

LA REGULACIÓN DE LA BAJA TEMERARIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN. FUNDAMENTACIÓN ACTUAL E HISTORIA NORMATIVA

CARLOS PADRÓS REIG
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona

«Hay algunos trabajos en los últimos años que no han terminado y no se terminarán, y todo esto, Monseñor, por la confusión que causan las frecuentes rebajas que se hacen en sus obras, lo que no sirve más que para atraer como contratistas a los miserables, pillos o ignorantes y ahuyentar a aquéllos que son capaces de conducir una empresa. Yo digo más, y es que ellos retrasan y encarecen considerablemente las obras porque esas rebajas y economías tan buscadas son imaginarias y un contratista que pierde hace lo mismo que un naufrago que se ahoga, agarrarse a todo lo que puede; y agarrarse a todo, en el oficio de contratista es no pagar a los suministradores, dar salarios bajos, tener peores obreros, engañar sobre todas las cosas y siempre pedir misericordia contra esto y aquello»¹.

Sebastian Vauban. Mariscal de Francia. Comisario de Fortificaciones del Rey Luis XIV. Carta dirigida al Ministro de la Guerra, 1683.

I. INTRODUCCIÓN.—II. HISTORIA REGULADORA.—III. LA BAJA TEMERARIA EN LA JURISPRUDENCIA.—IV. REGULACIÓN ACTUAL. LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.—V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Los mecanismos de concurrencia en los procedimientos de contratación pública provocan a veces la aparición de ofertas imposibles de realizar por excesivamente bajas. En estos casos, la regulación de la baja temeraria indica en qué supuestos la Administración puede denegar la adjudicación cuando presume que la oferta no podrá cumplirse. Estos mecanismos tienden a evitar que con posterioridad a la adjudicación se produzcan revisiones de precios o incumplimientos de las condiciones. El artículo examina la cuestión a lo largo de las varias reformas de la legislación de contratos (1965; 1995; 2007) y su finalidad.

Palabras clave: contratos públicos; baja temeraria; adjudicación contratos administrativos; revisión de precios.

ABSTRACT

Competitive tendering in public procurement procedures may sometimes reveal the existence of offers that are not feasible due to its disproportionate low character. In these

¹ Encuentro esta joya histórica en el interesante artículo de Jaime JIMÉNEZ AYALA (2004).

cases, regulation of disproportionate offerings indicates in which case contracting bodies are able to deny awarding when it can be presumed that the contract will not be fulfilled. These mechanisms tend to prevent that contractual obligations are not honoured or that awarding prices are increased. The essay examines this aspect from an historical perspective taking into account several reforms of public procurement legislation (1965; 1995; 2007) and their respective goals.

Key words: public procurement; disproportionate low offers; awarding of administrative contracts; price adjustments.

1. INTRODUCCIÓN

La experiencia demuestra que en muchos procesos de selección de contratistas, empresas de gran dimensión presentan ofertas que quedan incluso por debajo del coste real del servicio (servicio a pérdida) o del precio de licitación de la obra. Con estas ofertas tan atractivas desde el punto de vista económico intentan garantizarse ganar el concurso y ser adjudicatarias de un servicio público o de una obra. El desarrollo del contrato se realiza con pérdidas para la empresa los primeros años hasta que el prestador decide instar una revisión de precios. Igualmente, en las adjudicaciones de obras pueden apreciarse desviaciones significativas entre el precio adjudicado y el precio realmente abonado por la Administración. En algunos casos, estas variaciones son tan relevantes que habría que hablar propiamente de un nuevo precio². En opinión de la doctrina, «nos enfrentamos con los problemas

² Resulta difícil encontrar información sistematizada y estadísticamente relevante sobre la patología de la desviación sistemática entre precio de adjudicación y precio de liquidación de los contratos públicos. A modo de ejemplo, la Intervención General de la Administración del Estado recoge en su *Informe General sobre los principales resultados de la ejecución de los planes de control financiero permanente y auditoría pública del ejercicio 2007* los siguientes datos: «en el conjunto de los contratos de obras liquidados en el ejercicio 2006, en departamentos ministeriales y organismos públicos sometidos a control financiero permanente, se produjo un incremento del coste, sin computar revisiones de precios, del 17% que se eleva hasta el 18% en el caso de los contratos liquidados por los ministerios y desciende al 16% en los contratos liquidados por los organismos públicos. Una parte del incremento del coste considerado se debe a las liquidaciones adicionales de obra, a este respecto el artículo 160 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contempla la posibilidad de ejecutar unidades de obra en cuantía superior a la prevista en el proyecto primitivo y ello sin necesidad de tramitar un proyecto modificado de la obra. Esta previsión se contempla de forma excepcional y condicionada ya que no puede representar un gasto superior al 10% del precio primitivo del contrato. Sin embargo, hay que destacar el hecho de que en la mayoría de los expedientes la variación resultante, traducida en un mayor gasto, se sitúe muy próxima al límite máximo del 10% que se permite en la legislación». Por si fuera poco, resulta que la metodología de cálculo de las desviaciones no incluye propiamente las revisiones de precios que si la calculamos arroja discrepancias entre precio de adjudicación y precio de liquidación de hasta un 28%. Cfr. www.igae.meh.es. Al escribir estas páginas se aprueba por el Gobierno el anteproyecto de Ley de Economía Sostenible. De entre las varias disposiciones que contiene, nos interesan aquellas relativas a la contratación. En concreto, se prevé que «los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o cuando concurran causas de fuerza mayor. Los modificados no podrán superar el 20%. Si el contrato no puede modificarse, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes».

planteados por el automatismo de la subasta como instrumento de selección exclusivamente basado en el precio de las ofertas presentadas por los licitadores. Las ventajas que presenta la sola consideración de la cuantía de los precios ofertados por los concurrentes en lo que refiere a la simplicidad del análisis que debe llevarse a cabo para determinar la oferta más ventajosa, se vuelven inconvenientes cuando se trata de cerciorarse de su seriedad y viabilidad»³.

Al tratarse normalmente de servicios públicos o infraestructuras sensibles, la adjudicataria amenaza a la Administración con dejar de prestar el servicio o no terminar la obra. La interrupción del servicio (recogida de basura, restauración, transporte, etc.) comporta graves perjuicios para los ciudadanos y para la Administración que se ve obligada a aceptar la revisión solicitada. Además, la constatación del hecho mismo de las pérdidas económicas reales en la prestación del servicio supone un argumento de peso para la revisión. También el hecho de no entregar una obra terminada y dejarla a la mitad supone que la Administración debe encontrar quien sea capaz de terminar de ejecutar el proyecto empantanado.

Sin embargo, según el Derecho europeo de la contratación pública, una modificación es considerada sustancial (y por ello debería procederse a realizar un nuevo procedimiento de adjudicación), al menos en tres casos (STJCEE de 19 de junio de 2008, As. C-454/06):

- Cuando se amplía el contrato a servicios no previstos inicialmente. El artículo 11 de la Directiva 92/50/CE impone para aquellos contratos que tengan por objeto servicios del Anexo I.A, restricciones a la posibilidad de emplear el procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios.
- Cuando se introducen condiciones que de haber constado en el procedimiento inicial de adjudicación, habrían permitido la participación de otros licitadores además de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta diferente.
- Cuando se altera el equilibrio económico-financiero del contrato a favor del adjudicatario de una manera que no estuviera ya prevista en el contrato inicial.

Así, pues, para el Derecho europeo, las revisiones de precio deberían articularse a través de un procedimiento de contratación nuevo (aunque las dificultades prácticas para hacerlo sean notables). No valdría, pues, con obtener una adjudicación con ofertas de precios irreales para después instar la revisión de los mismos.

Tradicionalmente, para evitar este fenómeno, la legislación administrativa de contratos ha regulado la figura de la baja temeraria. Con la exclusión automática de la baja temeraria, se permitía a la Administración excluir una oferta anormalmente baja respecto a sus competidoras o respecto del precio de

³ A. RUIZ OJEDA y J. GARCÍA BERNALDO DE QUIROS (1996: 325).

licitación fijado por los Pliegos. De este modo se evita adjudicar el servicio a pérdida y encontrarse después con conflictos entre revisión de precios y mantenimiento del servicio.

Sin embargo, la apreciación automática de la baja temeraria puede impedir, en algunos casos, abrir los servicios a nuevos métodos de prestación que presenten innovaciones e importantes ahorros para las arcas públicas. Se trata pues de ponderar dos intereses administrativos contrapuestos: obtener una prestación al precio más barato posible y que, a su vez, esta prestación pueda efectivamente realizarse a ese precio.

En estas páginas analizaremos, pues, la regulación de la baja temeraria a lo largo del tiempo, su fundamento y la situación actual con la reciente aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

II. HISTORIA REGULADORA⁴

La primera disposición que estudiamos es el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la *Ley de Contratos del Estado*. Según esta norma, los contratos deberán contener un precio cierto que se abonará de acuerdo con lo convenido (art. 7). En esta etapa de todavía escaso desarrollo del derecho de la contratación aparecen, pues, los dos elementos típicos de la dogmática:

- el precio es cierto y se expresa en el proyecto que licita la Administración;
- los contratos se ejecutan de acuerdo con su clausulado y su pliego de condiciones (generales y particulares o técnicas) y, por lo tanto, no tiene cabida la desviación del precio cierto y determinado.

Sin embargo, la misma LCE permite que los contratos contengan (en su regulación especial) cláusulas de revisión de precios. Lógicamente, si un servicio público o la explotación de una infraestructura se desarrolla a lo largo de diez, veinte o más años, parece lógico que puedan existir mecanismos de ajuste entre la prestación realizada y el precio abonado por la Administración. La posible revisión, en todo caso, se conceptúa siempre en la fase de ejecución contractual.

Junto con ello, la Administración adjudicante puede recelar de las ofertas anormalmente bajas. Para el contrato de obras, el artículo 32 LCE prevé literalmente que ello será así:

⁴ Aunque con un enfoque algo distinto al nuestro, resulta ilustrativo el análisis del Pliego General de Condiciones para la Contratación de Obras Públicas (1886), del Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de Obras Públicas (1903) o la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911. Todo ello está tratado en Jaime JIMÉNEZ AYALA (2004).

«b) Cuando la autoridad que haya de otorgar la aprobación presuma fundadamente, previo informe preceptivo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que la proposición no pueda ser normalmente cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias».

