



INFORME 3/2021, DE 29 DE OCTUBRE, SOBRE LA POSIBILIDAD DE IDENTIFICAR OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS EN LOS PROCEDIMIENTOS CON NEGOCIACIÓN.

ANTECEDENTES

1.- De conformidad con lo establecido en el artículo 38 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril (RGCPM), entre las funciones de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se encuentran las de informar sobre las distintas cuestiones que en materia de contratación administrativa se sometan a su consideración, así como impulsar y promover las normas, instrucciones y medidas generales que considere necesarias en relación con la contratación pública y realizar los estudios que considere necesarios sobre contratación administrativa y formular las recomendaciones pertinentes para la mejora del sistema de contratación pública. Estas funciones corresponden a la Comisión Permanente, según lo dispuesto en el artículo 44 del RGCPM.

2.- La Junta emitirá sus informes de oficio o a petición de las Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías, de los Gerentes de los Organismos Autónomos, de los representantes legales de las Empresas públicas con forma de sociedad mercantil, Entidades de Derecho público y demás Entes públicos de la Comunidad de Madrid, del Interventor General y de los Presidentes de las Organizaciones Empresariales afectadas por la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid, conforme a lo establecido en el artículo 48 del RGCPM.

3.- Ante las dudas surgidas en algunos órganos de contratación, manifestadas en consultas a la Subdirección General de Coordinación de la Contratación Pública, sobre la posibilidad de identificar ofertas anormalmente bajas en los procedimientos con negociación, esta Comisión Permanente considera conveniente la emisión de oficio del presente informe.

CONSIDERACIONES

1.- El presente informe tiene por objeto analizar la posibilidad de establecer, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos a adjudicar mediante procedimientos con negociación, los parámetros objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta se considere anormal, conforme a lo establecido en el artículo 149.2 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del

Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

2.- Sobre esta cuestión, no existe unanimidad de criterio entre las diferentes Juntas Consultivas de contratación.

El Informe 18/96, de 5 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado: “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”, concluye que no resultan de aplicación las reglas de las bajas temerarias en el procedimiento negociado, con o sin publicidad, pues en este procedimiento se consultan y negocian los términos del contrato, sin que las ofertas puedan ser equiparadas a las proposiciones del resto de procedimientos, por lo que no tiene sentido plantear la aplicación de las reglas sobre bajas temerarias a este procedimiento.

Asimismo, el informe 5/2000, de 20 de diciembre, de la Comisión Consultiva de la Junta de Andalucía sobre aplicación de bajas desproporcionadas o temerarias en los concursos para la adopción de tipo, concluye que no resultan aplicables a los procedimientos negociados las reglas sobre bajas desproporcionadas o temerarias, pues entra en contradicción con la propia definición de este procedimiento, en el que la adjudicación se produce previa consulta y negociación de los términos del contrato, no siendo equiparables las ofertas de este procedimiento con las proposiciones reguladas para el procedimiento abierto.

Por el contrario, el Informe 7/2011, de 22 de noviembre, de la Junta Superior de Contratación de la Generalidad Valenciana sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados y su aplicación al procedimiento negociado. Justificaciones del licitador incurso. Condiciones excepcionalmente favorables para ejecutar la prestación, concluye, en relación al artículo que entonces regulaba las bajas desproporcionadas: “nada hace sospechar que el mismo, no sea de aplicación a todo tipo de procedimiento de adjudicación, incluido el procedimiento negociado, en que (...) la adjudicación recaerá en la oferta más ventajosa económicamente en aplicación de los criterios de valoración tras la negociación con estas empresas los aspectos técnicos y económicos”.

3.- Hay que tener en cuenta asimismo que en estos procedimientos las ofertas no se consideran verdaderas proposiciones, como se indica en el Informe 21/97, de 14 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, sobre actuación de la Mesa de contratación y características y aplicación del procedimiento negociado: “Con carácter general debe afirmarse que en el procedimiento negociado no existe una licitación en sentido estricto y técnico jurídico como existe en la subasta y en el concurso y que las

ofertas (...) no son equiparables a las proposiciones (...), entre otras razones y como fundamental, porque el precio u oferta económica es uno de los elementos, quizá el fundamental, que se negocia con los empresarios en el procedimiento negociado sin que pueda quedar fijado con carácter inalterable en la oferta a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones.” Y añade: “lo cierto es que la ausencia de única verdadera licitación y la falta de un trámite preceptivo de presentación de ofertas en sentido análogo al de presentación de proposiciones permite concluir que en cualquier momento antes de la adjudicación puede producirse la intervención preceptiva de la Mesa de Contratación que formule su propuesta al órgano de contratación con lo cual se cumple el requisito de su intervención en el procedimiento negociado (...) y el carácter necesariamente flexible y sin formalismos innecesarios que derivan de la utilización del procedimiento negociado, cuyo elemento esencial es la negociación entre la Administración y uno o varios empresarios y que resulta incompatible con la rigurosidad de tramitación de la subasta y el concurso en procedimientos abiertos y restringidos, teniendo en cuenta que solución contraria a la propugnada desnaturalizaría el procedimiento negociado, en contra de la intención del legislador y regulación concreta del mismo”.

