

# LAS OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS: A PROPÓSITO DE LOS COSTES GENERALES Y EL BENEFICIO INDUSTRIAL

FEDERICO A. CASTILLO BLANCO  
Universidad de Granada

## *Cómo citar/Citation*

Castillo Blanco, F. A. (2020).

Las ofertas anormalmente bajas: a propósito de los costes generales y el beneficio industrial.

*Revista de Administración Pública*, 212, 347-374.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.13>

## *Resumen*

El trabajo que se presenta trata de reflejar la ruptura del equilibrio necesario entre libre competencia e interés público y selección de la mejor oferta, a propósito de la regulación realizada de las bajas anormales en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos y la interpretación que realizan los órganos administrativos y jurisdiccionales del alcance y significado de la misma, muy específicamente respecto de los gastos generales y el beneficio industrial, que pudiera no resultar acorde a los nuevos paradigmas que inspiran la nueva legislación sobre contratos públicos basados en la idea de una contratación pública estratégica.

## *Palabras clave*

Bajas anormales; eficiencia; gastos generales; beneficio industrial; compra pública estratégica.

**Abstract**

The present work tries to reflect the breakdown of the necessary balance between free competition and public interest and selection of the best offer, regarding the regulation carried out of the abnormal losses in the procedures for the award of public contracts and the interpretation that the administrative and jurisdictional bodies of the scope and meaning of the same, very specifically regarding general expenses and industrial benefit, which may not be in accordance with the new paradigms that inspire the new legislation on public contracts based on the idea of strategic public purchase.

**Keywords**

Abnormal losses; efficiency; general expenses; industrial profit; strategic public purchase.

## SUMARIO

---

I. DE LAS BAJAS TEMERARIAS A LAS OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS: LOS CAMBIOS DE PARADIGMA EN LA INSTITUCIÓN. II. UN BREVE, PERO NECESARIO, EXCURSUS SOBRE ESTA MATERIA EN LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONTRATACIÓN Y LA LEGISLACIÓN CONTRACTUAL DE 2017: 1. El derecho europeo. 2. El derecho español. III. LOS PROBLEMÁTICOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LAS OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS: LOS COSTES GENERALES Y BENEFICIO INDUSTRIAL: 1. Costes generales y beneficio industrial: la situación actual. 2. El limitado control de las decisiones del órgano de contratación: discrecionalidad técnica y control de su ejercicio. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: EXISTEN RAZONES QUE AVALARÍAN UN CAMBIO EN LA SITUACIÓN ACTUAL.

---

### I. DE LAS BAJAS TEMERARIAS A LAS OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS: LOS CAMBIOS DE PARADIGMA EN LA INSTITUCIÓN

Resulta casi superfluo, y desde luego resulta obvio, poner de manifiesto que en los procesos de licitación que acontecen en la contratación administrativa de los entes públicos se producen, con cierta reiteración<sup>1</sup>, la aparición de ofertas excesivamente bajas que pueden dar lugar, *a posteriori* y cuando ya se está en la fase de ejecución del contrato, a incumplimientos de las condiciones de ejecución establecidas en los pliegos previamente aprobados o propiciar procesos de modificación del contrato o de revisión de los precios establecidos que podrían no estar suficientemente justificados. Los peligros subsiguientes pueden ser relevantes, al afectar a la normal realización de las prestaciones establecidas en el contrato, en relación al interés público al que obedece el proceso de contratación en que estos acontecen<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Como elemento «recurrente» lo califica S. Muñoz Machado (2015), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIII Contratos del Sector Público*, Madrid: BOE.

<sup>2</sup> Bien es cierto que algún autor considera que se debe realizar un uso restrictivo de esta posibilidad, al menos en el concurso, atendiendo a la posibilidad de garantizar la solvencia

Las razones de dicho proceder para el contratista son variadas, a saber: en unos casos se tratará de casos estructurales (exceso de capacidad productiva ociosa); en otros supuestos, sin embargo, se tratará de causas circunstanciales como que la empresa «se encuentra en una mala situación financiera, e intenta sobrevivir mediante una estrategia (oferta) agresiva y arriesgada»<sup>3</sup>. En cualquier caso, lo cierto es que se trata de supuestos que obedecen al interés de la empresa en concreto sin que pueda alcanzarse similar conclusión para el interés público<sup>4</sup>. Todo ello, claro está, a salvo de que dicho comportamiento responda a otras razones que puedan justificar ese proceder como cuando, a título de ejemplo, estos obedezcan a mejoras de la competitividad y capacidad de innovación de la empresa ofertante.

En nuestro ordenamiento jurídico la técnica tradicionalmente utilizada para evitar estas situaciones encontró una denominación, muy expresiva de su naturaleza, denominada «baja temeraria», con la que se trataba de evitar los conflictos anteriormente aludidos. La consecución del mejor precio, pero, a su vez y a renglón seguido, que este fuese posible y suficiente para cumplir las prestaciones previstas en el objeto del contrato constituyeron la razón de ser de su aparición en nuestras normas de contratación pública. Lo cierto es que, desde su prístina aparición en nuestros textos normativos, se han producido visiones distintas de su fundamento y razón de ser. Veámoslo.

La primigenia regulación contenida en el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, completada en este caso por el Real Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, que aprobó el Reglamento General de Contratación del Estado, abordaron la regulación de la misma con un cierto automatismo en su apreciación una vez realizada la adjudicación provisional y antes de proceder a la adjudicación definitiva impidiendo la consumación de la misma. En efecto, dicha normativa no dudaría en calificar como desproporcionada o temeraria la baja en toda proposición cuyo porcentaje excediera en diez unidades, al menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas. Bien es cierto que

---

técnica y financiera de los licitadores. J. F. Martín Seco (2003), «El precio como criterio de adjudicación en los concursos», *Revista IGAE*, 7, págs. 11-26.

<sup>3</sup> Véase a este respecto A. Calveras, J. J. Ganuza y E. Hauk (2002), «Las bajas temerarias en las subastas de obras publicas. Un análisis de la regulación española», *Hacienda Pública Española / Revista de Economía Pública*, 162(3), págs. 135-153.

<sup>4</sup> Bien es cierto que dicho proceder no siempre es la mejor estrategia empresarial. Puede verse, a este respecto, L. Castel Aznar, que pone de relieve que cuanto mayor baja se realice y más irresponsable sea, menor beneficio se obtiene y en consecuencia mayor producción es necesaria para cubrir objetivos y, por tanto, más cartera se necesita contratar. Indica dicho autor que en el límite de esta espiral se obtiene que si no se gana dinero resulta necesario contratar toda la oferta del mercado de forma inútil en «Margen bruto y necesidades de contratación en el mercado de obras y servicios públicos», <https://www.monrabal.net/margen-bruto-necesidades-contratacion-mercado-obras-servicios-publicos/>.

la propia normativa preveía la facultad del órgano de contratación de apreciar, previos los informes adecuados y la audiencia del adjudicatario, como susceptible de normal cumplimiento las respectivas proposiciones que inicialmente se preveían incursas en dicha calificación. Pero si no se producía esta circunstancia los efectos eran la declaración de desierto del proceso de subasta.

El segundo hito en la evolución de dicha normativa se producirá ya en la década de los noventa, en concreto con la Ley 13/1995, de 18 de mayo, que también abordó, como no podía ser de otra forma, dicha cuestión en su art. 84 con una regulación más exhaustiva de la baja temeraria. Con esta nueva norma no se impedía la adjudicación del contrato, ya que los efectos de su declaración se traducían en un aumento de la garantía definitiva hasta el 100% del importe del contrato. Sin embargo, no se produjo un cambio de paradigma respecto de la anterior regulación al tratarse de una mera presunción del órgano de contratación sin necesidad de probar su efectiva concurrencia, bien que exigiendo, en este caso, un informe de los órganos consultivos correspondientes<sup>5</sup>.

Como ya pusiera de manifiesto la doctrina, la finalidad de la regulación pasa de 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)<sup>6</sup>. Otra cosa sería el éxito de tal regulación.

Un tercer momento, en este devenir histórico de la regulación, lo constituye el RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que introdujo, como es lógico, solo leves modificaciones en la regulación establecida hasta entonces, pero, entre otras, una muy significativa de reducir la fianza al 20% que, además, podría ser inferior en el caso de que las comunidades autónomas lo acordasen en su respectiva legislación. Y además no de forma automática, sino tras un período de consultas no vinculante con los propios licitadores, los servicios técnicos y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

La técnica utilizada, en este último grupo legislativo, se orientó, según detalló el art. 85 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, a tener en cuenta el importe de las ofertas presentadas y no los porcentajes de baja

---

<sup>5</sup> Lo que sería cuestionado por la doctrina más solvente, J. A. Moreno Molina (2000), *Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras la Ley 53/1999*, Madrid: La Ley (pág. 311).

