

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ del Palau, 12 -3a planta
46001 VALÈNCIA
Tel.: 961 613072

Ref.: SUB/SCC/mvt-asm
Assumpte: Informe 2/2018

INFORME 2/2018, DE 27 DE FEBRER DE 2018. CRITERIS PER A EXCLOURE UNA OFERTA SOTMESA A VALORS ANORMALS O DESPROPORCIONATS. POSSIBILITAT D'OFERIR PRESTACIONS A PREUS INFERIORS AL COST DE PRODUCCIÓ.

ANTECEDENTS

Amb data 23 de gener de 2018, ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa la sol·licitud d'informe de l'Ajuntament d'Almoradí, per mitjà de la qual es formula la consulta del tenor literal següent:

“MARÍA GÓMEZ GARCÍA, alcaldessa presidenta de l'Ajuntament d'Almoradí (Alacant),

EXPOSE:

Per mitjà d'aquest escrit, d'acord amb el que estableix l'article 15.2 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat, sol·licite l'informe d'aquesta junta sobre la qüestió següent:

Aquest ajuntament ha convocat la licitació per procediment obert regulació harmonitzada per a adjudicar el contracte de serveis de neteja viària en tot el terme municipal, davant de la finalització de l'actual contracte. L'empresa que ha presentat la millor oferta està sotmesa a valors anormals o desproporcionats, raó per la qual se l'ha requerida perquè justifique aquesta, de conformitat amb el que estableix l'article 152 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic.

L'empresa licitadora que ha presentat aquesta oferta resulta que és l'actual contractista d'aquest servei, que està prestant-lo durant quatre anys. Al llarg d'aquest temps, els incompliments i les deficiències han sigut constants, i va obligar aquest Ajuntament a formular nombrosos requeriments per a l'adequat compliment i a exercir un control diari i exhaustiu sobre el servei.

Davant d'aquesta circumstància, aquesta corporació té seriosos dubtes que aquesta empresa pugui prestar satisfactòriament el nou contracte, el qual conté prestacions superiors en un 30 % respecte de l'anterior (i que està prestant-lo d'una manera no satisfactòria), i tenint en compte, a més, que la seua oferta està sotmesa a valors anormals o desproporcionats.

D'una altra banda, en l'estudi econòmic que aporta junt amb la seua proposició econòmica es justifica l'import del preu oferit, però no es té en compte el valor de les millores així mateix oferides. De tal manera que, considerant globalment el valor dels serveis inclosos en el contracte més el valor de les millores que el licitador ofereix, tot això amb els mateixos números del licitador, resulta que té pèrdues.

Les qüestions que es plantegen a aquesta junta consultiva són:

1. A la vista de la documentació justificativa que aporte aquest licitador, es pot rebutjar la seua oferta sotmesa a valors anormals amb fonament que ja s'ha demostrat per aquesta empresa que no és capaç de complir satisfactòriament un contracte de semblants característiques, si bé, fins i tot, inferior en prestacions, màximament quan la nova oferta està sotmesa a valors anormals o desproporcionats?

2. Seria un motiu per a no admetre la justificació la circumstància que, segons els mateixos números aportats pel licitador en el seu estudi econòmic, considerant en conjunt les prestacions incloses en el contracte més les millores que ofereix, haja de tindre pèrdues si se li adjudica el contracte?

3. En ocasió de la justificació de la seua oferta, pot el licitador alterar els números que ja va presentar inicialment en l'estudi econòmic de la seua oferta?"



CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Sobre l'anterior consulta cal fer una advertència prèvia: els informes d'aquesta junta no són vinculants i no poden substituir els que, en el seu cas, haja d'emetre la mesa de contractació o altres òrgans de l'entitat que formula la consulta als quals correspon prestar el degut assessorament a l'òrgan de contractació, motius tots aquests pels quals s'ha de tindre en compte que la petició d'informe a la junta no pot servir per a justificar una paralització del procediment que se seguisca en cap expedient particular. D'una altra banda, les qüestions a què atenen han de ser relatives a dubtes raonables d'interpretació de la legislació de contractes del sector públic o referir-se a aspectes d'aquesta que tinguen un interès general.