No parece, por tanto, dada la peculiaridad y flexibilidad de los procedimientos con negociación, que se les hayan de aplicar todas las normas relativas a las proposiciones que sí afectan a otros procedimientos.

4.- Los procedimientos con negociación permiten que el órgano de contratación negocie con los licitadores las condiciones del contrato. El artículo 166 de la LCSP caracteriza a estos procedimientos como aquellos en los que la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras negociar las condiciones del contrato con uno o varios candidatos. Conforme al artículo 169.5 de esta Ley, los órganos de contratación, en su caso, a través de los servicios técnicos de ellos dependientes, negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas por éstos, excepto las ofertas definitivas, que estos hayan presentado para mejorar su contenido y para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la mejor oferta, de conformidad con lo previsto en el artículo 145.

Al procedimiento negociado sin publicidad, tal como dispone el artículo 170 de la LCSP, le serán de aplicación las normas del procedimiento de licitación con negociación en todo lo que resulten de aplicación según el número de participantes que concurran en cada caso, a excepción de la publicidad previa.

La peculiaridad de la tramitación de los procedimientos con negociación, hace innecesario, en general, el establecimiento y aplicación de unos parámetros objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta se considere anormal, pues en estos procedimientos se negocian con los licitadores las ofertas iniciales para mejorar su contenido en todos los aspectos que se hayan establecido en el pliego, incluido el precio, en su caso.

Sin perjuicio de lo anterior, nada obsta para que el órgano de contratación pueda, en caso de considerarlo necesario, establecer en el pliego los parámetros o criterios objetivos que permitan identificar una oferta como anormal con fundamento en lo dispuesto en el artículo 149.1 y 2 de la LCSP.

A propósito de este precepto, la Resolución nº 345/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 5 de marzo de 2020 señala: “Pues bien, en nuestro caso estamos de acuerdo con el órgano de contratación en que tal precepto, en principio, no impone el establecimiento en el pliego de criterios para determinar la anormalidad, salvo que el órgano de contratación pretenda excluir aquellas ofertas que se pudieran considerar anormalmente bajas. Es decir, la Ley pretende la introducción de garantías en el caso de que quieran excluirse determinadas ofertas por anormalidad; de modo que, en principio, si el órgano de contratación decide, dentro de su margen de discrecionalidad técnica para juzgar las necesidades que ha de satisfacer la licitación, que en la misma no procederá excluir a ningún licitador por tal causa, puede omitir su previsión”.

Así pues, el órgano de contratación, en cada procedimiento negociado, dentro de su margen de discrecionalidad técnica para juzgar las necesidades que ha de satisfacer, podrá valorar la necesidad o no de incluir parámetros o criterios objetivos para determinar la posible anormalidad de las ofertas.

Tal posibilidad se contempló en algunos supuestos analizados por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales como en la Resolución de 7 de septiembre de 2018, descartándose en otros, así, en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 11 de septiembre de 2015, en que se indica: “dado el procedimiento negociado y el ámbito de esa negociación, el órgano de contratación consideró innecesario incluir en los pliegos parámetros o criterios objetivos para determinar la posible temeridad de las ofertas”.

5.- Por lo expuesto, esta Comisión Permanente considera que no procede aplicar, con carácter general, a los procedimientos con negociación la regulación relativa a las ofertas

anormalmente bajas, dada la peculiaridad de estos procedimientos, motivo por el cual no se encuentra incluida su regulación en los modelos de pliegos a adjudicar mediante procedimiento negociado sin publicidad informados por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

No obstante, si en algún supuesto concreto, el órgano de contratación considera necesario establecer parámetros o criterios objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta se considere anormal, habrá de indicarlos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, conforme a lo dispuesto en el artículo 149.2 de la LCSP.

CONCLUSIONES

1.- La peculiaridad de la tramitación de los procedimientos con negociación hace innecesario, con carácter general, el establecimiento y aplicación de unos parámetros o criterios objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta se considere anormal, ya que se negocia con los licitadores las ofertas iniciales presentadas por éstos para mejorar su contenido en todos los aspectos a negociar que se hayan establecido en el pliego, incluido el precio, en su caso.

2.- No obstante, si en algún supuesto concreto, el órgano de contratación considera necesario el establecimiento de parámetros objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta se considere anormal, habrán de contemplarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares.