

**Informe 48/01, de 30 de enero de 2002. "Carácter obligatorio o facultativo de la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos que se adjudican por concurso de criterios para apreciar bajas desproporcionadas o temerarias".**

## **ANTECEDENTES.**

Por el Subdirector General de Compras por delegación de la Directora General del Patrimonio del Estado se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito.

*"La Dirección General del Patrimonio del Estado tiene atribuida por él artículo 183 de la L.C.A.P. la competencia para la celebración de los concursos de adopción de tipo de los bienes que hayan sido declarados de adquisición centralizada por el Ministro de Hacienda, así como la relativa a la adquisición de equipos y sistemas para el tratamiento de la información.*

*En virtud de dicha competencia le corresponde como Órgano de Contratación la preparación y aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas que han de regir tanto en los Concursos de adopción de tipo como en los concursos para el suministro de bienes informáticos, todo ello sin perjuicio de los informes preceptivos.*

*En relación con la redacción de los citados pliegos han surgido dudas sobre la interpretación que se puede dar a las bajas temerarias en el contrato de suministros y en particular a lo dispuesto en el artº .86.3 de la L.C.A.P.*

*Del primer párrafo del citado artículo 86.3 parece desprenderse que la determinación en los pliegos de criterios objetivos en función de los cuales se podría apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias es discrecional para el Órgano de Contratación en función de las características del concurso en cuestión.*

*Dicha interpretación sería la lógica y conveniente en el caso de determinados concursos y especialmente en los de adopción de tipo, dada la especificidad de los mismos, al no concretarse en los pliegos unas prescripciones técnicas exhaustivas sino más bien de carácter general, habida cuenta que los bienes, de uso común por la Administración, van destinados a una multiplicidad de usos y Organismos, existiendo, por tanto, bastante disparidad en las ofertas, lo que implica la dificultad de fijar criterios para determinar cuales podrían ser consideradas como desproporcionadas o temerarias.*

*No obstante, el segundo párrafo del citado artículo parece contradecir la tesis de la discrecionalidad apuntada anteriormente, salvo que se refiera a que una vez establecida la necesidad de fijar los criterios en función de los cuales se podría apreciar que la oferta fuera desproporcionada o temeraria y uno de dichos criterios fuera el precio habría que cumplir lo prevenido en el segundo párrafo del mencionado artículo 86.3.*

*En atención a lo expuesto y habida cuenta de las dudas surgidas respecto a la obligatoriedad de incluir en los pliegos de los concursos de suministros los criterios objetivos en función de los cuales se apreciara que la oferta se*

*consideraría desproporcionada o temeraria se solicita informe de la Junta Consultiva sobre el citado aspecto."*

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

1. La única cuestión que se suscita en el escrito de consulta consiste en determinar si, conforme al artículo 86.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en los contratos que se adjudiquen por concurso es preceptivo o no, para el órgano de contratación, expresar en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos o límites en función de los cuales se apreciará que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias.

La cuestión deriva de una contradicción patente que se observa entre los dos párrafos de que consta el apartado 3 del artículo 86 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ya que, mientras el primero establece que "en los contratos que se adjudiquen por concurso podrán expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias" el segundo determina que "si el precio ofertado es uno de los criterios que han de servir de base para la adjudicación, se deberán expresar en el pliego de cláusulas administrativas particulares los límites que permitan apreciar, en su caso, que no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias".

La contradicción existente entre las expresiones "podrán expresarse" utilizada en el primer párrafo del apartado y "se deberán expresar" empleada en el segundo párrafo no puede ser resuelta sobre la base de una interpretación puramente literal del precepto, entendiendo que el primer párrafo se refiere a supuestos en que el precio no es un criterio de adjudicación, pues este supuesto, aunque factible, debe considerarse verdaderamente excepcional, careciendo de sentido establecer una regla general (la del primer párrafo), que luego va a ser exceptuada en el segundo párrafo en la práctica totalidad de los supuestos de adjudicación de contratos por concurso.

Por ello, en este caso, hay que acudir a elementos de interpretación finalista y sistemática del apartado 3 del artículo 86 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con especial consideración de sus antecedentes, tal como resulta del artículo 3º del Código Civil relativo a la interpretación de normas jurídicas.