<sup>6</sup> Véase C. Padrós Reig (2010), «La regulación de la baja temeraria en los procedimientos de contratación. Fundamentación actual e historia normativa», *Revista de Administración Pública*, 181 (pág. 309), de necesaria referencia en este aspecto dado que pone de manifiesto el cambio de perspectiva en la regulación.

realizados lo que, sin duda, cambiaba el «fiel de la balanza»<sup>7</sup>. Aunque tampoco fue la mejor solución. Ya fuere porque una oferta podría quedar en baja sin otra razón que la presentación por parte de otro empresario de una proposición muy elevada, ya se tratase de que la legislación potenciaba los acuerdos al «alza» entre los propios licitadores, dicha alternativa fue objeto de crítica generalizada por utilizar criterios muy previsibles para los licitadores y perjudiciales para el interés público<sup>8</sup>. Curiosamente, y a pesar de esa crítica, en los momentos actuales se han recuperado fórmulas semejantes en multitud de pliegos, pero sigamos con los avatares de la regulación contractual.

Los Acuerdos sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio y las Directivas de contratación aparecidas a partir del 2000<sup>9</sup>, y su correlativa traslación al derecho interno<sup>10</sup>, supusieron un punto de inflexión sustancial en la visión hasta ese momento mantenida en nuestra legislación. Su finalidad era muy clara: evitar que ofertas competitivas en el precio pudieran ser tildadas de temerarias y excluidas de forma automática por ser consideradas excesivamente bajas en relación con sus competidores. La reflexión era bien sencilla: la baja de una oferta no debía determinar, *per se* y sin mayor justificación, la exclusión del proceso de adjudicación.

<sup>7</sup> Gráficamente así lo expresa E. Jiménez Aparicio (2002), *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona: Aranzadi (2.ª ed.).

<sup>8</sup> Padrós Reig (2010: 312 y 313). En opinión de A. Ruiz Ojeda (2004), *Derecho de la contratación pública y regulada*, Madrid: Civitas (pág. 436), «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».

<sup>9</sup> La técnica de baja anormal o desproporcionada se fundamenta en la previsión del art. XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio, realizado en Marrakech el 15 de abril de 1994, que establece: «En caso de que una entidad haya recibido una oferta anormalmente más baja que las demás ofertas presentadas podrá pedir información al licitador para asegurarse de que éste puede satisfacer las condiciones de participación y cumplir lo estipulado en el contrato».

<sup>10</sup> Sobre este punto es preciso tener como referencia a J. F. Mestre Delgado (2001), «La ordenación de las bajas temerarias en la contratación pública», *Noticias de la Unión Europea*, 198, págs. 45-53, donde se explica la evolución de la normativa comunitaria e interna en materia de bajas temerarias a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo —en particular de sus Sentencias de 10 de febrero de 1982, *Transporoute* (C-76/81); 16 de octubre de 1997, *Hera/USL* (C-304/96), y 27 de noviembre de 2001, *Lombardini y Mantovani* (C-285/99 y C-286/99)—. Esta última resulta de especial interés al suscitarse, tras el rechazo de ofertas por ser calificadas de anormalmente bajas, con relación a la interpretación que hubiera de darse al art. 30.4 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

Este cambio de paradigma marcó, como se ha dicho, un punto de inflexión y fue determinante en la traslación al derecho interno de las previsiones de la normativa europea. De esta forma, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, reguló con esa norma la denominada oferta anormal o desproporcionada como un mecanismo relativo a la fase de adjudicación provisional que, sin duda, obedecía a una nueva visión<sup>11</sup>. Ni presunción de temeridad, ni exclusión automática, ni declaración de desierto del proceso de adjudicación. Más bien al contrario, con este nuevo texto, la normativa contractual irá progresivamente configurando un nuevo arquetipo optando, al menos esa era la intención, por beneficiar la competencia entre las empresas y articulándose *de facto* como una garantía de las empresas licitadoras que privilegiaba la audiencia al licitador de forma previa a declarar su oferta como anormal o desproporcionada y eliminando cualquier garantía especial siempre que se cumpliesen los criterios establecidos en el pliego. El interés público, originaria razón de ser de esta regulación, iría progresivamente diluyéndose en una más que discutible opinión a mi juicio de los órganos administrativos de recursos contractuales<sup>12</sup>.

El papel determinante de los pliegos en el concurso (su no previsión en estos impedía la calificación de la oferta como anormal o desproporcional), a partir de esa regulación, ha sido una constante, estableciendo la necesidad de abrir un período de alegaciones por parte del contratista afectado en línea con las disposiciones europeas. En el caso de la subasta, la anormalidad se realizaría efectuando la media de las proposiciones presentadas y aplicando las fórmulas previstas en el art. 85 RCAP con el carácter anómalo que puede presentar la dicción de este artículo, en alguno de sus apartados, al ser determinante para la calificación de una

---

<sup>11</sup> Un análisis de esta regulación, con referencia al texto refundido de 2011 puede encontrarse en M. A. Narváz Jurdado (2012), «La apreciación del carácter desproporcionado o anormal de la oferta en la contratación pública española», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, Zaragoza: Institución «Fernando el Católico».

<sup>12</sup> El TACRC (por todas, la Resolución 121/2012) muestra este cambio de canon y así establece que «el interés general o el interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del derecho de la Unión ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación, los de libre competencia, no discriminación y transparencia, principios que quedan garantizados mediante la exigencia de que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, considerándose como tal aquella que reúne las mejores condiciones tanto desde el punto de vista técnico como económico. Por excepción, y precisamente para garantizar el interés general, se prevé la posibilidad de que una proposición reúna tal característica y no sea considerada, sin embargo, la más ventajosa, cuando en ella se entienda que hay elementos que la hacen incongruente o desproporcionada o anormalmente baja. En consecuencia, tanto el derecho de la Unión Europea (en especial la Directiva 2004/18/CE), como el español, admite la posibilidad de que la oferta más ventajosa no sirva de base para la adjudicación».

oferta como anormal no el importe que el licitador haya realizado en su proposición, sino de algo tan sujeto al azar como el número de licitadores que hayan participado y el importe que estos hayan ofertado.

La legislación de 2017, con una prolija dicción que por momentos podría calificarse de reglamentaria, profundizará, y seguidamente podremos comprobarlo, aún más en el papel preponderante de los pliegos, pero, además, a diferencia de la legislación anterior la consecuencia de la admisión final de una oferta anormalmente baja no va a tener consecuencia alguna, al menos no determinante, sobre su admisibilidad. En efecto, si en la legislación anterior, según hemos reseñado, las cautelas para prevenir el riesgo de incumplimiento contractual desembocaban, o bien en la exclusión de la oferta, o bien en el reforzamiento de las garantías que se exigían al adjudicatario<sup>13</sup>, en la norma vigente las previsiones legales tan solo contemplan la previsión de que se establecerán mecanismos adecuados para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del mismo, con el objetivo de garantizar la correcta ejecución del contrato sin que se produzca una merma en la calidad de los servicios, las obras o los suministros contratados. Banal garantía si tenemos en cuenta el escaso cuidado, al menos por ahora, con que los órganos de contratación dan seguimiento a la ejecución del contrato.

Como puede verse, el *iter* evolutivo de la figura que estamos analizando ha ido privilegiando norma tras norma, no parece que pueda ponerse en duda en principio este aserto, la posición del contratista presuntamente inmerso en una oferta temeraria o, como ahora se denomina, anormalmente baja. Y es que también una nueva denominación en nuestro ordenamiento ha aparecido para estas ofertas en la nueva legislación de 2017 (no tan nuevo en la legislación internacional que ya recogía dicha denominación desde los Acuerdos de la OMC).

## II. UN BREVE, PERO NECESARIO, EXCURSUS SOBRE ESTA MATERIA EN LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONTRATACIÓN Y LA LEGISLACIÓN CONTRACTUAL DE 2017

No es objeto de este trabajo exponer detalladamente el régimen procedimental y las vicisitudes que pueden acontecer en el proceso de determinación de una baja que se considere anormalmente baja. Esta cuestión ya se ha realizado sobradamente en multitud de comentarios con ocasión de la aparición de la nueva legislación contractual de 2017<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> El art. 152.4 TRLCSP era terminante al respecto imponiendo al órgano de contratación la exclusión de la misma acordando la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas

<sup>14</sup> Entre otros cabe citar, a estos efectos, M. Razquin Lizárraga y F. J. Vázquez Matilla (2017), *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Pamplona: Aranzadi, págs. 223-236; P. Iglesias Rey (2018), «Comentario al art. 149», en



Sí parece preciso, sin embargo, y a los efectos de la articulación dialéctica de este estudio, abordar, así sea someramente, las claves que inspiran la actual regulación.

## 1. EL DERECHO EUROPEO

La remisión del derecho europeo al derecho interno para definir cuando una baja es anormalmente baja, así como el procedimiento para determinarlo, ha sido una constante en las distintas directivas en materia contractual dictadas. Lo que sí regula, y así puede verse en el art. 69.1 de la directiva ahora vigente, es la necesaria audiencia al licitador cuya oferta se presuma anormalmente baja y así ha sido avalado en distintas ocasiones por la jurisprudencia de los tribunales europeos que demanda un debate contradictorio efectivo<sup>15</sup>.

