

Informe 6/2019, de 18 de diciembre de 2019, sobre el modo de proceder en el procedimiento abierto simplificado en el caso de que se produzcan ofertas anormalmente bajas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 159.4.f).4º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

I – ANTECEDENTES.

El Presidente de la Diputación de Almería solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“Según el artículo 159.4.f).4º, párrafo segundo, de la LCSP, relativo al procedimiento abierto simplificado:

“En el caso de que la oferta del licitador que haya obtenido la mejor puntuación se presuma que es anormalmente baja por darse los supuestos previstos en el artículo 149, la mesa, realizadas las actuaciones recogidas en los puntos 1.º y 2.º anteriores, seguirá el procedimiento previsto en el citado artículo, si bien el plazo máximo para que justifique su oferta el licitador no podrá superar los 5 días hábiles desde el envío de la correspondiente comunicación.”

Las citadas actuaciones de los puntos 1º y 2º del artículo 159.4.f) son:

“1.º Previa exclusión, en su caso, de las ofertas que no cumplan los requerimientos del pliego, evaluar y clasificar las ofertas.

2.º Realizar la propuesta de adjudicación a favor del candidato con mejor puntuación.”

*Como puede observarse, en el procedimiento abierto simplificado, al contrario de lo que ocurre en el procedimiento abierto ordinario, **la clasificación de las ofertas y la propuesta de adjudicación se realizan con carácter previo al procedimiento para determinar las ofertas anormalmente bajas.***

Este orden secuencial del procedimiento abierto simplificado puede generar cierta problemática, pues tiene difícil encaje con lo indicado, por ejemplo, en el Dictamen de la Abogacía del Estado 163/2008, de 29 de septiembre, o en el Informe 3/2017, de 5 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en los que se concluye que el cálculo de la puntuación económica de las ofertas, que determinará la clasificación final, debe realizarse con posterioridad al análisis y valoración de la justificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, excluyendo las ofertas rechazadas por ser anormalmente bajas.

La razón de esta conclusión es, en síntesis, que con la aplicación de una fórmula proporcional en el criterio del precio, las ofertas incursas en presunción de anormalidad obtienen gran parte de los puntos y, si las mismas fueran excluidas por ser anormalmente bajas, las restantes ofertas aumentarían su número de puntos y, en consecuencia, aumentaría la diferencia de puntos existente entre ellas, por el criterio del precio; y ello podría tener como consecuencia la alteración del orden final de la clasificación. Es por ello que, con base en el Dictamen y el Informe citados:

- Las ofertas rechazadas por ser anormalmente bajas **pueden incidir** en el orden de la clasificación del resto de ofertas; en consecuencia, **deben siempre excluirse** de la clasificación y no incidir en el orden de la misma.*



- Las ofertas incursas en presunción de anormalidad **pueden incidir** en el orden de la clasificación; en consecuencia, **deben siempre analizarse** para que se excluyan de la clasificación y no incidan en el orden de la misma si resultan ser anormalmente bajas.

Otra problemática que presenta el citado artículo 159.4.f), es que si hay varias ofertas en presunción de anormalidad y sólo se pide justificación al licitador cuya oferta sea la mejor puntuada, si ésta es rechazada, posteriormente habría que pedir justificación al siguiente licitador, y así sucesivamente; repitiéndose así los trámites y aumentándose el tiempo del procedimiento.

A la vista de lo indicado, planteamos las siguientes consultas, en relación con el procedimiento abierto simplificado:

Supuesto 1. Cuando sólo la oferta más puntuada está incursa en presunción de anormalidad, de no justificarse su viabilidad, hay que excluirla y requerir la documentación previa a la adjudicación al siguiente licitador clasificado. En este supuesto, ¿hay que recalcular la puntuación otorgada a las ofertas con exclusión de la primera empresa?