2. Lo primero que hay que observar es que ni la legislación de contratos del Estado, ni la primitiva redacción de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dedicaban precepto alguno al tema de las bajas desproporcionadas o temerarias en los concursos, habiendo sido esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe de 5 de junio de 1996 (expediente 18/96), al que posteriormente se remiten los de 18 de diciembre de 1996 (expediente 62/96), 20 de marzo de 1997 (expediente 8/97) y 30 de junio de 1999 (expediente 40/99), la que se pronunció expresamente sobre esta cuestión, con arreglo a la primitiva redacción de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sentando los siguientes criterios:

- La finalidad de las Directivas comunitarias en la regulación de las bajas desproporcionadas o temerarias (ofertas anormalmente bajas en su terminología) radica en evitar que dichas ofertas sean automáticamente rechazadas sin comprobar la posibilidad de su cumplimiento, finalidad que también persigue la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que resulta aplicable a subastas y concursos.

- No obstante, a diferencia de la subasta en las que existe una regulación completa de las bajas desproporcionadas o temerarias en los concursos, la distinta ponderación del criterio del precio que puede ser insignificante o incluso inexistente obliga a remitir a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, con carácter facultativo la inclusión de cláusulas objetivas para apreciar la existencia de bajas desproporcionadas o temerarias.

Expresivas del criterio de esta Junta son las palabras utilizadas en el apartado 2 de las Consideraciones del informe citado de 30 de junio de 1999 en el sentido siguiente:

*"A diferencia de la subasta donde los supuestos y procedimiento para apreciar las bajas desproporcionadas o temerarias, ofertas anormalmente bajas en la terminología comunitaria, está perfectamente reglado y no debe suscitar especiales dificultades, la distinta ponderación del criterio del precio, incluso su inexistencia, en el concurso determina que sea imposible apreciar "a priori" los supuestos en que una oferta debe considerarse desproporcionada o temeraria, y, en consecuencia, pueda aplicarse el procedimiento, con los efectos previstos en el artículo 84, apartados 2 b, 3, 4 y 5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

*Excepción a la afirmación realizada la constituye el que el propio pliego de cláusulas administrativas particulares contenga fórmulas o criterios para la previa consideración de desproporcionadas o temerarias de las bajas de las ofertas en concursos, como esta Junta, como inmediatamente veremos, ha puesto de relieve y como pretende resolver el proyecto de Ley, por la que se modifica la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, actualmente en tramitación parlamentaria, al dar nueva redacción a su artículo 87, apartado 3, que literalmente establece que "en los contratos que se adjudiquen por concurso podrán expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias."*

3. Los criterios expuestos por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa tuvieron una influencia decisiva en la nueva redacción del apartado 3 del artículo 87 llevada a cabo por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, hoy incorporados al apartado 3 del artículo 86 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio. No obstante, si tal afirmación debe mantenerse sin reservas respecto al primer párrafo del apartado 3 del artículo 86 no puede decirse lo mismo respecto al segundo párrafo, cuya aplicación literal dejaría sin campo de aplicación prácticamente al contenido del párrafo primero y resulta contraria a los criterios de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa basados en la especialidad del concurso frente a la subasta. La prevalencia del párrafo segundo sobre el primero dejaría, por otra parte, abierta la interrogante de por qué la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su versión actual no ha regulado directamente los criterios objetivos de apreciación de bajas desproporcionadas o temerarias en concursos, en lugar de remitir estos criterios a los pliegos, dado que, según la interpretación literal del segundo párrafo, quedaría sometidos al mismo la práctica totalidad de los concursos, es decir, aquellos en que el precio ofertado sea un criterio de adjudicación.

## **CONCLUSIÓN.**

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que ante la contradicción existente entre los dos párrafos del apartado 3 del artículo 86 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debe sostenerse la prevalencia del primer párrafo (carácter facultativo de incorporación de criterios para la apreciación de bajas desproporcionadas o temerarias) frente el párrafo segundo (carácter preceptivo en los contratos en que el precio ofertado sea criterio de adjudicación) teniendo en cuenta los antecedentes del precepto y, en especial, los informes de esta Junta, cuyos criterios fundamentaron la actual redacción del párrafo primero del apartado 3 del artículo 53 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.