De esta forma, la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, establece que los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando esta parezca anormalmente baja para los servicios de que se trate y solo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta determinados elementos<sup>16</sup>. Y es que para el derecho europeo la determinación de si es posible el

---

Miguel Angel Recuerda Girela (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público* Civitas: Madrid.

<sup>15</sup> Véanse la STJCE de 22 de junio de 1989 (asunto 103-88, *Fratelli Costanzo v. Comune di Milano*), la Sentencia de 27 de noviembre de 2001, asunto *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni*, la de 15 de mayo de 2008 (asuntos acumulados C-147/06 y C-148/06), 21 de mayo de 2008, *Belfast/Consejo* (C-495/04) o, por citar un último ejemplo, la de 28 de enero de 2016 (C-570/2013).

<sup>16</sup> Más exigente era la propuesta de directiva que obligaba a los operadores económicos a explicar, de forma obligatoria, su proposición cuando se dieran determinadas circunstancias (a título de ejemplo, y entre otros, cuando el precio o el coste facturado fuese inferior en más de un 20% al precio o los costes de la segunda oferta más baja). Y es que, como han puesto de manifiesto R. Fernández Acevedo y P. Valcárcel Fernández (2014), «Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de directivas el sector» en R. Fernández Acevedo y P. Valcárcel Fernández (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Madrid: Ed. Civitas Thomson Reuters (págs. 199-274), la redacción final de la directiva de 2014 se separó de la primera regulación de esta institución en el proyecto de directivas de 2011, donde se trataba de cerrar con criterios matemáticos la consideración de las ofertas desproporcionadas en relación con el precio o los costes. Las directivas finalmente aprobadas eliminan dicha objetivación (que tampoco estaba en las de 2011), pero dejando a criterio de los derechos nacionales realizar tal objetivación, lo que, según el TJUE, no es contrario al derecho de la UE siempre que se garantice una «verificación contradictoria» de las ofertas que resulten anormalmente bajas.

cumplimiento del contrato ha de obedecer a una valoración de distintos elementos no admitiéndose, en ningún caso, su aplicación automática sin audiencia previa del contratista. El art. 69.2 de la actual directiva, en este sentido, enumera una serie de aspectos a los que el licitador podrá referirse en sus explicaciones para la justificación de la oferta anormalmente baja, a saber:

- a) el ahorro que permite el proceso de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción;
- b) las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras;
- c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador; d) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el art. 18, apdo. 2 (principios de la contratación);
- e) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el art. 71 (subcontratación);
- f) la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador.

Además, ha de subrayarse que dichos criterios no tienen carácter limitativo respecto de otros que puedan argumentarse. Tampoco, de forma necesaria, tienen carácter obligatorio.

El considerando 103 de la citada directiva añade, asimismo, que cuando el licitador no pueda ofrecer una explicación suficiente, el poder adjudicador debe estar facultado para rechazar la oferta, puesto que las ofertas que resulten anormalmente bajas podrían estar basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, económico o jurídico. El rechazo debe ser obligatorio en los casos en que el poder adjudicador haya comprobado que el precio y los costes anormalmente bajos propuestos resultan del incumplimiento de la normativa social, laboral o medioambiental, como expresamente establece en su art. 69.3.

Ahora bien, y de contrario, si concurren razones objetivas que pongan de manifiesto que la oferta permite cumplir las prestaciones objeto del proceso de contratación la misma debe ser aceptada<sup>17</sup>. Y es que la calificación por el órgano de contratación de que una oferta es anormalmente baja es simplemente una presunción o un indicio de que esta oferta o proposición no podrá cumplirse de forma adecuada, pero no puede conllevar su exclusión automática (SSTJUE

---

<sup>17</sup> Aunque no de forma imitativa. Así lo señala, en opinión que compartimos, J. Colás Tena (2014), «La problemática de las bajas anormales o desproporcionadas», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2013*, para quien la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad.

de 15 de mayo de 2008, SECAP asuntos C-147/06 y C148/06, y de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/201027)<sup>18</sup>.

Es fácil deducir, de lo hasta aquí expuesto, la relevancia que alcanza en este aspecto tanto las alegaciones formuladas por el contratista presuntamente incurso en esa irregular baja como la motivación del órgano de contratación a la hora de rechazar una oferta por su carácter anormalmente bajo. El Tribunal de Justicia Europeo ha tomado buena nota de ello.

En efecto, como es conocido, el principio de buena administración implica, según lo recogido en el art. 41.2, letra c) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que el órgano que dicta un acto administrativo debe exponer clara e inequívocamente el razonamiento que conduce a la decisión contenida en el acto. Y esto se realiza con una doble finalidad, a saber: de un lado, que los destinatarios de este puedan conocer la mayor, menor o inexistente justificación de la medida adoptada a fin de garantizar sus derechos para que estos puedan hacerlos efectivos (STJUE de 28 de junio de 2016, AF Steelcase/EUIPO, T-652/14, EU:T:2016:370, apdo. 43); la segunda, no menos relevante, que el órgano jurisdiccional pueda ejercer con plenitud su control sobre dicho acto garantizando, asimismo, la tutela judicial efectiva (STJUE de 20 de septiembre de 2011, Evropaiki Dynamiki/BEI, T-461/08, EU:T:2011:494, apdo. 122 y la jurisprudencia allí citada).

El tribunal, en el sentido expuesto, ha dejado claramente establecido que una motivación adecuada para aceptar, en lo que se refiere al aspecto controvertido, que una oferta no incurre en la calificación de anormalmente baja, ha de responder a dos cuestiones: por un lado, y en lo que se refiere a sus características financieras, que esa oferta no respeta en particular la normativa del país en el que los servicios deberían ejecutarse, en materia de remuneración del personal, de aportaciones al régimen de Seguridad Social y de respeto de las normas de seguridad y salud en el trabajo; de otro, que se ha comprobado fehacientemente que el precio propuesto no incluye la totalidad de los costes inducidos por los aspectos técnicos de la oferta seleccionada (Sentencia de 15 de octubre de 2013, European Dynamics Belgium y otros/EMA, T-638/11, EU:T:2013:530, apdo. 68)<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> En definitiva, como señala el Informe de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana 2/2018, de 27 de febrero, «lo que permite que una oferta con valores anormales, o desproporcionados sea excluida de la licitación es la estimación de que la proposición no puede ser cumplida por el licitador como consecuencia de ello, sin incumplir al mismo tiempo sus obligaciones en el orden social, laboral, medioambiental, o de otro tipo» a las que hay que añadir las obligaciones derivadas de los pliegos.

<sup>19</sup> En relación a la motivación «reforzada» que debe reunir el órgano de contratación para considerar justificada una oferta anormalmente baja puede verse R. Navarro González (2018), «La motivación de las decisiones en la preparación y adjudicación del contrato», en E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Valencia: Tirant lo Blanch (pág. 1529).

Es decir, para la jurisprudencia europea, junto al aspecto formal referido a la obligación de otorgar trámite de audiencia al licitador que es el aspecto siempre destacado, lo relevante e imprescindible es cumplir con la obligación de verificación de la viabilidad de los elementos de la oferta que pesa sobre el poder adjudicador<sup>20</sup>.

## 2. EL DERECHO ESPAÑOL

La LCSP parte de la pauta, debo aclarar que bastante razonable y tradicional en nuestro sistema contractual, de que el precio del contrato debe responder, utilizando un concepto jurídico indeterminado, a valores reales de mercado, lo que exige su concreción caso a caso y su correcta previsión en el PCAP (art. 102.3)<sup>21</sup>. A qué si no debería responder. A lo que debe añadirse, como con acierto se ha puesto de manifiesto por la doctrina<sup>22</sup>, que el criterio precio no es el elemento

<sup>20</sup> Como explicará la sentencia de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani (C-285/99 y C-286/99), con relación a la interpretación que hubiera de darse al art. 30.4 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, del propio texto de dicha disposición, redactada en términos imperativos, resulta que incumbe a la entidad adjudicadora, en primer lugar, identificar las ofertas sospechosas; en segundo lugar, dar a las empresas afectadas la posibilidad de demostrar la seriedad de tales ofertas, exigiéndoles las precisiones que considere oportunas; en tercer lugar, valorar la pertinencia de las explicaciones facilitadas por los interesados, y, en cuarto lugar, tomar la decisión de admitir o rechazar las referidas ofertas. Por lo tanto, solo será posible considerar que se han respetado las exigencias inherentes al carácter contradictorio del procedimiento de verificación de las ofertas anormalmente bajas, a efectos del art. 30, apdo. 4, de la directiva, cuando se hayan cumplido sucesivamente todas las fases de este modo descritas.

