

## **EVOLUCIÓN DOCTRINAL DE LOS TRIBUNALES DE RESOLUCIÓN DE RECURSOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN SOBRE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN EN LA APRECIACIÓN DE LA JUSTIFICACIÓN DE LAS OFERTAS INCURSAS EN PRESUNCIÓN DE ANORMALIDAD<sup>1</sup>**

*Evolution of the doctrine of administrative tribunals of public procurement appeals on the technical discretion of the contracting authorities in the appreciation of the justification of abnormally low tenders*

**POR: DIEGO ESTÉVEZ GARCÍA**  
*Abogado en ADENDA CONSULTORÍA JURÍDICA S.L*

**RESUMEN:** Las ofertas que presentan los licitadores en una contratación del sector público pueden incurrir en valores anormalmente bajos cuando superan determinados umbrales. Con el objeto de garantizar la correcta ejecución y el cumplimiento de los contratos públicos, así como para garantizar la libre concurrencia y competencia entre los licitadores, se arbitra un procedimiento para evaluar la viabilidad de las ofertas con valores desproporcionados o anormales, cuyo resultado puede ser que el órgano de contratación acepte la oferta, por considerarla viable, o que proceda a su exclusión por considerar que no garantiza la ejecución. Existe una discrecionalidad técnica, más o menos amplia del órgano de contratación para apreciar esto, pero también dudas sobre su alcance. Este artículo pretende profundizar en el alcance de dicha discrecionalidad técnica de los poderes adjudicadores.

**PALABRAS CLAVE:** Baja anormal; baja desproporcionada; baja temeraria; oferta anormalmente baja; discrecionalidad técnica; viabilidad de la oferta; contrato público.

**ABSTRACT:** Bids submitted by tenders in a public sector contract may incur abnormally low values when they exceed certain thresholds. In order to guarantee the correct execution and fulfillment of public contracts, as well as to guarantee free concurrence and competition among tenders, a procedure is arbitrated to evaluate the feasibility of offers with disproportionate or abnormal values, the result of which may be that the contracting body accept the offer, considering it viable, or that it proceed to its exclusion because it considers that it does not guarantee execution. There is a more or less broad technical discretion of the contracting authority to assess this, but there are also doubts about its scope. This article aims to delve into the scope of said technical discretion of the contracting authorities.

---

<sup>1</sup> \* Recibido: 20 de diciembre de 2022.

Aceptado para publicación: 2 de marzo de 2023.

**KEYWORDS:** abnormal low; disproportionate loss; reckless discharge; abnormally low tenders; technical discretion; viability of the offer; public contract.

**SUMARIO:** I.- CONTEXTO: EL PRECIO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y SU EVOLUCIÓN HACIA LA MEJOR RELACIÓN CALIDAD PRECIO. 1.- LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO. EL PRECIO DE MERCADO. 2.- EL PRECIO DE MERCADO COMO CONCEPTO DINÁMICO. 3.- CRITERIO DE ADJUDICACIÓN DEL PRECIO: SU PESO EN UNA LICITACIÓN SEGÚN LA LCSP. II.- LA JUSTIFICACIÓN DE LA VIABILIDAD DE LA OFERTA POR EL LICITADOR. 1.- INTRODUCCIÓN A LAS BAJAS ANORMALES. 2. EL INCIDENTE DE ANORMALIDAD. 3.- ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA JUSTIFICACIÓN. 4.- LA DISCRETIONALIDAD TÉCNICA DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN EN LA APRECIACIÓN DE LA SUFICIENCIA DE LA JUSTIFICACIÓN. III.- REFLEXIONES FINALES.

## **I.- CONTEXTO: EL PRECIO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y SU EVOLUCIÓN HACIA LA MEJOR RELACIÓN CALIDAD PRECIO**

Para iniciar la contextualización, acudiré a nuestro Código Civil donde se recogen los requisitos esenciales de todo contrato en su artículo 1261, estableciéndose los siguientes: el consentimiento de los contratantes, el objeto cierto y la causa de la obligación que se establezca. En efecto, no es posible entender un contrato sin causa, que, en el caso, por ejemplo, de un contrato de arrendamiento de servicios será la prestación de estos servicios a cambio de un precio. Esto es lo que se entiende como onerosidad, puesto que estamos ante una relación sinalagmática donde una de las partes debe entregar un precio a cambio de un servicio.

En los contratos públicos típicos (obras, concesión de obras y de servicios, suministro y servicios) también está presente siempre el precio, por lo que es un elemento esencial.

Sin embargo, en el ámbito del derecho público estas relaciones son considerablemente más complejas puesto que intervienen, a mayores de los requisitos del derecho común, una serie de principios que están por encima incluso del poder de disposición de las partes.

Así la Constitución Española de 1978 establece en su artículo 103.1 que “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de **eficacia**, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con **sometimiento pleno a la ley y al Derecho**”, mientras que el artículo 31.2 de la misma establece que “el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de **eficiencia y economía**.”. Es por ello que ya la propia Constitución advierte a la Administración sobre su sometimiento a la eficacia, eficiencia y economía, lo que afecta desde luego a la compra pública, es decir, a la contratación del sector público. Así, la Administración debe vigilar el cumplimiento de este mandato constitucional mediante el establecimiento de precios en la contratación pública que sean eficientes, esto es, en palabras del diccionario de la Real Academia Española, la capacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos.

Por tanto, el sector público, como conjunto de entes que realizan compras en el mercado debe velar por una contratación o, si se prefiere por una compra pública, que obtenga el resultado perseguido, pero al mínimo precio posible.

Pero además, existen otros principios, relacionados también con el derecho de igualdad recogido en nuestra Carta Magna (artículo 14), así como derivados de nuestra pertenencia a la Unión Europea y que están en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), tales como la *libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia*<sup>2</sup>.

Durante muchos años las normas de contratación pública buscaron lo que vino a denominarse la oferta “*económicamente más ventajosa*”<sup>3</sup>, lo que a la larga provocó, en no pocas ocasiones, una deriva excesiva sobre criterios economicistas olvidando otros importantes criterios de valoración de ofertas como son la calidad o el ciclo de vida.

En todo caso, como es sabido, en España la normativa de contratación pública está armonizada desde la Unión Europea, ya que la contratación pública es, sin duda, un elemento capital en el producto interior bruto de los países y por ello afecta de manera directa al mercado interior de personas, bienes y capitales en que se funda la propia Unión Europea. Según el Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España<sup>4</sup> (2020) de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon), la contratación pública en España equivale a un porcentaje del PIB de un 9,6%, lo que también representa un 23,4% de su gasto público, lo que sin duda es una cifra muy relevante del gasto público.

