

Referencia:	2020/00000319E
Asunto:	CERTIFICADO ACUERDO PUNTO 2 ACTA MESA DE CONTRATACIÓN DE FECHA 28.05.2020

**ROBERTO CHINESTA OLIVA, SECRETARIO DE LA MESA DE CONTRATACIÓN DEL CABILDO
DE FUERTEVENTURA**

C E R T I F I C O :

Que en la Mesa de Contratación celebrada el día 28.05.2020, se actuó lo siguiente respecto del punto **2.- EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN DE SUMINISTRO DE COMBUSTIBLE PARA LOS VEHÍCULOS DEL PARQUE MOVIL DEL CABILDO DE FUERTEVENTURA, DIVIDIDO EN 3 LOTES, N° DE EXPEDIENTE EN EL PERFIL DEL CONTRATANTE SU0005/20 (REF.INTERNA 2019/25941V), PROCEDIMIENTO ABIERTO, DOS SOBRES. INFORME RESPECTO DE LA EXISTENCIA DE BAJA EN LOS LOTES N° 1 Y 2. ACUERDOS QUE PROCEDAN.**

El Sr. Presidente manifiesta que en la Mesa de Contratación celebrada en sesión de fecha 21.05.2020 se acordó iniciar el trámite previsto en el artículo 149.4 de la Ley de Contratos del Sector Público con respecto a la proposición económica presentada por la empresa MERCASOSA, S.L. para el lote nº 1 y por la empresa IR MAXOINVERSIONES SLU para el lote nº 2, debido a que, en principio, son anormales o desproporcionadas, de conformidad con lo establecido en el Anexo II del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la contratación.

Mediante registro electrónico número 2020012522 de fecha 25.05.2020 el representante de la empresa IR MAXOINVERSIONES SLU, Don Ismael Ruiz Rodríguez, presentó un escrito denominado *“Nota Jurídica: Sobre la forma de determinación de las ofertas anormalmente bajas”*, que literalmente dice,

“I.- INTRODUCCIÓN.

La presente Nota Jurídica se emite a petición de IR MAXOINVERSIONES, S.L.U. con el objeto de realizar un análisis jurídico respecto de la interpretación en la forma de determinación de las ofertas anormalmente bajas para el supuesto en que el único criterio de valoración sea el precio.

Asimismo, forma parte del objeto de la presente Nota Jurídica trasladar las conclusiones jurídicas que se alcancen con el análisis de la cuestión referida en el párrafo anterior al supuesto concreto de la valoración de las ofertas presentadas en el seno de la licitación promovida por el Cabildo Insular de Fuerteventura respecto del Lote 2 del expediente núm. SU0005/20, y cuyo objeto es el suministro de combustibles de automoción en sus variantes de gasóleo y gasolina (Gasolina sin plomo 95 y 98 octanos), mediante tarjeta de control de banda magnética o sistema similar y el suministro de lubricantes, grasas y aceites para los vehículos propiedad del Cabildo de Fuerteventura, a medida que las necesidades de la Corporación lo demanden.

II.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS.

De conformidad con lo previsto en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de 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 (“**LCSP**”), titulado “*Ofertas anormalmente bajas*”:

“1. En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.

*2. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá **identificar las ofertas que se encuentran 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.***

*La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios: a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, **en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente** y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.[...]*” (El subrayado y la negrita son añadidos).

En consecuencia, puede afirmarse que **el hecho de que una oferta sea anormalmente baja o desproporcionada no supone motivo de exclusión**. Antes bien, lo que supone es la obligación de abrir un expediente aclaratorio que sirva para patentizar la posibilidad de que la prestación se lleve a cabo en condiciones normales. Por ello, en este tema ha de distinguirse según el criterio de valoración sea únicamente su precio o deba considerarse más de un criterio de valoración. **En el primer caso, cuando el único criterio valorable sea el precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas ha de apreciarse según parámetros fijados reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.**

Por remisión, el artículo 85, denominado “*Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas*”, del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (“**RGCAP**”), establece lo siguiente:

“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 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.” (El subrayado y la negrita son añadidos).

El precepto transcrito contiene los criterios para apreciar el carácter anormal de las ofertas, criterios referidos al supuesto de subasta, que serían equivalentes a los supuestos en que el único criterio valorable fuera el precio. Este precepto recoge el criterio aritmético, aunque lo matiza en función del número de licitadores que concurren. **Si hay más de un licitador, compara las ofertas presentadas**, mientras que en el caso de un licitador, no existiendo posibilidad de cotejo con otras ofertas, realiza la comparación con el presupuesto base de licitación.

III.- INTERPRETACIÓN DE LA FORMA DE CUANTIFICACIÓN DE LAS OFERTAS DESPROPORCIONADAS CONFORME AL ARTÍCULO 85 DEL RGCAP.

