

## PREPARACIÓN

### **12/09** CLÁUSULA DE UN PLIEGO QUE ESTABLECE UN PORCENTAJE DE BAJA FIJO POR REFERENCIA AL PRESUPUESTO DE LICITACIÓN

**El informe trata sobre si sería ajustada a Derecho la cláusula de un pliego que, para determinar qué ofertas presentan valores anormales, estableciera un porcentaje de baja fijo por referencia al presupuesto de licitación <sup>1</sup>.**

La Abogacía del Estado ha examinado su petición de informe sobre si resultaría ajustada a Derecho la cláusula de un pliego que, para determinar qué ofertas presentan valores anormales, establezca un porcentaje de baja fijo por referencia al presupuesto de licitación.

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**I.** Cuando se trata de licitaciones en las que sólo se valora el precio (subastas) está legalmente prohibido calcular la temeridad mediante un porcentaje de baja fijo establecido en el pliego.

En efecto, hasta la entrada en vigor de la actual Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no regulaba expresamente esta materia. Era el Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas el que en su artículo 85 establecía las reglas para calcular la temeridad en las subastas (tomando como referencia la desviación de cada oferta respecto de la media aritmética de las ofertas presentadas).

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la LCSP ha pasado a ser una obligación de rango legal (y no reglamentario, como ocurría antes) la necesidad de calcular la temeridad *«por referencia al conjunto de*

---

<sup>1</sup> Informe emitido el 27 de marzo de 2009 por D. Rafael Domínguez Olivera, Abogado del Estado Jefe en el Ministerio de Fomento.

«Artículo 136. Ofertas con valores anormales o desproporcionados.

1. Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.»

**II.** Cuando se trata de licitaciones en las que se valoran varios criterios de adjudicación (concursos), el artículo 136.2 de la LCSP establece:

«Artículo 136. Ofertas con valores anormales o desproporcionados.

2. Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración (...). Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.»

Como se observará, a diferencia de lo establecido en el artículo 136.1 de la LCSP para la subasta (que obliga a calcular la temeridad comparando las ofertas) nada dice sobre esto el artículo 136.2 de la LCSP respecto del concurso.

Este «silencio» del legislador en cuanto al modo de determinar las ofertas temerarias en los concursos se explica porque, dada la variedad de criterios de adjudicación utilizables en los concursos, resulta difícil establecer, mediante una norma jurídica, reglas generales para el cálculo de la temeridad. Por ello:

– El artículo 136.1 de la LCSP establece que los límites de la temeridad se fijarán en el reglamento (en una norma de alcance general).

– Y, sin embargo, el artículo 136.2 de la LCSP establece para el concurso que los límites de la temeridad se fijarán en el pliego de cada contrato.

**III.** La cuestión a resolver es si sería contraria a Derecho la cláusula de un pliego que, para determinar las ofertas anormalmente bajas presentadas a un concurso, establece un porcentaje fijo respecto del presupuesto de licitación. El criterio de esta Abogacía del Estado puede sintetizarse así:

1. No existe norma jurídica que prohíba expresamente dicha cláusula.

2. Pese a ello, esa cláusula puede considerarse contraria a la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y también ha sido cuestionada en diferentes instancias de la Unión Europea. Además, dado que la temeridad (la oferta anormal) tiene como premisa el desajuste entre la oferta y el mercado, no sería ajustada a Derecho dicha cláusula si resultara que el porcentaje fijo elegido no es apropiado para definir los precios «normales» del mercado.

Se razonará a continuación sobre ambas consideraciones:

1. No existe norma jurídica que prohíba expresamente la cláusula de un pliego que, para determinar las ofertas anormalmente bajas presentadas a un concurso, establezca un porcentaje fijo respecto del presupuesto de licitación:

a) La LCSP no prohíbe expresamente el empleo de ese tipo de cláusulas. En concreto, justamente a continuación de prohibirlo para la subasta –el citado artículo 136.1–, el artículo 136.2 no establece prohibición alguna cuando regula la misma materia respecto del concurso. Tampoco parece que el empleo de un porcentaje fijo sea incompatible con la expresión «límites» empleada por el propio artículo 136.2 de la LCSP.

b) El Derecho comunitario tampoco prohíbe expresamente el empleo de ese porcentaje fijo.

En esta materia es sentencia de referencia la dictada por el Tribunal de Justicia Europeo el 27 de noviembre de 2001 (Asuntos C-285/99 y C-286/99. Lombardini SpA-Mantovani SpA). En ella, el citado Tribunal declara:

– Que «la Directiva no define el concepto de oferta anormalmente baja ni determina, *a fortiori*, el modo de cálculo de un umbral de anomalía. Por consiguiente, este cometido incumbe a los diferentes Estados miembros» (apartados 61 y 67 de la sentencia).

