

# ALERTA LEGAL

3 DE AGOSTO DE 2020

## CONTRATACIÓN PÚBLICA CLASIFICACIÓN DE OFERTAS INCURSAS EN PRESUNCIÓN DE TEMERIDAD.

Informe de la Junta Consultiva de Contratación  
Pública del Estado al Expediente núm. 16/20



## Objeto de la Alerta Legal

La **Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE)** ha emitido reciente **Informe al Expediente núm. 16/20**. En él, interpreta los artículos 149.6 y 150.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), a los efectos de clarificar el procedimiento y tratamiento que ha de seguirse sobre las ofertas incursas en presunción de anormalidad o baja temeraria, cuestión que reviste una incidencia práctica indirecta sobre la clasificación de las entidades licitadoras y determinación del adjudicatario de los contratos.

Este informe, que responde a consulta formulada por la Dirección General de Tráfico (DGT), trata de resolver las discrepancias interpretativas que, sobre los preceptos referidos y el correspondiente procedimiento para la exclusión de ofertas, se había venido suscitando en distintos tribunales administrativos de contratación tras la derogación 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) con la entrada en vigor de la LCSP, por lo que su conocimiento resulta de especial interés para órganos de contratación, contratistas del Sector Público y entidades licitadoras.

El informe que es objeto de la presente alerta trata de dar respuesta a la siguiente consulta de la DGT:

### *“CUESTIONES QUE SE SOMETEN A INFORME*

*Cuando en una licitación se da la circunstancia de excluir alguna o algunas de las ofertas por haber sido declaradas anormales o desproporcionadas, se solicita a esa JCCPE que tenga a bien emitir informe sobre cuál de las siguientes sería la interpretación correcta de los artículos 149.6 y 150.1 de la LCSP:*

*a) El procedimiento a seguir es el de volver a clasificar (reclasificar) las ofertas: se calculan nuevamente las puntuaciones teniendo en cuenta únicamente las ofertas admitidas, sin considerar en modo alguno para ello las ofertas excluidas por haber sido declaradas anormales o desproporcionadas.*

*Subsidiariamente, en caso de estimar procedente esta interpretación:*

*i. ¿También habrían de calcularse nuevamente las puntuaciones de los criterios no evaluables de forma automática, excluyendo del cálculo las ofertas declaradas anormales o desproporcionadas?*

*ii. ¿Sería necesario volver a realizar el trámite para identificar ofertas incursas en presunción de anormalidad con cada nueva clasificación?*

*b) El procedimiento a seguir es el de mantener la clasificación inicial de las ofertas: las puntuaciones iniciales se mantienen sin necesidad de reclasificar, pero teniendo en cuenta que se consideran excluidas y, en consecuencia, no aceptadas las ofertas declaradas anormales o desproporcionadas.”*

## 2. Contextualización jurídica del objeto de la consulta e informe.

La cuestión controvertida planteada por la DGT a la JCCPE trae causa de la diferencia de sistematización y redacción de preceptos relativos a la calificación y clasificación de ofertas que presenta la LCSP frente a su precedente legislativo, el TRLCSP.

A los efectos que nos ocupan, pueden apreciarse dos diferencias esenciales que, observadas, han generado interpretaciones dispares a la luz de una y otra regulación. En este sentido:

- (i) El orden de los preceptos entre un cuerpo normativo y otro es distinto. De este modo, mientras que el TRLCSP regulaba primero la clasificación de las ofertas (artículo 151 del TRLCSP) y posteriormente la posible calificación de éstas como anormales o desproporcionadas (artículo 152 del TRLCSP), la LCSP invierte dicho orden, recogiendo primero la regulación de la anomalía (artículo 149 de la LCSP) y posteriormente la de la clasificación de ofertas (artículo 150 de la LCSP).
- (ii) El tenor literal del artículo referido a las ofertas anormalmente bajas en uno y otro cuerpo normativo difiere en que el artículo 150.1 de la LCSP omite la mención a la debida y previa exclusión de ofertas declaradas desproporcionadas que sí incluía el artículo 151.1 del TRLCSP.

