

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

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

INFORME 2/2018 DE 27 DE FEBRERO DE 2018. CRITERIOS PARA EXCLUIR UNA OFERTA INCURSA EN VALORES ANORMALES O DESPROPORCIONADOS. POSIBILIDAD DE OFERTAR PRESTACIONES A PRECIOS INFERIORES AL COSTE DE PRODUCCIÓN.

ANTECEDENTES

En fecha 23 de enero de 2018, ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Almoradí, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“MARÍA GÓMEZ GARCIA, Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Almoradí (Alicante)

EXPONE:

Mediante el presente, al amparo de lo establecido en el artículo 15.2 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat, solicito informe de esa Junta sobre la siguiente cuestión:

Este Ayuntamiento ha convocado licitación por procedimiento abierto regulación armonizada para adjudicar el contrato de servicios de limpieza viaria en todo el término municipal, ante la finalización del actual contrato. La empresa que ha presentado la mejor oferta está incurso en valores anormales o desproporcionados, razón por la cual se le ha requerido que justifique la misma de conformidad con lo que dispone el artículo 152 del Real Decreto 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.

La empresa licitadora que ha presentado esta oferta resulta que es la actual contratista de este servicio, habiéndolo prestado durante cuatro años. A lo largo de este tiempo, los incumplimientos y las deficiencias han sido constantes, obligando a este Ayuntamiento a formular numerosos requerimientos para su adecuado cumplimiento y a ejercer un control diario y exhaustivo sobre el servicio.

Ante esta circunstancia, esta Corporación tiene serias dudas de que esta empresa pueda prestar satisfactoriamente el nuevo contrato, el cual contiene prestaciones superiores en un 30 % respecto del anterior (que viene siendo prestado de una manera no satisfactoria), y teniendo en cuenta además que su oferta está incursa en valores anormales o desproporcionados.

Por otro lado, en el estudio económico que aporta junto con su proposición económica se justifica el importe del precio ofertado, pero no se toma en cuenta el valor de las mejoras así mismo ofertadas. De tal manera que, considerando globalmente el valor de los servicios incluidos en el contrato más el valor de las mejoras que el licitador oferta, todo ello con los propios números del licitador, resulta que tiene pérdidas.

Las cuestiones que se plantean a esa Junta Consultiva son:

1. ¿A la vista de la documentación justificativa que aporte este licitador, se puede rechazar su oferta incursa en valores anormales con fundamento en que ya se ha demostrado por esa empresa que no es capaz de cumplir satisfactoriamente un contrato de similares características, si bien incluso inferior en prestaciones, máxime cuando la nueva oferta está íncursa en valores anormales o desproporcionados?

2. ¿Sería un motivo para no admitir la justificación la circunstancia de que, según los propios números aportados por el licitador en su estudio económico, considerando en conjunto las prestaciones incluidas en el contrato más las mejoras que ofrece, vaya a tener pérdidas si se le adjudica el contrato?

3. ¿Con ocasión de la justificación de su oferta puede el licitador alterar los números que ya presentó inicialmente en el estudio económico de su oferta?"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Sobre la anterior consulta debe hacerse una advertencia previa: los informes de esta Junta no son vinculantes y no pueden sustituir los que en su caso deban emitir la mesa de contratación u otros órganos de la entidad que fomula la consulta a quienes corresponde prestar el debido asesoramiento al órgano de contratación, motivos todos ellos por los que debe tenerse en cuenta que la petición de informe a la Junta no puede servir para justificar una paralización del procedimiento que se siga en ningún expediente particular. Por otra parte, las cuestiones a la que atienden han de ser relativas a dudas razonables de interpretación de la legislación de contratos del sector público o referirse a aspectos de



ésta que tengan un interés general.

Hecha la consideración anterior, hay que señalar que de las tres cuestiones planteadas en la consulta sólo la segunda, referida a si es admisible ofertar a pérdidas, reúne las características necesarias para ser objeto del informe facultativo de esta Junta, por tratarse de una cuestión de interés general al referirse a una situación ante la que se puede encontrar cualquier órgano de contratación, cuya respuesta no se desprende directa o expresamente de las normas legales y reglamentarias en materia de contratación y requiere la adopción de un criterio compatible con éstas. No obstante, respecto de la primera cuestión contenida en la consulta sólo puede advertirse que para excluir o rechazar una oferta que presenta valores anormales o desproporcionados no cabe aplicar criterios que no se ajusten a lo establecido en la legislación de contratos ni tener en cuenta circunstancias extemporáneas de comportamientos pasados que debieron resolverse en su momento, y respecto de la tercera cuestión, relativa a si en la justificación de la oferta pueden alterarse los datos estimados en el estudio económico, ha de señalarse que el carácter vinculante o no del estudio presentado en relación con la oferta económica depende exclusivamente de que así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato.