– Que, una vez elegida la fórmula para apreciar la temeridad, se cumple la Directiva con tal que, «antes de rechazar una oferta por ser anormalmente baja, el licitador tenga la posibilidad de alegar, oportunamente y de modo contradictorio, su punto de vista sobre cada uno de los diferentes componentes del precio propuestos» (apartado 81 de la sentencia).

c) Alguna Ley autonómica emplea este tipo de cláusulas. En concreto, parece oportuno señalar (sólo como referencia, puesto que se aplica al Estado) que el cálculo de la temeridad aplicando un porcentaje fijo respecto del presupuesto del contrato es el mecanismo utilizado por la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra (Ley Foral 6/2006, de 9 junio), dictada, al igual que la estatal Ley Contratos del Sector Público, para transponer la Directiva 2004/18. El artículo 91 de la citada Ley Foral establece:

«Artículo 91. Ofertas anormalmente bajas.

[...] Podrá presumirse que una oferta es anormalmente baja cuando sea inferior en treinta puntos porcentuales al importe estimado del con-

trato, salvo que se haya indicado otra cosa en las condiciones reguladoras del contrato.»

2. Aunque no exista una prohibición legal expresa de dicha cláusula, debería tenerse en cuenta lo siguiente:

a) El empleo de este tipo de cláusulas puede considerarse contrario a la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

b) Igualmente, la conformidad de dichas cláusulas con las Directivas sobre contratación pública ha sido cuestionada en diferentes instancias de la Unión Europea.

c) Dado que la temeridad (la oferta anormal) tiene como premisa el desajuste entre la oferta y el mercado, no sería conforme a Derecho la cláusula que señalara en el pliego un porcentaje fijo si resultara que éste no se corresponde con los precios “normales” del mercado.»

Se razonará a continuación sobre estos extremos:

a) La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, ha expresado su preferencia por que el cálculo de la temeridad se realice por referencia al conjunto de las ofertas presentadas.

Por ejemplo, en el Informe 16/66, de 3 de febrero de 1966, declaraba:

«No es aconsejable establecer un tanto por ciento fijo del presupuesto formulado por la Administración, a partir del cual hayan de ser consideradas las bajas de subasta que puedan producirse como desproporcionadas o temerarias.

Es de fundamental importancia el resultado comparativo de todas las proposiciones presentadas a una subasta y la apreciación de las diferencias, en el orden económico, que representa cada una en relación con la que le antecede inmediatamente en el orden de menor a mayor baja.»

Más recientemente, en el Informe 34/99, de 12 de noviembre de 1999, aunque a propósito de otra cuestión (las bajas que no alcanzan a cubrir los mínimos salariales establecidos para los trabajadores de la empresa en el convenio colectivo), la Junta Consultiva declaraba:

«Una oferta estará incurso en presunción de temeridad por su examen comparativo con otras proposiciones (...) La proposición económica de cada licitador ha de examinarse comparativamente con las del resto de licitadores (...).»

Aunque es claro que los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa no tienen carácter normativo ni vinculante, provienen del «órgano consultivo específico» en materia de contratación administrativa (art. 299 de la LCSP). Por ello, tienen un especial valor que obligaría a contar con una justificación muy sólida para apartarse del criterio manifestado en los citados informes.

b) El sistema de porcentaje fijo establecido de antemano en el pliego también se ha cuestionado por la doctrina europea.

Por ejemplo, en el caso Lombardini-Mantovani, cuya sentencia ya ha sido citada, entre las conclusiones que el Abogado General presentó al Tribunal de Justicia se encuentra las siguientes:

«35. He señalado que, conforme a la mencionada disposición, el de oferta anormalmente baja es un concepto muy preciso, que debe determinarse para cada contrato en función del objeto específico que constituye su prestación. Pues bien, en mi opinión se ajusta perfectamente al diseño de la Directiva un umbral de anomalía por referencia a una medida que se obtiene de las ofertas presentadas en una licitación, ofertas que, por definición, son elaboradas en consideración al objeto contractual. El sistema permite que, tal y como ha señalado en el acto de la vista el representante de Mantovani, sea el propio mercado el que fije para cada contrato el limen a partir del cual una oferta pueda ser considerada fuera de norma. Además, dada la objetividad del criterio, todos los aspirantes quedan situados en pie de igualdad. Ninguno juega con ventaja respecto a los demás para elaborar su oferta.

36. Como contrapartida, padece la transparencia. Quienes desean optar a la adjudicación del contrato desconocen, al tiempo de elaborar su oferta, el umbral a partir del que puede ser calificada de anormalmente baja. Incluso, ese umbral es ignorado por el propio poder adjudicador. Pero esta consecuencia es el tributo que hay que pagar para que la anormalidad de las ofertas sea un concepto jurídico a priori indeterminado, pero perfectamente delimitable en relación con cada contrato en particular, que es lo que pide el artículo 30, apartado 4, de la Directiva.»