Supuesto 2. La oferta mejor puntuada no está incursa en presunción de anormalidad, pero sí otras peor clasificadas. ¿Hay que seguir la literalidad de la ley, en el sentido de requerir al licitador con la oferta mejor puntuada la documentación previa a la adjudicación, sin más? O ¿se debe requerir a todos los licitadores cuyas ofertas estén incursas en presunción de anormalidad que justifiquen su viabilidad, excluir las ofertas cuya viabilidad no se justifique y recalcular posteriormente la puntuación otorgada a las ofertas que no resulten excluidas?

Supuesto 3. La oferta más puntuada está incursa en presunción de anormalidad, la segunda no lo está y otras que le siguen sí lo están. ¿Si no se justifica la viabilidad la primera oferta, se requiere la documentación previa a la adjudicación al segundo licitador clasificado? O ¿Se debe pedir la justificación de forma simultánea a todos los licitadores cuyas ofertas estén incursas en presunción de anormalidad, excluir las ofertas cuya viabilidad no se justifique y recalcular posteriormente la puntuación otorgada a las ofertas que no resulten excluidas?

II – INFORME

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública, no obstante realizaremos algunas consideraciones de carácter general sobre las cuestiones planteadas.

1- Como primera cuestión la Diputación de Almería plantea la siguiente: “Cuando sólo la oferta más puntuada está incursa en presunción de anormalidad, de no justificarse su viabilidad, hay que excluirla y requerir la documentación previa a la adjudicación al siguiente licitador clasificado. En este supuesto, ¿hay que recalcular la puntuación otorgada a las ofertas con exclusión de la primera empresa?”

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) ha creado la figura del procedimiento abierto simplificado, señalando su exposición de motivos que este procedimiento nace con la vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil que por su diseño



debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación. El procedimiento abierto simplificado se regula en el artículo 159 de la LCSP, sin perjuicio de que, en lo no previsto en este artículo, se observarán las normas generales aplicables al procedimiento abierto. Sus trámites se encuentran recogidos en su apartado cuatro y, concretamente, en lo que se refiere a las ofertas anormalmente bajas, en su letra f).

"Artículo 159 Procedimiento abierto simplificado.

4. *La tramitación del procedimiento se ajustará a las siguientes especialidades:*

(...)

f) *En todo caso, la valoración a la que se refiere la letra anterior deberá estar efectuada con anterioridad al acto público de apertura del sobre que contenga la oferta evaluable a través de criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. En dicho acto público se procederá a la lectura del resultado de aquella.*

Tras dicho acto público, en la misma sesión, la mesa procederá a:

1.º *Prevía exclusión, en su caso, de las ofertas que no cumplan los requerimientos del pliego, evaluar y clasificar las ofertas.*

2.º *Realizar la propuesta de adjudicación a favor del candidato con mejor puntuación.*

3.º *Comprobar en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que la empresa está debidamente constituida, el firmante de la proposición tiene poder bastante para formular la oferta, ostenta la solvencia económica, financiera y técnica o, en su caso la clasificación correspondiente y no está incurso en ninguna prohibición para contratar.*

4.º *Requerir a la empresa que ha obtenido la mejor puntuación mediante comunicación electrónica para que constituya la garantía definitiva, así como para que aporte el compromiso al que se refiere el artículo 75.2 y la documentación justificativa de que dispone efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y todo ello en el plazo de 7 días hábiles a contar desde el envío de la comunicación.*

En el caso de que la oferta del licitador que haya obtenido la mejor puntuación se presuma que es anormalmente baja por darse los supuestos previstos en el artículo 149, la mesa, realizadas las actuaciones recogidas en los puntos 1.º y 2.º anteriores, seguirá el procedimiento previsto en el citado artículo, si bien el plazo máximo para que justifique su oferta el licitador no podrá superar los 5 días hábiles desde el envío de la correspondiente comunicación.

(...)

Por tanto, el artículo 159.4.f) 4º segundo párrafo de la LCSP establece los siguientes trámites:

1.º La mesa de contratación evaluará y clasificará las ofertas, previa exclusión, en su caso, de las que no cumplan los requerimientos del pliego.

