



Audiencia de Cuentas de Canarias

Solicitante: Ayuntamiento de Arona

Consulta 3/2013, relativa la procedencia de declarar desierto el procedimiento de licitación del contrato de servicios “Servicio de retirada, inmovilización, depósito y eliminación de vehículos en las vías públicas del término municipal de Arona”, mediante procedimiento abierto, oferta económica más ventajosa utilizando varios criterios de adjudicación.

Acuerdo Plenario: 12/06/2013

Texto:

Consulta sobre la procedencia de declarar desierto el procedimiento de licitación del contrato de servicios “Servicio de retirada, inmovilización, depósito y eliminación de vehículos en las vías públicas del término municipal de Arona”, mediante procedimiento abierto, oferta económica más ventajosa utilizando varios criterios de adjudicación

“Decidir cuándo una oferta debe ser considerada o no como temeraria, es una cuestión que compete en última instancia al órgano de contratación. Antes, ha de existir sobre la oferta una presunción de temeridad, la cual sólo puede surgir, por razones de seguridad jurídica y transparencia del procedimiento de adjudicación, como fruto de la concurrencia de un presupuesto objetivo, no por una mera estimación.

A diferencia de los casos, donde el contrato se adjudica conforme al único criterio del precio más bajo, donde el presupuesto se contempla en norma reglamentaria, artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se regula el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en aquéllos casos en los que el contrato se adjudica a la oferta económicamente más ventajosa (varios criterios de adjudicación, entre los que siempre estará el precio), el presupuesto debe estar definido en los pliegos.

Sobre esta obligación de hacer constar en los pliegos la regla objetiva con la que medir la posible temeridad de las ofertas recibidas, existe una doctrina y jurisprudencia reiterada. Si el pliego no contiene disposición alguna relativa a la apreciación de bajas temerarias, todas las ofertas deberán valorarse, debiéndose prescindir del análisis para determinar su carácter desproporcionado o temerario.



Audiencia de Cuentas de Canarias

Así, el Informe 28/05, de 29 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado indica que no cabe apreciar la existencia de baja temeraria o desproporcionada en las ofertas presentadas si el pliego no prevé expresamente esa posibilidad, y al hacerlo establece los criterios objetivos en virtud de los cuales se pudiera apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de valores desproporcionados o anormalmente bajos.

Una vez fijado ese criterio objetivo, independientemente de que la adjudicación se decida con base a un solo criterio o en función de varios, la temeridad de una oferta se apreciará a partir de su comparación con el resto de propuestas. Por tanto, como regla general, la calificación de una oferta como temeraria o no, dependerá del propio mercado, y no de la diferencia que pueda existir con el presupuesto de licitación.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la apreciación de si una oferta contiene valores anormales o desproporcionados, no es un fin en sí misma, sino un medio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por ese motivo, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. Además, este hecho implica que la consideración de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser el resultado de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta, no siendo posible su aplicación automática. Por ello, en esa valoración previa a la decisión final (admisión o rechazo), no puede estarse a un mero examen matemático del precio ofertado, sino que también ha de atenderse a otros elementos de juicio, desde las características de la propia empresa licitadora, hasta las circunstancias concretas que pudieron influir en el licitador a la hora de formular su oferta.

En cualquier caso, tal y como prevé el artículo 152.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), el órgano de contratación será quien decida sobre la admisión o el rechazo de la oferta. Desde luego, esta decisión no puede ser puramente discrecional, pues el ejercicio de tal potestad sólo será acorde a la Ley cuando exista una motivación racional, objetiva y suficiente de la resolución final que se haya adoptado.

Así lo confirma la Sentencia 2316/2012, de 20 de marzo, del Tribunal Supremo:

“El criterio de admisión no puede quedar desvirtuado por la mera afirmación de contrario planteada por la Administración Pública, según la cual la Mesa y el



Audiencia de Cuentas de Canarias

Órgano de contratación, entendiéndose subsistente la baja temeraria y que las consideraciones sobre precios planteadas por la empresa recurrente resultaban ajenas a la realidad, solo podían concluir sobre la inviabilidad del cumplimiento de las prestaciones por ésta”.