La comparativa de redacción entre uno y otro precepto es la siguiente:

<b>Artículo 152.1 del TRLCSP</b>	<b>Artículo 150.1 de la LCSP</b>
<p>1. El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas <b>y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo siguiente</b>. Para realizar dicha clasificación, atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego o en el anuncio pudiendo solicitar para ello cuantos informes técnicos estime pertinentes. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo.</p>	<p>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.</p>

A causa de estas diferencias sistemáticas y literales, resulta posible llegar a entender que, tras la aprobación de la LCSP, la clasificación de las ofertas habría de realizarse, en un primer momento, teniendo en cuenta todas las ofertas válidamente presentadas sin excepción, para, tras la posterior identificación y determinación de aquéllas incursas en anomalía o desproporción, excluirlas y realizar una nueva puntuación y clasificación de las restantes.

Este criterio interpretativo fue el que siguió el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC)** en **Resolución núm. 828/2018 (Recurso núm. 767/2018), de 24 de septiembre**, asumido también por otros órganos como el **Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (TACPM)**, en su **Resolución núm. 385/2019 (Recurso núm. 486/2019), de 19 de septiembre**.

Frente a ello, posteriormente, el propio **TACRC**, en **Resolución núm. 716/2019 (Recurso núm. 625/2019), de 27 de junio**, sostuvo el criterio contrario al inicialmente mantenido, señalando que las puntuaciones definitivas se obtienen sobre la

clasificación inicial sin necesidad de reclasificar las ofertas tras la exclusión de las anormales o temerarias, pero teniendo en cuenta que no se consideran aceptadas estas últimas.

### 3. Ilustración de la trascendencia práctica de la controversia.

La adopción de uno u otro de los anteriores criterios interpretativos no resulta baladí a efectos prácticos, ya que puede incidir directamente en la determinación de la oferta mejor clasificada y, por tanto, en la adjudicación del contrato.

Esta incidencia práctica queda perfectamente puesta de manifiesto en el ejemplo o simulación que la propia DGT incluye en su consulta y que, por su valor gráfico e ilustrativo reproducimos:

*«Las ofertas económicas de las empresas son las siguientes:*

LICITADORES	OFERTAS ECONÓMICAS
<b>Empresa A</b>	40.000,00 €
<b>Empresa B</b>	43.428,57 €
<b>Empresa C</b>	82.857,14 €
<b>Empresa D</b>	79.428,57 €
<b>Empresa E</b>	67.428,57 €
<b>Empresa F</b>	74.285,71 €

*La puntuación resultante del criterio precio aplicando la fórmula dada sería la que se indica en el cuadro siguiente, donde se ha incluido, para la obtención de la puntuación total, una hipotética puntuación en los criterios técnicos:*

LICITADORES	PUNTUACIÓN TÉCNICA	PUNTUACIÓN PRECIO	PUNTUACIÓN TOTAL
<b>Empresa A</b>	5	70	75
<b>Empresa B</b>	0	66	66
<b>Empresa C</b>	30	20	50
<b>Empresa D</b>	25	24	49
<b>Empresa E</b>	10	38	48
<b>Empresa F</b>	15	30	45

*En este ejemplo, se considerarán ofertas incursas en presunción de anomalía las que sean inferiores en más de 20 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas.*

*Con estos datos, están incursas en presunción de anomalía las ofertas de los licitadores siguientes: "Empresa A" y "Empresa B". Tras realizar el correspondiente procedimiento, se considera que las justificaciones aportadas por los licitadores no explican satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes, por lo que dichas ofertas son declaradas anormales o desproporcionadas.*

*En caso de seguir la metodología propugnada por la Resolución nº 716/2019 del TACRC, una vez declaradas anormales o desproporcionadas las ofertas de los licitadores "Empresa A" y "Empresa B", no se procedería a calcular nuevas*

puntuaciones ni se reclasificarían las ofertas, por lo que se propondría la adjudicación al siguiente licitador mejor valorado cuya oferta no haya sido declarada anormal, que sería la “Empresa C”, con una puntuación total de 50 puntos.

