al órgano de contratación para configurar en los pliegos los parámetros objetivos a tener en cuenta para determinar la presunción de anormalidad, en aquellos casos en los que existen varios criterios de adjudicación.

A este respecto considera la Intervención Delegada que el apartado 2.b) del citado artículo 149 de la LCSP, al hablar de parámetros objetivos "referidos a la oferta considerada en su conjunto", impediría fijar en los pliegos el umbral de anormalidad por referencia únicamente al conjunto de ofertas económicamente válidas que se hayan presentado, siendo necesario tener en cuenta junto al precio, las mejoras que, en los casos objeto de fiscalización previa, servían como criterio de adjudicación.

La redacción del citado apartado 2.b suscita también dudas a esta entidad respecto a esta cuestión, y si bien se considera posible la interpretación dada al mismo por la Intervención Delegada, se estima que igualmente cabrían otras.

Efectivamente, se considera que el inciso "referidos a la oferta en su conjunto" es susceptible de distintas interpretaciones. Así por ejemplo, esa misma expresión fue utilizada por distintas resoluciones, en el contexto normativo anterior, para afirmar la necesidad de que la anormalidad de una oferta se apreciara en referencia al conjunto de los servicios ofertados.



Igualmente la referida expresión podría referirse al conjunto de ofertas presentadas por los distintos licitadores.

Considera este Instituto que cada tipo de contratación, por razón de su objeto y de los criterios de adjudicación establecidos, puede aconsejar una manera distinta de formular los parámetros objetivos a tener en cuenta para identificar las ofertas anormalmente bajas. Y en esta labor el órgano de contratación habría de tener libertad para su establecimiento de manera que esa exigencia de fijar los parámetros en referencia al conjunto de la oferta no suponga sino la facultad, en función del supuesto, de tener en cuenta a tal efecto no solo precio sino también los demás criterios de adjudicación y no solo el precio, en función del supuesto, pero no la necesidad de atender en todos los casos, a todos ellos. Sería el órgano de contratación el que, en cada caso determinaría libremente esos parámetros sin que nada impidiera, siempre que estuviera motivado, fijarlos en función solo del precio, de este y algunos de los demás criterios, o de todos ellos.

Por otra parte, la norma exige la fijación de parámetros objetivos para identificar la presunción de anormalidad. Ello plantea importantes problemas en aquellos supuestos en los cuales junto a criterios evaluables de forma automática existen otros que dependan de un juicio de valor. ¿De qué manera en estos casos pueden establecerse los citados parámetros objetivos teniendo en cuenta todos y cada uno de los criterios de adjudicación? La labor se considera sumamente compleja.



CUESTIONES PLANTEADAS

De acuerdo con lo expuesto, las cuestiones que se plantean en relación con la interpretación del artículo 149.2 de la LCSP son las siguientes:

- 1º ¿Es obligatorio que los PCAP de los contratos recojan necesariamente y en todos los casos unos parámetros objetivos para identificar las ofertas anormalmente bajas?*
- 2º En los casos en que se utilice más de un criterio de adjudicación: ¿Los parámetros objetivos fijados en el PCAP para identificar las ofertas anormalmente bajas habrían de referirse necesariamente a todos los criterios de adjudicación? ¿incluidos los de valoración subjetiva? ¿O tendría el órgano de contratación la facultad de establecerlos libremente atendiendo a uno o varios de los criterios de adjudicación? ¿Podría el PCAP fijar como parámetros de identificación de las ofertas anormalmente bajas los mismos contemplados en el artículo 85 del RGLCAP?”*

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El Instituto Nacional de la Seguridad Social plantea ante esta Junta Consultiva diversas cuestiones relativas a la determinación de los parámetros objetivos que permiten identificar los casos en que una oferta se considere anormal en el seno de una licitación.



Las citadas cuestiones se plantean al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Este precepto señala lo siguiente:

“La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.

b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros



objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.”

2. Conviene recordar, en segundo lugar, que el artículo 149.2 tiene su basamento en lo previsto en el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, cuyo apartado 1, en línea con lo que señala el Considerando 103, señala lo siguiente:

“Los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate”

El resto de los apartados del precepto recogen las posibles explicaciones que pueden ofrecer los operadores económicos y aluden a la potestad del órgano de contratación de rechazar la oferta en caso de que, tras las pertinentes explicaciones o por su ausencia, no se haya podido explicar satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos.