<sup>21</sup> Véase el trabajo de T. Moreno Marroig (2018), «Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato», en E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Valencia: Tirant lo Blanch (págs. 760 y 779), que indica que dejar constancia en el PCAP o en documento anexo de los costes que se presume deberá asumir el contratista para llevar a cabo la prestación podría acabar con la mala práctica de ajustar sus ofertas al límite presupuestario y puede poner fin a procedimientos de licitación con presupuestos inferiores al coste de la prestación. En este sentido, añade la autora, la estimación correcta del precio y por ende del presupuesto de licitación y del valor estimado debe quedar acreditado en el expediente mediante un Informe en el que se analicen los diferentes costes inherentes al contrato —sin olvidar en el caso de que el coste principal para la realización de la prestación sea la retribución del personal el convenio colectivo de aplicación—, los gastos generales, el beneficio industrial y, por supuesto, las exigencias de la prestación o el bien a suministrar.

<sup>22</sup> J. M. Gimeno Feliú (2019), *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Pamplona: Aranzadi (pág. 219).

esencial en la nueva ley, lo que exige que su ponderación sea pensada y motivada dejando a un lado una indebida visión economicista<sup>23</sup>.

Precisamente ese elemento nuclear determina que la propia norma se encargue de articular distintas garantías para que sea efectiva dicha previsión con el propósito declarado de objetivar los criterios que se utilizan para que una oferta pueda ser calificada de anormalmente baja y lo hace de dos maneras en atención a los criterios de adjudicación establecidos. Demos cuenta de ellas.

Cuando el precio es el único criterio establecido para adjudicar el contrato se remite a la norma reglamentaria de desarrollo a salvo de que los pliegos establezcan criterios propios según la nueva dicción de la norma contractual de 2017, con lo que la normativa reglamentaria solo tiene un carácter supletorio a diferencia de la anterior regulación<sup>24</sup>.

Por el contrario, cuando, sin embargo, hayan de valorarse otros criterios además del precio, solo corresponde a los pliegos determinar los parámetros objetivos en base a los cuales se articula la presunción por parte del órgano de contratación de que la oferta puede haber incurrido en valores anormalmente bajos y, además, si en el bloque legislativo hasta hace poco vigente ello podía hacerse de forma opcional («podrán»), en el actual la norma opta por establecerlo como de obligada observancia por los pliegos («deberán»)<sup>25</sup>. Los pliegos, en definitiva y con ello su correcta elaboración, son determinantes en este aspecto.

El legislador, además, ha atribuido una amplia discrecionalidad en este asunto al órgano de contratación. Y es que debe aclararse, como de hecho está ocurriendo, que en los dos casos expuestos, los pliegos pueden acudir a los criterios que se contemplan reglamentariamente o guiarse por la metodología empleada por dicha normativa para la fijación de unos propios. Obvio resulta señalar que la solución más idónea e ideal será que el órgano de contratación establezca un modelo propio para determinar cuándo una proposición presenta indicios de estar incurriendo en anomalía. Bien es cierto que con una limitación que ha sido fijada recientemente por el Tribunal Supremo, que ello se realice de forma que, en los contratos del sector público con precios referidos a componentes de la prestación, la determinación de si una oferta incluye valores anormales o desproporcionados —a efectos de la aplicación de los arts. 152 del texto refundido de la

<sup>23</sup> Con cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2018 (*Montte SL contra Musineke*), el autor insiste en que deben evitarse que ofertas técnicamente deficientes puedan ser adjudicatarias en virtud del peso del criterio precio.

<sup>24</sup> Bien es cierto que alguna jurisprudencia ha insistido en que cuando es el precio de la oferta el que determina la adjudicación será indispensable que la norma articule un criterio más o menos automático de exclusión de las bajas infundadas o temerarias. En otro caso, la fijación de parámetros en tal sentido solo tendrá un carácter auxiliar y no esencial. STSJ Andalucía de 16 de noviembre de 2016 (rec. 299/2015).

<sup>25</sup> Puede consultarse, a este respecto, la Resolución 1187/2018, de 28 de diciembre de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Ley de Contratos del Sector Público y 85 del Reglamento de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas—, ha de efectuarse en relación con la oferta global y completa presentada por el licitador (STS de 17 de diciembre de 2019, rec. 862/2017)<sup>26</sup>. De más está aclarar que dicha resolución jurisdiccional, aun a pesar de realizarse con referencia al art. 152 TRLCSP, resulta de plena aplicación en la vigente normativa dados los términos contenidos en ambas normas.

De esta forma, y en el actual marco regulatorio, lo que permite que una oferta sea considerada anormalmente baja, y se exijan con ello cumplidas explicaciones al licitador que incurre en esta, es la estimación de que la proposición no puede ser cumplida por el licitador en los términos propuestos, sin incumplir al mismo tiempo sus obligaciones en el orden social, laboral y medioambiental.

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada, va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta, ha de ser rechazada<sup>27</sup>.

Pero, inclusive, en el caso de que se previeran limitaciones en los pliegos, según se había declarado en algunas resoluciones de los órganos administrativos de resolución de recursos contractuales, indicando en qué límites la proposición

---

<sup>26</sup> El Auto de la Sección Primera de esta Sala de 22 de mayo de 2017 que admitió a trámite este recurso de casación apreció interés casacional porque no existe jurisprudencia al respecto y porque la solución a la que se llegue puede trascender del caso concreto, dado que existe un importante número de contratos públicos con precio único, pero con previsión de diversos componentes de la prestación.

Dicha cuestión ya había sido objeto de examen por el TACRC que en su Resolución 65/2016 de 29 de enero (rec. 1291/2015), donde ya había señalado que la anormalidad o desproporción de la oferta se debe referir a la oferta global, pues no carece de lógica ni es temerario, en principio, hacer una oferta más baja en una de las prestaciones o servicios a contratar, que se compense con otra más ajustada al presupuesto de licitación en otra u otra de las prestaciones.

<sup>27</sup> Como expone el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 3/2012, de 30 de marzo: «La justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando por otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones».

no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas anormales o desproporcionadas, la superación de tales límites no permite tampoco excluir de modo automático la proposición, dado que es precisa la audiencia del licitador a fin de que este pueda justificar que, no obstante los valores de su proposición, sí puede cumplir el contrato<sup>28</sup>.

Como puede comprobarse, inclusive la fijación de límites en los pliegos no resulta determinante siquiera para desembocar en la declaración de una baja como anormalmente baja y adoptar las medidas correspondientes.

En cualquier caso, y para finalizar este apartado, si se procede a una valoración en conjunto de los cambios de paradigma establecidos en la legislación contractual que hemos reseñado, puede llegarse a la conclusión de que estos han ido dibujando una situación de excepcional ventaja para aquellos licitadores que «arriesgan» en sus proposiciones sin entrar ahora en otras cuestiones en las que no es posible detenerse, como la inadecuada regulación de estas en el procedimiento abierto simplificado<sup>29</sup>. La cuestión a resolver es si ello es compatible con el conjunto de principios y valores que orientan, o debieran orientar, la contratación pública y si es posible revertir el equilibrio, a mi juicio perdido, en este aspecto, al menos en lo concerniente a algunos aspectos a los que nos referimos a continuación.

### III. LOS PROBLEMÁTICOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LAS OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS: LOS COSTES GENERALES Y BENEFICIO INDUSTRIAL

Ya hemos puesto de manifiesto que la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia licitadora, no siendo posible su aplicación automática. No se analizará, sin embargo, en este estudio los distintos aspectos que pueden influir en dicha calificación, sino que el estudio se ceñirá a uno concreto, de singular relevancia a nuestro juicio, y que pone de manifiesto el punto de inflexión a que ha llegado la actual normativa contractual.

---

<sup>28</sup> De esta manera, señala la Resolución 35/2016, de 26 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, que la superación de los límites fijados en el pliego se configura tan solo como presunción de temeridad que debe destruirse por el licitador, correspondiéndole solo a este la justificación de su proposición.

<sup>29</sup> J. Pintos Santiago (2019), «Las ofertas anormalmente bajas y el procedimiento abierto simplificado», *Revista Vasca de Administración Pública*, 113, págs. 477-489.

## 1. COSTES GENERALES Y BENEFICIO INDUSTRIAL: LA SITUACIÓN ACTUAL

La indeterminada e imprecisa regulación de que haya de considerarse como una oferta con valores anormalmente bajos y, más específicamente, hasta dónde debe alcanzar la justificación que pueda realizar el licitador en torno a este aspecto, ha sido complementada con la doctrina emanada de los órganos consultivos. En cualquier caso, y como ha indicado el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de marzo del 2012 (rec. 2338/2011), el concepto de baja anormal debe ser completado con el concepto de «cumplimiento a satisfacción de la Administración».