Feta la consideració anterior, cal assenyalar que de les tres qüestions plantejades en la consulta només la segona, referida a si és admissible oferir a pèrdues, disposa de les característiques necessàries per a ser objecte de l'informe facultatiu d'aquesta junta, ja que es tracta d'una qüestió d'interès general en referir-se a una situació davant la qual es pot trobar qualsevol òrgan de contractació, la resposta del qual no es desprén directament o expressament de les normes legals i reglamentàries en matèria de contractació i requereix l'adopció d'un criteri compatible amb aquestes. No obstant això, respecte de la primera qüestió continguda en la consulta només pot advertir-se que per a excloure o rebutjar una oferta que presenta valors anormals o desproporcionats no cap aplicar criteris que no s'ajusten al que estableix la legislació de contractes ni tindre en compte circumstàncies extemporànies de comportaments passats que van haver de resoldre's en el seu moment, i respecte de la tercera qüestió, relativa a si en la justificació de l'oferta poden alterar-se les dades estimades en l'estudi econòmic, s'ha d'assenyalar que el caràcter vinculant o no de l'estudi presentat en relació amb l'oferta econòmica depén exclusivament que així ho establisca el plec de clàusules administratives particulars del contracte.

Tornant a la qüestió principal, cal començar recordant que l'article 152 del text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat per Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (d'ara en avant TRLCSP), estableix les regles que han de seguir-se per a la identificació de qualsevol proposició que pugua ser considerada desproporcionada o anormal. En conjunt, exigeix que es determinen en el plec els paràmetres o límits que permeten presumir aquesta consideració, però sense que aquests indicis tinguen més

conseqüència que la de fer que es requerisca al licitador l'oferta del qual pareix anormal o desproporcionada que la justifique o, més concretament, que justifique la viabilitat del seu compliment. Així es desprén del que disposen els apartats 3 i 4 de l'article esmentat:

“3. Quan s'identifique una proposició que puga ser considerada desproporcionada o anormal, haurà de donar-se audiència al licitador que l'haja presentada perquè justifique la valoració de l'oferta i precise les seues condicions, en particular pel que fa a l'estalvi que permeta el procediment d'execució del contracte, les solucions tècniques adoptades i les condicions excepcionalment favorables que dispose per a executar la prestació, l'originalitat de les prestacions proposades, el respecte de les disposicions relatives a la protecció de l'ocupació i les condicions de treball vigents en el lloc en què s'haja de realitzar la prestació (...).

En el procediment s'haurà de sol·licitar l'assessorament tècnic del servei corresponent.

(...)

4. Si l'òrgan de contractació, considerant la justificació efectuada pel licitador i els informes mencionats en l'apartat anterior, estimara que l'oferta no pot ser complida com a conseqüència de la inclusió de valors anormals o desproporcionats, l'exclourà de la classificació i acordarà l'adjudicació a favor de la proposició econòmicament més avantatjosa, d'acord amb l'ordre en què hagen sigut classificades (...).”

En termes anàlegs però amb més precisió s'expressa la regulació de les ofertes desproporcionades en la Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE, que ha de ser tinguda en compte en el cas sotmés a consulta per haver transcorregut el termini per a la seua transposició a l'ordenament jurídic espanyol, cosa que no ha succeït fins a la promulgació de la Llei 9/2017. Concretament, l'article 69 de la directiva estableix el següent:

“Article 69

Ofertes anormalment baixes

1. Els poders adjudicadors exigiran als operadors econòmics que expliquen el preu o els costos proposats en l'oferta quan les ofertes pareguen anormalment baixes per a les obres, els subministraments o els serveis de què es tracte.