Volviendo, pues, a la cuestión principal, hay que comenzar recordando que el artículo 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo TRLCSP), establece las reglas que han de seguirse para la identificación de cualquier proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal. En conjunto, exige que se determinen en el pliego los parámetros o límites que permitan presumir esa consideración, pero sin que tales indicios tengan más consecuencia que la de hacer que se requiera al licitador cuya oferta parece anormal o desproporcionada que la justifique o, más concretamente, que justifique la viabilidad de su cumplimiento. Así se desprende de lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de dicho artículo:

“3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación (...)

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

(...)

4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas (...)”

En términos análogos pero con mayor precisión se expresa la regulación de las ofertas desproporcionadas en 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, que debe ser tenida en cuenta en el caso sometido a consulta por haber transcurrido el plazo para su transposición al ordenamiento jurídico español, lo que no ha sucedido hasta la promulgación de la Ley 9/2017. Concretamente, el artículo 69 de la Directiva establece lo siguiente:

“Artículo 69

Ofertas anormalmente bajas

1. 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.

2. Las explicaciones contempladas en el apartado 1 podrán en particular referirse a lo siguiente:

a) el ahorro que permite el proceso de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción;

b) las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras;

c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;

d) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 18, apartado 2 [referido a las obligaciones medioambientales, sociales o laborales];

e) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 71 [referido a la posible subcontratación];



f) la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador.

3. El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2.

Los poderes adjudicadores rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2.

4. Cuando el poder adjudicador compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, solo podrá rechazar la oferta por esa única razón si consulta al licitador y este no puede demostrar, en un plazo suficiente, fijado por el poder adjudicador, que la ayuda era compatible con el mercado interior, a efectos del artículo 107 del TFUE. Los poderes adjudicadores que rechacen una oferta por las razones expuestas deberán informar de ello a la Comisión.

(...)”

Como puede observarse, lo que permite que una oferta con valores anormales o desproporcionados sea excluida de la licitación es la estimación de que la proposición *no puede ser cumplida* por el licitador como consecuencia de ello, sin incumplir al mismo tiempo sus obligaciones en el orden social, laboral, medioambiental o de otro tipo. Es decir, no es la anormalidad o desproporción de los precios mismos contenidos en la oferta, ni su baja en relación con los demás precios, lo que finalmente justifica la exclusión de la oferta, sino la posible consideración de que la empresa no va a poder proporcionar las prestaciones objeto del contrato, en los términos de su proposición y sin perjudicar las condiciones de trabajo vigentes o incumplir otras normas, como consecuencia de los precios ofertados. De ello se deduce inmediatamente que esa consideración ya no puede depender de analizar sólo los precios ofertados en relación con los de los restantes licitadores, ni siquiera con los precios de los que se pueda presumir que són los precios de mercado, porque, efectivamente, una empresa sobradamente solvente podría, en el marco de la libertad de empresa consagrada entre otras en la Constitución española, decidir presentar a un cliente una determinada oferta de servicios a un precio por debajo del coste, con la finalidad de conquistar a ese cliente o de fidelizarlo, al mismo tiempo que no lo hace con otros clientes, y todo ello sin incumplir necesariamente ninguna norma laboral o en materia de seguridad social o de otro tipo, a las que esté obligada.

Aunque referido a los procedimientos abiertos, restringidos o negociados en los que la adjudicación del contrato se efectúa al precio más bajo, en el mismo sentido anterior

puede entenderse también lo dispuesto en el artículo 85 del vigente Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, donde además de los supuestos en los que se considerarán desproporcionadas o temerarias las ofertas presentadas establece la posibilidad de utilizar el siguiente criterio: “Para la valoración de las ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada”.

Esta necesidad de que el rechazo de una oferta que se presume anormalmente baja se apoye en la comprobación de que no puede ser cumplida y no en la circunstancia de que pueda acarrear pérdidas a la empresa ya fue puesta de manifiesto por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 024/2011, de 9 de febrero de 2011, en la que desestimó un recurso interpuesto por una empresa contra la adjudicación a otra que había formulado una baja desproporcionada respecto a la propia (57%) y en la que, entre otros fundamentos, manifestó lo siguiente:

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, situación ésta que sólo se produciría si aceptamos los cálculos de costes de la recurrente, 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.

Así las cosas, lo que interesa determinar es si el licitador que resultó adjudicatario se encuentra en condiciones de cumplir el contrato en los términos de la proposición presentada, y a este respecto es necesario reconocer que las alegaciones de la recurrente no han proporcionado elementos de juicio suficientes para sustentar la opinión de que no podrá cumplirlo.