En consecuencia, el Abogado General expresaba su preferencia por un sistema de fijación del umbral de temeridad calculado por referencia a las ofertas que se presenten a cada concurso (sin embargo, lo cierto es que en la sentencia que puso fin a este pleito, la ya citada de 27 de noviembre de 2001, el Tribunal de Justicia Europeo ni acoge ni rechaza estas conclusiones del Abogado General y se limita a decir, como ya se ha expuesto, que la Directiva no contiene reglas específicas sobre la fórmula matemática utilizable para calcular la temeridad).

Igualmente parece oportuno señalar que el citado informe 1837/05, de 4 de julio de 2005, de esta Abogacía del Estado fue elaborado precisamente a solicitud de la Dirección General de Programación Económica para dar una «respuesta jurídica» al informe de auditoría elaborado por la Comisión Europea, sobre cuatro contratos licitados en su día por el Ministerio de Fomento en los que se aplicaba la citada fórmula matemática. En el citado informe de auditoría la Comisión Europea manifestó sus dudas sobre la conformidad con el Derecho comunitario de este tipo de cláusulas:

«Los pliegos de cláusulas administrativas particulares contienen una cláusula que fija el importe mínimo por debajo del cual la oferta se considera anormalmente baja. Esta cláusula introduce un vicio en el

procedimiento con el objetivo de cerrar el contrato a la oferta económica más ventajosa» (No obstante, según parece, la Comisión Europea terminó finalmente retirando esta objeción del informe de auditoría elaborado al Ministerio de Fomento).»

c) Dado que la temeridad (la oferta anormal) tiene como premisa el desajuste entre la oferta y el mercado, no sería conforme a Derecho la cláusula que señalara en el pliego un porcentaje fijo si resultara que éste no se corresponde con los precios «normales» del mercado.

La fijación del umbral de temeridad afecta al principio de concurrencia: puesto que la aceptación de las ofertas incursas en presunción de temeridad deja de ser reglada y pasa a ser discrecional. Es decir:

«— Las ofertas que no están incursas en presunción de temeridad tiene que ser necesariamente aceptadas por el órgano de contratación (siempre que reúnan los demás requisitos exigidos en el pliego).

— Sin embargo, la aceptación de las ofertas incursas en presunción de temeridad depende de que el órgano de contratación acepte o no las justificaciones que dicha empresa presente para sostener su oferta.»

La citada sentencia del caso Lombardini-Mantovani declaró que «*el objetivo primordial de la Directiva es la apertura de los contratos públicos de obras a la concurrencia de ofertas*» (apartado 35 de la sentencia). Por ello, podría ser contraria al principio de concurrencia la cláusula de un pliego que, al fijar la temeridad sin ponderar adecuadamente los precios de mercado, obstaculizara la presentación de ofertas más competitivas.

Es decir, si el porcentaje fijo elegido por el órgano de contratación no se correspondiera con los precios de mercado (que deberían ser, en todo caso, los del mercado comunitario), podría cuestionarse la legalidad del pliego: Dicho pliego podrían vulnerar el principio de concurrencia al obstaculizar la admisión de ofertas que, de acuerdo con el mercado, no deberían ser calificadas como anormales (y, por tanto, deberían ser admitidas a la licitación sin necesidad de que los licitadores las justifiquen). Por ello, el empleo de este tipo de cláusulas presenta también riesgos desde el punto de vista de seguridad jurídica (que se impugne el pliego por inadecuación del porcentaje elegido).

Por el contrario, la fijación del umbral de temeridad en función de las ofertas presentadas a cada concurso proporciona un criterio objetivo para sostener que es el propio mercado el que ha marcado el parámetro de la anormalidad de las ofertas.

## CONCLUSIONES

**Primera.** No existe norma jurídica que prohíba expresamente la cláusula de un pliego que, para determinar las ofertas anormalmente bajas

**12/09** presentadas a un concurso, aplique un porcentaje fijo respecto del presupuesto de licitación.

**Segunda.** Aunque no exista una prohibición legal expresa de dicha cláusula, debería tenerse en cuenta lo siguiente:

*a)* El empleo de este tipo de cláusulas puede considerarse contrario a la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

*b)* Diferentes instancias comunitarias han cuestionado la conformidad de dichas cláusulas con las Directivas sobre contratación pública de la Unión Europea.

*c)* Dado que la temeridad (la oferta anormal) tiene como premisa el desajuste entre la oferta y el mercado, no sería conforme a Derecho la cláusula que señalara en el pliego un porcentaje fijo si resultara que éste no se corresponde con los precios «normales» del mercado.

*d)* El cálculo de umbral de temeridad en función de las ofertas presentadas a cada concurso (y no con un porcentaje fijo predeterminado) proporciona un criterio objetivo para sostener que dicho cálculo es correcto, puesto que es el propio mercado el que ha marcado el parámetro de la anormalidad de las ofertas.