Según el texto articulado, pues, el momento para apreciar el carácter desproporcionado de la oferta se sitúa entre la adjudicación provisional y la definitiva⁵. La no adjudicación definitiva a causa de la apreciación de una baja temeraria supone que la subasta sea declarada desierta. La fundamentación legal del instituto de la baja temeraria intenta «evitar que los licitadores bajen su oferta para ganar la subasta hasta tal punto que la conviertan en irrealizable, con el consiguiente perjuicio para el interés público, derivado de la segura falta de ejecución del contrato»⁶.

A pesar de que las reglas válidas para el contrato de obras rigen de manera supletoria para todos los contratos, la regulación LCE en materia de contratos de servicios es algo distinta. En vez de proclamar el rígido principio de la inamovilidad del precio pactado, se establece (art. 74) que:

«La Administración podrá modificar, por razón de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al empresario de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que presidieron la perfección de aquél».

Parece, pues, fuera de duda que, en comparación con el contrato de obras, el contrato de servicio público tienen una mayor flexibilidad en cuanto a sus

⁵ Según detalla acertadamente MENÉNDEZ GÓMEZ, la mesa de contratación debe elevar al órgano de contratación la propuesta de mejor oferta económica (subasta) o de mejor puntuación obtenida (concurso) con la advertencia de la presunción de baja temeraria. «La Mesa de contratación, al mismo tiempo que eleva propuesta de adjudicación al órgano de contratación con la advertencia de los licitadores incurso en presunción de temeridad, incluido el de la oferta más ventajosa, en su caso, la situación de presunción de temeridad en que se encuentran, ya que podrán ser requeridos por el órgano de contratación para que justifiquen su oferta. Es decir, lo que debe notificarse a los licitadores, tanto en subasta como en concursos, es que sus proposiciones están incurso en presunción de temeridad, existiendo la presunción fundada de que sus proposiciones no pueden ser cumplidas a satisfacción de la Administración como consecuencia de las bajas desproporcionadas o temerarias de sus ofertas, por lo que deberán justificar los términos económicos de su proposición ante el órgano de contratación para que pueda apreciar si la proposición puede ser cumplida o no como consecuencia de esas bajas desproporcionadas o temerarias». E. MENÉNDEZ GÓMEZ (2006).

⁶ AA.VV. (1997: 311-312). Veamos, pues, que existe una doble presunción: a partir de cierto importe, se presume que la oferta presentada es anormalmente baja (presunción de temeridad) y, a causa de lo anterior, se presume que las ofertas incurso en tal presunción de temeridad no van a ser cumplidas (presunción de incumplimiento). Mientras que la primera ha sido objeto de objetivación, la segunda sigue siendo una cuestión discrecional pues hay que valorar muchos elementos para determinar de manera cierta que la adjudicataria no va a cumplir con el contrato (en vez de cumplirlo con pérdidas económicas).

modificaciones, lo que incluye en cualquier caso el precio. Es cierto que el contratista adjudicatario debe desarrollar el servicio de acuerdo con los pliegos del contrato pero al existir una mayor potestad de variación de la Administración, ello flexibilizará el régimen de precios. En otras palabras, la Administración puede variar incluso las prestaciones necesarias en un contrato de gestión de servicio público siempre que lo requiera el interés general y que se mantenga el equilibrio económico-financiero del contrato (concepto exclusivo de los contratos de servicio e impropio en el de obras).

En definitiva, la incardinación dogmática de la baja temeraria hace pensar que a mayor discrecionalidad de la Administración para revisar los precios en fase de adjudicación, mayor necesidad de regular la baja temeraria para evitar que se presenten propuestas muy bajas que después no pueden cumplirse en la realidad, con la única intención de ganar el concurso y negociar posteriormente con la Administración. *A sensu contrario*, si la revisión de precios es imposible o muy rígida y excepcional, decae la imperiosa necesidad de apreciar la baja. La realidad de la legislación de 1965 (y por extensión hasta nuestros días) es, sin embargo, la contraria: se regula la baja temeraria para la subasta (típica en los contratos de obra) y no en cambio para el concurso (típica para los contratos de servicios). Dicho en otras palabras, si constatamos que la Administración puede tener más propensión a reformar los precios en los concursos, la baja temeraria debería regularse también en éstos pues es donde el adjudicatario puede reclamar revisiones donde más incentivo encuentra para presentar ofertas irrealizables.

La LCE fue objeto de desarrollo mediante el Real Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, que aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado. Según su artículo 109 la baja temeraria se constituye como un supuesto de no adjudicación definitiva de una proposición seleccionada provisionalmente. Junto con la reproducción del mismo literal que el texto LCE, se añade que:

«Cuando no se confirme la adjudicación provisional en el caso del apartado a) la subasta será declarada desierta. En el supuesto del apartado b), se adjudicará el contrato al licitador que, no estando incurso en presunción de temeridad, sea el mejor postor, salvo que el órgano de contratación considere más conveniente anunciar nueva licitación (artículo 32 LCE).

Señaladamente, se denegará la adjudicación definitiva, por infracción del ordenamiento jurídico, cuando resulte incumplido en el expediente lo prevenido en el artículo 85 sobre el acta de replanteo y sobre la certificación relativa a la posesión y disponibilidad de los terrenos y a la viabilidad de la ejecución de las obras.

Se considerará, en principio, como desproporcionada o temeraria, la baja de toda proposición cuyo porcentaje exceda en diez unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas, sin per-

juicio de la facultad del órgano de contratación de apreciar, no obstante, previos los informes adecuados, y la audiencia del adjudicatario, como susceptible de normal cumplimiento las respectivas proposiciones».

Cabe decir, que el desarrollo reglamentario introduce algunas novedades importantes. En primer lugar, la declaración de desierta de la subasta sólo procederá en los casos donde la adjudicación provisional se hubiera efectuado como consecuencia de infracciones del ordenamiento jurídico (falsedades o nulidad, por ejemplo). En los casos de apreciación de baja temeraria, la consecuencia de la no adjudicación no será el abandono de la subasta y la iniciación (si procede), de una nueva contratación sino la adjudicación al mejor postor no temerario. Así, se «corre la lista» hasta encontrar quien sea capaz de cumplir el contrato adjudicado con suficientes garantías de éxito. Esta distinción en cuanto a los efectos de la no adjudicación del artículo 32 LCE no deriva directamente de la dicción del mismo sino que puede verse como una innovación reglamentaria.

También con respecto al texto legal, el reglamentario introduce una medida de objetividad. Si suponemos un precio (n) de 4.000 millones y se presentan al procedimiento de contratación cuatro empresas con las siguientes propuestas:

- Empresa A: 5.000.
- Empresa B: 4.500.
- Empresa C: 3.000.
- Empresa D: 2.000.

Muy a menudo se ha calculado erróneamente la baja temeraria efectuando la media aritmética de las proposiciones (3.625 millones) y declarando temerarias aquellas que fueran un 10% inferiores a la misma. Por lo tanto, las empresas C y D podrían ser excluidas por presentar proposiciones anormalmente bajas.

En realidad, sin embargo, la dicción literal (algo desafortunada) del precepto, manda realizar otro tipo de operación. Calcular respecto del precio de licitación (n) qué empresas presentan bajas y en qué porcentaje. Así, la empresa C presenta una proposición un 25% inferior al precio de salida. La empresa D, respectivamente un 50%. Si efectuamos la media aritmética de los porcentajes de baja, resultará que ésta se sitúa en 37,5% ($(50+25)/2=37,5$). Todas aquellas proposiciones que se aparten más de 10 puntos de la media, es decir más del 47,5% del precio inicial de salida, se considerarán temerarias por anormalmente bajas. De este modo, la empresa incurso en la causa de exclusión será únicamente la Empresa D (mientras antes lo eran tanto C como D).

Como vemos, pues, el texto reglamentario nos proporciona una fórmula matemática para constatar la presunción de baja temeraria. A pesar de ello, la exclusión no es automática puesto que el órgano de contratación puede

apreciar la viabilidad de la proposición y por tanto, el normal cumplimiento del contrato⁷.

La *Ley de Contratos de 1995 (Ley 13/1995, de 18 de mayo)* incluye también en su artículo 84 una detallada regulación de la baja temeraria:

«2. El acuerdo del órgano de contratación se acomodará a la propuesta, excepto en los casos siguientes:

a) (...)

b) Cuando el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias. En estos casos se solicitará informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa cuando las circunstancias concurrentes así lo aconsejen».

La regulación legal de la Ley de 1995 es bastante parecida —si no igual— a la ya contenida 30 años antes. El mecanismo para apreciar la baja temeraria es la presunción de imposibilidad de cumplimiento por parte del contratista. No hace falta probar efectivamente la irracionalidad económica o los errores en la propuesta económica sino la presunción fundada de incumplimiento. Para evitar la discrecionalidad de la Administración, la valoración de la baja temeraria debe respaldarse con informe el órgano de la administración consultiva en materia de contratación. El efecto de la apreciación de la temeridad en la propuesta es que no se realiza la adjudicación.

La aportación de la Ley 13/1995 reside en establecer un mínimo procedimiento de apreciación de la baja que incluye la vista a los afectados.

«3. El carácter desproporcionado o temerario de las bajas se apreciará de acuerdo con los criterios objetivos que se establezcan reglamentariamente y su declaración requerirá la previa solicitud de información a todos los licitadores supuestamente comprendidos en ella, así como el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

4. El órgano de contratación, a la vista de los informes mencionados, acordará la adjudicación a favor de la proposición con precio más bajo que pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración y, en su defecto, al mejor postor no incurso en temeridad, justificando su decisión ante el Comité Consultivo

⁷ Se ha planteado la insuficiencia del método de estimación del artículo 109 RCE puesto que no da solución al caso donde todas las propuestas presentadas sean bajas temerarias con respecto al precio de licitación. Vid. A. RUIZ OJEDA y J. GARCÍA BERNALDO DE QUIROS (1996: 330). Este caso sería un supuesto para la declaración de desierto de la subasta puesto que no es posible encontrar ningún licitador no incurso en baja.

para los Contratos Públicos de la Comisión de la Comunidad Europea, si el anuncio de la licitación hubiese sido publicado en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas".

5. Cuando la adjudicación se realice en favor del empresario cuya proposición hubiera estado incurso inicialmente en presunción de temeridad, se exigirá al mismo una garantía definitiva por el importe total del contrato adjudicado».