Con carácter general, y a salvo de alguna resolución puntual, los órganos de resolución de recursos contractuales han admitido la reducción, en casos extremos inclusive la supresión, por parte del licitador de las partidas correspondientes a gastos generales y beneficio industrial<sup>30</sup>. En el sentido expuesto en las Resoluciones 24/2011, 03/2011 y 142/2013 TACRC, inclusive se indica que:

[...] aun admitiendo que la forma normal de actuar en el mundo empresarial no es hacerlo presumiendo que se sufrirán pérdidas como consecuencia de una determinada operación, situación ésta que sólo se produciría si aceptamos los cálculos de costes de la recurrente, es claro también que entre las motivaciones del empresario para emprender un determinado negocio no sólo se contemplan las específicas de ese negocio concreto, sino que es razonable admitir que para establecer el resultado de cada contrato, se haga una evaluación conjunta con los restantes negocios celebrados por la empresa y que, analizado desde esta perspectiva, pueda apreciarse que produce un resultado favorable<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> A pesar de que, de forma prácticamente unánime, los autores que se han encargado del estudio del presupuesto del contrato estiman que estos costes deben incluirse en el presupuesto base de licitación debiendo responder este al «precio de mercado» al igual que el valor estimado del contrato y el propio precio. Por todos, véase A. Peña Ochoa Ochoa (2018), «Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva ley de contratos del sector público», en J. M. Gimeno Feliú (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Pamplona: Aranzadi (págs. 931 y ss.).

<sup>31</sup> En el mismo sentido, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 38/10, de 24 de noviembre de 2010, parte de considerar que la oferta del licitador implica la aceptación incondicional de los pliegos, donde vienen determinados los referidos porcentajes de gastos generales y beneficio industrial. De este modo, señala que la posible baja presentada no puede estar referida a un concepto que determine el licitador, sino que se aplicará de forma única y por todos ellos conforme a los términos que especifica el modelo de certificación de obra, y la ponderación sobre si la oferta económica puede estar situada en una oferta anormalmente baja dependerá de la consideración del precio ofertado y en función de la solvencia de la empresa, que el órgano de contratación ha de estimar sobre si puede ejecutarse el contrato.

Sin embargo, a continuación, dispone el informe que «cuestión diferente es la argumentación que empleen los licitadores para justificar la baja sobre el presupuesto base de licitación, que sin duda puede estar referida a una disminución de los costes generales que



De esta forma, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas resoluciones posteriores, entre otras la 379/2014, de 9 de mayo, ha venido a establecer respecto de los beneficios que:

[...] las normas sobre presunción de temeridad no deben considerarse como un fin en sí mismas, sino como un elemento que permite valorar si el contrato se puede ejecutar por la empresa que lo propone. En este sentido, no vulnera las normas sobre temeridad el que se adjudique el contrato a una empresa que va a ejecutarlo disminuyendo sus beneficios por debajo de lo que sería esperable o incluso a pérdidas porque pueden existir muchas y muy diferentes motivaciones para ejecutar el contrato en esas condiciones<sup>32</sup>. Las normas sobre temeridad no imponen de manera absoluta la necesidad de valorar la congruencia económica de la oferta en sí misma, sino si es viable que la empresa licitadora la ejecute. En este punto cobran especial importancia las condiciones de la propia empresa licitadora.

Y añade que «la justificación de una baja presuntamente anormal o desproporcionada debe entenderse encaminada a explicar que se puede cumplir la proposición, en particular, en este caso por las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador (implantación territorial; actual prestador del servicio)».

Consideración que ha sido reforzada con el entendimiento y alcance que haya de darse al art. 131 del RGLCAP —referido a las obras<sup>33</sup>— que, como es

---

refiere el art. 131 e incluso del beneficio industrial, si se constata, al analizar la alegación justificativa, que el contrato puede ser ejecutado en los términos descritos en el expediente sin merma, ya que en caso contrario debería deducirse que se trataría de una oferta anormalmente baja. Evidentemente, si la finalidad del precepto comentado es realizar una presupuestación que, en función de las distintas variables, fije un precio de mercado, nada puede impedir, excepto el posible riesgo en la ejecución, que la empresa licitadora para obtener la adjudicación prefiera reducir los ingresos a percibir».

<sup>32</sup> Insiste, en este sentido, la Resolución 313/2015 de 10 de abril de 2015 del TACRC, que argumenta que: «El hecho de contar en su estructura con los ingenieros que se compromete a aportar que son, por otra parte, los exigidos en los pliegos contractuales, y asumir en los costes generales el coste derivado de la retribución de estos, en lugar de adiccionarla como coste autónomo al precio de licitación, nos parece un argumento correcto, al considerar el recurrente que esta innecesaria acumulación de costes se produce como consecuencia de que se asumen tales costes en la estructura de la empresa porque tales labores asignadas por los pliegos pueden ser atendidas con los ingenieros que se encuentran en el departamento técnico del licitador, argumentos que entendemos justifican de forma suficiente la no inclusión del gasto correspondiente, sin que este tribunal en este trámite deba entrar en una cuestión que asume el propio adjudicatario y que razona de forma suficiente para que ese coste no se impute como adicional en el contrato».

<sup>33</sup> Bien es cierto que dichos porcentajes, al ser los únicos cuantificados como derecho positivo en la normativa contractual, han motivado inevitablemente pronunciamientos distintos en cuanto a su posible aplicación al resto de contratos. Así la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 50/08 de 2 de diciembre (más recientemente la Resolución

suficientemente conocido, fija unos porcentajes de gastos generales y beneficio industrial a incluir en el presupuesto base de licitación que, a juicio del Tribunal, no deben entenderse referidas a la oferta que se presenta, siendo que esta puede disminuir dichos porcentajes a fin de justificar la baja realizada en la misma (Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 16 de septiembre de 2016, recurso 761/2016)<sup>34</sup>, bien es cierto que con alguna resolución jurisdiccional que difiere de esta interpretación<sup>35</sup>.

Y todo ello se complementa con la atribución al órgano de contratación de una potestad discrecional para aceptar las explicaciones del licitador incurso en una presunción de anormalidad en su oferta que, inclusive, en alguna resolución de este mismo órgano se admite que sean genéricas bastando, a estos efectos, que sean razonables, aunque no extensibles a costes que no dependen del licitador (energía, comunicaciones, etc.)<sup>36</sup>.

Pero, obviamente y como ya puede deducirse, también se puede llegar a la conclusión contraria dada la discrecionalidad atribuida al órgano de contratación, y así la Resolución 812/2018 de 14 septiembre del TACRC, por su parte, y al analizar la exclusión de un licitador que había contemplado en su oferta un porcentaje inusitadamente bajo de beneficio industrial, no duda en argumentar, en base a la aportación de certificados y de que la empresa era la actual adjudicataria del servicio, que se justifica suficientemente esa disminución del beneficio industrial<sup>37</sup>.

---

del TARC de 9 de septiembre de 2016, rec. 589/2016, matizó su carácter como «orientativo»), consideró aplicable por analogía la regulación del art. 131 RGLCAP al contrato de gestión de servicios públicos, únicamente en defecto de determinación en la documentación contractual, por advertir una naturaleza similar entre ambos tipos de contrato, pero en referencia a los conceptos que comprenden, y sin pronunciarse expresamente en cuanto a los porcentajes allí contemplados. *A contrario sensu*, la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, en su Informe 12/2014, en una conclusión más clara y general que el anterior, concluye que dicho precepto reglamentario en cuanto a los porcentajes que allí se fijan no es exigible fuera del ámbito de la elaboración de proyectos de obra. Hoy, con la nueva legislación de 2017, dicha cuestión ha sido superada en la medida que el art. 101.2 prevé que: «En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial».

<sup>34</sup> El Informe 38/2010, de 24 de noviembre de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, ya razonaba, en el sentido expuesto, concluyendo que «nada puede impedir, excepto el posible riesgo en la ejecución, que la empresa licitadora para obtener la adjudicación prefiera reducir los ingresos a percibir».

<sup>35</sup> Puede verse, respecto de esa reflexión, la STSJ de Andalucía de 10 de mayo de 2018 (rec. 481/2017).

<sup>36</sup> Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 16 de septiembre de 2016, recurso 761/2016.

<sup>37</sup> Con anterioridad, también puede verse la Resolución 1152/2015, de 18 de diciembre del TACRC, que abunda en la misma opinión negando que se atisben reglas que exijan que los mismos se adecúan a una cuantía o proporción específica en el contrato.

En definitiva, la reducción, inclusive la eliminación de un porcentaje de gastos generales y del beneficio industrial, no conllevaría en principio la inadmisión de una oferta inicialmente considerada como anormalmente baja salvo que concurren circunstancias aparentemente excepcionales.

La misma opinión ha sido seguida, prácticamente con cierta unanimidad, por el resto de los órganos administrativos de recursos contractuales y los órganos consultivos en la materia<sup>38</sup>. Pero inclusive se llega en estos a la conclusión, más discutible en nuestra opinión por lo que más adelante se dirá, de que todo ello «independientemente de que el licitador pudiera o no incurrir en pérdidas de adjudicarsele el contrato en base a su oferta económica».

La libertad de empresa, a juicio de estos organismos, volatilizaría el concepto nuclear en la contratación pública de «precio de mercado», al admitir que se puede incurrir en pérdidas, como elemento basal del proceso contractual público.

