

Informe 18/96, de 5 de junio de 1996. "Consideración de las ofertas anormalmente bajas en el concurso y posibilidad de aplicación a las mismas del criterio determinado en el artículo 109 del Reglamento General de Contratación".

8.15. Otros informes. Ofertas anormalmente bajas.

ANTECEDENTES

1. Por el Rector de la Universidad de Santiago de Compostela se formula consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa mediante escrito redactado en los siguientes términos:

"El Artículo 84 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, establece que el carácter desproporcionado o temerario de las bajas se apreciará de acuerdo con los criterios objetivos que se establezcan reglamentariamente. Esta norma se encuentra dentro del capítulo VII de la Ley y en la Subsección 2ª "De las subastas".

Por su parte el artículo 91 indica que los preceptos relativos a la celebración de la subasta regirán, también, para el concurso, excepto en lo que sea exclusivamente aplicable a aquella forma de adjudicación.

La Universidad de Santiago de Compostela, en uso de su autonomía reconocida constitucionalmente, y a través de su norma institucional básica, los Estatutos de la Universidad, estableció que la contratación de obras, servicios y suministros se efectuará conforme al oportuno reglamento, que dentro del marco de la legislación general sobre la materia, regulará específicamente la gestión contractual de la Universidad (artículo 236 del Decreto 204/1985, de 19 de septiembre).

También se indica en el artículo 239 que, en caso de contratación por concurso público, concurso-subasta o subasta, las condiciones serán aprobadas por el Rector, a propuesta del Gerente y con informe previo de la asesoría jurídica de la universidad.

El Reglamento de Contratación de la Universidad (artículo 22 del publicado en el Diario Oficial de Galicia de 12 de julio de 1980 y artículo 24 del actual pendiente de aprobación por el Consello Social y que supone la adaptación a la nueva ley) establece que "Se considera, salvo norma básica que lo establezca, como desproporcionada o temeraria, la baja de toda proposición en la cual el porcentaje exceda de 10 unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas, sin perjuicio de la facultad del órgano de contratación de apreciar, no obstante, previos los informes oportunos y la audiencia del adjudicatario, como susceptibles de normal cumplimiento las respectivas proposiciones".

Esa norma no está, en el referido Reglamento, constreñida a la subasta, sino que afecta a todos los contratos.

De este modo, en los pliegos de cláusulas administrativas de los contratos a realizar por concurso o por procedimiento negociado con publicidad se recoge una transcripción semejante del texto del Reglamento de Contratación de la USC así como la obligación, en caso de incurrir en baja temeraria, de suscribir una garantía del 100% el importe del contrato (artículo 34.4 de la LCAP).

Dado que algún contratista se ha opuesto a la prestación de la referida fianza argumentando la aplicación del artículo 109 del Reglamento de contratos (que supondría la consideración de que solo se puede aplicar la baja temeraria cuando se trate de subastas) y que la Universidad considera, en base a la nueva ley, al

Reglamento de la Universidad y a los propios pliegos de licitación, que le sería aplicable en caso de existir una baja superior a 10 puntos a la media.

Concretamente esta Universidad considera que el artículo 91 de la Ley 13/1995 deroga en parte al artículo 114 del Reglamento de Contratación y que en el concurso se pueden aplicar los criterios de baja temeraria ya que de otro modo el órgano contratante se podría ver en una situación muy comprometida en bajas manifiestamente temerarias.

Por otra parte, y en términos jurídicos, un precepto semejante al actual artículo 91 existía en el Reglamento General e Contratación del Estado (antes de su modificación en 1986): "Será de aplicación al concurso-subasta los preceptos relativos a la subasta excepto en lo que sea exclusivamente aplicable a esta forma de adjudicación" (artículo 112.2), aplicándose la baja temeraria al concurso-subasta, como lo demuestran las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1990 (Ar. 3658), 21 de marzo de 1980 (Ar. 927) y 13 de mayo de 1987 (Ar. 9115).

También en Sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 28-VII-1994 (RJCA 1994/41) se habla de bajas temerarias en adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos que ordinariamente se adjudican por concurso.