Respecto a su legislación predecesora, la Ley de contratos de 1995 permite que se realice la adjudicación incluso en el caso de apreciar la temeridad en la oferta económica (apartado 5). La apreciación de la baja no es ya un impedimento para la adjudicación. Los efectos de la apreciación de la baja son, en 1995, el aumento de la garantía definitiva hasta el 100% del importe del contrato.

La baja temeraria puede apreciarse respecto de una o de varias de las propuestas presentadas. De este modo, la Administración debe preferir a los concursantes no temerarios por delante de los que lo son (a pesar de la deficiente redacción del precepto). Puede darse el caso de que todas las propuestas incurran en temeridad o que las que no incurran en ella no sean suficientemente adecuadas para el órgano de contratación. Así, se abre la puerta a la fórmula novedosa según la cual el contrato debe adjudicarse «a favor de la proposición con precio más bajo que pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración».

Como puede apreciarse, a pesar de contener una regulación prácticamente igual, la LCE 1965 y la LCAP 1995 desembocan en soluciones completamente distintas. Para el legislador de 1965, la baja temeraria debía apreciarse al final del procedimiento de adjudicación (entre la adjudicación provisional y la definitiva) y por lo tanto, el candidato estaba ya seleccionado de acuerdo con el criterio del mejor precio. La apreciación de la baja temeraria podía suponer la no-adjudicación y la declaración de desierto del concurso.

Ahora, en cambio, el legislador tiende a privilegiar más al empresario que presenta una oferta —clara o tendencialmente— a la baja. Los concursantes son los que quedan vinculados por las propuestas que presenten (aunque sean irreales desde el punto de vista de su viabilidad económica). Si la Administración puede gozar de la extrema competencia entre empresas para la prestación del servicio, nada obsta para su adjudicación. De esta forma, puede apreciarse en la realidad como determinadas empresas —especialmente las grandes— concurren con ofertas incluso por debajo del coste y por lo tanto generan pérdidas⁸. Ello se debe en muchos casos a la necesidad de mantener el volumen de negocio incluso sacrificando la

⁸ «En efecto, debe evitarse la práctica viciosa de adjudicaciones a proposiciones incursas en presunción de temeridad que, sin lugar a dudas, van a producir proyectos modificados y obras complementarias, mediante los que puede desvirtuarse el alcance de la baja y la libre concurrencia en la licitación». E. JIMÉNEZ APARICIO (2002: 849).

rentabilidad o a la estrategia para copar mercados y darse a conocer a la Administración adjudicante⁹.

En definitiva, en 1995, a diferencia de 1965, puede adjudicarse un contrato a una baja temeraria si se procede a constituir una garantía definitiva del cien por cien del contrato adjudicado. La finalidad de la regulación pasa de ser el excluir las ofertas temerarias, declarar desierta la subasta y por tanto garantizar la racionalidad en la adjudicación de los contratos (1965) a prevenir que puedan rechazarse automáticamente las ofertas anormalmente bajas y por lo tanto a asegurar una competencia entre los concurrentes (1995). Sin embargo, la exigencia de una fianza por el importe total del contrato aparece como un elemento difícilmente asumible por las empresas aunque justifiquen la viabilidad económica de sus proposiciones.

La LCAP fue objeto de desarrollo reglamentario parcial por parte del RD 390/1996, de 1 de marzo, aunque para lo que a nosotros interesa, más que un desarrollo normativo, supone una norma transitoria para determinar qué aspectos de la regulación del antiguo RCE era todavía aplicables. Entre 1995 y 2001, pues, el desarrollo reglamentario de la LCAP (1995) sigue siendo en su mayor parte el RCE (1975)¹⁰.

El Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado el año 2000 (RDLeg 2/2000, de 16 de junio), no debería, en principio, modificar sustancialmente el régimen anterior. A pesar de ello, las reformas de la LCE introducen algunas pequeñas variaciones¹¹:

- No se considerarán (a los efectos de promediar las ofertas presentadas) las diversas proposiciones individuales que, sin embargo, hayan sido presentadas por empresas pertenecientes a un mismo grupo¹².

⁹ Algunas veces, los baremos de adjudicación puntúan la acreditación de experiencia o competencia en un determinado sector o incluso en anteriores contratos. Es por ello que una empresa puede verse compelida, como estrategia competitiva a realizar contratos a pérdida durante unos años con la expectativa de una futura adjudicación.

¹⁰ Así lo reconoce la Exposición de Motivos del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: «*Resulta así que a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como normas reglamentarias o de desarrollo, tuvieron que aplicarse las promulgadas durante la vigencia de la Ley de Contratos del Estado, para evitar un vacío normativo a nivel reglamentario, que impidiera la aplicación de la Ley. Para atender a los supuestos en que las remisiones de la Ley a normas reglamentarias no podían operar con la aplicación de las de tal carácter vigentes con anterioridad, por tratarse de aspectos de nueva regulación, a la conveniencia de introducir nuevas normas reglamentarias en aspectos concretos y para aclarar ciertos preceptos de la Ley y determinadas normas reglamentarias que podían considerarse vigentes, se promulga el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que debe considerarse una solución anticipada y parcial del desarrollo reglamentario de dicha Ley*».

¹¹ Fruto en parte de la reforma operada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo. Cfr. J. A. MORENO MOLINA (2000: 307 y ss.).

¹² De hecho, se ha apuntado que «la Ley 53/1999 de reforma de la LCAP ha introducido una importante novedad al respecto en el nuevo párrafo segundo del artículo 84.3, que establece una cautela frente a la posible presentación de ofertas individuales por sociedades pertenecientes a un mismo grupo. En estos supuestos, “no podrán ser consideradas” las diver-

- Sigue sin desarrollarse el procedimiento reglamentario que debería poder fijar objetivamente los criterios de apreciación de la baja.
- En caso de adjudicación a la oferta temeraria, la fianza del total del importe del contrato se reduce ahora al 20% del mismo¹³. El importe del 20% puede rebajarse por la legislación propia de las Comunidades Autónomas¹⁴.

El Reglamento de desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹⁵ procede a detallar reglamentariamente los supuestos de apreciación de baja temeraria en su artículo 85, titulado «*Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas*»:

Número licitadores	Temeridad
1	<25% presupuesto base de licitación
2	<20% a la otra oferta
3	<10% de la media aritmética ¹⁶
4 o más	<10% de la media aritmética ¹⁷

sas proposiciones que se formulen por esas sociedades pertenecientes al mismo grupo. Con esta previsión, el legislador reacciona frente a la alteración intencionada de las medias aritméticas que pueda producirse gracias a la intervención de varias empresas vinculadas entre sí». J. A. MORENO MOLINA (2000: 310), con cita de la obra del profesor J. L. VILLAR PALASÍ, *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, 1983. Cfr. STSJ de las Islas Canarias núm. 773/2004, de 23 de septiembre (JUR 2004\286881).

¹³ Para MORENO MOLINA, «incluso tras la reforma del precepto la disposición en cuestión puede atentar contra los derechos de los empresarios a los que se les aplique, ya que el presupuesto habilitante para su utilización se basa en la mera presunción de temeridad de la proposición que resulta finalmente adjudicataria del contrato. En efecto, si ha existido esa presunción inicial de temeridad, pero no se ha apreciado tras el procedimiento contradictorio que establece la Ley, podría ser cuestionada la exigencia de una garantía definitiva superior a la prevista por la Ley con carácter general, que alcanza al 4% del importe de adjudicación. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que en la contratación administrativa está en juego el interés público, para cuya salvaguardia en los casos de adjudicación a un contratista cuya oferta hubiera estado incurso en presunción de temeridad el legislador ha introducido la obligación de exigencia de una garantía definitiva reforzada». J. A. MORENO MOLINA (2000: 311).

¹⁴ DF 1.ª TRLCAP.

¹⁵ RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. De hecho, el RD 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, contenía ya una regulación reglamentaria de la baja temeraria en términos muy parecidos al RCE: «Artículo 23. *Bajas temerarias. Excepcionalmente y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá, en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares y, motivadamente, reducir hasta 5 unidades la referencia porcentual de 10 unidades establecida en el artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre*». Hay que decir, además, que el RD 390/1996, de 1 de marzo deja vigente en su disposición derogatoria única el artículo 109 del antiguo RCE.

¹⁶ No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales (art. 85.3. RGCAP).

¹⁷ No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que

Tal y como señala JIMÉNEZ APARICIO, «como fácilmente se observa, el artículo 85 del RGCAP combina dos diferentes criterios para el cálculo de las bajas desproporcionadas o temerarias. Cuando hay más de un licitador, mantiene el principio de la normativa antecedente de atender a la comparación entre las ofertas presentadas por todos ellos, aunque con importantes matices. En cambio, cuando haya un solo licitador, al no haber posibilidad de cotejo con otra oferta, la comparación se hace con el presupuesto base de licitación. Sin embargo, este doble criterio divide artificialmente no sólo el resultado del cálculo sino, lo que es más importante, la noción misma de temeridad, la cual ya no puede resultar únicamente de algún aislado alejamiento de la realidad teórica, representada por el conjunto de los competidores en la licitación —cualquiera que fuese la separación que todos ellos tuvieran respecto del presupuesto base de licitación ofertado por la Administración— sino que procederá de la separación misma respecto a este presupuesto del contrato tal y como la Administración lo propone. Cambia pues el fiel de la balanza»¹⁸.

Si aplicamos la nueva fórmula reglamentaria al mismo ejemplo hipotético anterior, resultará que: la media de las ofertas presentadas se sitúa en 3.625 millones. Si a ello les restamos el 10%, podrá apreciarse la baja temeraria en aquellos supuestos que sean inferiores a 3.263 millones [$3.625 - (10\% \text{ de } 3.625) = 3.263$]. Se adopta pues una metodología que se basa en el importe de las ofertas presentadas y no en los porcentajes de desviación a la baja. Al basarse la presunción de baja no en la desviación porcentual del precio de licitación sino en las proposiciones presentadas, puede darse el caso de que una propuesta caiga en baja temeraria debido al hecho de que una empresa presenta un presupuesto excesivamente alto (caso empresa A). De este modo, el carácter temerario o no de la propuesta no dependerá tanto del juicio de la Administración (precio de licitación o salida) sino del conjunto de proposiciones presentadas¹⁹. Por ello, parece necesario criticar el abandono del sistema de cálculo según la media aritmética de las bajas (1975) para pasar el sistema de cálculo según la media aritmética de las ofertas presentadas (2001)²⁰.

Incluso si prolongamos más el razonamiento, el método de cálculo de la baja temeraria (en relación a las ofertas presentadas por los competidores y

no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía (art. 85.4 RGCAP).

¹⁸ E. JIMÉNEZ APARICIO (2002: 852).

¹⁹ Para evitar precisamente lo pernicioso del sistema se justifican las excepciones detalladas en las dos notas al pié precedentes.

²⁰ La Junta Consultiva ya había señalado en varias ocasiones lo desaconsejable de establecer un porcentaje fijo de presupuesto para considerar la baja (Informe 16/1996, de 3 de febrero; Informe 34/1999, de 12 de noviembre). En vez de ello, resultaría más apropiado un análisis comparativo de todas las proposiciones presentadas así como las diferencias económicas entre ellas. Esta apreciación puede haber fundamentado el cambio de criterio de cálculo de la baja temeraria, aunque, reiteramos la inconveniencia del adoptado (media aritmética de las ofertas).

no al porcentaje de baja respecto al presupuesto base), conlleva otro efecto pernicioso no suficientemente destacado: la propensión al pacto entre las empresas. Si una empresa presenta una oferta de gran calidad y agresividad en el precio, puede verse incurso en baja temeraria (lo que no significaría su exclusión), sólo por el hecho de que las demás empresas no son lo suficientemente eficientes o dinámicas. Al contrario, las empresas pueden evitar la presunción de baja temeraria pactando entre ellas ofertas de precios similares, lo que de manera normal tenderá a hacerse por encima del precio de licitación (acuerdo para inflar los precios). Como efecto indeseado, pues, el inapropiado cálculo matemático de la presunción de baja fomenta la concertación entre empresas en las licitaciones y puede suponer aumentos en los precios de adjudicación.

La mayor sujeción de los adjudicadores a criterios prefijados de antemano puede tener también sus aspectos negativos. «Parece un error que la norma de Derecho escrito establezca con claridad los criterios determinantes de la adjudicación. Según sugieren Manelli y Vicent en un estudio enormemente ilustrativo, es aconsejable conferir a los evaluadores de las ofertas un amplio margen de maniobra. La finalidad de la legislación no debe ser, como orientación general, la de eliminar por completo la discrecionalidad de la instancia evaluadora sino la de introducir un sistema de incentivos y de controles que encaucen tal discrecionalidad en beneficio de la eficacia y equidad del sistema. El inconveniente que tiene el control excesivo de la discrecionalidad del agente adjudicador, como pretende hacer la legislación española, es que se establecen reglas conocidas por todos y que vinculan necesariamente a la Administración, por lo que resulta bastante fácil que las empresas se pongan de acuerdo y se elimine la competencia efectiva en base a la previsibilidad de los resultados»²¹.

Curiosamente, la filosofía de la regulación europea contenida en las directivas de contratación²², se ha encaminado precisamente a evitar que ofertas muy económicas puedan ser rechazadas de forma automática o mecánica por el hecho de ser consideradas excesivamente bajas en relación con sus competidores. La baja de una oferta no debe determinar, *per se*, la exclusión del proceso de adjudicación. Así, se transforma la dicción algo rígida de 1965 en la más flexible cláusula de oferta más baja que pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración. Sin embargo, en muchos casos donde no exista experiencia previa o comparativa de los precios de una determinada prestación, la Administración está especialmente mal situada para apreciar la racionalidad económica de las ofertas.

Existe pues un cierto automatismo en considerar qué supuestos pueden calificarse como proposición temeraria, pero ello no determina su rechazo en la adjudicación. De hecho, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 28/2006, de 20 de junio²³, presenta un caso donde la pro-

²¹ A. RUIZ OJEDA (2004: 435).

²² Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE o 2004/18/CE.

²³ www.meh.es

puesta temeraria había sido apreciada y excluida de la adjudicación ante lo que el órgano consultivo opina que la finalidad de la regulación de la baja desproporcionada o temeraria es: «impedir que las ofertas desproporcionadas o temerarias puedan ser rechazadas automáticamente por el órgano de contratación sin realizar una previa comprobación tendente a determinar si tales ofertas, a pesar de la baja, pueden o no ser cumplidas satisfactoriamente». La *ratio legis*, de la regulación no es tanto evitar que puedan adjudicarse contratos a un precio tan bajo que después no puedan ser cumplidos (y se insiste la correspondiente revisión durante la ejecución), sino evitar la exclusión automática que contemplaba la LCE de 1965. El cambio en la concepción dogmática de la institución resulta importante.

Procedimentalmente, la activación de lo dispuesto en el artículo 83 TRLCAP implica la apertura de una especie de pieza separada donde deben ser objeto de consultas por parte del órgano de contratación:

- Los propios licitadores incurso en la baja temeraria. Hay que dar traslado a la empresa o empresas afectadas para que puedan presentar la correspondiente justificación²⁴.
- Los servicios técnicos de la Administración contratante.
- La Junta Consultiva de Contratación Administrativa²⁵.

¿Qué valor tienen los informes emitidos? En la regulación LCE de 1965, el informe JCCA se presentaba como preceptivo, mientras que ahora la consulta pierde esa preceptividad al utilizar la dicción literal de la Ley el impreciso verbo en imperativo (se socilitará). Así pues, también entre 1965 y 1995 se produce un cambio respecto a la importancia que debe tener el informe de la Administración consultiva en materia de contratación en la apreciación de la baja temeraria. Pero además de la preceptividad o facultatividad del informe, cabe preguntarse si la opinión emitida resulta vinculante para la Administración contratante. Parece evidente que la propia le-

²⁴ En puridad, si el criterio objetivo para determinar la baja es la media aritmética de todas las proposiciones, deberían expresar su justificación no sólo las empresas incurso en la causa de exclusión sino todas ellas (cosa que no se hace en la práctica). Cfr. FJ 2.º del Informe JCCA 28/2001, de 13 de noviembre.

En otro orden de cosas, resulta interesante el resultado del Informe JCCA 25/2007, de 5 de julio. En un concurso para la adjudicación de un contrato de obra, la Administración contratante requiere a una de las empresas participantes para que aporte de documentación justificativa al verse incurso en baja temeraria. La empresa declara que la proposición económica obedece a un error de cálculo por lo que solicita se tenga por no presentada. Teniendo en cuenta que las garantías provisionales en nuestra legislación de contratos tienen la finalidad de reforzar la seriedad y firmeza de las proposiciones presentadas por los licitadores y asegurar el cumplimiento por el adjudicatario de la formalización del contrato, se considera que la retirada de la oferta impide formalizar el contrato y se procede a incautar la garantía provisional depositada. En definitiva, si la oferta se retira o no se aportan las justificaciones requeridas, se pierde la garantía. No así, en cambio si es el órgano de contratación el que finalmente determina que la oferta anormalmente baja no puede cumplirse cabalmente.

²⁵ Según la DF 1.ª del TRLCAP, este informe no constituye legislación básica y, por ello, las Comunidades que así lo legislen podrán eliminarlo o sustituirlo por otro.

gislación administrativa general²⁶ se decanta por el carácter no vinculante de los informes.

Tanto la praxis JCCA como la propia realidad del derecho de la contratación hacen que el Informe de la Junta se convierta en una especie de dirimente entre las opiniones de la empresa licitante (favorable a la propuesta presentada) y la opinión de la mesa de contratación que aprecia la baja temeraria (y por ello puede ser desfavorable a la contratación). La JCCA no efectúa normalmente estudios económicos independientes que funden su opinión sino que se sitúa en una posición de superioridad en el diálogo empresa licitante-mesa de contratación.

Llegados a este punto, «el órgano de contratación dispone de dos alternativas: adjudicar el contrato a la oferta de precio más bajo que pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración o bien al mejor postor no incurso en temeridad. En el primero de los casos, existe una valoración administrativa de que la oferta puede ser cumplida y por ello que ofrezca garantías en orden al cumplimiento y ejecución del contrato. Puede que esa oferta, de precio más bajo, se halle incurso inicialmente en presunción de temeridad, en cuyo caso, se exigirá al contratista una garantía definitiva que, en principio la LCAP fijaba en el importe total del contrato adjudicado, en tanto con la reforma última se reduce —lo que de seguro es más realista y lógico— al 20% del importe de adjudicación, como forma de salvaguarda de los intereses públicos. En el otro caso, la Administración opta por el mejor postor que no por el precio más bajo, en su seguridad de que su oferta, al carecer del reproche de temeridad, ofrece las adecuadas garantías de cumplimiento»²⁷.

En algunos casos, puede existir cierta confusión entre la baja temeraria y el incumplimiento de las condiciones del pliego. No puede llegarse a una baja temeraria a través de la utilización de parámetros de cálculo para la ejecución del contrato que sean distintos a los del pliego. Este es, en parte, el caso examinado en el Informe JCCA 28/2006, de 20 de junio. La Administración local había procedido a licitar unos trabajos de cerramientos forestales donde la discrepancia se manifiesta respecto al porcentaje de sustitución de la valla ya existente. La empresa licitante e incurso en baja temeraria presentaba un proyecto donde sería objeto de sustitución un 30% de los metros lineales de vallado ya existentes, mientras que la Administración consideraba que las partes deterioradas eran superiores a ese porcentaje. En este caso, aunque se analiza como un caso de baja temeraria, de lo que se trata propiamente es de la falta de definición del pliego o del incorrecto planteamiento de la propuesta respecto al mismo.

Tampoco puede reputarse baja la presentación de un proyecto para la licitación de un contrato cuando éste prevé la determinación del precio del mismo por unidades de prestación. Así, si el precio es cierto pero su cálculo global es incierto (pues no se sabe cuantas unidades de prestación va a necesitar

²⁶ El artículo 83.1 de la Ley 30/1992 es bastante explícito cuando determina que «salvo disposición expresa en contrario, los informes seran facultativos y no vinculantes».

²⁷ J. J. Díez Sánchez (2003: 412).

la Administración), no podrán reputarse bajas temerarias aquellos cálculos excesivamente bajos por multiplicar el precio unitario por pocas prestaciones. Este supuesto ocurre con cierta frecuencia en las prestaciones sanitarias.