Con ello, la conclusión que se obtiene es clara. En tanto no exista una prueba objetiva y una motivación de peso que sirva para desvirtuar la legalidad y racionalidad de la oferta, de tal forma que se demuestre que persiste en torno a la misma una presunción o sospecha fundada de inviabilidad (no disipada con las explicaciones del licitador), aquélla deberá ser admitida; y si es la mejor oferta, adjudicarle el contrato.

Partiendo de que es del todo legítimo que un empresario compita libremente en el mercado, también ha de admitirse que en el ámbito de esa libre competencia pueda adoptar conductas más o menos agresivas; que no por ello, ilícitas. Estas acciones se manifiestan, por lo general, en la asunción de un margen de beneficios mucho más bajo por la ejecución del contrato, un mayor riesgo en las obligaciones o como estrategia empresarial excepcional, que puede estar o no orientada a mantener una posición favorable en el mercado.

Sobre los criterios jurisprudenciales que se vienen sosteniendo para defender la adjudicación a ofertas de estas características, sirva de ejemplo la Sentencia 1129/2010, de 13 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias:

“(...) se asume (por el órgano de contratación) la justificación de la valoración económica de la oferta presentada, y por tanto se cubre el trámite de audiencia con razones de fondo y forma que razonablemente permiten tener por adecuada la oferta presentada por el licitador. Así las cosas, considera esta Sala que no existe ilegalidad alguna en la actuación de la Administración demandada (...). No puede calificarse de temeraria la oferta de la adjudicataria, y ello porque en primer lugar se ha cumplido con las previsiones legales que regulan estos supuestos, pero además no se aprecia, ni se acredita temeridad en una oferta que se justifica de una manera razonable, y ello con independencia de que otros licitadores la hubiesen podido presentar pero que ciertamente no presentaron”.

En lo que supone un paso más, se considera igualmente válido como razonamiento para defender la viabilidad de la oferta, aquella justificación donde el licitador admite abiertamente la asunción de pérdidas durante alguna parte de la



Audiencia de Cuentas de Canarias

ejecución del contrato, es decir, deja claro que, desde el momento en que preparó la oferta, era consciente de que tendría que asumir pérdidas.

Esto último encuentra su explicación, dentro del contexto económico actual, donde la adjudicación del contrato puede llegar a compensar al empresario desde la perspectiva del conjunto de sus intereses.

Sobre este argumento se apoyan las Resoluciones 36/2010, de 23 de diciembre, y 24/2011, de 9 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en las que se admiten como válidas para desvirtuar la temeridad de la oferta, las explicaciones del licitador en las que reconoce que durante los primeros años de contrato obtendrá pérdidas:

“La recurrente, para justificar su recurso, utiliza argumentos tendentes tan sólo a poner de manifiesto el carácter exageradamente bajo de la oferta en relación con los costes de producción a incurrir para la prestación del servicio. Ni un solo argumento se esgrime para demostrar que en tales condiciones la oferta es imposible de cumplir. Simplemente se trata de acreditar, vía costes de producción, que la oferta de la adjudicataria es inferior al coste de prestación del servicio. Con ello se pone de manifiesto que, aun admitiendo que la forma normal de actuar en el mundo empresarial, no es hacerlo presumiendo que se sufrirán pérdidas como consecuencia de una determinada operación, es claro también que entre las motivaciones del empresario para emprender un determinado negocio no sólo se contemplan las específicas de ese negocio concreto, sino que es razonable admitir que para establecer el resultado de cada contrato, se haga una evaluación conjunta con los restantes negocios celebrados por la empresa y que, analizado desde esta perspectiva, pueda apreciarse que produce un resultado favorable”.

A todo ello, hay que añadir todavía un punto más que juega a favor del licitador incurso en temeridad, como es la aplicación restrictiva y excepcional de cualquier medida que conlleve la inadmisión de la oferta más ventajosa.

La Resolución 119/2012, de 23 de mayo, del TACRC, resume esta idea:

“(…) si bien es razonable la excepción al principio de que la adjudicación debe hacerse a la oferta que sea más ventajosa para la entidad contratante cuando de los términos de aquella resulte imposible la ejecución del contrato, esta posibilidad no es más que una excepción del principio general y, como tal, debe ser interpretada



Audiencia de Cuentas de Canarias

restrictivamente. Ello significa que la facultad de excluir una oferta que resulte ser la más ventajosa, cuando se pueda considerar que es anormalmente baja o desproporcionada, exige previo razonamiento por parte de la entidad contratante que le permita dudar de la viabilidad de la misma, entendida ésta en el sentido de que el contrato pueda ser ejecutado en tales términos”.