La armonización, actualmente, viene dada principalmente por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE núm. 94, de 28 de marzo de 2014, páginas 65 a 242) en la que, pese a los principios citados de economía y eficiencia en el gasto público, se ha dado un importante cambio de rumbo hacia lo que se ha venido en llamar la “*compra pública estratégica*” que viene a evidenciar la capacidad que tiene el sector público, dada la importancia del gasto público antes apuntado, para llevar a cabo políticas públicas que fomenten cuestiones como la investigación, la innovación, los aspectos sociales, el medio ambiente y la sostenibilidad, entre otros. Es por ello que ya no se debe atender a las ofertas de los licitadores económicamente más ventajosas, sino a aquellas que ofrezcan una mejor relación calidad-precio. Este cambio, lógicamente ha de afectar también al establecimiento de los criterios de adjudicación y a su baremación, para posibilitar el cumplimiento de estos principios.

Como no podía ser de otra forma, la normativa española en materia de contratación pública, que actualmente viene recogida en la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de*

---

<sup>2</sup> Considerando 1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE

<sup>3</sup> Directivas 2004/7/CE y 2004/18/CE

<sup>4</sup> <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2020/ias-2020.pdf>

*Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP)* ha traspuesto la Directiva en los términos indicados, indicando que la consecuencia una mejor relación calidad-precio es uno de los dos objetivos que inspiran la norma.

#### 1. LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO. EL PRECIO DE MERCADO

En el marco del presente análisis relativo a la viabilidad de las ofertas anormales, se hace muy relevante conocer de qué manera procede el órgano de contratación a la determinación del precio del contrato, o de una forma más precisa, a la determinación del presupuesto base de licitación, que es el importe máximo de gasto que el órgano de contratación dispone en sus créditos presupuestarios, y por tanto, no puede autorizar un contrato o adjudicarlo si no dispone de dicho crédito presupuestario. Esta autorización y adjudicación se corresponden con las fases presupuestarias AD.

Este presupuesto base debe ser adecuado a los **precios de mercado**<sup>5</sup>, según lo dispuesto en el artículo 100 de la LCSP. Sin embargo, este es un concepto jurídico indeterminado ya que no existe una definición para su determinación, ni una metodología unívoca, sino que el órgano de contratación habrá de investigar cuales son los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos que pueda tener el contratista para llevar a cabo la obra, suministro o servicio determinado.

Como es evidente, es una tarea complejísima, puesto que variará enormemente entre diferentes sectores y objetos de contratos (o CPV si se prefiere). Incluso variará en función del ámbito geográfico del contrato y del momento temporal en que se lleve a cabo la licitación. No obstante, hay determinados factores que pueden resultar más objetivables, como pueden ser los costes de personal que estarán sujetos, como mínimo, al convenio colectivo laboral sectorial en vigor para el ámbito del objeto del contrato, que define con precisión el precio en función de la categoría profesional y otros parámetros.

La LCSP vuelve a hacer mención al precio de mercado en el artículo 102 cuando señala que “Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.”

En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios, por lo que en este tipo de contratos de aplicación de mano de obra intensiva es más sencillo determinar el precio de mercado que servirá de base al presupuesto del contrato.

---

<sup>5</sup> Sobre estas cuestiones cfr. Valcárcel Fernández, Patricia; “Ofertas agresivas a precio cero o precio simbólico en los contratos públicos, ¿son admisibles?”, en *Revista de Administración Pública*, nº 217, 2022, pp. 91-134.

## 2. EL PRECIO DE MERCADO COMO CONCEPTO DINÁMICO

En mi opinión, el precio de mercado es un concepto absolutamente dinámico, ya que, por ejemplo, en el ámbito de los contratos de servicios, al estar en un mercado libre y competitivo no existen baremos, aranceles o normas obligatorias a que deban estar sujetos los precios, sino que cada licitador podrá realizar una oferta en función de múltiples variables.

Por ello, el precio de mercado, además de ser un concepto abstracto que ha de extraer el órgano de contratación de su experiencia y observación para fijar el presupuesto base de licitación, será un concepto **concreto y determinado** una vez que los licitadores presenten sus ofertas, pues en la media aritmética de las mismas podríamos encontrar el precio de mercado en un determinado momento, a saber, el de dicha licitación.

Por tanto, podemos defender que este precio de mercado concreto dependerá de diversas variables que se produzcan en el seno de la licitación.

Una de esas variables será el número de licitadores que se presenten a una licitación, que no es otra cosa que una manifestación primaria del principio de competencia. Así, a mayor número de licitadores, es más probable que el precio de mercado sea más bajo, y viceversa, aunque sea un mismo servicio en un ámbito temporal determinado.

Otra de esas variables será la baremación que en los pliegos se dé al criterio del precio. Así, cuanto más puntuación otorguemos a este criterio de adjudicación, más probable será que obtengamos un precio de mercado, o si se quiere decir, una media aritmética de ofertas económicas más baja.

Además dependerá también de la fórmula que establezcan los pliegos para determinar la baremación del criterio precio, puesto que si estamos ante fórmulas que tienen un cierto grado de saturación<sup>6</sup>, las bajas estarán contenidas en torno a dicha saturación, y el precio de mercado será superior a si utilizáramos una fórmula proporcional por ejemplo.

Por último, también dependerá el precio de mercado de la fórmula utilizada para el cálculo de las bajas anormales o desproporcionadas. Es por ello que si los pliegos no indican nada o si directamente se remiten al artículo 85<sup>7</sup> del *Real Decreto 1098/2001*, de

---

<sup>6</sup> Como son aquellas que gráficamente tienen un cambio de tendencia en la curva de puntuación, de tal forma que a mayor baja mayor puntuación hasta un determinado umbral en que puntúa marginalmente muy poco, y la curva -gráficamente-cambia de tendencia y tiende a aplanarse.

<sup>7</sup> Artículo 85. Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas.

Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.
2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.
3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.
4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean

12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es probable que el precio de mercado baje más que si usamos otras complejas fórmulas más restrictivas en las que, por ejemplo, se estableciera una presunción de baja anormal cuando se superase la media en un 10% sin excluir las ofertas superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales<sup>8</sup>.

Estos son solo algunos parámetros, pero podríamos llegar a analizar otros que redundasen en la formación de la hipótesis que el precio de mercado, que a la postre se forma a través de los precios que ofertan los licitadores, varía considerablemente en función de parámetros no solo externos o propiamente de mercado (costes salariales, gastos generales, beneficio industrial de un sector de actividad, etc...) sino también, y de manera muy importante, de factores endógenos de la propia licitación y plasmados, lógicamente, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Es por ello que estamos ante un concepto con una enorme plasticidad, que lógicamente tiene unos límites para evitar la vorágine bajista en determinadas licitaciones, y que se constituye básicamente por las obligaciones de respeto de los convenios colectivos en el ámbito laboral y las condiciones especiales de ejecución de los contratos.