El instituto de la baja temeraria, se aplica inicialmente sólo a las subastas (donde el único criterio es el precio) pero no a los concursos. Así lo aprecia la JCCA en ocasión de su Informe 40/1999, de 30 de junio, al analizar una supuesta baja temeraria de las proposiciones para la adjudicación de la construcción, explotación y mantenimiento de la autopista de peaje Santiago de Compostela-Orense: «A diferencia de la subasta donde los supuestos y procedimiento para apreciar las bajas desproporcionadas o temerarias, ofertas anormalmente bajas en la terminología comunitaria, está perfectamente reglado y no debe suscitar especiales dificultades, la distinta ponderación del criterio del precio, incluso su inexistencia, en el concurso determina que sea imposible apreciar *a priori* los supuestos en que una oferta debe considerarse desproporcionada o temeraria, y, en consecuencia, pueda aplicarse el procedimiento, con los efectos previstos en el artículo 84, apartados 2.b), 3, 4 y 5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Excepción a la afirmación realizada la constituye el que el propio pliego de cláusulas administrativas particulares contenga fórmulas o criterios para la previa consideración de desproporcionadas o temerarias de las bajas de las ofertas en concursos, como esta Junta, como inmediatamente veremos, ha puesto de relieve y como pretende resolver el proyecto de Ley, por la que se modifica la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, actualmente en tramitación parlamentaria, al dar nueva redacción a su artículo 87, apartado 3, que literalmente establece que en los contratos que se adjudiquen por concurso podrán expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias.

Esta Junta Consultiva, con arreglo a la legalidad vigente, ha manifestado la imposibilidad de apreciar bajas desproporcionadas o temerarias en concursos, salvo que el pliego introduzca un sistema que permita valorar adecuadamente las ofertas anormalmente bajas»²⁸.

Efectivamente, hoy resulta claro que las normas aplicables a la subasta lo son también al concurso en tanto que no sean exclusivamente aplicables a la primera²⁹. En la subasta, el precio es el elemento determinante y la apreciación de la baja temeraria resulta una operación relativamente sencilla al efectuar la media aritmética de las proposiciones. En el concurso, en cambio, se

²⁸ Fudamento Jurídico 2.º del Informe JCCA 40/1999, de 30 de junio: «Sobre aplicación de bajas desproporcionadas o temerarias en concursos y sobre utilización del procedimiento negociado en casos de declaración del concurso desierto».

²⁹ De hecho, la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, precisamente cita en su exposición de motivos la regulación más adecuada de los supuestos de baja temeraria, introduciendo su posible apreciación en los concursos. Véase una posición crítica con esta extensión en A. RUIZ OJEDA (2004: 434).

determina la adjudicación por un conjunto de criterios de los que el precio no es más que uno. Así, la apreciación de una baja temeraria en un concurso puede resultar algo más complicada. Si la filosofía que ilumina la institución de la baja temeraria es la exclusión del proceso de adjudicación definitiva (como hacía la LCE), parece que no sería extrapolable la misma de la subasta al concurso. Si, en cambio, como propone el derecho comunitario de la contratación y recoge el TRLCAP, la filosofía de la regulación legal es impedir que la Administración pueda excluir automáticamente proposiciones económicas anormalmente bajas o desproporcionadas, parece que la regulación de la subasta puede aplicarse analógicamente al concurso. Como puede apreciarse, pues, la distinta fundamentación dogmática de la baja temeraria conlleva consecuencias interpretativas en la regulación y aplicación de la misma. En cualquier caso, a diferencia de la subasta, los mecanismos para la apreciación de la baja temeraria en un supuesto de concurso deben constar explícitamente en los pliegos, o de lo contrario, no será de aplicación.

En términos parecidos se aborda la contradicción interna que presentan en el TRLCAP los apartados 1 y 3 de su artículo 86 (criterios para la adjudicación del concurso), que propone a la vez el carácter imperativo de la regulación de la baja temeraria en el pliego (apartado 1 con la dicción imperativa «se establecerán») y la inclusión voluntaria de la regulación (apartado 3 con la dicción voluntaria «podrán expresarse»). Este aspecto se aborda por parte del Informe 48/2001, de 30 de enero de 2002, cuyas consideraciones no podemos más que reproducir: «1. La única cuestión que se suscita en el escrito de consulta consiste en determinar si, conforme al artículo 86.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en los contratos que se adjudiquen por concurso es preceptivo o no, para el órgano de contratación, expresar en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos o límites en función de los cuales se apreciará que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias.

La cuestión deriva de una contradicción patente que se observa entre los dos párrafos de que consta el apartado 3 del artículo 86 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ya que, mientras el primero establece que “en los contratos que se adjudiquen por concurso podrán expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias” el segundo determina que “si el precio ofertado es uno de los criterios que han de servir de base para la adjudicación, se deberán expresar en el pliego de cláusulas administrativas particulares los límites que permitan apreciar, en su caso, que no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias”.

La contradicción existente entre las expresiones “podrán expresarse” utilizada en el primer párrafo del apartado y “se deberán expresar” empleada en el segundo párrafo no puede ser resuelta sobre la base de una interpretación

puramente literal del precepto, entendiendo que el primer párrafo se refiere a supuestos en que el precio no es un criterio de adjudicación, pues este supuesto, aunque factible, debe considerarse verdaderamente excepcional, careciendo de sentido establecer una regla general (la del primer párrafo), que luego va a ser exceptuada en el segundo párrafo en la práctica totalidad de los supuestos de adjudicación de contratos por concurso.

Por ello, en este caso, hay que acudir a elementos de interpretación finalista y sistemática del apartado 3 del artículo 86 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con especial consideración de sus antecedentes, tal como resulta del artículo 3.º del Código Civil relativo a la interpretación de normas jurídicas.

2. Lo primero que hay que observar es que ni la legislación de contratos del Estado, ni la primitiva redacción de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dedicaban precepto alguno al tema de las bajas desproporcionadas o temerarias en los concursos, habiendo sido esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe de 5 de junio de 1996 (expediente 18/96), al que posteriormente se remiten los de 18 de diciembre de 1996 (expediente 62/96), 20 de marzo de 1997 (expediente 8/97) y 30 de junio de 1999 (expediente 40/99), la que se pronunció expresamente sobre esta cuestión, con arreglo a la primitiva redacción de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sentando los siguientes criterios:

- La finalidad de las Directivas comunitarias en la regulación de las bajas desproporcionadas o temerarias (ofertas anormalmente bajas en su terminología) radica en evitar que dichas ofertas sean automáticamente rechazadas sin comprobar la posibilidad de su cumplimiento, finalidad que también persigue la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que resulta aplicable a subastas y concursos.
- No obstante, a diferencia de la subasta en las que existe una regulación completa de las bajas desproporcionadas o temerarias en los concursos, la distinta ponderación del criterio del precio que puede ser insignificante o incluso inexistente obliga a remitir a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, con carácter facultativo la inclusión de cláusulas objetivas para apreciar la existencia de bajas desproporcionadas o temerarias.

Expresivas del criterio de esta Junta son las palabras utilizadas en el apartado 2 de las Consideraciones del informe citado de 30 de junio de 1999³⁰.

3. Los criterios expuestos por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa tuvieron una influencia decisiva en la nueva redacción del apartado 3 del artículo 87 llevada a cabo por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, hoy incorporados al apartado 3 del artículo 86 del Texto Refundido

³⁰ *Vide ut supra*, nota 28.

aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio. No obstante, si tal afirmación debe mantenerse sin reservas respecto al primer párrafo del apartado 3 del artículo 86 no puede decirse lo mismo respecto al segundo párrafo, cuya aplicación literal dejaría sin campo de aplicación prácticamente al contenido del párrafo primero y resulta contraria a los criterios de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa basados en la especialidad del concurso frente a la subasta. La prevalencia del párrafo segundo sobre el primero dejaría, por otra parte, abierta la interrogante de por qué la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su versión actual no ha regulado directamente los criterios objetivos de apreciación de bajas desproporcionadas o temerarias en concursos, en lugar de remitir estos criterios a los pliegos, dado que, según la interpretación literal del segundo párrafo, quedaría sometidos al mismo la práctica totalidad de los concursos, es decir, aquellos en que el precio ofertado sea un criterio de adjudicación»³¹.

Y, por todo lo expresado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que ante la contradicción existente entre los dos párrafos del apartado 3 del artículo 86 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debe sostenerse la prevalencia del primer párrafo (carácter facultativo de incorporación de criterios para la apreciación de bajas desproporcionadas o temerarias) frente el párrafo segundo (carácter preceptivo en los contratos en que el precio ofertado sea criterio de adjudicación) teniendo en cuenta los antecedentes del precepto y, en especial, los informes de esta Junta, cuyos criterios fundamentaron la actual redacción del párrafo primero del apartado 3 del artículo 53 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Finalmente, queda por examinar el supuesto donde el órgano de contratación aprecie que la oferta anormalmente baja presentada por el licitador se debe a la existencia de una ayuda pública a la empresa. El supuesto está pensado especialmente para casos de licitación comunitaria donde concurren empresas de distintos Estados miembros (supuesto todavía harto infrecuente en la actualidad), pero nada impediría su extrapolación a nivel interno. La cuestión no ha sido recogida por el legislador español del TRLCAP, pero sí en las Directivas de contratación. Así, en el artículo 55.3 de la Directiva 2004/18/06 prevé el supuesto que pasará en su transposición a la Ley 30/2007, actualmente en vigor.

III. LA BAJA TEMERARIA EN LA JURISPRUDENCIA

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha analizado al menos en dos ocasiones la cuestión de la baja temeraria, en dos sentencias separadas casi veinte años. En la famosa STJCE de 22 de junio de 1989 (asunto 103-88, *Fratelli Costanzo v. Comune di Milano*)³², el Tribunal examina el efec-

³¹ Informe JCCA 48/2001, de 30 de enero de 2002.

³² FERNÁNDEZ MARTÍN y PELLICER ZAMORA (1990).

to directo de la prohibición contenida en el artículo 29.5 de la Directiva 71/305/CEE, según la cual las Administraciones contratantes no pueden excluir de acuerdo con una fórmula matemática determinadas proposiciones de los licitadores sin verificar en un procedimiento contradictorio la solidez de la propuesta.