## 2. EL LIMITADO CONTROL DE LAS DECISIONES DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN: DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y CONTROL DE SU EJERCICIO

Ya nos hemos referido, con la necesaria brevedad a que obliga este trabajo, a la motivación que debe efectuar la entidad contratante a la hora de valorar si la oferta es o no anormal operando en estos casos la discrecionalidad técnica de la que goza<sup>39</sup>.

De acuerdo con ello la función de los tribunales sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales<sup>40</sup>, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que, como ya se ha dicho, corresponde exclusivamente al órgano

<sup>38</sup> A título de ejemplo puede verse la Resolución 35/2016, de 26 de mayo del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (rec. 32/2016) o el Informe 2/2018 de 27 de febrero de 2018, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana.

<sup>39</sup> El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 88/2013, de 27 de febrero de 2013, lo establece en los siguientes términos: «[...] la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hecho y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 de junio, SSTs de 9 de junio de 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero de 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo de 1998, 25 de mayo de 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero de 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 de enero de 2000)».

<sup>40</sup> Así reza de forma expresa en el Recurso 100/2018 Resolución 123/2018 Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

de contratación<sup>41</sup>. Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación suficiente y que la misma resulte racional y razonable excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad<sup>42</sup>.

Aún mas. En aquellos supuestos, minoritarios sin duda, en que los órganos administrativos de recursos contractuales se han adentrado a realizar un control de la adjudicación por ser la oferta ilusoria o aparente<sup>43</sup>, en aquella medida en que las ofertas solo en un escenario del todo improbable podrían haber sido las más ventajosas, los tribunales judiciales no han dudado en anular dichas resoluciones por extralimitación en sus funciones, no limitándose a aplicar los criterios del pliego sin que puedan hacer valoraciones distintas si, como resultado de esa

---

<sup>41</sup> Con mayor matización se pronuncia, sin embargo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 786/2014, de 24 de octubre, citando la Resolución 105/2011, de 15 de abril, y 677/2014, de 17 de septiembre, que, tras señalar que estamos en un ámbito de preeminencia de la discrecionalidad técnica, no duda en argumentar que: «Aun así hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal. Tal es el caso de que en una oferta determinada puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones [...] para desvirtuar la valoración realizada por el órgano de contratación en esta materia será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del órgano de contratación teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador cuya oferta se ha considerado inicialmente como anormal o desproporcionada resulta infundado, o a apreciar que se ha incurrido en ese juicio en un error manifiesto y constatable [...]».

<sup>42</sup> Recordemos, a estos efectos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000 que señala a este respecto que la «discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados —cuando éstos existan—, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro o la de 14 de marzo de 2008, en relación a los órganos evaluadores de la Administración, que declara «[...] debe partirse de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación [...]. De forma tal que sólo en aquellos casos en que la valoración efectuada por la Mesa de contratación deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental cabría entrar en su revisión. Pero aquella presunción es *iuris tantum* y es posible desvirtuarla «si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en vi. la delimitación por la legalidad de las potestades administrativas... de tal forma que la ausencia de lógica o razonabilidad en la valoración de la prueba es un elemento habitualmente considerado para evaluar la arbitrariedad de la decisión (por ejemplo, SSTTS de 9 de marzo de 2015, rec. 1744/2013).

<sup>43</sup> Puede verse, a propósito de este tipo de ofertas, el trabajo de F. Blanco López (2013), «La oferta anormalmente baja en la contratación pública. La oferta inaceptable», *Revista de Estudios Locales*, Extra 161.

comprobación, se derivara que estas en realidad eran ofertas de muy improbable cumplimiento<sup>44</sup>.

Bien es cierto que ha de subrayarse, y con ello matizarse lo hasta aquí expuesto, dos cuestiones referidas a dicho control que hemos calificado como limitado, por excesivamente formal, pero cuya virtualidad y alcance puede adquirir un nuevo vigor todavía tenuemente explorado: el primero, evidente, se deriva de la actual dicción de la directiva que permite un mayor control de los hechos determinantes en base a consideraciones sociales, laborales o ambientales; el segundo lo ofrece la propia directiva y es que esta no se limita a subrayar que en los supuestos anteriores la oferta en todo caso debe ser desestimada, sino que el considerando 103 parte de un presupuesto inicial: que las obras, los suministros o los servicios pudiesen estar basados en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, económico o jurídico. Y es, a renglón seguido, cuando establece que esto se supone de todos modos en el caso del incumplimiento de normas sociales, laborales o ambientales. Si esto es así, que a mi juicio lo es, creo que se abre una vía de control mucho más amplia que la hasta ahora utilizada por nuestros tribunales en esta materia contractual que no queda reducida, por tanto, al mero incumplimiento de normas, sino también en que las ofertas estén basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas<sup>45</sup>.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: EXISTEN RAZONES QUE AVALARÍAN UN CAMBIO EN LA SITUACIÓN ACTUAL

Se habrá reparado, por lo expuesto hasta ahora, que el tono mantenido en este trabajo no resulta absolutamente aséptico. No se pretendía eso. Más bien se trataba de reflejar una realidad que ha propiciado, desde mi punto de vista, la ruptura del equilibrio necesario entre libre competencia e interés público y selección de la mejor oferta. Desde mi punto de vista, necesario. Y es que por mucho que así se mantenga —recordemos en este punto la Resolución del TARCR 121/2012, citada con anterioridad en nota— lo cierto es que, abordada con carácter integral la normativa contractual, creo que hay fundamentados motivos para que la situación actual expuesta en estas páginas vea restablecido el citado equilibrio en favor del interés público precisamente.

---

<sup>44</sup> Así puede verse en las SSAN de 24 de julio de 2019 (rec. 1089/2016) y de 9 de octubre de 2019 (rec. 446/2016), que anulan las resoluciones del TACRC.

<sup>45</sup> Y es que, como es conocido, en materia de empleo público son conocidos los avances que, en materia de discrecionalidad técnica, se están produciendo en nuestros tribunales. Para botón de muestra puede verse la STS de 16 de diciembre de 2014 (rec. 3157/2013) que inició una línea de progresivo control de la discrecionalidad técnica más tarde continuada por otras en lo que algunos han calificado *jurisprudencia Maurandi* por relación al ponente de distintas sentencias en este aspecto.

No es solo que haya que recordar que la finalidad del proceso de adjudicación no es ya conseguir la oferta económicamente más ventajosa. Ahora, de acuerdo con la LCSP, el paradigma es otro, a saber: la mejor oferta que presenta la mejor relación calidad/precio. Y de esta forma, y en el sentido expuesto, la norma contractual rechaza que la oferta económicamente más competitiva sea un criterio absoluto y, en forma expresa, así se exceptiona en relación a normas sociales, laborales (incluyendo los convenios colectivos), ambientales, etc. La consideración de la mejor oferta, por más ventajosa que sea en términos económicos, no puede conducir a la selección de una proposición que, o contiene elementos que la hacen incongruente o no real, o que no sea conforme con otros principios y valores que inspiran la contratación pública. Y es que no necesariamente la mayor eficiencia está vinculada al mejor precio<sup>46</sup>. No todo necesariamente se ha de reconducir al principio anglosajón del *best value for money* con independencia de que el citado principio procede de una cultura contractual muy ajena, en su planteamiento, a la continental.

Podrá coincidirse que, al menos, resulta paradójico que una legislación que ha avanzado notoriamente concibiendo los mecanismos de la contratación pública no solo como un problema de eficacia y eficiencia, sino también para la consecución de objetivos sociales y que, por otro lado, trata de privilegiar una sana competencia (la regulación de los lotes, por ejemplo), sin embargo, en el caso de las ofertas anormalmente bajas, no realice previsión alguna para impedir prácticas de las anotadas en este trabajo. Los razonamientos realizados durante la pasada crisis económica, basados en la austeridad y el ahorro presupuestario como *líneas vertebradoras* de la actuación administrativa, habrá que decirlo de una vez por todas, no constituyen el principal fundamento que ha de inspirar ahora los procesos de compra pública. Las consideraciones derivadas de la contratación pública estratégica, que tanto trabajo está costando asumir a los órganos administrativos de recursos contractuales, no apuntan precisamente en esa dirección<sup>47</sup>.

Si ya resulta sorpresivo, según la doctrina de los órganos administrativos, que una empresa decida licitar sin beneficio (inclusive con *pérdidas*)<sup>48</sup>, la rele-

<sup>46</sup> Puede verse, a este respecto, J. M. Gimeno Feliú (2016), «Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública», número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público* sobre calidad institucional, transparencia y buen gobierno, 82, págs. 137-158. Asimismo, el trabajo de M. Vaquer Caballería (2011), «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 186, págs. 91 y ss.

<sup>47</sup> Lo explica muy bien F. Blanco López (2018), «La doctrina social de los tribunales administrativos de recursos ante la contratación pública estratégica», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 18, págs. 139-168. Y de necesaria referencia en el alcance y significado de la contratación pública estratégica es J. M. Gimeno Feliú (2019), *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Pamplona: Aranzadi.