### 3. CRITERIO DE ADJUDICACIÓN DEL PRECIO: SU PESO EN UNA LICITACIÓN SEGÚN LA LCSP

Como indicábamos al principio de este artículo, la *Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014* ha dado un giro muy relevante en la deriva economicista que llevábamos durante años, en la que cada vez las bajas eran más abruptas poniendo en riesgo la propia ejecución de los contratos, y en definitiva, atacando al principio de eficacia y de eficiencia. Así, el sector público llegó a ser consciente que el principal perjudicado era el propio servicio público, y a la postre, el interés general, ya que un contratista que no desarrolla correctamente y en plazo el objeto de un contrato perjudica en primer lugar al órgano de contratación y, por extensión, a la ciudadanía en su conjunto.

Por esto motivo, la *Directiva 2014/24/UE* recoge en diversos considerandos aspectos clave de este cambio de rumbo. Citaremos a continuación dos de ellos que nos parecen muy reveladores:

El Considerando 92 que señala:

*“Para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, la decisión relativa a la adjudicación del contrato **no debe basarse únicamente en criterios no relacionados***

---

superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.

5. Excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente reducir en un tercio en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos en los apartados anteriores.

6. Para la valoración de las ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada.

<sup>8</sup> Véase como ejemplo los pliegos de esta licitación (<https://www.contratosdegalicia.gal/licitacion?N=802827&OR=14&ID=801&S=C&lang=gl>) en la que se arbitra un complejísimo sistema de determinación de la baja anormal y muy restrictivo.

**con los costes**. Por ello, los criterios cualitativos deben ir acompañados de un criterio relacionado con los costes, el cual, a elección del poder adjudicador, podría ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida. No obstante, los criterios de adjudicación no deben afectar a la aplicación de las disposiciones nacionales que determinan la remuneración de determinados servicios o establecen precios fijos para determinados suministros.”

Y el considerando 90 que señala literalmente:

“La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa. Debería establecerse explícitamente que la oferta económicamente más ventajosa debería evaluarse sobre la base de la **mejor relación calidad-precio, que ha de incluir siempre un elemento de precio o coste**. Del mismo modo debería aclararse que dicha evaluación de la oferta económicamente más ventajosa también podría llevarse a cabo solo sobre la base del precio o de la relación coste-eficacia. Por otra parte conviene recordar que los poderes adjudicadores gozan de libertad para fijar normas de calidad adecuadas utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato.

Para fomentar una mayor orientación hacia la calidad de la contratación pública, los Estados miembros deben estar autorizados a prohibir o restringir el uso solo del precio o del coste para evaluar la oferta económicamente más ventajosa cuando lo estimen adecuado.”

España ha seguido escrupulosamente estos mandatos a través del artículo 145, en el que se establece que *la mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos*. Es por ello que necesariamente los pliegos establecerán, salvo excepciones, tanto criterios relacionados con la calidad, que podrán ser criterios evaluables mediante fórmula o mediante juicio de valor -no confundamos esto-, como criterios relacionados con los costes, que podrán ser el precio u otros relacionados con la rentabilidad como el ciclo de vida. Desaparecen así las “subastas”, entendidas en el sentido de aquellas licitaciones en donde solo se valoraba el precio, para un gran número de contratos como por ejemplo los de servicios o los contratos de concesión, ya de obras ya de servicios, y muchos otros supuestos.

De hecho, la propia LCSP impone porcentajes estrictos en determinados contratos, como los de servicios de carácter intelectual, que son aquellos servicios de ingeniería, consultoría, arquitectura y otros donde predominen aspectos de originalidad y creatividad. Concretamente, en estos supuestos, la LCSP impone que, como mínimo, el 51% de la puntuación de una oferta, se lleve a cabo a través de criterios relacionados con la calidad.

Sin embargo, aun con este esfuerzo, vemos como sigue siendo posible que un contrato de servicios de carácter intelectual, por seguir con el mismo ejemplo, puede ser adjudicado

con un criterio de precio cuya baremación sea de 49 puntos sobre 100, lo que continúa siendo, para este tipo de contratos, un peso del precio muy relevante.

Traigo a colación esta reflexión pues, como veremos luego, los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (en adelante TARC), a la hora de evaluar la viabilidad de una oferta a través de su justificación tendrá muy en cuenta cual era la puntuación que el órgano de contratación otorgó en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, puesto que si se otorgó una puntuación alta (como puede ser 40 o 45 puntos sobre 100) debe ser más flexible luego ante bajas desproporcionadas puesto que, de forma indirecta ha coadyuvado o incitado a los licitadores a presentar ofertas muy agresivas, dada la gran puntuación o premio que se otorga a quien rebaje mucho el precio. Y es por ello que, luego, el órgano de contratación debe examinar con mayor benevolencia o laxitud la justificación de anormalidad que presente la empresa o empresas incursas presuntamente en baja desproporcionada, puesto que es evidente que los pliegos estaban animando la presentación de bajas. Es por ello que aquí, su margen de discrecionalidad técnica también será menor si su opción es excluir a la empresa, por haber otorgado en los pliegos una baremación tan alta al precio. Así lo ha manifestado en reiteradas ocasiones el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidade Autónoma de Galicia (TACgal). A modo de ejemplo citaremos para ilustrar la Resolución 106/2022 del TACGAL, que resuelve un supuesto en que los pliegos de cláusulas administrativas daban una **gran importancia al precio, con 40 puntos**, por lo que debe deducirse que el órgano de contratación está otorgando una gran importancia a las bajas de los licitadores. Dice así la resolución:

*“E, nese sentido, e tamén con referencia aos outros aspectos menores analizados nese informe sobre a inviabilidade da oferta, hai outro elemento relevante a sinalar. Se observamos os criterios de adxudicación resulta que o aspecto máis valorado nesta licitación é o prezo ofertado, 40 puntos sobre 100 totais, e só este criterio repartía case tantos puntos como os apartados sometidos a xuízo de valor -47,5 puntos-. É dicir, que foi a propia decisión do órgano de contratación a que lle outorgou unha relevancia principal á baixa que os licitadores puideren ofrecer respecto ao tipo de licitación. Polo tanto, e á vista de que os gastos de persoal son con moito a partida máis importante do orzamento da licitación -78,22%-, non semella contrario á propia finalidade pretendida polo órgano de contratación que os licitadores adopten medidas que lles permitan ofertar certa redución sobre ese importe, polo que **difícilmente se pode pretender penalizar coa aplicación dunha excesiva rixidez a quen para lexitimamente poder resultar adxudicatario percorreu o camiño indicado polo órgano de contratación nos pregos da licitación (así o dixemos, por exemplo, na Resolución 242/2021).**”*

## II.- LA JUSTIFICACIÓN DE LA VIABILIDAD DE LA OFERTA POR EL LICITADOR

### 1. INTRODUCCIÓN A LAS BAJAS ANORMALES

Lo que comúnmente denominados en contratación pública una “baja” se refiere a las ofertas de los licitadores que, fundamentalmente en la parte económica (aunque no

exclusivamente, ya que podrían arbitrarse criterios para determinar una baja en otros criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula), ofrecen un precio para realizar la prestación objeto del contrato (la obra, el servicio o el suministro que sea objeto del contrato) inferior al que el órgano de contratación está dispuesto a pagar.