Más recientemente, la STJCE de 15 de mayo de 2008 (asuntos acumulados C-147/06 y C-148/06) dilucida, también en procedimiento de cuestión prejudicial, la cuestión de la exclusión automática de las bajas temerarias. La norma italiana³³ prevé que: «En los casos de adjudicaciones de contratos públicos de obras por valor igual o superior al equivalente en euros a 5 millones de Derechos Especiales de Giro (DEG), según el criterio del precio más bajo contemplado en el apartado 1, la Administración interesada evalúa la anomalía de las ofertas a las que alude el artículo 30 de la Directiva 93/37 [...], en relación a todas las ofertas que supongan una rebaja igual o superior a la media aritmética de las rebajas porcentuales de todas las ofertas admitidas, con exclusión del diez por ciento, redondeado a la unidad superior, de las ofertas que contengan respectivamente la mayor y la menor rebaja, incrementada en la diferencia media aritmética de las rebajas porcentuales que superen la precitada media.

Las ofertas se acompañan de las justificaciones sobre los componentes más significativos del precio, obrantes en el anuncio de licitación o en la invitación escrita, cuyo importe conjunto no sea inferior al 75% del importe de base de la licitación. El anuncio de licitación o la invitación escrita deben precisar las modalidades de presentación de las justificaciones, e indicar además cuáles son eventualmente necesarias para que las ofertas sean admisibles. No se exigen justificaciones para los elementos cuyo valor mínimo puede determinarse sobre la base de datos oficiales. Si el examen de las justificaciones solicitadas y presentadas no es suficiente para excluir la incoherencia de la oferta, se invitará al licitador a completar los documentos justificativos y sólo podrá decidirse la exclusión tras una verificación ulterior, con debate contradictorio.

Sólo para los contratos de obras públicas de cuantía inferior al umbral comunitario, *la Administración interesada excluye automáticamente del concurso las ofertas con una rebaja porcentual igual o superior a la del primer párrafo del presente apartado*. El procedimiento de exclusión automática no se aplica cuando el número de ofertas válidas es inferior a cinco» (art. 21).

La sentencia debate, pues, si la prohibición de la exclusión automática debe regir también para aquellos contratos que no quedan incluidos en el ámbito objetivo de la Directiva por razón de su importe o si la cuestión es más general y se convierte en un principio de contratación administrativa que debe respetarse de manera general. A ello responde el Tribunal que: «Aun en presencia de un interés transfronterizo cierto, la exclusión automática de determinadas ofertas debido a su carácter anormalmente bajo podría ser aceptable cuando el recurso a esa norma esté justificado por el nú-

³³ Legge n. 109/1994, Legge quadro in materia di lavori pubblici, de 11 de febrero de 1994.

mero excesivamente elevado de ofertas, circunstancia que podría obligar a la entidad adjudicadora de que se trate a verificar de manera contradictoria un número de ofertas tan elevado que sobrepasaría su capacidad administrativa o podría poner en peligro la realización del proyecto, a causa del retraso que dicha verificación podría ocasionar. En esas circunstancias, una normativa nacional o local o incluso la propia entidad adjudicadora estarían autorizadas a fijar un umbral razonable para la aplicación de la exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas. Sin embargo, el umbral de cinco ofertas válidas que establece el artículo 21, apartado 1 bis, párrafo tercero, de la Ley núm. 109/94, no puede considerarse razonable.

En los litigios principales, corresponde al órgano jurisdiccional remitente llevar a cabo una valoración detallada de todos los elementos pertinentes de los dos contratos en cuestión para comprobar si en esos casos hay un interés transfronterizo cierto. Por consiguiente, procede responder a las cuestiones planteadas que las normas fundamentales del Tratado sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como el principio general de no discriminación son contrarios a una normativa nacional que, en lo que respecta a los contratos cuyo valor es inferior al umbral previsto en el artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva 93/37 y que revistan un interés transfronterizo cierto, cuando el número de ofertas válidas es superior a cinco, obliga imperativamente a las entidades adjudicadoras a excluir automáticamente las ofertas consideradas anormalmente bajas en relación con la prestación, con arreglo a un criterio matemático establecido en dicha normativa, sin dejar a las mencionadas entidades adjudicadoras ninguna posibilidad de verificar la composición de esas ofertas pidiendo precisiones sobre ellas a los licitadores interesados. No ocurre lo mismo cuando una normativa nacional o local o incluso la entidad adjudicadora de que se trate, debido a un número excesivamente elevado de ofertas que podría obligar a la entidad adjudicadora a verificar de manera contradictoria un número de ofertas tan elevado que sobrepasaría su capacidad administrativa o podría poner en peligro la realización del proyecto, a causa del retraso que dicha verificación podría ocasionar, fijan un umbral razonable por encima del cual se aplica la exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas» (apartados 32 a 35 de la sentencia).

En lo que refiere a la jurisprudencia nacional, en la STS de 17 de junio de 1991 (RJ 1991\4903) se considera que, una vez identificada una baja temeraria, el órgano de contratación puede optar discrecionalmente entre declarar desierto el procedimiento o adjudicar al licitador presuntamente temerario. «Esta facultad tiene un evidente carácter discrecional que sin embargo, no puede ser interpretado como arbitrario, porque, como actuación administrativa, puede ser revisada por los Tribunales de esta jurisdicción con el fin de comprobar la legalidad del acuerdo y evitar una desviación de ese poder teniendo en cuenta la finalidad de aquel acto discrecional que no es otra que la mejor protección del interés público. Para ello es indispensable que la Administración motive su acuerdo exponiendo las razones que le

han llevado a escoger al adjudicatario entre los licitadores o a declarar desierto el concurso»³⁴.

La STS de 25 de julio de 1996 (RJ 1996\6211) resulta interesante por varias razones. En primer lugar, se trata de un recurso de casación que examina las facultades de los tribunales contencioso-administrativos de sustituir el criterio de la Administración y declarar una situación jurídica individualizada. También presenta un caso de «alza temeraria» o lo que es lo mismo el rechazo a una oferta económica por ser irracionalmente beneficiosa para la Administración. Efectivamente, dos empresas concurren al concurso para la adjudicación de la explotación de la estación de autobuses de León, de manera que: el artículo 36 de la Ley de Contratos del Estado, precepto en el que si bien se faculta a la Administración para declarar desierto el concurso, de optar por la adjudicación, la otra de sus alternativas, debe necesariamente adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa, puesto que no puesto en duda que la de don Bernardo de P. era económicamente más ventajosa —7.000.000 de pesetas de canon anual, más el 20% de los beneficios anuales, tarifas reducidas y creación de treinta puestos de trabajo, frente a las 60.000 Ptas. de canon anual más el 10% de los beneficios anuales, tarifas máximas y creación de ocho puestos de trabajo de la de Autobuses de León SA» (FJ 3.º)

Efectivamente, dos empresas concurren al concurso para la adjudicación de la explotación de la estación de autobuses de León. Concurrían a dicha licitación Bernardo de P. y Autobuses de León SA. Conforme el artículo 36 de la Ley de Contratos del Estado, se faculta a la Administración para declarar desierto el concurso en caso de baja temeraria. Ahora bien, de optar por la adjudicación, la otra de sus alternativas, debe necesariamente adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa.

De las propuestas presentadas una de ellas, «la de Bernardo de P. era sin duda la económicamente más ventajosa —7.000.000 de pesetas de canon anual, más el 20% de los beneficios anuales, tarifas reducidas y creación de treinta puestos de trabajo, frente a las 60.000 Ptas. de canon anual más el 10% de los beneficios anuales, tarifas máximas y creación de ocho puestos de trabajo de la de Autobuses de León SA» (FJ 3.º).

Ante esta fuerte divergencia de proposiciones, «el informe técnico emitido por la Dirección General de Transportes admitiendo que los dos concursantes cumplían lo señalado en el pliego de condiciones y que la oferta de Don Bernardo de P. era más favorable económicamente en canon, tarifas, relación de ingresos-gastos y en otras mejoras que introducía, reputó a esta de dudosa viabilidad desde el punto de vista de la explotación al estar claramente sobrevalorados los ingresos con posible riesgo de abandono de ella, toda vez

³⁴ El tema de la motivación de las decisiones de contratación viene incluso reforzado legislativamente al incluirse en el apartado 4 del artículo 83 TRLCAP una necesaria justificación ante el Comité Consultivo para los Contratos Públicos de la Comisión de la Comunidad Europea, si el anuncio de licitación hubiese sido publicado en el *DOCE*. Para un interesante análisis sobre el término «proposición más ventajosa» y la discrecionalidad de la Administración adjudicante, cfr. STS de 30 de mayo de 2000 (RJ 2000\5154).

que el informe jurídico se manifestó en el sentido de que las estimaciones de la Dirección General de Transportes no señalaban ni determinaban cómo se habían formulado las prevenciones hacia ni como había obtenido los datos que manejaba, así como en el de que el pliego de condiciones estaba redactado sobre la base de sobrevalorar los temas económicos sobre los otros» (FJ 3.º).

A pesar del informe redactado de la resolución, podemos concluir que el carácter anormalmente superior o desproporcionado respecto de la otra oferta no impide la adjudicación del concurso, cuyo normal desarrollo se garantiza con un aval por el importe del canon de todo el período concesional (veinte años).

Asimismo, se ha considerado como no incurso en baja temeraria el hecho que la oferta económica se sitúe por debajo del coste del convenio colectivo fijado para el sector. Este es el caso analizado por el Informe de la Junta Consultiva de Contratación núm. 34/1999 de 12 de noviembre, para quien «la Administración contratante debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para llegar a un resultado concreto en cuanto a la cuantía de su proposición económica, en particular, en el caso consultado, si los licitadores en su proposición económica han tenido en cuenta los efectos derivados del artículo 77 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, puesto que ello desvirtuaría el sistema de contratación administrativa obligando a la Administración, concretamente al órgano de contratación, a realizar un examen y comprobación de elementos heterogéneos —la proposición económica, por un lado y los efectos del artículo 77 del citado Convenio Colectivo por otro— que por otra parte y por idénticas razones debería extenderse a otros elementos o componentes con influencia en la proposición económica, como pudiera serlo, por ejemplo, el pago de Impuestos, el disfrute de exenciones y bonificaciones, posibles subvenciones, otros aspectos de la legislación laboral, etc. Lo anteriormente razonado se refiere, por supuesto, a las cuestiones que pueden plantearse antes de la adjudicación de los contratos, que son a las que parece hacer referencia el escrito de consulta, pues es evidente que respecto de contratos ya adjudicados, la revisión del importe de adjudicación por repercusiones derivadas del artículo 77 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad deberá ajustarse a los preceptos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas sobre revisión de precios y, en general, modificaciones de los contratos que difícilmente podrán tener su fundamento en el citado artículo 77 del Convenio Colectivo».