<sup>48</sup> En el mismo sentido, Patricia Rey (2018: 968), indicando que esa visión responde a un criterio economicista en detrimento de la relación calidad/precio.

vancia que tiene, en la nueva norma, la determinación del precio del contrato debe tener por objeto evitar actuaciones empresariales anormales<sup>49</sup>, que luego son ratificadas administrativamente, y que se ven favorecidas, además, con un hasta ahora débil control de la discrecionalidad técnica de los órganos de contratación. Un funcionamiento normal del mercado debe posibilitar la salvaguardia de la competencia, aun permitiendo obtener precios competitivos como resultado de la licitación pública<sup>50</sup>.

Si bien el precio de mercado no deja de ser un concepto jurídico indeterminado que debe ser respetado por el presupuesto base de licitación, y en el que uno de los componentes de este último es la partida correspondiente a los gastos generales que se caracteriza por la dificultad de su concreción (Resolución TACRC de 17 de diciembre de 2018, rec. 898/2018), la inexistencia de norma alguna que exija un determinado porcentaje de gastos generales y de beneficio industrial en la contratación pública no pudiera dejar de ser una anomalía que debiera corregirse precisamente por ser una práctica inadecuada<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su Informe «Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia» (PRO/CNMC/001/15, de 5 de febrero), ha aludido a que la estimación del precio del contrato, pese a las previsiones legales en cuanto a su determinación, dista mucho, en demasiadas ocasiones, de guardar relación con los precios efectivos de mercado, lo que aleja al procedimiento del objetivo de la eficiencia; una baja excesiva con frecuencia tiene su origen en una incorrecta determinación del precio y no en la manifestación de la competencia.

<sup>50</sup> Así lo indica, con criterio que se comparte, el Acuerdo 21/2013, de 30 de abril de 2013, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, donde se afirma que «la decisión acerca de si una oferta puede o no cumplirse, no implica la libertad del órgano de contratación para admitir sin más una oferta incurso en anormalidad, sino que se requiere un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anomalía de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas de forma expresa por el TRLCSP. En consecuencia, la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad. [...] Como señala el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de junio de 1990, el informe tiende a ilustrar la voluntad del órgano que tiene que resolver y su razón de ser está en la garantía que esta valoración técnica representa para la viabilidad de la pretensión, susceptible de orientar el sentido y alcance que deba adoptar el acuerdo o su misma oportunidad».

<sup>51</sup> Bien es cierto que, en torno a la interpretación del art. 131 RGCAP, existen discrepancias en algunos tribunales sobre esa indeterminación que argumenta el TACRC. Así, la STSJ de Madrid de 9 de marzo de 2015 (rec. 849/2013), distinguiendo entre costes generales y costes indirectos, expone que:

«Como puede verse, el artículo reproducido contempla los gastos generales como una serie de gastos propios de las empresas de construcción, considerándolos gastos de estructura que inciden sobre el contrato, es decir que se trata de gastos propios de toda empresa de construcción con independencia de si ésta lleva a cabo o no obras, no obstante lo cual

De esta forma, distintas son las razones que aconsejarían un replanteamiento de la cuestión a fin de evitar excesos como los que se han ido poniendo de manifiesto a lo largo del presente trabajo. Nos ceñiremos a tres, aunque podrían razonarse sobre otros motivos que nos llevarían a idéntica conclusión (mala fe, fraude de ley, abuso de derecho, etc.)<sup>52</sup>.

Vayamos al primero. Por supuesto, y por ser un principio crucial del derecho europeo, las soluciones que se han adoptado a partir de la regulación actualmente establecida no favorecen mantener una sana competencia entre las empresas y es que los trámites de contradicción previstos en la regulación de las ofertas anormalmente bajas tienen también por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.). Debo insistir en que el interés público no puede dejar de ser, sino más bien al contrario, el núcleo que oriente cualquier regulación contractual, bien es cierto que entendido este ahora con un nuevo contenido. Si en su formación histórica la institución estudiada servía para garantizar el cumplimiento de lo ofertado, ahora debe servir no solo para obtener esa garantía (a la que se endereza toda la contratación pública), sino para que el cumplimiento se realice respetando las demás exigencias contenidas

---

se considera que tienen incidencia sobre los contratos de obras que se estén llevando a cabo, añadiéndose al concepto de gastos generales los gastos financieros y las cargas fiscales (IVA excluido) y las tasas legalmente establecidas, calculándose los gastos generales aplicando un porcentaje que varía entre el 13 y el 17% sobre el presupuesto de ejecución material.

En la contabilidad de gestión de las empresas de construcción se contraponen los gastos generales a los costes indirectos propios de cada obra, considerando que estos últimos, al derivar de recursos humanos, servicios y materiales consumidos en la construcción, pero que no obstante por su naturaleza o características no es posible medir las cantidades de tales recursos, servicios y materiales consumidos en cada unidad de obra o producto, por lo que hay que calcular el total de los costes indirectos de cada obra y a continuación averiguar el coeficiente que representan sobre los costes directos de la obra, aplicando el coeficiente o porcentaje bien sobre cada unidad de obra, bien sobre el total de los costes directos de la obra, es decir que se consideran costes indirectos de producción, y cabe por tanto incorporarlos a las unidades de obra que se llevan a cabo a través de los denominados precios complejos; por el contrario, los llamados gastos generales o de estructura de la empresa de construcción, ya no tienen relación, ni siquiera indirecta, con las obras concretas que la empresa lleva a cabo, es decir que no pueden considerarse costes indirectos de las obras, sino gastos de estructura de la empresa de construcción que se producen con independencia de si esta lleva o no cabo obras, y que por tanto si se asignan aplicando un porcentaje a los presupuestos de ejecución material, es porque se considera que los costes directos e indirectos de cada obra, tanto los variables como los fijos, no permiten cubrir el 100 por 100 de los costes totales de cada obra».

<sup>52</sup> Puede verse, a este respecto, la Resolución del TARCR 861/2019, de 25 de julio, que declara fraudulenta una adjudicación por ser de contenido imposible.



en la regulación, incluidas las que derivan de la competencia en el mercado. El interés público en la contratación pública no es solo el interés subjetivo de la Administración, como se formó tradicionalmente, sino que desde luego desde la adhesión a Europa de nuestro país forma parte y se integra en ese interés público la protección de la competencia en el mercado. Como afirma el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 2/2013, de 16 de enero de 2013, «los órganos de contratación del sector público deben velar porque el precio de los contratos corresponda con el del mercado, más allá de las rebajas que se ofrezcan en el proceso competitivo licitatorio [...]. Ello es así porque [...] la contratación del sector público debe asegurar, entre otros principios, el de la libre competencia».

La fijación de precios por debajo del valor de mercado, en el equilibrio y tensión que ha de mantenerse entre los principios de eficiencia y competencia, tiene que evitar que la presentación de ofertas en pérdidas ocasione un *dumping* consistente en la eliminación de competidores que, como es conocido, es una práctica proscrita por la legislación de defensa de la competencia y deriva, en forma efectiva, en una desigualdad de trato de los licitadores<sup>53</sup>. Desde luego, y al menos en aquellos supuestos previstos en el art. 17.2 de la legislación sobre competencia, no pueden ni deben ser permitidos<sup>54</sup>. En las propias palabras del Acuerdo 29/2011 del TACPA, la existencia de una competencia efectiva es un requisito indispensable para llevar a cabo un gasto público eficiente.

Un segundo argumento, íntimamente relacionado con el anterior, que puede esgrimirse para recuperar ese equilibrio perdido al que nos referíamos, es la responsabilidad social para salvaguardar a las pymes<sup>55</sup>. La contratación pública aparece como uno de los instrumentos basado en el mercado que han de utili-

---

<sup>53</sup> El recurrente, en el Acuerdo del Tribunal administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 18 de mayo de 2016 (rec. 88/2016) argumentará que es la «no búsqueda de beneficio y el interés reputacional» la clave de la cuestión, razonando que «el licitador propuesto a adjudicatario por el Ayuntamiento reconoce expresamente que está incurriendo en “dumping”, conducta prohibida por la Ley 15/2007 de 13 de julio de Defensa de la Competencia, en este sentido se antoja inconcebible que una Administración Pública ampare el incumplimiento de la Ley cuando de acuerdo con la Constitución Española es precisamente la Administración la que tiene un especial deber de diligencia en cuanto a la exigencia del cumplimiento de la Ley, también la 15/2007, actuación de la que debiera dar parte al Servicio de Defensa de Competencia y en su caso al Tribunal».