Si nos remontamos a la normativa de principios de este siglo, encontramos referencias en el RGCAP a las denominadas bajas *temerarias*, entendidas como aquellas proposiciones que no pueden ser cumplidas por los licitadores.

Esta situación, como es lógico, beneficia a la Administración contratante ya que invertirá menos presupuesto del que tiene consignado para la realización del objeto del contrato, lo que contribuye al principio de eficiencia en la gestión del gasto público.

Sin embargo, el órgano de contratación debe establecer en los pliegos del contrato (PCAP) una serie de criterios para identificar aquellas ofertas que puedan ser “demasiado” económicas, ya que pueden suponer un auténtico riesgo para la correcta ejecución del contrato, y por tanto un riesgo para el interés público que quedaría desprovisto de la obra, del suministro o del servicio determinado.

Por tanto, los umbrales de anormalidad de una oferta son una especie de cortafuegos o defensa ante licitadores que podrían haber calculado erróneamente sus ofertas, o que simplemente no tengan un plan de negocio del contrato previamente elaborado, lo que a la postre, además de al órgano de contratación, traerá perjuicios para el propio contratista, que no obtendrá el precio del contrato, y podría tener que indemnizar a la Administración por un incumplimiento parcial o total del contrato, incluyendo penalizaciones, así como incluso incurrir en una prohibición para realizar contratos en un futuro con el sector público de forma temporal.

La determinación de qué ofertas deben ser consideradas presuntamente como anormales se hará por la mesa de contratación en función de lo que establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares. Si los PCAP no establecen previsión al respecto, habría que acudir al artículo 85 RGLCAP, transcrito anteriormente, para determinar las ofertas incursas presuntamente en anormalidad. Sin embargo, la LCSP indica que, cuando estamos ante diversos criterios de adjudicación, que como hemos visto debería ser la regla general, los PCAP deberían “obligatoriamente” de prever estos parámetros objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta se considere anormal, indicando además que estos parámetros deberían ir referidos a la oferta considerada en su conjunto.

Es por este motivo que, como apuntamos anteriormente, consideramos muy relevante la fórmula empleada en los PCAP por el órgano de contratación para determinar el umbral de anormalidad de una baja, y su comparación con el establecido en el art. 85 RGCAP que podríamos determinar como un “standard”. Y ello porque si el PCAP establece un régimen muy estricto para considerar una baja como anormal, el órgano de contratación deberá posteriormente tener esto en cuenta a la hora de evaluar la posible justificación del licitador incurso en presunción de anormalidad, ya que no es lo mismo estar en baja anormal cuando una oferta se distancia por ejemplo un 2%, por así haberlo establecido los pliegos, que cuando una oferta se distancia un 20%.

## 2. EL INCIDENTE DE ANORMALIDAD

Una vez que el órgano de contratación determina, a propuesta de la mesa de contratación, que una o varias ofertas están por debajo del umbral de anormalidad, se debe iniciar un (sub)procedimiento o incidente dentro del procedimiento principal (adjudicación) para determinar si, a pesar de estar por debajo de esa umbral, el licitador es capaz y está en condiciones de cumplir con su oferta.

Esta situación se produce como consecuencia de que la anormalidad es una mera presunción *iuris tantum*, es decir, que cabe producir prueba por el licitador para demostrar y crear la convicción en el órgano de contratación que cumplirá su propuesta. En definitiva, no cabe una exclusión automática del procedimiento, sino que se ha de dar la oportunidad de defender sus intereses al licitador, mediante la justificación de la estrategia que le permite ofrecer el objeto del contrato a un precio inferior al umbral de anormalidad.

Antes al contrario, debemos tener en cuenta que los TARC, como indicaremos más adelante, establecen un principio favorable a la adjudicación, por lo que la no aceptación de una justificación debe también motivarse de forma reforzada por el órgano de contratación.

El incidente de justificación de la baja anormal o desproporcionada está regulado con detalle en el art. 149 LCSP, estableciendo que será la mesa de contratación quien haya de calcular que empresa o empresas licitadoras están incurso en presunción de anormalidad, mediante la aplicación de lo previsto en el PCAP o, subsidiariamente, de lo previsto en el RGLCAP.

Una vez que la mesa determina que hay algún licitador incurso en presunción de oferta desproporcionada debe requerirle para que presente un **informe justificativo** de su oferta donde se detalle y desglose, de una forma ordenada y razonada, cómo es posible ofrecer unos precios tan bajos, o como tiene unos costes tan exigüos, o en general, cualquier otro parámetro que explique la **viabilidad de la oferta**, que a la postre es el elemento auténticamente relevante de este incidente, y por tanto, no debe confundirse con la mejor o peor elaboración del informe de justificación, sino que este ha de ser **suficiente para demostrar al órgano de contratación que puede ejecutar el contrato**.

## 3. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA JUSTIFICACIÓN

La LCSP establece de forma detallada la estructura que debe seguir este informe, y el contenido que debe figurar en el mismo, indicando al efecto que contendrá:

- a) *El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.*
- b) *Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras,*
- c) *La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.*

- d) *El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.*
- e) *O la posible obtención de una ayuda de Estado.*

Pese a la contundencia de este apartado cuarto del art. 149 LCSP, debe entenderse que este listado es meramente enunciativo, y no exhaustivo, pudiendo el licitador incorporar más aspectos a su informe o incluso omitir algunos apartados de los que se han citado, así como aportar cualquier documentación o medio de prueba que considerara conveniente para acreditar sus manifestaciones.

La doctrina prácticamente unánime de los TARC coincide en señalar que lo determinante de este informe no es el aspecto formal, sino la capacidad del mismo, como instrumento justificativo, de convencer al órgano de contratación de que la oferta es viable y que se puede ejecutar de acuerdo con los PCAP y sin vulnerar la normativa existente, en especial, la que establece las retribuciones salariales a través de los convenios colectivos de aplicación.

#### 4. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN EN LA APRECIACIÓN DE LA SUFICIENCIA DE LA JUSTIFICACIÓN

Situados en esta fase del incidente, y una vez presentado el informe por el licitador o licitadores incurso en presunción de anormalidad, le toca el turno al órgano de contratación para valorar si las explicaciones vertidas en dicho informe son merecedoras de crédito sobre la viabilidad de la oferta. A estos efectos, el órgano de contratación debe solicitar asesoramiento técnico del servicio correspondiente, de ahí que hablemos de discrecionalidad técnica, entendida como el juicio emitido por un órgano técnicamente cualificado sobre un asunto con plena independencia, imparcialidad y profesionalidad.