2. Les explicacions previstes en l'apartat 1 podran, en particular, referir-se al següent:



a) l'estalvi que permet el procés de fabricació, els serveis prestats o el mètode de construcció;

b) les solucions tècniques adoptades o les condicions excepcionalment favorables que disposa el licitador per a subministrar els productes, prestar els serveis o executar les obres;

c) l'originalitat de les obres, els subministraments o els serveis proposats pel licitador;

d) el compliment de les obligacions a què fa referència l'article 18, apartat 2 [referit a les obligacions mediambientals, socials o laborals];

e) el compliment de les obligacions a què fa referència l'article 71 [referit a la possible subcontractació];

f) la possible obtenció d'una ajuda estatal per part del licitador.

3. El poder adjudicador avaluarà la informació proporcionada consultant el licitador. Només podrà rebutjar l'oferta en el cas que els documents aportats no expliquen satisfactòriament el baix nivell dels preus o costos proposats, tenint en compte els elements mencionats en l'apartat 2.

Els poders adjudicadors rebutjaran l'oferta si comproven que és anormalment baixa perquè no compleix les obligacions aplicables previstes en l'article 18, apartat 2.

4. Quan el poder adjudicador comprove que una oferta és anormalment baixa pel fet que el licitador ha obtingut una ajuda d'Estat, només podrà rebutjar l'oferta per aquesta única raó si consulta el licitador i aquest no pot demostrar, en un termini suficient, fixat pel poder adjudicador, que l'ajuda era compatible amb el mercat interior, als efectes de l'article 107 del TFUE. Els poders adjudicadors que rebutgen una oferta per les raons exposades hauran d'informar d'això la comissió.

(...)”

Com pot observar-se, allò que permet que una oferta amb valors anormals o desproporcionats siga exclosa de la licitació és l'estimació que la proposició no pot ser complida pel licitador com a conseqüència d'això, sense incomplir, al mateix temps, les seues obligacions en l'ordre social, laboral, mediambiental o d'un altre tipus. És a dir, no és la anormalitat o desproporció dels mateixos preus continguts en l'oferta, ni la seua baixa en relació amb els altres preus, la cosa que finalment justifica l'exclusió de l'oferta, sinó la possible consideració que l'empresa no podrà proporcionar les prestacions objecte del

contracte, en els termes de la seua proposició i sense perjudicar les condicions de treball vigents o incomplir altres normes, com a conseqüència dels preus oferits. D'això es dedueix immediatament que aquesta consideració ja no pot dependre d'analitzar només els preus oferits en relació amb els de la resta de licitadors, ni tan sols amb els preus de què es puga presumir que són els preus de mercat, perquè, efectivament, una empresa àmpliament solvent podria, en el marc de la llibertat d'empresa consagrada entre altres en la Constitució Espanyola, decidir presentar a un client una determinada oferta de serveis a un preu per davall del cost, amb la finalitat de conquistar aquest client o de fidelitzar-lo, alhora que no ho fa amb altres clients, i tot això sense incomplir necessàriament cap norma laboral o en matèria de seguretat social o d'un altre tipus, a les quals estiga obligada.

Encara que referit als procediments oberts, restringits o negociats en què l'adjudicació del contracte s'efectua al preu més baix, en el mateix sentit anterior pot entendre's també el que disposa l'article 85 del vigent Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques (d'ara en avant RGLCAP), aprovat per Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, on a més dels supòsits en què es consideraran desproporcionades o temeràries les ofertes presentades estableix la possibilitat d'utilitzar el criteri següent: "Per a la valoració de les ofertes com a desproporcionades, la mesa de contractació podrà considerar la relació entre la solvència de l'empresa i l'oferta presentada".