En el supuesto de que la metodología utilizada fuese la defendida en las resoluciones nº 828/2018 y 385/2019, del TACRC y TACP de Madrid, respectivamente, habría que volver a calcular las puntuaciones para obtener una nueva clasificación (reclasificación), con lo que el resultado sería el siguiente, una vez excluidos del cálculo los licitadores cuyas ofertas han sido declaradas anormales o desproporcionadas:

LICITADORES	PUNTUACIÓN TÉCNICA	PUNTUACIÓN ECONÓMICA	PUNTUACIÓN TOTAL
<b>Empresa E</b>	10	70,00	80,00
<b>Empresa F</b>	15	55,26	70,26
<b>Empresa D</b>	25	44,21	69,21
<b>Empresa C</b>	30	36,84	66,84

Con este método de nuevo cálculo y reclasificación, se propondría la adjudicación a la “Empresa E”, con una puntuación total de 80,00 puntos.

En resumen, cuando se da la circunstancia de que alguna o algunas ofertas son declaradas anormales, la oferta mejor clasificada en su conjunto puede ser diferente según la elección de una u otra metodología de entre las dos expuestas para la clasificación de las ofertas».

#### 4. Interpretación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

En este contexto, para dar cumplida contestación a las dudas expuestas por la entidad consultante, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe al Expediente núm. 16/20, cuyo sentido resultará vinculante para los órganos de contratación de la Administración general del estado y sus organismos adscritos, ha fijado las pautas de interpretación y aplicación de la LCSP sobre el modo de proceder en el caso de que se produzca la exclusión de alguna de las ofertas de los licitadores por su carácter anormal o desproporcionado, ofreciendo una solución acerca del orden en que han de realizarse los trámites del procedimiento de selección del contratista y sobre cómo proceder con las valoraciones, exclusiones y clasificación de las ofertas en esos casos.

En este caso, el órgano consultivo del Estado ha optado por una línea de interpretación acorde con la mantenida por el TACRC en su Resolución núm. 716/2019 (Recurso núm. 625/2019), de 27 de junio, esto es, que el momento de la clasificación de las ofertas se ha de realizar sólo después de haber decidido si existe alguna oferta que incurra en anomalía o desproporción y después de haber excluido a las mismas. De este modo, no es procedente la realización de una primera clasificación antes de la exclusión de las ofertas incursas en anomalía para, una vez excluidas éstas, volver a clasificar las restantes con la posible consecuencia de una hipotética alteración en su orden inicial.

Esta interpretación se fundamenta en la consideración de la valoración de las proposiciones como acto autónomo y diferenciado del de clasificación. Es por ello

por lo que, **a juicio de la JCCPE, resulta lógico que en el momento del trámite de clasificación de las ofertas (artículo 150 LCSP), realizado tras la precedente valoración y el posterior análisis de la viabilidad de las mismas, sólo se incluyan aquéllas que no hubieran sido excluidas con anterioridad, ya que carecería de sentido que éstas se tuvieran en consideración cuando, por su falta de viabilidad, nunca resultarán adjudicatarias del contrato.**

De este modo, este Informe pone orden y unifica criterios en el contexto de confusión interpretativa, alcanzando las siguientes conclusiones:

*“1. Conforme a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público la clasificación de las proposiciones de los licitadores se ha de realizar después de haber decidido si existe alguna oferta que incurra en anormalidad y, en caso de que así sea, después de haber excluido tales ofertas.*

*2. La valoración de las proposiciones, incluyendo la de los criterios dependientes de juicio de valor, que ya haya sido realizada en el seno del procedimiento de selección del contratista no puede modificarse, alterarse o repetirse a pesar de que posteriormente se proceda a excluir a alguna de las ofertas de los licitadores por causa de su calificación como anormal o desproporcionada.*

*3. Resulta procedente que la clasificación no contemple las ofertas que hayan sido excluidas por ser anormales o desproporcionadas.*

*4. Este modo de proceder excluye la necesidad de volver a realizar un trámite para la identificación de las proposiciones que incurran en anormalidad o desproporción, solución que no tendría sentido conforme al texto legal y que atentaría contra el principio de concurrencia”.*

Esperando que el contenido de la presente alerta legal sea de interés. Quedamos a su disposición para comentar o aclarar el contenido expuesto.

Un cordial saludo.

SdP Estudio Legal  
Plaza Nueva 8B, 3ª Planta, C.P. 41001, Sevilla