En este momento, interpretando el art. 149 LCSP debe entenderse que se abren dos dimensiones de la discrecionalidad con un alcance significativamente diferente:

Por un lado, existe una gran discrecionalidad en la apreciación de anormalidad cuando se comprueba que la oferta vulnera la normativa sobre subcontratación o no cumple las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes. Y esto porque son aspectos muy evidentes, casi empíricos, por lo que casi estamos ante un acto reglado más que discrecional, pues no queda otra opción al órgano de contratación (dice textualmente la LCSP: “*En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban [...]*”) que excluir una oferta que vulnera esta normativa.

Por otro lado, sin embargo, existen otros parámetros en los que los órganos técnicos gozan de una amplia discrecionalidad técnica en la apreciación de la viabilidad de la oferta económica que es examinada a través de la justificación que presente el licitador incurso en baja anormal. Esta discrecionalidad puede deducirse claramente de la redacción del art. 149.4 LCSP *in fine*, que señala:

*“Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.”*

Como se puede inferir fácilmente, estamos ante conceptos jurídicos indeterminados, por lo que será el órgano de contratación, asistido por la mesa e informes técnicos, quien determine si es “incompleta” o si se “se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas”.

En todo caso, la discrecionalidad técnica debe estar perfectamente motivada, máxime cuando estamos ante una exclusión de una oferta de un licitador, ya que, de lo contrario, el órgano de contratación incurrirá en arbitrariedad y su decisión será susceptible de ser recurrida y anulada. Como veremos, en ocasiones estas motivaciones son más o menos extensas, sin necesidad de que sean absolutamente detalladas, sino que simplemente es necesario que el licitador conozca los auténticos y verdaderos motivos por lo que su oferta es excluida, con el objetivo de posibilitar su acceso a la vía de los recursos, administrativos especiales<sup>9</sup> u ordinarios, o a la vía contencioso-administrativa. En todo caso, la motivación del órgano de contratación ha de tener la entidad suficiente para rebatir las hipótesis planteadas por el licitador en la justificación de su oferta, de tal modo que no sea una motivación que se limite a indicar de forma vaga e imprecisa que no se aportan soluciones, técnicas, condiciones excepcionalmente favorables u originalidad de las prestaciones que permitan un ahorro justificado, es decir, que constituya una pura y simple negación de la justificación del licitador pero sin aportar argumentos, más o menos sólidos, que avalen la tesis del órgano de contratación. Debe entenderse que estamos ante un auténtico incidente contradictorio, donde, en caso de excluir una oferta, el órgano de contratación ha de realizar un esfuerzo real en justificar la necesidad de la exclusión de la oferta.

Cabe recordar que el **espíritu de la norma de contratación (LCSP) no es excluir** de forma automática o cuasi automática una oferta, tras un mero trámite de audiencia formal al empresario incurso en presunción de oferta anormalmente baja, sino que la LCSP pretende con este incidente **dar la oportunidad** al licitador de generar en el órgano de contratación **una convicción de que el contrato se podrá ejecutar por el empresario seleccionado y que la oferta podrá ser cumplida**. Es precisamente por este motivo por lo que la LCSP arbitra a lo largo de su articulado otros instrumentos, como es la **garantía complementaria** (art. 107 LCSP), que el órgano de contratación puede exigir en determinados casos especiales, citando expresamente la norma el supuesto en que la oferta del adjudicatario resultara **inicialmente incurso en presunción de anormalidad**.

En cualquier caso, la apreciación de la justificación que presenta un licitador sobre su oferta incurso en presunción de temeridad corresponde únicamente al órgano de contratación, que cuenta con un amplio margen de **discrecionalidad técnica** para apreciar si la propuesta es o no viable. Esta discrecionalidad técnica sin embargo no es ilimitada, sino que cede cuando esta se convierte en **arbitrariedad**, que puede darse o bien por una **incorrecta o insuficiente motivación, por haber cometido un error o porque simplemente resultan contrarias a la lógica** (véase STJS de Galicia de 2/4/2003

<sup>9</sup> En función de lo establecido en los artículos 44 y ss. de la LCSP

rec. 482/2000) y en consecuencia son campos donde los órganos de revisión y Tribunales sí pueden entrar a enjuiciar.

En este sentido, los licitadores, además de desarrollar en su justificación los puntos indicados en el apartado cuarto del artículo 149 LCSP, pueden aportar otros elementos de juicio que ayuden al órgano de contratación a crear esa convicción de viabilidad, como puede ser la **explicación de la trayectoria de la empresa, su solvencia o la acreditación de certificados de buena ejecución**. En todo caso debemos indicar que, en ningún caso este tipo de justificación, complementaria de los demás aspectos preceptivos que señala el artículo 149 LCSP pueden considerarse como constitutivos de una ventaja del licitador sobre otros, ya que solamente supone un argumento más, a mayor abundamiento, del listado que establece la LCSP, que por otro lado, no puede entenderse como *numerus clausus*, sino que el licitador puede proponer toda la prueba conveniente a su derecho que considere oportuna para probar la viabilidad de su oferta.

Por otro lado, debemos mencionar que la discrecionalidad técnica del órgano de contratación no debe utilizarse para enmascarar determinados prejuicios del mismo respecto a las ofertas incursas en presunción de anormalidad. Así, hemos visto ejemplos en que los tribunales administrativos de recursos contractuales han anulado resoluciones de exclusión de ofertas por estar basados en ideas preconcebidas del órgano de contratación respecto a la imposibilidad de cumplir una oferta por debajo de determinados umbrales, por lo que sistemáticamente niegan la viabilidad de una oferta, aunque la justificación de la viabilidad de la misma quede acreditada. Esto sucede cuando determinados órganos de contratación practican una suerte de “intervención de precios” con la finalidad de evitar una escalada de bajas o luchas encarnizadas por ofertas economicistas, practicando así una política, que puede ser más o menos defendible desde el plano teórico, pero que no encuentra acomodo en la LCSP. Y es que, como se comentó anteriormente, no puede considerarse el precio de mercado, entendido como el precio medio ofertado en cada licitación, como un concepto estático, sino que se puede (y así sucede en la práctica) variar en licitaciones en función de diversas variables ya comentadas.

En este sentido, si un órgano tiene una idea preconcebida sobre las bajas anormales, y en consecuencia actúa de forma generalizada inadmitiendo las mismas (porque, imaginemos, así es la “política” de dicho órgano de contratación), estaremos generado un incidente procedimental meramente formal, un mero trámite, que una vez realizado conduce sistemáticamente al mismo resultado, independientemente de la real convicción que pueda demostrar el licitador en su informe de justificación. Esto equivale a una exclusión automática del licitador, que, al estar prohibida por la LCSP, se podría vehiculizar a través de un mero trámite vacío de virtualidad, donde tras la justificación todas las ofertas anormales acaban siendo excluidas. Es por ello que, en estas situaciones es especialmente relevante el control que los órganos de revisión efectúen sobre la discrecionalidad técnica de los órganos de contratación, para evitar resoluciones arbitrarias y basadas en ideas preconcebidas, que no se ajustan al principio de legalidad, toda vez que contradicen la LCSP.