Aquesta necessitat que el rebuig d'una oferta que es presumeix anormalment baixa es base en la comprovació que no pot ser complida i no en la circumstància que puga ocasionar pèrdues a l'empresa ja va ser posada de manifesta pel Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals en la Resolució 024/2011, de 9 de febrer de 2011, en la qual va desestimar un recurs interposat per una empresa contra l'adjudicació a una altra que havia formulat una baixa desproporcionada respecte a la pròpia (57 %) i en la qual, entre altres fonaments, va manifestar el següent:

La recurrent per a justificar el seu recurs utilitza arguments tendents només a posar de manifest el caràcter exageradament baix de l'oferta en relació amb els costos de producció a incórrer per a la prestació del servei. Ni un sol argument s'esgrimeix per a demostrar que en aquestes condicions l'oferta és impossible de complir. Simplement es tracta d'acreditar via costos de producció que l'oferta de l'adjudicatària és inferior al cost de prestació del servei. Amb això es posa de manifest que, fins i tot, admetent que la forma normal d'actuar en el món empresarial, no és fer-ho presumint que es tindran pèrdues com a



conseqüència d'una determinada operació, situació aquesta que només es produiria si acceptem els càlculs de costos de la recurrent, és clar també que entre les motivacions de l'empresari per a mamprendre un determinat negoci no sols es preveuen les específiques d'aquest negoci concret, sinó que és raonable admetre que per a establir el resultat de cada contracte, es faça una avaluació conjunta amb la resta de negocis realitzats per l'empresa i que, analitzat des d'aquesta perspectiva, es pugua observar que produeix un resultat favorable.

Així les coses, allò que interessa determinar és si el licitador que va resultar adjudicatari està en condicions de complir el contracte en els termes de la proposició presentada, i a aquest respecte és necessari reconéixer que les al·legacions de la recurrent no han proporcionat elements de juí suficients per a sustentar l'opinió que no podrà complir-lo.

D'altra banda, cal assenyalar també que ni la legislació espanyola de defensa de la competència o de protecció de consumidors i usuaris ni l'europea prohibeixen la venda de béns o serveis a preus per davall del cost, excepte molt restrictivament en determinats supòsits de competència deslleial en la venda de béns o serveis a consumidors –persones físiques–, entre els quals no està la contractació de serveis per una administració pública. A manera de resum, la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial, d'acord amb la seua redacció vigent en el moment de redactar aquest informe, estableix, en l'article 17, el següent:

Article 17. Venda a pèrdua

- 1. Excepte disposició contrària de les lleis o dels reglaments, la fixació de preus és lliure.*
- 2. No obstant això, la venda realitzada per davall del cost, o per davall del preu d'adquisició, es considerarà deslleial en els casos següents:*
 - a) Quan siga susceptible d'induir a error els consumidors sobre el nivell de preus d'altres productes o serveis del mateix establiment.*
 - b) Quan tinga per efecte desacreditar la imatge d'un producte o d'un establiment aliens.*
 - c) Quan forme part d'una estratègia encaminada a eliminar un competidor o grup de competidors del mercat.*

Quant a la Directiva 2005/29/CE, del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de maig de 2005 (coneguda com a directiva sobre les pràctiques comercials deslleials), aquesta prohibeix qualsevol pràctica comercial deslleial si es contrària als requisits de la diligència professional i distorsiona o pot distorsionar de manera substancial, respecte al producte de què es tracte, el comportament econòmic del consumidor mitjà a què afecta o al qual es dirigeix la pràctica, o del membre mitjà del grup, si es tracta d'una pràctica comercial dirigida a un grup concret de consumidors. Per consumidor s'entendrà exclusivament qualsevol persona física que, en les pràctiques comercials previstes per la Directiva, actue amb un propòsit alié a la seua activitat econòmica, negoci, ofici o professió.