De este análisis se deduce que estamos en presencia de una regulación que, al igual que ocurría con la anterior Directiva, no especifica los parámetros que hay que tener en consideración para calificar una oferta como anormalmente baja, ni tampoco la forma en que tales criterios deben plasmarse en los pliegos. Por el contrario, de modo acorde con lo estatuido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (véase,



entre otras, Sentencia de 27 de noviembre de 2001, Asunto Lombardini y Mantovani, C-285/99 y 286/99), se limita a establecer la exigencia de un procedimiento adecuado para que el licitador explique suficientemente los elementos que motivan su oferta en lo que se refiere al precio y a los costes de la prestación. Una vez evacuado el trámite, tal oferta sería rechazada si la ejecución del contrato resulta inviable o si se comprueba que no cumple las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral o las obligaciones referentes a la subcontratación.

La clara finalidad de la regulación establecida en esta materia estriba en tratar de asegurar que las proposiciones presentadas por los licitadores sean viables y a su través se pueda cumplir adecuadamente el contrato. Esta es precisamente la finalidad que subyace en el artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio que establece que *“en el caso de que una entidad haya recibido una oferta anormalmente más baja que las demás ofertas presentadas podrá pedir información al licitador para asegurarse de que éste puede satisfacer las condiciones de participación y cumplir con lo estipulado en el contrato”*.

3. El artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en línea con la Directiva mencionada, regula las ofertas anormalmente bajas introduciendo algunas novedades respecto del contenido del artículo 152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Se nos realiza la consulta sobre alguna de estas novedades.



4. La primera cuestión que se nos plantea radica en conocer si con la nueva redacción del artículo 149.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, resulta obligatorio que los pliegos de cláusulas administrativas particulares recojan, necesariamente y en todos los casos, los parámetros objetivos que sirvan para identificar las ofertas anormalmente bajas.

Como se señala en el escrito de consulta, hasta la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la interpretación comúnmente aceptada era que en los procedimientos en que se utilice una pluralidad de criterios de adjudicación su inclusión en los pliegos resultaba potestativa, no siendo posible la declaración del carácter anormal o desproporcionado de la oferta en el caso de que tales parámetros no figurasen en los pliegos. Cabe citar a este respecto el informe de esta Junta Consultiva de 31 de marzo de 2009 (expediente 58/08). Esta conclusión se deducía del tenor de los artículos 86.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del 136.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público que utilizaban la expresión “*podrán expresarse*” para aludir a la inclusión de los criterios objetivos de temeridad.

Sin embargo, de la redacción del tenor literal del artículo 149.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se deduce que la inclusión de estos parámetros en los pliegos resulta ahora obligatoria en todos los supuestos que regula. También a diferencia del artículo 152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que remite al desarrollo reglamentario la determinación de los parámetros objetivos cuando el único criterio valorable sea el precio, y que deja a la voluntad del órgano de contratación la posibilidad de expresar en los pliegos estos



parámetros objetivos cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, la expresión literal utilizada por el artículo 149.2 de la LCSP –*“debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal”*– conduce inexorablemente a concluir que, por expresa imposición del legislador, se trata de un contenido obligatorio que se debe introducir en los pliegos en todo caso.

A esta conclusión no obsta el hecho de que se prevea la posibilidad de que tales parámetros no se hayan contemplado en el pliego en los contratos en que el único criterio sea el precio, porque la finalidad de la norma es la remisión supletoria a lo establecido en el Reglamento y no excepcionar la regla general contenida en el precepto.

Por otro lado, el artículo 149.2 b), señala que cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación resulta imperativa la inclusión en el pliego de los criterios de valoración de la anormalidad de las ofertas, al afirmar con rotundidad que en estos supuestos *“se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto”*.

En apoyo de esta interpretación cabe citar la Resolución nº 1187/2018, de 28 de diciembre de 2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuyo fundamento jurídico sexto señala expresamente lo siguiente:



“Sin embargo, 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.

Coincidiendo en esto con el TRLCSP, la nueva LCSP establece en el caso de que el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en el pliego, la aplicación de los parámetros objetivos establecidos reglamentariamente y, en el caso de que los criterios sean varios, solo permite que los parámetros aplicables se fijen en el pliego, de modo que de no hacerlo el pliego, no es posible acudir a los parámetros establecidos reglamentariamente.”

La interpretación es clara. Tan es así que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales extrae la siguiente conclusión:

“El incumplimiento en el PCAP de lo dispuesto por el artículo 149.2 de la LCSP no encaja en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 47.1 de la LPACAP, siendo antes bien una infracción del ordenamiento jurídico que determina un defecto de forma en el procedimiento de adjudicación que hace que el acto de adjudicación carezca de un requisito formal –la apreciación de la viabilidad de la oferta– indispensable para alcanzar el fin de dar satisfacción al interés general que con la adjudicación se pretende, siendo por tanto un vicio de anulabilidad y no de nulidad conforme a los artículos 40 de la LCSP y 48 de la LPACAP.”