Por tanto, o se proporcionan elementos de juicio capaces de sostener fundadamente la presunción de temeridad, motivando la insuficiencia de las explicaciones del licitador, o se tendrá que admitir la propuesta.

Con carácter general, además de evitar su conocimiento a priori, es conveniente que los “*umbrales de temeridad*” de la oferta no estén expresados en valores absolutos, y que la eliminación de las ofertas anormales se lleve a cabo mediante mecanismos que minimicen las posibilidades de interferencia en los incentivos a ofertar en precios.

El TRLCSP es bien preciso en el artículo 152, cuando señala que los umbrales para apreciar que una oferta puede ser desproporcionada o anormal se definan de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente (cuando el precio es el único criterio de adjudicación) o que se expresen en los pliegos (cuando haya más de un criterio de valoración). Pero, es contrario a los principios de transparencia, igualdad y no discriminación que, a la vista de las ofertas presentadas, el órgano de contratación pueda determinar los parámetros, pues ello resulta contrario a lo dispuesto en el TRLCSP.

Así, el artículo 152 del TRLCSP en su apartado 2 no permite que, para determinar esa presunción (la baja temeraria) en las ofertas, el órgano de contratación pueda establecer un parámetro que descansa en su propio criterio o en el de la mesa de contratación; ello supondría una clara arbitrariedad en su aplicación.

Es evidente que la situación descrita en el párrafo anterior afecta a los principios de igualdad y no discriminación, que deben presidir la contratación pública, recogidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, pues no es un criterio objetivo con el que se establece la presunción de anormalidad o desproporción de una oferta, en la medida que su cuantificación, se determina de forma arbitraria una vez conocida la oferta del licitador. A estos efectos, hay que recordar que los principios indicados implican que todos los licitadores han de encontrarse en pie de igualdad de trato, tanto en el momento de presentar sus proposiciones, como en el momento posterior de su



Audiencia de Cuentas de Canarias

valoración por la entidad adjudicadora (Sentencia de 25 de abril de 1996, del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas, Comisión/Bélgica –en adelante, TJCE). Así lo dispone el vigente artículo 139 del TRLCSP *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”*.

El objetivo de que en los pliegos deban establecerse los criterios o parámetros objetivos para determinar la presunta anormalidad o desproporción de las ofertas no es otro que el de garantizar la objetividad de la Administración contratante en su aplicación, así como la igualdad de trato entre los licitadores y la transparencia del procedimiento.

Valga como referencia la Resolución 69/2012, de 21 de marzo, del TACRC, que indica que *“(…) no cabe aducir que las cláusulas en cuestión no comportan por sí mismas una infracción del principio de igualdad porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta”*.

No obstante, en este punto debemos partir de una constatación fundamental, cual es la discrecionalidad técnica con que cuenta la Mesa de contratación (y, en última instancia, el órgano de contratación) a la hora de valorar la suficiencia de la justificación aportada por las empresas cuyas ofertas se encuentran incursas en *“valores anormales o desproporcionados”*. En efecto, la valoración acerca de la posibilidad de cumplimiento del contrato por parte de la empresa que se encuentra en *“baja temeraria”*, con base en la justificación presentada por la empresa y en los informes técnicos recabados al efecto, constituye una manifestación particular de la denominada *“discrecionalidad técnica”* de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en relación con la actuación de la Mesa de contratación en un expediente concreto, al formar su criterio acerca de la viabilidad de una proposición que incluye valores desproporcionados o anormales, lo que necesariamente se encuentra vinculado a la formulación de un juicio de valor al respecto.



Audiencia de Cuentas de Canarias

CONCLUSIÓN

Sobre la base de que la decisión de si la oferta puede cumplirse a no corresponde al órgano de contratación sopesando, en su caso, las alegaciones formuladas por el licitado, así como los informes emitidos por los servicios técnicos y las decisiones de la Mesa de Contratación, aspectos sobre los que no se puede pronunciar la Audiencia de Cuentas por ser competencia exclusiva de aquéllos, se concluye, con carácter general, que si el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no contiene disposición alguna relativa a la apreciación de bajas temerarias, todas las ofertas deberán valorarse, debiéndose prescindir del análisis para determinar su carácter desproporcionado o temerario”.