2.º La mesa de contratación realizará la propuesta de adjudicación a favor del candidato con mejor puntuación.

3.º Si la oferta del licitador que haya obtenido la mejor puntuación se presume que es anormalmente baja, la mesa de contratación seguirá el procedimiento previsto en el artículo 149.

Ahora bien, en este procedimiento no se establece cómo proceder cuando la oferta mejor puntuada e incurso en presunción de anormalidad es excluida de la clasificación por no justificarse la misma más allá de acordar, conforme establece el artículo 149.6 LCSP, la adjudicación a favor de la mejor oferta, una vez excluida la anterior, de acuerdo con el orden de clasificación.

Cabe señalar que los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares recomendados por



este órgano consultivo tras la entrada en vigor de la LCSP, tanto en el procedimiento abierto ordinario como en el abierto simplificado, se decantan por la vía de realizar en primer lugar una “depuración” de las ofertas presentadas resolviendo por tanto el incidente de las ofertas anormalmente bajas con carácter previo a la valoración y clasificación de las ofertas admitidas.

Es parecer de este órgano consultivo que, aunque la consulta verse sobre el procedimiento abierto simplificado, es incuestionable que la misma, y la solución que se ofrezca, debe ponerse en relación con la forma de proceder en el procedimiento abierto ordinario, aunque adelantando que el tenor literal de la LCSP en este aspecto puede, cuando menos, como así ha sucedido ya a la vista de los diferentes dictámenes de órganos consultivos y de diversas resoluciones de Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, ofrecer dudas en cuanto a su interpretación.

En la tramitación del procedimiento abierto ordinario, tal y como establece el artículo 149.2 de la LCSP, la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentren incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal. Por su parte, el artículo 149.4 de la LCSP indica que cuando la mesa de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieran presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de los costes, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes para, posteriormente, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.6 evaluar toda la información y documentación proporcionada por esos licitadores y elevar de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. Si el órgano de contratación considerase, a la vista de la justificación presentada por el licitador y los informes elaborados por la mesa de contratación, estimase que no se explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de valores anormales la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme al artículo 150.1 LCSP.

Debe tenerse en cuenta que tal como están ordenados los artículos, cabe interpretar que primero se pretende resolver el incidente de anormalidad, excluyendo aquella oferta (u ofertas) que se estime que no puede ser cumplida como consecuencia de incluir valores anormales y, posteriormente, que se valoren y clasifiquen las ofertas para proceder a la adjudicación.

En el procedimiento abierto ordinario deberá solicitarse la justificación de la oferta a todos aquellos licitadores cuyas ofertas se presuman que son anormalmente bajas y después, una vez resuelto el incidente de anormalidad, deberá puntuarse y clasificarse, tal como se hacía con el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Así lo atestigua el informe 2/2017, de 5 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón, al tratar con carácter general la clasificación y valoración de las ofertas en los procedimientos de licitación en que se produzcan ofertas anormales o desproporcionadas con la regulación establecida por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP): *“una de las cuestiones más reiteradas en la*



aplicación del procedimiento de verificación de las ofertas anormales o desproporcionadas y la valoración de las ofertas, y su incidencia en el procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato, es si es conforme a derecho realizar el cálculo de la puntuación económica de las ofertas (criterio precio) con posterioridad al análisis y valoración de la justificación de las ofertas anormales o desproporcionadas, excluyendo aquellas ofertas identificadas como desproporcionadas por considerarlas inviables”.