Por todo lo expuesto, respondiendo a la primera de las cuestiones planteadas, 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.

5. Se plantean también en la consulta un conjunto de cuestiones referidas a la interpretación del mismo supuesto previsto en el artículo 149.2.b) de la LCSP, respecto al ámbito de discrecionalidad del órgano de contratación en la definición de los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal cuando existan otros criterios de adjudicación distintos del precio.

Como hemos visto, la regulación del artículo 152.2 del TRLCSP otorgaba un amplio margen al órgano de contratación en los procedimientos en los que se utilizasen una pluralidad de criterios de adjudicación, tanto para su inclusión o no en el pliego, como para su determinación concreta. En este último caso, si se incluían en el pliego de cláusulas administrativas particulares, se admitió incluso la posibilidad de que el órgano de contratación estableciese como parámetros para apreciar la anormalidad de las ofertas los que establece el artículo 85 del Reglamento. En este sentido, cabe citar las Resoluciones del TACRC 943/2017, de 19 de octubre, o 530/2017, de 16 de junio.

El artículo 149.2.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, además de establecer la obligatoriedad de contener en los pliegos estos parámetros objetivos, introduce como novedad que los mismos sean *“referidos a la oferta considerada en su conjunto”*. Esta referencia legal suscita la duda, cuando existan otros criterios distintos del precio en las



licitaciones, de si los parámetros objetivos no sólo han de tener en cuenta el precio sino que además habrían de referirse necesariamente a todos los restantes criterios de adjudicación.

Como punto de partida hay que tener en cuenta que la referida expresión fue introducida en sede parlamentaria como consecuencia de la aceptación de las enmiendas número 274 y 897. La justificación de las mismas, idéntica en ambos casos, señala *“No se prevé expresamente en este artículo, ni de su redacción se desprende todo lo claramente que sería deseable, que los parámetros objetivos para apreciar la temeridad cuando se ha establecido más de un criterio de adjudicación han de referirse a la oferta considerada en su conjunto”*.

En este sentido, cabría pensar que con dicha expresión, por su similitud, se hace referencia al criterio sostenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales respecto de la interpretación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en este punto. El TACRC ha defendido al respecto que *“la consideración de anormalidad, salvo que los pliegos establezcan otra cosa, debe referirse al conjunto de la oferta económica, no a cada uno de sus componentes, pues no carece de lógica ni es temerario, en principio, hacer una oferta más baja en una de las prestaciones o servicios a contratar, que se compense con otra más ajustada en las demás prestaciones”* (Resolución 373/2018, de 13 de abril ó 476/2017, de 1 de junio, entre otras). Ahora bien, lo dispuesto en el TRLCSP no impide que el pliego establezca otra cosa, ya que como reconoce la Resolución 943/2017, de 19 de octubre de 2017, referida a un procedimiento de licitación con varios criterios de adjudicación *“a este respecto ha de señalarse que el art. 152.2 TRLCSP no impone que las ofertas desproporcionadas deban calcularse*



sobre el total de la misma y no sobre cada uno de los bienes o servicios ofertados por lo que debe entenderse que ello entra dentro de la discrecionalidad del órgano contratante”.

El literal del artículo 149.2 de la LCSP parece apuntar en el sentido analizado en estas Resoluciones. No exige que en la fijación de los parámetros objetivos para apreciar la temeridad –por obvia referencia al precio y al resto de los costes de la oferta- hayan de tenerse en cuenta todos los criterios de adjudicación utilizados en el procedimiento, sino que alude únicamente a la oferta considerada en su conjunto. Por tanto, parece razonable entender que el órgano de contratación debe seleccionar aquellos criterios de adjudicación sobre los cuales sea posible apreciar la temeridad de la proposición del licitador y establecer parámetros objetivos propios de cada uno de ellos, sin que necesariamente deba incluir parámetros sobre otros criterios que carezcan de trascendencia a los efectos de valorar la anormalidad de la oferta. Obviamente, entre los criterios seleccionados pueden existir criterios de carácter automático y también criterios dependientes de un juicio de valor porque en la valoración de tales criterios puede alcanzarse igualmente la conclusión de que una proposición resulta inviable en su ejecución, al poder influir ambos tipos de criterios sobre el precio y los costes del contrato. Este es el criterio que se deriva también del Fundamento de derecho Octavo de la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 575/2019, de 23 de mayo.