<sup>54</sup> Esta opinión se mantiene en R. Fernández Acevedo y P. Valcárcel Fernández (2014: 270). Recordemos, a estos efectos, que dicho artículo contempla tres supuestos: a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento; b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos; c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

<sup>55</sup> Esta necesidad ha sido analizada, de forma minuciosa, por E. Máñez Martínez (2014), «La defensa de la competencia en los procesos de contratación pública: hacia una mayor

zarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (Comisión Europea, 2017). La propia directiva tiene como objetivo específico, precisamente derivado de las consideraciones relativas a la concepción de la contratación pública como un factor estratégico, el de favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas en los procesos de contratación pública<sup>56</sup>. En definitiva, se trata de proteger a las pymes a fin de no reducir las a ser meros subcontratistas<sup>57</sup>. Y ejemplos, como se sabe, ya hay en la ley en el sentido expuesto (el cambio de paradigma sobre la división en lotes del contrato, por ejemplo). La actuación de las autoridades de defensa de la competencia, viable según su legislación reguladora para impedir que actos o normas infralegales restrinjan o imposibiliten una efectiva competencia ya sea con declaración de culpabilidad de la Administración o sin ella, no está siendo efectiva en la práctica en estos concretos supuestos y algún remedio debiera adoptarse.

Y con ello la reducción de la competencia interna a nivel local, cuya virtualidad no debe ser desechada dado el impacto que esta tiene sobre la competitividad general de la economía como se ha destacado por la más relevante doctrina señalando que, precisamente, ello pudiera desalentar la innovación y el dinamismo y perjudicar un crecimiento sostenido<sup>58</sup>.

Pero hay, según anunciamos, un tercer argumento, asimismo, que no debiera desdenarse y es que si se atiende a los criterios que la directiva establece

---

participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, págs. 389-432.

<sup>56</sup> Puede verse, a estos efectos, también el Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública en la UE, el Informe de enero de 2012 de la Comisión Europea sobre el papel de las pymes en el mercado laboral o el Informe «Opening public procurement to SME's (small and medium-sized enterprises). Situación desventajosa de las PYME's en España frente a otros países europeos».

<sup>57</sup> En Alemania, en este sentido, la Ley de Adquisiciones Públicas es un capítulo de la Ley de Defensa de la Competencia (GWB, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) que mantiene una directriz política clara: la protección de las pymes y el deseo de no relegarlas a meras subcontratistas, adoptando diferentes medidas que se consideran prioritarias en la configuración del procedimiento de contratación a los efectos de la protección de las pequeñas y medianas empresas.

<sup>58</sup> Al respecto merece la pena citar a M. Porter, *The Competitive Advantage of Nations*, The Free Press: New York (págs. 170-174), quien defiende la competencia interna, en la que deben entenderse incluidos los procesos de contratación públicos dada su relevante importancia en el conjunto de la economía y la actividad de las empresas, como un modo inequívoco de fomentar el crecimiento. En opinión del autor, aunque también pueden citarse a otros como Schumpeter: «La pérdida de la rivalidad doméstica es una podredumbre seca que debilita lentamente la ventaja de la competencia al desacelerar el ritmo de la innovación y el dinamismo. Sus efectos son inicialmente invisibles. De hecho, su inicio puede estar asociado con una mayor rentabilidad interna debido a la baja tasa de inversión y la autosatisfacción en general. Sin embargo, la podredumbre comienza a socavar los cimientos de la industria».

en su art. 69.2, y aunque su carácter no sea limitativo, de su lectura se deducirá fácilmente que el legislador europeo en todos los criterios enunciados trata de fomentar una sana competencia a través de mejoras de la competitividad y de la capacidad de innovación de la empresa ofertante. No lo hace mediante el recurso a la supresión de partidas que, como el beneficio industrial o los gastos generales, no tienen relación alguna con dichos aspectos, ya que de lo que se trata es de fomentar la innovación y la competitividad y no al contrario. Ciertamente una proposición puede ser económicamente más eficiente, sin afectar a la relación calidad-precio, cuando la misma incorpora unos métodos más efectivos de producción o de fabricación, pero no parece que en los supuestos previstos en dicho apartado de la directiva pueda ampararse el de «trabajar a pérdidas»<sup>59</sup>. Estratégico podrá serlo para los proponentes agresivos, pero mucho más complejo resulta llegar a esa conclusión cuando el parámetro es el interés público y las consideraciones derivadas de la contratación pública estratégica. Y es que, en estos supuestos, se trata simple y llanamente de utilizar partidas, me temo que no al alcance de todos, que pueden tener un impacto negativo sobre la libre competencia y sobre la actividad de la pequeña y mediana empresa que puede terminar viendo reducido su papel al de mero subcontratista. Desde luego no constituyen el precio de mercado al que aspira la normativa contractual.

Quizá una solución a la problemática planteada, con carácter general, podría sustentarse en los denominados «umbrales de saciedad», hasta muy recientemente no admitidos por el TACRC<sup>60</sup>. En efecto, y haciendo prevalecer la promoción de la competencia y el beneficio económico que las administraciones podían obtener, este órgano solo permitía el cauce establecido en el procedimiento de las ofertas anormalmente bajas para limitar precios excesivamente bajos. La Resolución 484/2019, de 9 de mayo de este organismo, modificando su anterior criterio, establecerá que «es admisible legalmente establecer en el PCAP índices de saciedad que limiten en la aplicación de la valoración de la oferta económica mediante el criterio precio la atribución del máximo de puntos posibles a las ofertas que alcancen un máximo de baja, de forma que a partir de ese límite no puedan obtenerse más puntos aunque minoren el precio más allá del citado límite».

---

<sup>59</sup> Soy plenamente consciente de la opinión contraria a la aquí defendida, mantenida por algunos autores, como puede verse en A. E. Estévez Martín (2013), «La justificación de las ofertas incursas en temeridad: especial referencia a la crisis económica como argumento para explicar un precio anormalmente bajo», *Contratación Administrativa Práctica*, 123. No es una opinión que, en general, comparta.

<sup>60</sup> Los denominados «umbrales de saciedad» son las distintas fórmulas matemáticas que se emplean para limitar la valoración de las ofertas y no conceder puntos adicionales a aquellas proposiciones que sean inferiores a una determinada cifra (umbral de saciedad). No se muestra de acuerdo con esta alternativa Gimeno Feliú (2019: 224), entendiéndolo que con ello se incumple la regla de la ponderación proporcional, lo que comprometería la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa.

Ciertamente, y con la legislación actual, que hace descansar en los pliegos la solución al problema, se podrían articular distintas soluciones en cuanto al resto de los elementos que conforman una proposición contractual. La anteriormente referida u otras que puedan establecerse, en forma aislada o complementaria, como también podría resultar ser la obligación de incluir en los pliegos parámetros objetivos que recaigan o afecten a criterios dependientes de un juicio de valor<sup>61</sup>, utilizar fórmulas matemáticas de cálculo de la puntuación económica que penalicen en menor medida a las ofertas menos baratas, establecer criterios de temeridad con márgenes estrechos sobre la baja media, no realizar disminuciones del presupuesto del proyecto o del servicio por necesidades presupuestarias manteniendo las prestaciones<sup>62</sup>, etc.

Pero creo sinceramente que, respecto de los conceptos abordados en este trabajo, la discrecionalidad debe atenuarse si se pretende el cumplimiento integral de los principios que inspiran la legislación contractual. O a través de un progresivo mayor control jurisdiccional, ordinario y de los tribunales de defensa de la competencia, en el sentido apuntado páginas atrás o normativamente estableciendo ciertos parámetros objetivos. El derecho europeo no impide establecer soluciones de este último tipo<sup>63</sup>. Y es que resulta, cuanto menos paradójico respecto de la vocación de las nuevas normas contractuales de resultar un instrumento de progreso social, y no solo alcanzar la mayor eficiencia en el precio, abandonar a su suerte (a la del órgano de contratación se entiende), en este aspecto tan crucial para la supervivencia de pequeñas y medianas empresas, la posibilidad de admitir la supresión de partidas que nada tienen que ver con la innovación y la competitividad.

---

<sup>61</sup> Una línea explorada recientemente por la Junta Consultiva de Contratación del Estado (expedientes 113/2018 y 119/2018).

<sup>62</sup> Algunos de esos criterios son señalados por L. Castel Aznar, «Bajas desproporcionadas y moderación de ofertas», <http://www.monrabal.net/bajas-desproporcionadas-moderacion-ofertas/>. Si bien en este punto hemos de reseñar tanto el trabajo de M. Fueyo Bros (2014), «Los criterios de adjudicación: aspectos prácticos para la valoración del precio», <https://bit.ly/3eEnup9>, como el Informe 42/12, de 12 de mayo de 2013, «Adecuación a la legalidad de fórmulas para valorar el precio como criterio de admisión de ofertas» de la JCCA del Estado y, asimismo, el Informe 6/2014, de 3 de marzo, «Posibilidad de establecer fórmulas en la ponderación del criterio precio que no asignen necesariamente la totalidad de la puntuación prevista a la oferta de menor precio de la JCCA de Aragón».

<sup>63</sup> En este sentido puede consultarse la STJUE de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, apdo. 74, que no entiende contrario al derecho europeo la posibilidad de establecer criterios para objetivar las bajas desproporcionadas.