El Informe citado advierte que *“la respuesta que siempre han dado a esta cuestión los Tribunales Administrativos de contratos (...) es coincidente con la postura de la Abogacía General de Estado quien, en su Dictamen 163/08 de 29 de septiembre de 2008, después de un exhaustivo estudio de la cuestión, y de advertir que quedaría en entredicho el deber de la Administración de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa -entendido este concepto en el amplio sentido que establece la LCSP y no sólo en el estrictamente económico- si la adjudicación de un contrato se condicionara por la concurrencia (por sus efectos en la ordenación final previa a la adjudicación provisional) de ofertas no depuradas que pueden ser inválidas por desproporcionadas o anormales; consideró que: “en consecuencia, el cálculo de la puntuación económica de las ofertas debe realizarse con posterioridad al análisis y valoración de la justificación de las ofertas anormales o desproporcionadas, excluyendo a las no admitidas por no haberse estimado la justificación sobre su viabilidad tras el mencionado trámite de audiencia”. Porque, efectivamente, valorar las ofertas que presenten valores desproporcionados o anormales, que finalmente podrían ser inválidas, puede alterar la puntuación y determinar la adjudicación de un contrato a empresa distinta a la que resultaría si se hubieran excluido previamente dichas ofertas. (...) La respuesta a la cuestión se encuentra en el propio TRLCSP. El artículo 151 TRLCSP regula la clasificación de los licitadores, precepto que es inmediatamente anterior al artículo sobre las ofertas con valores anormales o desproporcionados (152 TRLCSP) , y es claro y preciso “el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo siguiente”. De donde se concluye, que en la clasificación de las ofertas no pueden ni deben ser incluidas aquellas que han sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo 152 TRLCSP”.*

Puede citarse también, por su interés, la Resolución 828/2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, referido a un expediente de licitación mediante procedimiento abierto:

“La única cuestión controvertida en el presente recurso es la determinación de si la forma de proceder llevada a cabo por la Mesa y por el órgano de contratación para la valoración de las ofertas – sin excluir de la fórmula de cálculo las ofertas excluidas por temeridad- resulta o no ajustada a lo establecido en la legislación vigente y en los pliegos que rigen la licitación. (...) Pues bien, es cierto que el derogado artículo 151.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) era más claro sobre este particular que el vigente artículo 150.1 LCSP, toda vez que aquél disponía expresamente que “el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo siguiente” mientras que el que ahora resulta de aplicación se limita a indicar, en lo que aquí interesa, que “la Mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas para posteriormente elevar la correspondiente propuesta al órgano de contratación, en el caso de que la clasificación se realice por la mesa de contratación”.

Sin embargo, por el mero hecho de que se haya omitido en el precepto equivalente de la nueva ley la referencia a que la clasificación ha de hacerse con -las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales- no implica en modo alguno que, a partir de la entrada en vigor de la LCSP, la clasificación tenga que adelantarse al momento anterior a la exclusión de las ofertas incursas en anormalidad o que, como ha sucedido en el supuesto examinado, dichas ofertas en presunción de temeridad tengan que ser tenidas en cuenta al aplicar las fórmulas establecidas en los pliegos para la valoración de las ofertas económicas (...). Al



contrario, este Tribunal considera que, como reconoce el propio órgano de contratación, la única forma de proceder ajustada a derecho y a lo recogido en el PCAP hubiera sido la asignación de las puntuaciones correspondientes a la oferta económica una vez depuradas y excluidas las ofertas incursas en temeridad que no hayan sido debidamente justificadas”.

Merece la pena detenerse en la Resolución 350/2019, de 24 de octubre de 2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía referida a un contrato de servicio mediante procedimiento abierto ordinario. En la misma se incluyen una serie de argumentos que este órgano consultivo no puede más que compartirlos. Así, en la misma ante *“la cuestión que de manera principal se plantea en el recurso es si fue correcta la actuación de la mesa cuando no tramitó el procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP para las ofertas inicialmente incursas en baja anormal, admitiendo dicha oferta y clasificándola”*, el Tribunal señala lo siguiente:

“Pues bien la decisión de tramitar este procedimiento no es una decisión discrecional de la mesa, sino que resulta obligada a ello en virtud de lo establecido en el citado artículo 149. En el apartado 2 se establece la obligación de identificar las ofertas que se encuentren en presunción de anormalidad; y en el apartado 4 la obligación de requerir a esos licitadores que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios (...).