Por todo lo anterior se solicita de ese organismo consulta sobre los siguientes aspectos:

a) ¿Es válida la inclusión de los pliegos de concursos de que existirá presunción de temeridad en las bajas que excedan de 10 unidades la media de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas y que de incurrir en esa situación deberá prestar una garantía del 100% del importe del contrato a la vista de la LCAP y de Reglamento de Contratación de la USC?.

b) ¿Sigue vigente el párrafo 2 del artículo 114 del Reglamento de contratos que excluye la aplicación del párrafo 5 del artículo 109 del Reglamento (inaplicación al concurso de las normas sobre baja temeraria) a la vista del nuevo artículo 91 de la LCAP?.

c) ¿Se puede negar a prestar fianza del 100% un contratista incurso en presunción de temeridad en un concurso público pese a que en el pliego expresamente así se indicaba?.

Dado los efectos que su respuesta puede tener sobre la formalización de los contratos y sobre los propios pliegos, le rogaría que la respuesta fuese lo más ágil posible".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La única cuestión que se plantea en el presente expediente consiste en determinar si las normas sobre bajas temerarias o desproporcionadas -ofertas anormalmente bajas en la terminología comunitaria- que contiene la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se circunscriben exclusivamente a la forma de adjudicación mediante subasta o, por el contrario, resultan de aplicación al concurso e, incluso a los supuestos de utilización del procedimiento negociado con publicidad. La cuestión enunciada tiene que ser resuelta partiendo de la regulación en las Directivas comunitarias de las ofertas anormalmente bajas, para, a continuación, examinar como se refleja en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas la obligada incorporación del contenido de dichas Directivas en este extremo concreto a la legislación española.

2. La finalidad básica de la normativa comunitaria en la regulación de las ofertas normalmente bajas es la de evitar que se puedan rechazar automáticamente dichas ofertas sin verificar previamente una comprobación de las mismas a efectos de determinar su posible cumplimiento. El artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE, sobre contratos de obras, los artículos 26 y 27 de la Directiva 93/36/CEE, sobre contratos de suministro y los artículos 36 y 37 de la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios, con redacción prácticamente idéntica, después de mencionar los criterios en que puede basarse la adjudicación del contrato -el de precio más bajo o subasta en la terminología de la legislación española y el de la oferta más ventajosa económicamente con arreglo a distintos criterios o concurso en nuestra regulación- establecen que si para un contrato determinado alguna oferta se considera anormalmente baja en relación con la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará, por escrito, las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta y verificará esta composición teniendo en cuenta las justificaciones o explicaciones presentadas. Resulta así incuestionable que en las Directivas comunitarias las ofertas anormalmente bajas pueden darse tanto en el concurso como en la subasta, ya que los reseñados preceptos, después de admitir que se puedan tomar en consideración las justificaciones que hagan referencia a la economía o ahorro del procedimiento de construcción o proceso de fabricación, a las soluciones técnicas adoptadas, a las condiciones excepcionalmente favorables de que disfrute el licitador para la ejecución de las obras, el suministro de productos o la prestación del servicio y a la originalidad del proyecto o del suministro, aclara que si en el pliego de condiciones se previera la adjudicación a la oferta más baja, la entidad adjudicadora comunicará a la Comisión las ofertas rechazadas.

3. La finalidad que persigue la regulación comunitaria de las ofertas anormalmente bajas -de evitar su rechazo automático- y los medios concretos para ello -realizar las comprobaciones y verificaciones oportunas- aparecen incorporados al artículo 84 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto establece la posibilidad de adjudicar el contrato a proposiciones incursas en presunción de temeridad siempre que, previos los informes y comprobaciones oportunas se estime que la proposición es susceptible de cumplimiento a satisfacción de la Administración. Este extremo del artículo 84 de la Ley, aunque se incluye en la regulación de la subasta (Subsección 2ª, Sección 2ª, Capítulo VII, Título III, Libro I) resulta aplicable al concurso no solo por la prescripción contenida en el artículo 91 de la misma Ley que establece que "los preceptos relativos a la celebración en la subasta regirán también para el concurso, excepto en lo que sea exclusivamente aplicable a aquella forma de adjudicación", sino también y fundamentalmente porque mediante la aplicación de la norma examinada al concurso, nuestra legislación se acomoda al contenido de las Directivas comunitarias, lo cual constituye una consecuencia inexcusable de nuestra pertenencia a la Unión Europea

4. Solución contraria, es decir, de signo negativo, ha de ser mantenida en cuanto a la concreta aplicación al concurso de la regla contenida en el artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado al establecer que se considerará en principio como desproporcionada o temeraria la baja de toda proposición cuyo porcentaje exceda en 10 unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas, dado que, el carácter no homogéneo de las proposiciones presentadas en los concursos, en relación con los diversos criterios de adjudicación establecidos en el pliego, impide la aplicación del criterio matemático establecido para supuestos en que el único criterio de adjudicación es el del precio como ocurre en la subasta.