Ilustraremos esta idea con la importantísima resolución 84/2020<sup>10</sup>, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (en adelante TACGAL), en que se reprocha al órgano de contratación que acuda para probar el precio de mercado, y en consecuencia la inviabilidad de la oferta, por referencia al resto de ofertas de la licitación, lo que equivale a deducir que, cualquier oferta por debajo del umbral de anormalidad deberá ser excluida, vaciando así de contenido el trámite o incidente de justificación de baja anormal, convirtiéndolo en una mera ficción jurídica.

Conviene señalar también que la discrecionalidad técnica de los órganos de contratación no puede escudarse en la falta de documentación probatoria del informe de justificación de la baja anormal del licitador. Los Tribunales de Contratación, como detallaremos a continuación, no exigen al licitador una justificación documental o excepcionalmente precisa, sino que basta con que aporte elementos que justifiquen la viabilidad. De hecho, la doctrina constante de los Tribunales de contratación dictamina que si la Mesa de contratación tiene dudas o necesita aclaraciones, puede (y yo añadiría “debe”) **solicitar, cuantas veces sea necesario, aclaraciones y documentación al licitador**, antes de tomar la medidas más drástica que supone la exclusión del mismo. Así lo ha indicado por ejemplo la Resolución TACGAL 106/2022, que señala:

*“En todo caso, como temos sinalado en múltiples ocasións e se sinala tamén polo recorrente, nada impedía que de existir algunha dúbida respecto da xustificación presentada se lle solicitasen a TELEFÓNICA aquelas aclaracións que se puidesen entender necesarias con anterioridade á adopción dunha decisión tan transcendente como a da expulsión da licitación, máis aínda respecto a aspectos de menor importancia no orzamento total e que o propio informe do órgano de contratación así os considera. No sentido indicado, por exemplo na Resolución 119/2021 deste TACGal sinalabamos:*

*“En todo caso, este Tribunal ten xa manifestado en anteriores ocasións que nada impide ao órgano de contratación neste trámite xustificativo solicitar aquelas aclaracións que considere necesarias sobre aspectos concretos dos argumentos presentados polo licitador na defensa da súa proposta”*

En relación con esto, debe tenerse en cuenta además que, de acuerdo con los Tribunales administrativos de contratación, cuanto mayor sea la baja, mayor ha de ser la justificación, y al contrario, **cuanto menor sea la baja menos exigente ha de ser la justificación**

Citar también como una importante doctrina, la contenida en la Resolución nº 332/2017 (Recurso nº 195/2017 C. A. Galicia 27/2017) del Tribunal Administrativo Central De Recursos Contractuales (en adelante TARCC) que en su fundamento jurídico sexto resume la doctrina hasta el momento, citando a su vez la Resolución 513/2015, de 5 de junio, que es la siguiente:

*“Sexto. Sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas económicas incursas en presunción de temeridad, la doctrina del Tribunal (recogida, entre otras en la Resolución 513/2015, de 5 de junio) considera que el hecho de que una oferta incluya valores*

---

<sup>10</sup> Recurso nº 77/2020 contra el acuerdo de exclusión de una oferta de un contrato de servicios de carácter intelectual por el Instituto Galego de Vivenda e Solo.

*anormales o desproporcionados no implica su exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de dar audiencia al contratista para que justifique su viabilidad económica, y de recabar los asesoramientos técnicos procedentes. La decisión sobre la aceptación o no de la oferta debe atender a los elementos de la proposición y a las **concretas circunstancias de la empresa licitadora**, y valorar las **alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tiene carácter vinculante.***

*La adjudicataria basa la justificación de su oferta económica en su **conocimiento del servicio**, en la disminución de costes derivada de las **previsiones de jubilación** en la plantilla a subrogar y en las ventajas derivadas de la **disposición de medios y maquinaria ya amortizados**. El informe del servicio técnico destacó que el componente fundamental del coste (personal) se había justificado suficientemente.*

*Como hemos señalado en numerosas resoluciones, la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un **procedimiento contradictorio** para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin comprobar antes su viabilidad. **No se trata de justificar exhaustivamente** la oferta desproporcionada, sino de **proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo**. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser **más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta**. [...]*

*En fin, como hemos reiterado así mismo en diversas resoluciones (también en la Resolución 513/2015, citada) en caso de exclusión de una oferta incurso en presunción de temeridad es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión mediante **una resolución “reforzada”**. Por el contrario, en caso de conformidad, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de aceptación.*

*Como también señala la nueva Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, “El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. **Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos...**”. En este caso, el informe técnico y la mesa de contratación han concluido que los documentos aportados por el licitador explican satisfactoriamente el bajo nivel de los costes propuestos.[...]”*

Cabe destacar, respecto de esta resolución del TARCC, que, en primer lugar, la decisión sobre la aceptación o no de la oferta debe atender a los elementos de la **proposición** y a las **concretas circunstancias de la empresa licitadora**, y valorar las **alegaciones del contratista** y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tiene carácter vinculante. Es decir, no solo se ha de valorar el informe técnico emitido, sino que el órgano de contratación debe valorar la **propuesta de la recurrente**, y en consecuencia la memoria justificativa de la baja donde una empresa explica su estructura de costes, solvencia, etc... Como se puede ver en esta resolución, los TARCC desde luego valoran cuestiones como el **conocimiento del servicio, esto es, su experiencia y solvencia**<sup>11</sup>, por lo que la justificación de un licitador no tiene que ceñirse exclusivamente a los aspectos del art. 149.4 LCSP, ni tampoco puede la discrecionalidad técnica, en consecuencia,

<sup>11</sup> Véase Recurso 65/2022 TACGAL

desechar una justificación por plantear otras cuestiones que no sean estrictamente las citadas en dicho artículo, pero que si expliquen o creen esa convicción de viabilidad.

Por otro lado, el TARCC reconoce que existe un principio “*pro-adjudicatione*” cuando señala que el art. 69.3 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, indica que “**Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos**” debiendo ser proclives a la aceptación de la justificación, y limitando también la discrecionalidad técnica.