El órgano de contratación expuso como razones para no haber tramitado el procedimiento, en primer lugar: *“(...) alega que no tramitó el procedimiento porque previsiblemente era una oferta viable, al tratarse de un contrato de servicios de arquitectura”*, y en segundo lugar, que: *“al estar clasificada en cuarto lugar era inviable que resultara adjudicataria”*.

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía expone ante estas alegaciones lo siguiente: *“Lo manifestado en el recurso y esta alegación nos lleva a analizar el momento en el que debe realizarse la clasificación de las ofertas, si es antes o después de haber comprobado la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, de forma que la solución a esta cuestión ha de partir del examen de la nueva LCSP, y en particular de lo dispuesto en sus artículos 149 y 150.*

Pues bien, podemos adelantar que pese a las dudas que pueda presentar la regulación de esta materia en la LCSP, este tribunal considera que no se ha modificado el régimen anterior, de manera que primero habrá de tramitarse el procedimiento previsto en el artículo 149 para todas las ofertas inicialmente incursas en baja anormal, y posteriormente, habrá de procederse a la clasificación.

A esta conclusión hemos llegado por una serie de motivos:

En primer lugar, el régimen establecido para las ofertas inicialmente incursas en baja anormal tiene por objeto excluir o rechazar aquellas ofertas que no justifiquen su viabilidad (...)

En segundo lugar, el artículo 149.4 de la LCSP establece que “4.Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen...”. Es decir, que según prescribe este precepto, debe requerirse la justificación de la viabilidad de sus ofertas a todos los licitadores que se encuentren en dicha situación. El que se solicite a todos los licitadores y no solo al licitador que, tras la valoración y clasificación, esté situado en primer lugar y pueda resultar adjudicatario, únicamente parece perseguir la depuración de todas aquellas ofertas con carácter previo a la valoración (...).

En tercer lugar, por el orden en que aparecen situados los preceptos: primero el artículo 149 y después el artículo 150, relativo a la clasificación. De esta manera, en primer lugar ha de tramitarse el procedimiento respecto de las ofertas anormalmente bajas (artículo 149), y posteriormente ha de procederse a la clasificación (artículo 150).



En cuarto lugar, consideramos que una modificación del sistema anterior de justificación de las ofertas anormalmente bajas, dada su trascendencia, hubiera requerido alguna explicación en la exposición de motivos de la LCSP. (...) Ninguna referencia se contiene pues a una modificación del régimen vigente hasta la entrada en vigor de la nueva LCSP, en un cuestión que puede tener una enorme trascendencia en la adjudicación de los contratos.

En quinto lugar, consideramos igualmente que siguen subsistentes las razones por las que debe procederse a la exclusión de aquellas ofertas incursas en presunción de anomalía con carácter previo a la valoración y a la clasificación, y que se exponen en el Dictamen de la Abogacía del Estado de 29 de septiembre de 2008, y que se recogen en el informe 3/2007, de 5 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre la clasificación y valoración de las ofertas anormales o desproporcionadas. Señala el citado Dictamen que: (...) A ello debe añadirse que si no se depuran las ofertas que pueden ser calificadas como desproporcionadas o anormales previamente a su clasificación se vulnerarían los principios de licitación proclamados entre otros, en el artículo 1 de la LCSP (...) En efecto, quedaría en entredicho el deber de la Administración de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa -entendido este concepto en el amplio sentido que establece la LCSP y no solo en el estrictamente económico- si la adjudicación de un contrato se condicionara por la concurrencia (por sus efectos en la ordenación final previa a la adjudicación provisional) de ofertas no depuradas que pueden ser inválidas por ser desproporcionadas o anormales. Ello podría determinar que la adjudicataria de un contrato fuera una empresa distinta a la que procedería si se hubieran previamente depurado las ofertas desproporcionadas o anormales.