La STS de 4 de diciembre de 2006 (RJ 2007\83) analiza un caso de adjudicación a una proposición incurso en baja temeraria. El 26 de agosto de 2000, se publicó en el *BO Región de Murcia* anuncio de licitación de las obras de la variante de una carretera determinada, a adjudicar mediante subasta, con un presupuesto de 239.054.120 pesetas. A dicha subasta se admitió a 15 licitadores, y en 26 de septiembre de 2000 tuvo lugar la apertura de proposiciones económicas, después de la cual se elevó al órgano de contratación

propuesta a favor de una oferta determinada, si bien ésta se encontraba incurso en baja temeraria del 34,60%. El servicio de contratación de la Comunidad Autónoma en 29 de septiembre de 2000 dirigió escrito a la empresa que había realizado la oferta ofreciéndole la opción, bien de justificar la proposición económica con baja temeraria, bien a renunciar a la adjudicación. En el mismo día indicado del 29 de septiembre de 2000 la empresa dio respuesta al escrito de la Administración regional, manifestándole que optaba por no justificar la proposición económica, pues el presupuesto era ya suficientemente expresivo y permitía la ejecución de la obra.

La sentencia ahora recurrida en casación había entendido que cuando la empresa opta por la no justificación de la baja temeraria, ello no supone que se esté renunciando a la adjudicación. Antes bien, se desprende lo contrario de lo manifestado en su escrito de 18 de octubre de 2000, según el cual no era necesaria justificación ninguna de la baja porque se entendía que la obra podía ejecutarse con el presupuesto que se propuso en su momento. A la vista de ello, considera el juzgador *a quo* que no se justificó la baja temeraria ni se renunció a la adjudicación, y por ello, al estar imposibilitada la Administración de conocer la viabilidad de la proposición económica, podría considerarse la oferta retirada o voluntariamente excluida.

En este caso, el Tribunal Supremo consideró que, a pesar de no justificar la propuesta, la empresa no retiró su oferta sino que se ratificó en la misma y que por lo tanto no cabía la incautación de la fianza. Todo ello a podría haber pesado en la incorporación al Reglamento LCAP del artículo 62.2. según el cual, la falta de contestación, o el reconocimiento de que la proposición adolece de error o la inconsistencia que la hagan inviable, tienen la consideración de retirada injustificada de la proposición.

IV. REGULACIÓN ACTUAL. LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Siguiendo la estructura que ya presentaba su antecesora LCAP, la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público regula la baja temeraria (ahora llamada oferta anormal o desproporcionada) como un mecanismo relativo a la fase de adjudicación provisional. Efectivamente, según dispone el artículo 135:

«1. El órgano de contratación clasificará las proposiciones presentadas, por orden decreciente, atendiendo a los criterios a que hace referencia el artículo anterior, a cuyo efecto, cuando deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios de adjudicación, podrá solicitar cuantos informes técnicos estime pertinentes, y adjudicará provisionalmente el contrato al licitador que haya presentado la que resulte económicamente más ventajosa. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo.»

El órgano de contratación no podrá declarar desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego.

2. La adjudicación al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa no procederá cuando, de conformidad con lo previsto en el artículo siguiente, el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión en la misma de valores anormales o desproporcionados».

El apartado 2. del vigente artículo 135 sería pues el equivalente del apartado b) del antiguo 83.2. TRLCAP. Destaca nuevamente la distinción subyacente entre subasta y concurso. En la subasta a la baja, donde el único criterio a considerar es el precio, no se podrá declarar desierta una licitación si se cumplen los criterios del pliego. En otras palabras, lo que en la antigua legislación era una presunción de temeridad y una exclusión automática, se convierte ahora en una protección al licitador más osado. Si en una subasta, todos los licitadores participantes cumplen con los criterios, nadie podrá ser ni excluido. El cambio de enfoque, pues, es bastante relevante. Con ello se privilegia la competencia entre empresas para bajar los precios de la licitación pero no necesariamente se obtiene una oferta que tenga un correlato con los precios reales que permitirán ejecutar la obra o prestar el servicio.

Al respecto, resulta interesante traer a colación las observaciones hechas por el Consejo de Estado a propósito del Informe relativo al Anteproyecto de la Ley de Contratos y sobre el concepto de baja temeraria así como de *precio adecuado al mercado*: «Se ha observado durante el expediente que no se incorpora en el anteproyecto la regla actualmente prevista en el último inciso del artículo 14.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de acuerdo con la cual, tras establecerse que los contratos tendrán siempre un precio cierto, se dispone: “En todo caso, los órganos de contratación cuidarán de que el precio del contrato sea el adecuado al mercado”. La Dirección General del Patrimonio del Estado estima —en su nota para responder a las principales alegaciones formuladas en el trámite de audiencia— que si la expresión “precio de mercado” ha de entenderse en sentido amplio, esto es en referencia “a un mercado más amplio que el de la propia contratación pública” o a un “consenso del mercado”, su inclusión en el anteproyecto es contradictoria con “la piedra angular de selección de ofertas de la Directiva”, que es “la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa”.

Es más —añade—, “es necesario poner de manifiesto el conflicto latente que la existencia de este principio [precio adecuado al mercado] mantiene cuando los órganos de contratación reciben ofertas con bajas muy significativas respecto a los precios de mercado que se han incorporado a los presupuestos de licitación. En efecto, la asunción plena de la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa implica que los licitadores por razones subjetivas (exceso de capacidad, estrategias empresariales, etc.) u obje-

tivas (disposición de medios en localizaciones geográficas próximas, de tecnologías especiales, etc.) puedan efectuar ofertas muy por debajo de los precios que corresponden al consenso del mercado, entendido en sentido amplio. Este fenómeno que se produce con naturalidad en el sistema vigente de contratación se contradice con la existencia del principio enunciado. Además, la directiva ampara (art. 55.3) la adjudicación a ofertas que se sitúen fuera del precio de mercado e incluso tengan la apariencia de ‘anormalmente bajas’ aun cuando hayan sido construidas artificialmente gracias a ayudas de estado concedidas legalmente”. Concluye que por todo ello *la regla de precio adecuado al mercado no es compatible con el criterio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa en la directiva*; y que, no obstante, la atención al precio de mercado es importante en otros momentos que sí se recogen en el anteproyecto: en general, para determinar el valor estimado del contrato; en fase de preparación, donde el presupuesto de licitación sí atiende a dicho precio; y en fase de ejecución, a través de las fórmulas de revisión de precios»³⁵.

El Consejo de Estado considera que los argumentos esgrimidos no sólo no son decisivos para la exclusión de la regla relativa a que los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea el adecuado al mercado, sino que llevan a propugnar la inclusión de dicha regla en el anteproyecto. Por ello el Dictamen establece que:

«Ante todo, el criterio sobre el que gira el sistema de adjudicación de la Directiva 2004/18/CE (art. 53) nada dice a favor o en contra de la inclusión de la regla del precio adecuado al mercado. El citado artículo de la directiva se refiere a que los criterios de adjudicación podrán ser: “a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico [...]; b) o bien solamente el precio más bajo”. El artículo 134 del anteproyecto, con otra redacción, viene a recoger esta misma norma. Así pues, el precio podrá ser único criterio de adjudicación o bien podrá ser tenido en cuenta junto a otros; en todo caso, la regla que ahora se analiza no afecta a esta cuestión, sino a la relativa a que el precio —juegue el papel que juegue en la concreta adjudicación— resulte adecuado al mercado.

En segundo lugar, y más relevante, el sentido de esta regla es el de *garantizar que el precio —el ofrecido por uno de los licitadores y aceptado por el órgano de contratación— se adecue al efectivo cumplimiento del contrato y no dé lugar a la aceptación de una oferta que haya incurrido en una baja temeraria respecto al presupuesto de licitación*, según la vigente terminología, o anormal o desproporcionada, en los términos de la Directiva 2004/18/CE y del anteproyecto. Este sentido sigue siendo el que tanto el Derecho comunitario como nuestro propio Derecho interno tratan de salvaguardar. La excepción prevista por el artículo 55.3 de la directiva, y recogida en el artículo 136.3, último párrafo, del anteproyecto, va en otra línea —no consideración automá-

³⁵ Consejo de Estado, Dictamen 514/2006, de fecha 25 de febrero de 2006.

tica de anormalmente baja de una oferta que cuente con ayudas de Estado—, pero no hace caer, sino que confirma, la regla general de que las ofertas no deberán ser anormales o desproporcionadas y para cuya aplicación el precio sigue siendo un factor determinante en esa valoración, bien el único (artículo 136.1 del anteproyecto) o uno de ellos (artículo 136.2).

Por ello, y aunque ciertamente la apreciación de una oferta anormal o desproporcionada no se vincule ya estrictamente y en todo caso en el anteproyecto a un precio anormalmente bajo (artículo 136.3), ello no puede llevar a la omisión total de una regla en este sentido. Desde este punto de vista, debe rechazarse enérgicamente que la exclusión de una regla similar a la que hoy contiene el artículo 14.1 *in fine* del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se justifique en la circunstancia relativa a “que los licitadores por razones subjetivas (exceso de capacidad, estrategias empresariales, etc.) u objetivas (disposición de medios en localizaciones geográficas próximas, de tecnologías especiales, etc.) puedan efectuar ofertas muy por debajo de los precios que corresponden al consenso del mercado, entendido en sentido amplio” o en el hecho de que este fenómeno —se dice— “se produce con naturalidad en el sistema vigente de contratación se contradice con la existencia del principio enunciado”, lo que, es claro, no ha de llevar a la eliminación del principio sino a la corrección de tal fenómeno.