En conseqüència, quan estava vigent el TRLCSP (és a dir, abans que entre en vigor la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic), però tenint en compte també el que disposa la Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell, una primera conclusió ha de ser que l'exclusió d'una oferta desproporcionada o anormalment baixa que incórrega en pèrdues en la prestació del servei objecte del contracte, procedirà en el cas que, després de la justificació de la seua oferta per l'empresa licitadora i amb l'assessorament tècnic previ que siga adequat, l'òrgan de contractació estime que la proposició no pot ser complida per aquesta empresa sense incomplir les seues obligacions en matèria laboral, de protecció de l'ocupació o altres que se li apliquen d'acord amb els serveis que haja de prestar.

En segon lloc, *a sensu contrario*, cal concloure que perquè aquesta exclusió no es produísca l'empresa que ha formulat una oferta que incorre en pèrdues ha de justificar que disposa de la solvència econòmica i dels recursos suficients per a prestar els serveis objecte del contracte als preus oferits, sense perjudicar-ne la qualitat ni incomplir les obligacions laborals, mediambientals i de qualsevol tipus a què estiga obligada. Aquesta justificació haurà de ser suficient a juí de l'òrgan de contractació i requerirà que el licitador acredite expressament la concurrència de les condicions anteriors i explique el motiu pel qual pot formular una oferta que incorre en pèrdues encara que siguen de forma aïllada. Aquesta necessitat de justificació de l'oferta la destaca el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, en l'extensa Resolució 032/2012, de 26 de gener, en els termes següents:

Es tracta d'evitar que l'execució del contracte es frustre com a conseqüència d'una proposició que en atenció als seus valors siga desproporcionada i no es complisca el fi



institucional que es persegueix amb el contracte. Aquesta cautela es preveu en l'article 136 de la LCSP (art. 152 TRLCSP) que estableix que els plecs poden fixar límits que permeten apreciar, si és el cas, que la proposició no pot ser complida com a conseqüència d'ofertes anormals o desproporcionades. La superació d'aquests límits no permet excloure de manera automàtic la proposició, atès que és necessari l'audiència del licitador a fi que aquest pugui justificar que, a pesar dels valors de la seua proposició, sí que pot complir el contracte. D'aquesta manera la superació dels límits fixats en el plec es configura com a presumpció de temeritat que ha de destruir-se pel licitador, i només correspon a aquest la justificació de la seua proposició, de manera que el seu silenci comporta el rebuig de la proposició.

CONCLUSIONS

1. De conformitat amb el que disposa la legislació de contractes del sector públic, l'exclusió d'una proposició o oferta que es presumeix desproporcionada o anormal d'acord amb els paràmetres o límits establits en el plec de clàusules que regeixen la contractació, procedirà sempre que, després de consultar o requerir el licitador que l'ha presentada perquè pugui justificar-ne la viabilitat, aquest no ho faci o l'òrgan de contractació, a la vista de la justificació presentada i amb l'assessorament tècnic previ que necessite, estime això no obstant que aquestes ofertes i proposició no poden ser complides per l'empresa licitadora sense incomplir les seues obligacions en matèria laboral, de protecció de l'ocupació, d'índole mediambiental o qualsevol altra que haja de respectar-se d'acord amb l'objecte del contracte, tot això, independentment que el licitador poguera o no incórrer en pèrdues si se li adjudicava el contracte basant-se en la seua oferta econòmica.

2. Correspon al licitador que ha presentat una oferta presumptament anormal o desproporcionada segons els criteris establits en el plec i de la qual, a més, es dedueix que incórrer en pèrdues si se li adjudicava el contracte per ser el preu inferior al cost de la prestació, justificar que disposa dels recursos necessaris per a executar el contracte en els termes de la seua proposició sense incomplir les obligacions esmentades en matèria laboral, mediambiental o qualsevol altra que siga exigible.

Aquest informe s'emet d'acord amb el que estableix l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en aquest últim cas.

Vist i plau

EL PRESIDENT

(Per substitució art. 1 .a)

Ordre d'11 de juny de 2001

DOGV 17/07/2001)

LA VICEPRESIDENTA

LA SECRETÀRIA

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
amb data 27 de febrer de 2018