En sexto lugar, si analizamos la tramitación del anteproyecto de ley de Contratos del Sector Público podemos encontrar una explicación a la supresión en el vigente artículo 150 de la referencia a la exclusión de la clasificación de aquellas proposiciones declaradas desproporcionadas o anormales que se encontraba en el artículo 151 del TRLCSP.

En la primera versión del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, el artículo 148, relativo a la clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato (actual artículo 150) establecía:

“1. La mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo 147, para posteriormente elevar la correspondiente propuesta al órgano de contratación, en el caso de que la clasificación se realice por la mesa de contratación”.

Es decir, es evidente que el redactor del anteproyecto de ley no pretendió modificar el régimen anterior. El problema estaba en la posible incoherencia de este apartado con lo dispuesto en el artículo 147.6 segundo párrafo, del anteproyecto:

“Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 148.”

La referencia a “la excluirá de la clasificación” podía ser entendida como exclusión de la futura clasificación, pero la expresión “que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 148” podía dar a entender que primero procedía la clasificación y después la exclusión.



Esta posible incoherencia fue advertida por la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, que en sus observaciones al anteproyecto puso de manifiesto:

“En el artículo 148 se comienza señalando que: “La mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo 147, para posteriormente elevar la correspondiente propuesta al órgano de contratación, en el caso de que la clasificación se realice por la mesa de contratación”. Vista esta redacción se plantea, exclusivamente para valoración del proponente, la conveniencia de revisar el segundo párrafo del apartado 6 del artículo 147, que establece que “si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 148”.

Sin embargo, en la tercera versión del anteproyecto, en vez de modificar el segundo párrafo del artículo 147.6, lo que se hizo fue modificar el artículo 148.1 que quedó redactado en los siguientes términos:

“1. La mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas para posteriormente elevar la correspondiente propuesta al órgano de contratación, en el caso de que la clasificación se realice por la mesa de contratación”.

Ahora bien de la nueva redacción no puede extraerse sin más que se quiso modificar el sistema anterior, por las razones antes expuestas, así como por lo que diremos a continuación.

El problema, como hemos señalado, radica en la redacción de ese apartado 6, segundo párrafo, del actual artículo 149:

“Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150”.

Pues bien, si se compara la redacción del vigente apartado 6, segundo párrafo, del actual artículo 149, con la del artículo 152.4 del TRLCSP observamos que, en el aspecto controvertido, no se han producido cambios:

“4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior.”

Es decir, que si con la anterior redacción, la clasificación tenía lugar una vez tramitado el correspondiente procedimiento justificativo de las ofertas que se encontraban en presunción de anormalidad, debe mantenerse la



misma postura con la redacción de la nueva ley, que como hemos señalado, no ha sufrido modificación alguna en este aspecto.

En definitiva podemos llegar a la conclusión de que en ningún momento ha sido intención de la nueva LCSP modificar el sistema que venía siendo aplicado conforme al TRLCSP, por lo que la valoración de las ofertas económicas y, posterior clasificación, deben hacerse tras comprobar la viabilidad de todas las ofertas incursas inicialmente en presunción de anormalidad, sin que esta conclusión se vea alterada por lo dispuesto en el artículo 159 de la LCSP para el procedimiento simplificado, dadas las especiales características de este procedimiento”.

Por último cabe también señalar el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 19 de septiembre de 2019 que, con respecto a la interpretación que del artículo 149 debe hacerse, dice lo siguiente:

“(…) Es necesario destacar, no obstante, que la redacción del artículo 149.6 de la LCSP complica con su textual la interpretación ya referida. Efectivamente establece: “Si el órgano de contratación considerando la justificación efectuada por el licitador estimase (...) que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150”.

Indudablemente este artículo solo puede interpretarse como que la exclusión de la oferta incurso en baja anormal no será de la clasificación sino para efectuar dicha clasificación, al igual que el resto de ofertas que puedan ser excluidas por otros motivos, como por el incumplimiento de algún requisito técnico solicitado en pliegos.