El TACGAL en su Resolución 131/2022 (rec. 106/2022) redunda en esta idea al señalar:

*“Podemos sinalar como doutrina uniforme dos Tribunais Administrativos que a apreciación de que a oferta ten valores anormais ou desproporcionados non é un fin en si mesmo, senón un **indicio** para establecer que a proposición non pode ser cumprida como consecuencia diso, tras un procedemento contradictorio ao respecto. A decisión sobre se a oferta pode cumprirse ou non corresponde ao órgano de contratación, que debe sopesar as alegacións formuladas pola empresa licitadora e os informes emitidos polos servizos técnicos. A responsabilidade de xustificar a súa oferta corresponde ao licitador, se ben **non é imprescindible que xustifique exhaustivamente a oferta desproporcionada, senón de prover de argumentos suficientes que permitan ao órgano de contratación chegar á convicción de que se pode levar a cabo.***”

*Tamén na nosa Resolución TACGal 45/2018 indicabamos sobre a exclusión dun licitador que este era un resultado **especialmente gravoso**, polo que **a proporcionalidade non é un principio menor** ao respecto*

*O artigo 149 da LCSP establece sobre as baixas anormais un procedemento contradictorio para evitar que as ofertas desproporcionadas sexan rexeitadas sen comprobar previamente a súa viabilidade, permitindo ao licitador explicar os elementos que tivo en conta para configurar a súa oferta. Estes trámites teñen por obxecto **evitar a arbitrariedade do poder adxudicador e garantir a axeitada competencia entre as empresas** (Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).*

[...]

*Por outra banda, e como se acaba de adiantar, temos que salientar como fundamento principal do sentido desta Resolución que non atopamos nese informe sobre a anormalidade da oferta unha explicación suficiente sobre o aí recollido, en canto o que supón alcanzar unha conclusión de inviabilidade dunha oferta e tendo en conta o ata aquí explicado nesta Resolución e a concreta configuración da licitación adoptada polo órgano de contratación. Así, nese informe unicamente se constata que a oferta técnica de TELEFÓNICA reduce as horas de dedicación respecto ás previstas inicialmente para o cálculo do orzamento, pero sen mostrar argumentos que determinen efectivamente que esa redución non permite a adecuada execución do contrato. O cal impide entender que o acordo adoptado se atopa suficientemente motivado, no sentido de permitir ao recorrente, e a este Tribunal, adquirir cabal coñecemento do procedemento lóxico que*

*derivou na conclusão de exclusión aquí impugnada. E **esa insuficiente motivación determina que o propio acordo non se poida ver amparado polo ámbito da discrecionalidade técnica do órgano de contratación.**”*

Es evidente pues que la discrecionalidad técnica de la que goza el órgano de contratación para entender justificada o no la viabilidad de la oferta tiene importantes límites, ya que al órgano de contratación se le exige una convincente motivación, que consistirá incluso en rebatir los argumentos de la licitadora incurso en presunción de temeridad, por lo que no será suficiente simplemente con negar la viabilidad de la oferta sino que tendrá también que ser convincente el órgano de contratación motivando esa falta de viabilidad.

Es por ello que dicha Resolución del TACGAL nos recuerda la doctrina pacífica del Tribunal Supremo sobre la motivación, recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo<sup>12</sup> de 30 de enero de 2014 (rec. De casación 3415/12):

*” la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal -exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo- no es solo, como subraya el Tribunal Constitucional, una elemental cortesía sino que constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo con **posibilidad de criticar las bases en que se funda**; en último término la motivación es el medio que posibilita el **control jurisdiccional** de la actuación administrativa, pues, como quiera que los Jueces y Tribunales han de controlar la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican - artículo, 106.1 Constitución -, la Administración viene obligada a motivar las resoluciones que dicte en el ejercicio de sus facultades, con **una base fáctica suficientemente acreditada y aplicando la normativa jurídica adecuada al caso cuestionado, sin presuponer, a través de unos juicios de valor sin base fáctica alguna, unas conclusiones no suficientemente fundadas en los oportunos informes que preceptivamente ha de obtener de los órganos competentes para emitirlos, los cuales, a su vez, para que sean jurídicamente válidos a los efectos que aquí importan, han de fundarse en razones de hecho y de derecho que los justifiquen**”.*

Como podemos ver, la discrecionalidad técnica, en el caso de no aceptar una oferta, descansa de un modo esencial en la correcta motivación, que no solo se extiende a incluir los hechos y fundamentos de derecho convenientes, sino también a anudarlos a las consecuencias que determinan la inviabilidad de la oferta, y de un modo coherente. Así lo establece el Acuerdo 9/2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, sobre la insuficiencia de la justificación presentada:

*“no queda desvirtuada, desde la perspectiva de la inviabilidad y protección del interés público en el cumplimiento del contrato, por el órgano de contratación (ni los informes técnicos que la justifican). Es cierto que se han cumplido todos los trámites formales, pero la explicación para justificar la anormalidad se articula sobre juicios de valor y*

<sup>12</sup> Ver también la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 13/12/2013, dictada en el asunto T-165/2012.

*sin argumentos suficientes y coherentes con las exigencias del pliego sobre la incorrección de la oferta de la recurrente.(...)”.*

En términos muy similares también se ha pronunciado, en su resolución 136/2021, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (OARC):

*“...en la Resolución 97/2015 este Órgano Resolutorio ha sostenido que (...) hay que recordar que la finalidad última del procedimiento de apreciación de anormalidad o desproporción de una oferta es verificar si una oferta cuyo contenido es excepcionalmente ventajoso debe ser excluida por considerarse de imposible ejecución – el artículo 152.4 TRLCSP dice que la oferta no puede ser cumplida–. Esta imposibilidad de la ejecución **no puede deducirse, sin más análisis, del desglose de los costes de la proposición o del valor del margen de beneficio**; en la Resolución 42/2015 se afirma que se (...) exige del órgano de contratación un juicio de viabilidad si estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, lo cual significa que la exigencia de motivación ha de ser rigurosa para el caso de que se rechace la oferta, pues supone una **excepción al principio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa** (...); esta doctrina es igualmente aplicable al artículo 149 de la LCSP (ver la Resolución 68/2019 del OARC / KEAO)(...)”*

*“... hay que concluir que, aunque URA está amparada por un margen de **discrecionalidad técnica en su tarea de verificación de la anormalidad de la oferta**, en este caso no se dan los requisitos mínimos para considerar que dicho margen se ha ejercido dentro de los límites que lo constriñen, especialmente porque nos hallamos ante una **explicación incompleta e insuficiente** de las justificaciones aportadas por la recurrente. **Tampoco se alega ni acredita en el Informe técnico que la oferta se base en hipótesis técnicas, económicas o jurídicas inadecuadas, ni que haya riesgo de incumplimiento de normas sociales, laborales o medioambientales** (artículo 149.4 de la LCSP). Tal y como se ha puesto de manifiesto en la Resolución 68/2019 de este OARC / KEAO, el que la LCSP diga ahora en su artículo 149.6 que en ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada no significa que la exclusión de la oferta no requiera motivación **o requiera tan solo una motivación simple**. La exigencia de una motivación reforzada para fundar el rechazo de la oferta, mantenida por este Órgano bajo la vigencia de la legislación anterior, no aparecía sin embargo expresamente mencionada en el TRLCSP; por el contrario, esta exigencia se basaba en que se trata de eliminar una oferta que, inicialmente, tiene un contenido que la hace especialmente atractiva, lo que es una **excepción legal al principio de la oferta económicamente más ventajosa** y a la función misma del procedimiento de adjudicación, cuyo objeto es precisamente promover la competencia entre los licitadores para que propongan las mejores condiciones y los precios más bajos posibles. Esa excepcionalidad es la que pide una explicación cuyo alcance deberá ser tan amplio como grave es la decisión de no aceptar una proposición ventajosa a la vista de su contenido”.*