Debe observarse que con ello no se mantiene la derogación, en este extremo, del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado lo cual estaría en contradicción con el reconocimiento de su vigencia que realizan el artículo 23 y la disposición derogatoria única del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino que únicamente se sostiene que la regla de dicho artículo 109 no resulta aplicable al concurso, con lo que entra en juego la salvedad del artículo 91 de la Ley que exceptúa de la aplicación al concurso lo que sea exclusivamente aplicable a la forma de adjudicación de la subasta y permite mantener en este extremo

concreto la vigencia del artículo 114 del Reglamento General de Contratación del Estado, en cuanto considera de no aplicación al concurso del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado.

Lo indicado en este apartado no constituye obstáculo, sin embargo, para que a través de los pliegos del concurso y mediante el juego obligado de criterios objetivos y de su ponderación a que se refiere el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se introduzca un sistema que, respetando siempre el principio de imposibilidad de su rechazo automático, permita valorar adecuadamente las ofertas anormalmente bajas, resultando innecesario destacar, por obvio, que un futuro desarrollo reglamentario de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas podrá abordar la regulación de las ofertas anormalmente bajas o bajas desproporcionadas o temerarias en los concursos al amparo de la remisión que a estas normas reglamentarias realiza el artículo 84.3 para la fijación de criterios objetivos para la apreciación del carácter desproporcionado o temerario de las bajas.

5. La inaplicabilidad al concurso del criterio matemático del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado determina que resulte ocioso plantearse si procede o no exigir al adjudicatario una garantía definitiva equivalente al importe total del contrato, consecuencia prevista en los artículos 37.4 y 87.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por la sencilla y exclusiva razón de no concurrir el presupuesto de hecho del que parten los mencionados artículos, que no es otro que el de la adjudicación a una oferta cuyo porcentaje exceda en 10 unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas y, que, como hemos razonado resulta inaplicable al concurso.

6. El presente informe debe concluir con una alusión al procedimiento negociado, al que también se refiere el escrito de consulta, para indicar la inaplicación al mismo, ya sea con publicidad o sin publicidad, de las reglas sobre bajas temerarias o desproporcionadas, pues siendo la esencia de este procedimiento de adjudicación, equivalente a la antigua contratación directa, como destaca el artículo 47 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que en dicho procedimiento se consultan y negocian los términos del contrato, entre ellos como fundamental el precio, sin que las ofertas a que se refiere el artículo 93 de la propia Ley puedan ser equiparadas en absoluto a las proposiciones a que se refiere el artículo 80, carece de sentido plantear la posibilidad de aplicación al procedimiento negociado de las reglas sobre bajas temerarias o desproporcionadas establecidas en la normativa aplicable a la subasta, sin que la circunstancia de ser obligatoria la publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas desnaturalice la esencia del procedimiento negociado.

En definitiva, respecto al procedimiento negociado, con o sin publicidad, hay que destacar que no existe norma similar a la del artículo 91 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que permite aplicar al concurso reglas de la subasta, ya que el sistema de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en esencia coincidente con el de la Ley de Contratos del Estado, supone separar dos procedimientos -abierto y restringido- con dos formas de adjudicación -subasta y concurso- y un tercer género constituido por el procedimiento negociado, en el que, por su esencia, existe incompatibilidad absoluta con las reglas de la subasta y del concurso, aunque éstas últimas resulten por la remisión que hace el artículo 91 a las primeras.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que de conformidad con las Directivas comunitarias y el artículo 84 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en los concursos, resulta imposible el rechazo automático de proposiciones desproporcionadas o temerarias, por esta sola circunstancia, sin comprobar o verificar su posible cumplimiento.

2. Que no obstante lo anterior no resulta aplicable al concurso, por su especial naturaleza, el criterio matemático del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado para apreciar la temeridad o desproporcionalidad de proposiciones, por lo que, en este extremo, debe considerarse vigente el artículo 114 del mismo Reglamento.

3. Que al faltar el presupuesto de hecho determinante de la aplicación de los artículos 37.4 y 87.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no resulta exigible al adjudicatario la garantía definitiva por el importe total del contrato prevista en los citados artículos.

4. Que en los pliegos de los concursos, mediante el juego de los criterios objetivos para la adjudicación y su obligada ponderación, podrán establecerse sistemas para valorar adecuadamente las proposiciones temerarias o desproporcionadas.