Interpretar de otro modo este apartado del artículo 149, conllevaría a la desnaturalización de la calificación del criterio precio, toda vez que permitiría la presentación de ofertas temerarias sin posibilidad de justificación pero que permitirían la reducción de la proporcionalidad de la puntuación por este criterio al resto de ofertas, alterando así el principio general de la contratación pública de determinar y adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa en relación calidad precio.

Es habitual que en las normas se aprecien defectos de redacción que pueden dar lugar a interpretaciones distorsionadas en relación con el resto del articulado de la ley. Podemos observar en este caso concreto como el artículo 150.1 manifiesta que “La Mesa de contratación (...) clasificará por orden decreciente las propuestas presentadas (...)” cuando debería decir “las propuestas admitidas”, toda vez que de lo contrario habría que clasificar también aquellas ofertas que han sido excluidas por falta de documentación administrativa o incumplimiento de los requisitos técnicos solicitados en el pliego, hecho del todo inaceptable (...)”.

Por todo lo anterior, vista la forma de proceder en el procedimiento abierto ordinario, solo pueden extraerse argumentos y conclusiones extrapolables, según entiende este órgano consultivo, al procedimiento abierto simplificado, pues, ante supuestos similares, no se podría dar una solución distinta en uno y otro procedimiento de adjudicación, siendo necesario ofrecer seguridad jurídica a los órganos de contratación sobre la forma de proceder, a juicio de este órgano consultivo, en ambos procedimientos.

Este órgano consultivo entiende que razones de justicia hacia todos los licitadores deben conducir a que en el procedimiento abierto simplificado se opte por solicitar la justificación a todos los licitadores cuyas ofertas se presuman que son anormalmente bajas y, una vez hayan justificado o no la viabilidad de la misma y, en consecuencia, sean o no excluidos de la licitación, realizar la valoración y posterior clasificación.



Cabe recordar que el artículo 1.1 de la LCSP establece que esta Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público a fin de garantizar que la misma se ajuste a *“los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores”* y de asegurar, entre otros aspectos recogidos en ese apartado, *“la selección de la oferta económicamente más ventajosa”*.

2- La segunda de las cuestiones planteadas por el órgano consultante es *“La oferta mejor puntuada no está incurso en presunción de anormalidad, pero sí otras peor clasificadas. ¿Hay que seguir la literalidad de la ley, en el sentido de requerir al licitador con la oferta mejor puntuada la documentación previa a la adjudicación, sin más? O ¿se debe requerir a todos los licitadores cuyas ofertas estén incursas en presunción de anormalidad que justifiquen su viabilidad, excluir las ofertas cuya viabilidad no se justifique y recalcular posteriormente la puntuación otorgada a las ofertas que no resulten excluidas?”*

Entiende este órgano consultivo que, en coherencia con lo dicho anteriormente para el primero de los supuestos planteados, aunque la mejor oferta puntuada no estuviese incurso en presunción de anormalidad pero sí lo estuviese alguna de las demás peor clasificadas debería requerirse la justificación de la viabilidad de las ofertas a todas aquellas que incurriesen en esa presunción y, sólo una depuradas las ofertas admitidas a la licitación, es decir, excluidas aquellas que no justifiquen la viabilidad de las mismas, realizarse la clasificación. Y a continuación, una vez resuelto el incidente de *“anormalidad”*, y la clasificación, proceder conforme al punto 2º del artículo 159.4.f), es decir, *“Realizar la propuesta de adjudicación a favor del candidato con mejor puntuación”*.

El artículo 28.2 de la LCSP establece que las entidades del sector público *“favorecerán la agilización de los trámites”*. Precisamente ese principio general de agilización de los trámites es una de las razones que debe provocar que en el procedimiento abierto simplificado se tramite el incidente de anormalidad con carácter previo y dirigido a todas a aquellas ofertas, y no sólo a la que haya obtenido en su caso la mejor puntuación, que incurran en presunción de anormalidad. Lo contrario podría llevar a una posible cadena de sucesivos requerimientos que en nada, al contrario, agilizarían la tramitación del procedimiento.