Esta conclusión obedece a las siguientes razones:

- La ley separa claramente los casos en que el único criterio de adjudicación sea el precio del artículo 149.2 a) de los casos en que



se utilice una pluralidad de criterios de adjudicación. En el primero se hace una remisión reglamentaria de carácter supletorio mientras que en el segundo se acude a los pliegos y a una serie de parámetros objetivos de obligatoria mención al efecto.

- Esta distinción exige que la respuesta que se dé a ambos supuestos no sea coincidente en el pliego, razón por la cual no parece lógico que los criterios para valorar la anormalidad de la proposición se limiten sólo al criterio del precio en los casos del artículo 149.2 b).
- Siendo esto así, no existe impedimento legal alguno para que se establezcan parámetros objetivos que afecten a criterios dependientes de un juicio de valor. La finalidad que persigue la norma que sujeta a una presunción de anormalidad a determinadas proposiciones de los licitadores no es otra que la de garantizar que aquéllas son viables en cuanto a su ejecución en caso de resultar adjudicatarias. Resulta evidente que la condición extremadamente baja del precio puede producir esta circunstancia, pero también es cierto que la oferta puede convertirse en inviable, por ejemplo, como consecuencia de una propuesta inasumible desde el punto de vista técnico. En este sentido se pronuncia, sin ir más lejos, el Considerando 103 de la Directiva, ya mencionado.
- Por tanto, la valoración de viabilidad de la oferta, en el caso de diferentes criterios de adjudicación, debe referirse a varios de ellos, los más relevantes y que permitan tener una visión objetiva y completa del problema de la viabilidad del cumplimiento del contrato.



- Finalmente, si esa visión de conjunto se refiere a una licitación en la que tienen un peso relevante los criterios sujetos a un juicio de valor, por ejemplo en el aspecto técnico o de calidad de la proposición, no cabe duda de que el mandato expreso del legislador de referir los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal a la oferta considerada en su conjunto exige incluir alguno (aunque no tienen por qué ser todos) de los criterios sujetos a juicio de valor en el análisis.

6. En efecto, el análisis del ámbito de discrecionalidad del órgano de contratación para fijar los parámetros objetivos mencionados requiere tener en consideración también lo dispuesto por la LCSP respecto a la utilización en los procedimientos de adjudicación de más de un criterio de adjudicación, marco en el cual hay que incardinar la regulación de las ofertas anormalmente bajas y su finalidad específica, que es la de asegurarse de que los potenciales contratistas puedan cumplir con lo estipulado en el contrato.

En este sentido, siguiendo las pautas de la Directiva 2014/2004/UE (artículo 67 y considerandos 89 a 92), la nueva LCSP explicita el criterio de la mejor calidad-precio como elemento que determina cuál es la oferta económica más ventajosa, fomentando una mayor orientación hacia la calidad en la contratación pública. Con esta finalidad, el artículo 145 de la LCSP establece la regla general según la cual *“La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio”*, precisando en su apartado 2 que *“La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y*



cualitativos”, detallando a continuación los requisitos de los criterios cualitativos y el contenido de los mismos.

Bajo estas premisas, es claro que en los procedimientos en los que se utilice más de un criterio de adjudicación y se tomen en consideración criterios cualitativos como los enumerados en el artículo 145.2 de la LCSP, la finalidad de los parámetros objetivos a incluir en los pliegos será identificar aquellas ofertas de las que se pueda presumir que la relación existente entre la calidad propuesta y el precio o los costes de la prestación es desproporcionada y convierte en inviable la ejecución del contrato. Desde esta perspectiva parece razonable pensar que los criterios a incluir en los pliegos puedan introducir tanto elementos valorativos de la calidad ofrecida como del precio ofertado o una combinación de ambos de forma que, por ejemplo, a mayor calidad el parámetro objetivo para presumir la temeridad de la oferta desde el punto de vista económico sea mayor.

En conclusión, el órgano de contratación dispone de un margen de discrecionalidad para configurar los parámetros objetivos útiles para determinar cuándo una oferta es anormalmente baja. Tales parámetros han de hacer referencia a uno o a varios de los criterios económicos y cualitativos que se utilicen como criterios de adjudicación, seleccionando aquellos que sean más apropiados a estos efectos y sin que sea necesario que sean todos, pues pueden existir determinados criterios de selección que sean irrelevantes a estos efectos.