Por lo demás, es claro que el mantenimiento de esta norma debería tener en cuenta la nueva regulación del artículo 136 del anteproyecto, y en especial el que este artículo permita la adjudicación a quien ha realizado una oferta desproporcionada o anormal, si se observa —por las explicaciones del oferente— que es una oferta seria que puede ser cumplida en atención a las circunstancias concurrentes. En definitiva, el Consejo de Estado considera conveniente incluir en el artículo 75 del anteproyecto una regla del siguiente o similar tenor: “En todo caso, los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, atendiendo generalmente al mercado”³⁶.

En definitiva, pues, la LCSP transforma el instituto de la baja temeraria de una garantía para la Administración pública a un mecanismo de garantía para las empresas licitadoras, que saben que no se verán excluidas o no deberán justificar la oferta mientras lo ofertado se ajuste al pliego o proyecto. De esta forma, la temeridad se traslada de la oferta privada al pliego público. Será el pliego el que deberá ajustarse a las condiciones reales de mercado para la explotación. Un pliego que dé cobertura o cabida a ofertas excesivamente bajas impedirá la ejecución del contrato, siendo pues el parámetro de valoración no tanto las condiciones reales del sector sino las condiciones fijadas administrativamente. La Administración decide que le realicen determinada prestación o le entreguen determinado bien de acuerdo con unos parámetros (cuánto está dispuesta a pagar). Son las empresas privadas las que deben ingeniárselas para satisfacer ese pliego de la forma más económicamente ventajosa.

³⁶ Consejo de Estado, Dictamen 514/2006, de fecha 25 de febrero de 2006.

Junto con ello, el artículo 136 regula el procedimiento de estimación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados así como sus consecuencias. En él se reproduce la distinción entre subasta (apartado 1) y concurso (apartado 2):

«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»³⁷.

2. Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. 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»³⁸.

La diferencia que existe entre la subasta y el concurso se puede resumir del siguiente modo: mientras que para la subasta la temeridad o falta de proporción se detectará efectuando la media de las proposiciones presentadas y aplicando las fórmulas previstas en el artículo 85 RCAP, para el concurso, el cálculo debe realizarse en base a las disposiciones del pliego. Para la subasta la regulación es de rango legal. Para el concurso, de rango infra legal o contractual. Es el pliego el que determinará no ya el cálculo de la baja, sino los límites mismos por debajo de los cuales se considerará que la oferta es

³⁷ Existe desarrollo reglamentario parcial de la Ley 30/2007 mediante el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo. A pesar de ello, para la regulación reglamentaria del cálculo del mecanismo de baja hay que seguir aplicando el RCAP.

³⁸ La dicción literal proviene del casi idéntico artículo 86.3. TRLCAP: «En los contratos que se adjudiquen por concurso podrán expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, se deberán expresar en el pliego de cláusulas administrativas particulares los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias». Tanto en el 136 LCSP como en el 83 TRLCAP la inclusión de la baja temeraria en los concursos es opcional (podrá expresarse en los pliegos). En cambio, los límites de la apreciación de la baja son optativos en la LCSP (podrán indicarse) mientras que obligatorios en el TRLCAP (deberán indicarse). La diferencia es sutil pero relevante; en la actualidad, la no inclusión en el pliego de los límites de la baja no es óbice para poder apreciar que la oferta no puede cumplirse. En el texto antiguo, si no existían esos límites en el pliego, al ser prescriptivos, no cabía la exclusión. Ante el silencio del pliego, la Administración debía siempre considerar que la baja era realizable.

irreal y por ello no podrá ser cumplida. En ausencia de regulación, no se considerará ninguna oferta como incurso en baja temeraria.

Junto con la regulación material del instituto de la baja, se regula también la cuestión del procedimiento de justificación de la oferta, así como la cuestión de las ayudas de Estado. En la nueva regulación se enfatiza la necesidad de oír al licitador antes de declarar el carácter anormal de su oferta y se elimina la exigencia de una garantía especial³⁹.

«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, o la posible obtención de una ayuda de Estado⁴⁰.

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

Si la oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, sólo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquél no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que rechace una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada».

Y, finalmente, el artículo 136 regula las consecuencias de la apreciación de una baja temeraria.

«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, acordará la adjudicación provisional a favor de la siguiente proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior, que se estime

³⁹ J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS (2007: 541).

⁴⁰ Los criterios que pueden fundamentar el ahorro provienen del redactado del artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE.

puede ser cumplida a satisfacción de la Administración y que no sea considerada anormal o desproporcionada».

La inclusión de una oferta como anormalmente baja o temeraria, conllevará la apertura de un incidente de justificación. Si éste arrojara un resultado negativo y la Administración se convenciera de que la propuesta no puede cumplirse, se correrá la lista de clasificados (art. 135), al siguiente, hasta encontrar el contratista que pueda cumplir (por no estar incurso en baja temeraria o por estarlo pero haber justificado suficientemente la capacidad para dar satisfacción a la Administración licitante).

Como ha descrito RUIZ OJEDA, «nuestro sistema de licitación a la baja no permite detectar la oferta más eficiente sino la más osada, sobre todo si, el adjudicatario sabe que podrá conseguir un alza del precio en el curso de ejecución del contrato. *Coge el contrato y corre*: así se podría resumir la estrategia empresarial fomentada por nuestra legislación y por la práctica administrativa»⁴¹. Un ejemplo de este mayor margen de discrecionalidad reclamado por la doctrina es la inclusión —en su día— en el artículo 85.6. del reglamento LCAP de posibilidad de ponderar «la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada», de manera que la seriedad de la adjudicación no considerará aisladamente los fríos números de la proposición sino una valoración global de la seriedad y honorabilidad de la empresa.

La regulación de la baja temeraria debería hallarse íntimamente relacionada con la facultad de la Administración de revisar los precios una vez realizada la adjudicación. Puesto que la legislación y la praxis admiten que la baja temeraria se aplica tanto a las subastas como a los concursos y puesto que éstos últimos son más frecuentes en los contratos de servicios, debería regularse incluso de manera más extensa los mecanismos de apreciación de bajas en los contratos de servicio.

Con el tiempo y las sucesivas modificaciones de nuestro derecho de la contratación —instalando en la permanente reforma—, resulta que la baja temeraria empezó a regularse como mecanismo de defensa de los intereses de la Administración frente a los contratistas. Este mecanismo de defensa se plasmaba en la facultad de exclusión de los candidatos o la declaración de desierta de la adjudicación. En la actualidad, sin embargo, la legislación protege a los contratistas frente a esta exclusión automática, de tal manera que ahora, «el órgano de contratación no podrá declarar desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego (art. 135.1 *in fine* LCSP). La evolución es, pues, notable.

Esta evolución supone también un replanteamiento respecto al ámbito de aplicación de la baja temeraria (subastas y concursos), así como un mayor protagonismo de los pliegos en el procedimiento. Si antes la baja podía apreciarse por las condiciones que «debían» constar en el pliego del concurso, ahora, esas mismas condiciones de apreciación «podrán» indicarse en dicho documen-

⁴¹ A. RUIZ OJEDA (2004: 436).

to. En otras palabras, si antes el pliego era determinante para poder o no apreciar la baja, ahora, la Administración puede con más margen valorar si la proposición puede ser cumplida o no (carácter facultativo de la incorporación de criterios en el pliego).

Además, mientras que la reglamentación de 1975 calculaba la baja sobre el promedio de los porcentajes de baja respecto al presupuesto de salida, en la actualidad, el carácter anormal de la propuesta se aprecia sobre la media aritmética del conjunto de las ofertas (art. 136.1 LCSP). De esta manera la metodología de cálculo no permite averiguar qué oferta es más seria y consistente con respecto a un valor (óptimo administrativo) sino sólo respecto de las proposiciones de otros y también de esta manera se fomenta la actuación concertada de las empresas concursantes que comparten un interés por no moverse de determinados parámetros (más que por presentar una buena oferta económica).

En definitiva, «la finalidad básica de la normativa comunitaria en la regulación de las ofertas anormalmente bajas es la de evitar que se puedan rechazar automáticamente dichas ofertas sin verificar previamente una comprobación de las mismas a efectos de determinar su posible cumplimiento»⁴². De este modo, la regulación del instituto de la baja temeraria ha pasado de constituir un mecanismo automático de exclusión para proteger a la Administración contra ofertantes temerarios que presentasen ofertas imposibles de realizar, a ser un mecanismo de protección de las empresas para evitar que la estadística (de modo normal u organizado), les pudiera apartar de una legítima adjudicación. La Administración debe encontrar el fugaz equilibrio entre rebaja económica y seriedad y calidad de la ejecución. Además de la presentación de fianza, la adjudicación a ofertas anormalmente bajas debería ser objeto de férreo seguimiento para evitar la posterior revisión o actualización fraudulenta de precios⁴³.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (1997): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, BOE, Madrid.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (2003): «Capítulo VII. De la adjudicación de los contratos», en R. GARCÍA MACHO, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FERNÁNDEZ MARTÍN y PELLICER ZAMORA (1990): «Las ofertas anormalmente bajas en la contratación pública. Comentario a la sentencia de 22 de junio de 1989. As. 103/88 Fratelli Costanza/Comune di Milano», *Gaceta Jurídica de la CEE*, núm. 78.
- JIMÉNEZ APARICIO, E. (Coord.) (2002): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Pamplona (2.ª ed.).

⁴² J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS (2007: 541).

⁴³ Este aspecto se incluye precisamente no ya en la LCSP, sino en el anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, aprobado por el Consejo de Ministros del día 27 de noviembre de 2009.

- JIMÉNEZ AYALA, Jaime (2004): «Los avances de la legislación de contratos de obras públicas en el siglo XX para prevenir las desviaciones presupuestarias», *Revista de Obras Públicas*, núm. 3444.
- MENÉNDEZ GÓMEZ, E. (2006): «El carácter desproporcionado o temerario de las ofertas de los licitadores», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 56. Disponible en www.laleydigital.es.
- MORENO MOLINA, J. A. (2000): *Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras la Ley 53/1999*, La Ley.
- MORENO MOLINA, J. A., y PLEITE GUADAMILLAS, F. (2007): *La nueva Ley de Contratos de Sector Público. Estudio sistamático*, La Ley.
- RUIZ OJEDA, A. (Dir.) (2004): *Derecho de la contratación pública y regulada*, Civitas, Madrid.
- RUIZ OJEDA, A., y GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J. (1996): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas y a su reglamento de desarrollo parcial (Doctrina, jurisprudencia y concordancias)*, Civitas, Madrid.