3- El último de los supuestos planteados por la Diputación de Almería es el siguiente *“La oferta más puntuada está incurso en presunción de anormalidad, la segunda no lo está y otras que le siguen sí lo están. ¿Si no se justifica la viabilidad la primera oferta, se requiere la documentación previa a la adjudicación al segundo licitador clasificado? O ¿Se debe pedir la justificación de forma simultánea a todos los licitadores cuyas ofertas estén incursas en presunción de anormalidad, excluir las ofertas cuya viabilidad no se justifique y recalcular posteriormente la puntuación otorgada a las ofertas que no resulten excluidas?”*.

Para este último supuesto planteado por el órgano consultante, y en lógica con todo lo dicho anteriormente, este órgano consultivo entiende que respecto a la primera parte *“La oferta más puntuada está incurso en presunción de anormalidad, la segunda no lo está y otras que le siguen sí lo están. ¿Si no se justifica la viabilidad la primera oferta, se requiere la documentación previa a la adjudicación al segundo licitador clasificado?”* no cabe más que informar que se debería requerir a todos los licitadores cuyas ofertas estén incursas en presunción de anormalmente bajas para que justifiquen la viabilidad de sus ofertas, y



posteriormente, hayan justificado o no la misma, y por tanto, una vez sean o no excluidos de la licitación, debería realizarse una nueva clasificación. A continuación, conforme al punto 2º del artículo 159.4.f) se debe *“Realizar la propuesta de adjudicación a favor del candidato con mejor puntuación”*.

Respecto al segundo bloque de este supuesto *“¿Se debe pedir la justificación de forma simultánea a todos los licitadores cuyas ofertas estén incursas en presunción de anormalidad, excluir las ofertas cuya viabilidad no se justifique”* debemos entender que así debe ser por razones de agilidad y de igualdad de condiciones a todos los licitadores cuya oferta está en presunción de anormalidad y que puedan disponer todos ellos del mismo tiempo para justificar la viabilidad.

Con respecto al último de los bloques de este tercer supuesto planteado *“y recalcular posteriormente la puntuación otorgada a las ofertas que no resulten excluidas”* entendemos como ya se ha dicho antes que, aún no habiendo una disposición expresa que obligue a ello, el sentido común deriva hacia esa posibilidad, es decir, realizar la clasificación una vez resuelto el incidente de anormalidad.

III – CONCLUSIONES

1.- Aún cuando ninguna disposición de la LCSP prevé de forma expresa para el procedimiento abierto simplificado como proceder cuando la oferta mejor puntuada está incursa en presunción de anormalidad y es excluida de la clasificación por no justificarse la misma más allá de acordar, conforme establece el artículo 149.6 LCSP, la adjudicación a favor de la mejor oferta, una vez excluida la anterior, de acuerdo con el orden de clasificación; razones de prudencia y de justicia hacia todas las personas licitadoras y el propio cumplimiento del principio de agilización de los trámites, deberían conducir a que en el procedimiento abierto simplificado se optase por solicitar la justificación a todos los licitadores cuyas ofertas sean anormalmente bajas y no sólo a la que obtuviese la mejor puntuación y, una vez hayan justificado o no la misma y en consecuencia, sean o no excluidos de la licitación, realizar la clasificación con las personas licitadoras definitivamente admitidas.

2- La forma de proceder para tramitar el incidente de anormalidad y la valoración y clasificación de las ofertas tanto en el procedimiento abierto ordinario como el abierto simplificado deben ser idénticas. Primero debe resolverse el incidente de anormalidad y, posteriormente, realizarse la valoración y clasificación de las ofertas admitidas. Solo en aquel caso en el que la oferta excluida por ser anormalmente baja no influya en el resultado de la valoración y clasificación, la interpretación literal del artículo 149.6 sería admisible.

Es todo cuanto se ha de informar.