Señalar también que la discrecionalidad del órgano de contratación no puede proteger consideraciones genéricas y faltas de argumentación. Como ya señalamos anteriormente

en este informe, en nuestra opinión el precio de mercado es un concepto dinámico, que, sin embargo, se utiliza en ocasiones por el órgano de contratación para excluir una oferta anormal sin mayor explicación, haciendo caso omiso a la justificación del licitador presentada en el incidente de anormalidad. Así podemos citar el recurso 225/2021 TACGAL que resolvía del siguiente modo la cuestión:

*“Podemos concluir entón que o órgano de contratación considerou como non adecuadamente xustificada a viabilidade da oferta do recorrente en base principalmente a que os salarios previstos na mesma “non son acordes aos prezos de mercado”, o que podería producir un “posible abandono da empresa por parte dos traballadores” que prexudicaría o normal desenvolvemento do servizo.*

*Xa anticipamos que esta mera explicación e sen maior argumentación ao respecto non pode fundamentar validamente o acordo de exclusión impugnado, coa vista ademais - como agora sinalaremos- no recollido nos pregos da licitación ao respecto.*

[...]

*Pois ben, temos que sinalar que no informe de análise da xustificación presentada polo recorrente bótase en falta precisamente esa necesaria comprobación en canto a que “a categoría profesional se corresponda coas funcións para desenvolver neste contrato en función dos convenios colectivos”, o cal resultaría un elemento con substancial relevancia na decisión sobre a viabilidade da oferta presentada.*

[...]

*Pero obvia ese informe calquera argumentación ao respecto precisamente de se esa modificación proposta polo licitador se axusta ou non á categoría profesional axeitada ás funcións para desenvolver neste contrato, tal e como esixe o PCAP e a propia análise a efectuar sobre a viabilidade da oferta. En lugar diso, atopamos que **o informe fai unha xenérica alegación ao respecto de que os salarios “non son acordes aos prezos de mercado” pero sen maior explicación a ese respecto**, nin referencia a elementos que sustenten o aí recollido, o que impide entón ter esa consideración como adecuadamente motivada.*

[...]

*Con esas eivas, reiteramos que non pode ser suficiente pola súa xeneralidade unha mera indicación “aos prezos do mercado” ou a un hipotético risco de rotación do persoal sen maiores consideracións ao respecto. Non pode entenderse así que eses prezos do mercado indicados poidan facer referencia ao propio orzamento da licitación, pois iso suporía tanto como entender que **calquera baixa nese orzamento implicaría xa que a oferta estivese fóra do mercado e baleiraría incluso de contido o propio trámite xustificativo previsto no artigo 149 LCSP**. Pero ademais, e como sinala o propio recorrente no seu escrito de impugnación as ofertas económicas totais das outras dúas licitadores son inferiores aos propios custos salariais previstos no orzamento da licitación”*

### III.- REFLEXIONES FINALES

Es evidente que el órgano de contratación posee una amplia discrecionalidad técnica en la apreciación de la justificación presentada por la licitadora en su memoria justificativa de la baja anormal. Es por ello que los órganos de revisión, ya sean tribunales administrativos de recursos contractuales o los órganos judiciales de la jurisdicción contencioso-administrativa no pueden entrar a discutir los argumentos técnicos en que se base el órgano de contratación para admitir o excluir a una empresa tras el trámite incidental de la justificación de la baja anormal.

Sin embargo, el control no está totalmente vedado, sino que los órganos de revisión podrán comprobar la justificación del órgano de contratación cuando esta incurra en un error evidente o sea fruto de la arbitrariedad en cuanto que este falta de motivación adecuada.

Recuérdese en este sentido la Resolución 68/2019 del Órgano administrativo de recursos contractuales de Euskadi que señala:

*“Teniendo en cuenta los epígrafes anteriores, hay que concluir que, aunque VISESA esté amparada por un margen de discrecionalidad técnica en su tarea de verificación de la anormalidad de la oferta, en este caso **no se dan los requisitos mínimos para considerar que dicho margen se ha ejercido dentro de los límites que lo constriñen, especialmente porque no consta ningún argumento tendente a desvirtuar las explicaciones de la recurrente.** Tampoco se acredita que la oferta se base en hipótesis técnicas, económicas o jurídicas inapropiadas, ni que haya riesgo de incumplimiento de normas sociales, laborales o medioambientales (artículo 149.4 de la LCSP). En este sentido, que la LCSP diga ahora en su artículo 149.6 que en ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada **no significa que la exclusión de la oferta no requiera motivación o requiera tan solo una motivación simple.** La exigencia de una **motivación reforzada** para fundar el rechazo de la oferta, mantenida por este Órgano bajo la vigencia de la legislación anterior, no aparecía sin embargo expresamente mencionada en el TRLCSP; por el contrario, esta exigencia se basaba en que se trata de eliminar una oferta que, inicialmente, tiene un contenido que la hace especialmente atractiva, lo que es una excepción legal al principio de la oferta económicamente más ventajosa y a la función misma del procedimiento de adjudicación, cuyo objeto es precisamente promover la competencia entre los licitadores para que propongan las mejores condiciones y los precios más bajos posibles. Esa excepcionalidad es la que pide una explicación cuyo alcance deberá ser tan amplio como grave es la decisión de no aceptar una proposición ventajosa a la vista de su contenido.”*

De igual forma se pronuncia también el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su resolución 357/2018:

*“El órgano de contratación no motiva su oposición en este aspecto, limitándose a indicar que el informe de la recurrente no justifica el importe de los retenes ni de las guardias.”*

*El adjudicatario alega que la cantidad es insuficiente, pero no aporta cifra alternativa alguna o motivación de su conclusión.*

*Este Tribunal considera que **al no aportar el órgano de contratación una justificación cierta sobre la insuficiencia** de la cuantía destinada a este gasto su admisión no pone en riesgo la viabilidad de la ejecución del contrato.*

*De todo ello se deduce que en el supuesto que nos ocupa, el Tribunal debe concluir que se ha seguido formalmente el procedimiento legalmente previsto en el artículo 152.2 y 3 del TRLCSP, en cuanto a la consideración y tramitación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados; que la empresa adjudicataria, en el trámite de audiencia concedido presenta la justificación de su oferta; que el informe de apreciación de la viabilidad de la oferta emitido por el órgano de contratación **con su ausencia de justificación válida y reforzada se sitúa fuera del margen de discrecionalidad que corresponde al órgano de contratación en este trámite**, por lo que procede estimar el recurso presentado.”*