7. Resta por analizar si con arreglo al artículo 149.2 de la LCSP el pliego puede realizar una remisión a los parámetros utilizados por el artículo 85 del



Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Como se sabe, dicho artículo regula un conjunto de parámetros conforme a los cuales se puede considerar una oferta anormalmente baja en los procedimientos en los que el criterio de adjudicación sea únicamente el precio. Como se ha señalado anteriormente, con arreglo al 152 del TRLCSP se admitió la posibilidad de que el órgano de contratación estableciese, en los procedimientos en los que se utilice más de un criterio de adjudicación, como parámetro de apreciación de la anormalidad de las ofertas lo dispuesto en el citado artículo.

Como hemos visto, el artículo 149.2.b) de la LCSP, además del mandato inequívoco de su inclusión en los pliegos, introduce como previsión adicional que los parámetros objetivos escogidos para evaluar la temeridad se refieran a la oferta considerada en su conjunto. Esta expresión se distingue nitidamente de la empleada por la letra a) del mismo precepto al tratar de los contratos en que el único criterio de adjudicación sea el precio (donde se alude a la determinación del umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado). Por tanto, la expresión del artículo 149.2.b) alude a la oferta considerada como anormal, la cual deberá ser analizada en su conjunto, consecuencia lógica del hecho de que estamos ante contratos que se adjudican bajo varios criterios de selección y no sólo del precio.

El artículo 85 del Reglamento diferencia las reglas aplicables según el número de licitadores que concurran y determina la existencia de diferentes umbrales de temeridad en cada caso. Tales umbrales de temeridad



relacionan la oferta de los licitadores con el presupuesto base de licitación o con las ofertas del resto de licitadores. La expresión que emplea la norma es genérica, pues alude a la oferta sin especificar si se limita al mero aspecto del precio, aunque teniendo en cuenta que el precepto alude a contratos en que el único criterio de adjudicación es el precio, podría alcanzarse esta conclusión.

Bajo esta premisa podría pensarse que en los contratos que se liciten bajo varios criterios de adjudicación, la mera referencia al criterio del precio por remisión del pliego a los criterios del artículo 85 del Reglamento sería insuficiente a los efectos de valorar la viabilidad de la oferta considerada en su conjunto en la medida en que, como ya hemos señalado en el presente informe, el órgano de contratación deberá incluir en los pliegos los parámetros objetivos para valorar la anormalidad de la oferta en su conjunto y, por tanto, comprendiendo todos aquellos criterios dependientes de un juicio de valor que tengan una influencia real en la viabilidad de la ejecución del contrato.

Ahora bien, cabría pensar en algún supuesto, ciertamente muy excepcional y debidamente motivado, en el que, a pesar de existir criterios dependientes de un juicio de valor, ninguno de ellos tenga una entidad suficiente para influir en el análisis de la anormalidad de la proposición del licitador en el conjunto de los aspectos que comprende. En consecuencia, no cabría, al menos teóricamente, negar la posibilidad de que el pliego incluyese una remisión a los parámetros incluidos en el artículo 85 del Reglamento en el caso descrito en el artículo 149.2.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Y no cabe porque en un supuesto como el descrito los criterios dependientes de un juicio de valor carecerían de eficacia a los



efectos de valorar la viabilidad de la oferta, cosa que, como sabemos, es lo que pretende el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Este es el criterio que parece sostener el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, quien en su Resolución nº 719/2019 señala que *“Coincidiendo en esto con el TRLCSP, la nueva LCSP establece en el caso de que el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en el pliego, la aplicación de los parámetros objetivos establecidos reglamentariamente, y en el caso de que los criterios sean varios, solo permite que los parámetros aplicables se fijen en el pliego, de modo que, de no hacerlo el pliego, no es posible acudir a los parámetros establecidos reglamentariamente.”* Por tanto, el Tribunal parece aceptar la posibilidad de realizar una remisión al artículo 85 del RGCAP en estos casos.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES.

- De acuerdo con el artículo 149.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, es obligatorio que los pliegos de los contratos recojan los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.
- Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, con arreglo al artículo 149.2.b) no es necesario que los parámetros



objetivos contemplen todos los diferentes criterios de adjudicación, sino únicamente aquellos que sean relevantes para determinar la viabilidad de la oferta del licitador considerada en su conjunto.

- Es posible legalmente incluir parámetros objetivos que recaigan o afecten a criterios dependientes de un juicio de valor.
- No cabe negar la posibilidad de que el pliego incluyese una remisión a los parámetros incluidos en el artículo 85 del Reglamento en el caso descrito en el artículo 149.2.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en el supuesto en que el resto de los criterios consignados en el pliego careciesen de eficacia a los efectos de valorar la viabilidad de la oferta.