Por otra parte, hay que señalar también que ni la legislación española de defensa de la competencia o de protección de consumidores y usuarios ni la europea prohíben la venta de bienes o servicios a precios por debajo del coste, salvo muy restrictivamente en



determinados supuestos de competencia desleal en la venta de bienes o servicios a consumidores –personas físicas–, entre los que no se encuentra la contratación de servicios por una Administración Pública. A modo de resumen, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, de acuerdo con su redacción vigente en el momento de redactar el presente informe, establece, en su artículo 17, lo siguiente:

Artículo 17. Venta a pérdida.

1. Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre.

2. No obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos:

a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.

b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos.

c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

En cuanto a la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 (conocida como Directiva sobre las prácticas comerciales desleales), esta prohíbe cualquier práctica comercial desleal si es contraria a los requisitos de la diligencia profesional y distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores. Por consumidor se entenderá exclusivamente cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión.

En consecuencia, estando vigente el TRLCSP (esto es, antes de que entre en vigor la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), pero teniendo en cuenta también lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, una primera conclusión ha de ser que la exclusión de una oferta desproporcionada o anormalmente baja que incurra en pérdidas en la prestación del servicio objeto del contrato, procederá en el supuesto de que, tras la justificación de su oferta por la empresa licitadora y previo el asesoramiento técnico que sea adecuado, el órgano de contratación estime que la proposición no puede ser cumplida por dicha empresa sin incumplir sus

obligaciones en materia laboral, de protección del empleo u otras que le sean de aplicación en consonancia con los servicios que deba prestar.

En segundo lugar, a *sensu contrario*, hay que concluir que para que dicha exclusión no se produzca la empresa que ha formulado una oferta incurriendo en pérdidas ha de justificar que dispone de la solvencia económica y de los recursos suficientes para prestar los servicios objeto del contrato a los precios ofertados, sin perjudicar su calidad ni incumplir las obligaciones laborales, medioambientales y de todo tipo a las que venga obligada. Dicha justificación deberá ser suficiente a juicio del órgano de contratación y requerirá que el licitador acredite expresamente la concurrencia de las condiciones anteriores y explique el motivo por el que puede formular una oferta incurriendo en pérdidas aunque sean de forma aislada. Esta necesidad de justificación de la oferta la destaca el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su extensa Resolución 032/2012, de 26 de enero, en los términos siguientes:

Se trata de evitar que la ejecución del contrato se frustre como consecuencia de una proposición que en atención a sus valores sea desproporcionada no cumpliéndose el fin institucional que se persigue con el contrato. Esta cautela se prevé en el artículo 136 de la LCSP (art. 152 TRLCSP) que establece que los pliegos pueden fijar límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas anormales o desproporcionadas. La superación de tales límites no permite excluir de modo automático la proposición, dado que es preciso la audiencia del licitador a fin de que éste pueda justificar que no obstante los valores de su proposición, sí puede cumplir el contrato. De esta manera la superación de los límites fijados en el pliego se configura como presunción de temeridad que debe destruirse por el licitador, correspondiéndole sólo a éste la justificación de su proposición, de modo que su silencio conlleva el rechazo de la proposición.

CONCLUSIONES

1. De conformidad con lo dispuesto en la legislación de contratos del sector público, la exclusión de una proposición u oferta que se presume desproporcionada o anormal de acuerdo con los parámetros o límites establecidos en el pliego de cláusulas que rigen la contratación, procederá siempre que, tras consultar o requerir al licitador que la ha presentado para que pueda justificar su viabilidad, este no lo haga o el órgano de contratación, a la vista de la justificación presentada y con el asesoramiento técnico que precise, estime no obstante que dichas oferta y proposición no pueden ser cumplidas por la empresa licitadora sin incumplir sus obligaciones en materia laboral, de protección del



empleo, de índole medioambiental o cualquier otra que deba respetarse en consonancia con el objeto del contrato, todo ello, independientemente de que el licitador pudiera o no incurrir en pérdidas de adjudicarsele el contrato en base a su oferta económica.

2. Corresponde al licitador que ha presentado una oferta presuntamente anormal o desproporcionada según los criterios establecidos en el pliego y de la que, además, se deduzca que incurriría en pérdidas de adjudicarsele el contrato por ser el precio inferior al coste de la prestación, el justificar que dispone de los recursos necesarios para ejecutar el contrato en los términos de su proposición sin incumplir las citadas obligaciones en materia laboral, medioambiental o cualquier otra que sea exigible.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

VºBº EL PRESIDENTE
(Por sustitución art. 1 .a)
Orden de 11 de junio de 2001
DOGV 17/07/2001)
LA VICEPRESIDENTA

LA SECRETARIA

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 27 de febrero de 2018.