Al respecto de la interpretación de la forma de cuantificación de las ofertas temerarias en los supuestos que

resulte de aplicación el artículo 85 del RGCAP, el Informe 47/03, de 2 de febrero de 2004, de la Junta Consultiva de Contatación Adminsitrativa del Estado, respecto del supuesto concreto del apartado cuarto de dicho precepto, determina lo siguiente:

“La interpretación histórica del precepto reglamentario que venimosexaminando confirma el resultado obtenido por su interpretación literal si se observa que el artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, en su último párrafo, al abordar la misma cuestión consideraba desproporcionada o temeraria la baja de toda proposición cuyo porcentaje excediese en 10 unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas y que dicho artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado figura entre los que se derogan expresamente por la disposición derogatoria única, apartado 2, letra a), del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, resultando evidente la intención del legislador de sustituir una regulación - la del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado - por otra distinta - la del artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -, sin que la derogación expresa de la primera permita su aplicación conjunta con la segunda, desvirtuando sus términos literales como, al parecer, realizan determinados órganos de contratación.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la interpretación correcta del apartado 4 del artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas consiste en referir las expresiones de ofertas inferiores o superiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas y no a la media aritmética de las bajas de las ofertas presentadas. (El subrayado y la negrita son añadidos).

Dicho criterio es extrapolable al resto de supuestos en los que concurran más de un licitador conforme los apartados segundo a cuarto del artículo 85 del RGCAP. Así lo establece, por ejemplo, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales número 284/2016 (rec. nº 220/2016), en la que se dice lo siguiente:

*“Para el cálculo de la media a que se refiere el artículo anterior, **obviamente deben tomarse como referencia los precios ofertados (no los descuentos). La disposición indicada se refiere a “la media aritmética de las ofertas presentadas”, no a la media de las bajas o porcentajes de descuento.**”* (El subrayado y la negrita son añadidos).

Siguiendo el criterio asentado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el Tribunal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla, en su reciente Resolución número 4/2019 (rec. nº 3 y 4/2019), se ha pronunciado del siguiente modo:

*“Por lo que respecta a la anormalidad de las ofertas y su justificación, el informe remitido por el IMD manifiesta que “ la Mesa de Contratación, luego de la apertura de la oferta económica, instó a los servicios del órgano de contratación a que realizara los cálculos oportunos para apreciar las ofertas presuntamente anormales, lo cual se materializó en informe de 26 de octubre de 2018 de esta Jefatura, que, en referencia al lote que nos ocupa, entendió que las proposiciones de 1,51% y 5,85% de «DOC 2001, S.L.» y la de 1,00% de «EULEN, S.A.» incurrian en temeridad a partir de los cálculos practicados directamente en los porcentajes de las ofertas, y no sobre los precios unitarios una vez multiplicados los porcentajes de descuento”, admitiendo que **Esta interpretación es errónea, no sólo por ser contraria al criterio prácticamente unánime de las Juntas Consultivas de Contratación** y otros operadores jurídicos, sino porque incluso este mismo servicio, en respuesta a una consulta planteada en la Plataforma de Contratación, la respondió públicamente en sentido contrario. Por ello, aplicado correctamente los porcentajes ofrecidos al precio unitario en valores absolutos, resulta que ninguna de las dos ofertas incurre en presunción de anormalidad, pues las diferencias entre las dos ofertas en sus tres puntos son de 0’79%, 0’84% y 5’51%, que no superan el umbral del artículo 85.2 citado.”*

[...]

Efectivamente el cálculo de la media aritmética ha de efectuarse en valores absolutos no en porcentajes, como señala el centro gestor en su informe, y así viene propugnando la doctrina de órganos consultivos y tribunales. En esta línea, se manifestaba ya este Tribunal en su Resolución 6/2013, disponiendo que “La Junta Consultiva de Contratación del Estado, en informe 47/03, de 2 de febrero de 2004 ha señalado como correcta la interpretación del artículo 85 del RGLCAP consistente en referir a **“la media aritmética de las ofertas presentadas, y no la media aritmética de las bajas de las ofertas presentadas”.** Y ello, por una interpretación histórica del precepto reglamentario, al constatar que el art. 109 del antiguo Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, sobre esta cuestión nconsideraba

desproporcionada o temeraria la baja de toda proposición cuyo porcentaje excediese en 10 unidades, precepto derogado expresamente por la disposición derogatoria única, apartado 2, letra a) del Real Decreto 1098/2001.

En el mismo sentido se ha expresado la Junta Consultiva de Contratación de Andalucía en la Recomendación 8/2002, de 4 de febrero de 2003, sobre interpretación de la literalidad de los artículos 85 y 86 del citado Reglamento,

ante las dudas interpretativas que pudieran suscitarse en su aplicación.

*La Recomendación 8/2002 de 4 de febrero de 2003, reproduce el literal del art. 85.2, destacando que **cuando concurren dos licitadores, se considerará desproporcionada o temeraria la oferta que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta, utilizándose en la comparación el concepto de oferta y no el de porcentaje de baja.*** (El subrayado y la negrita son añadidos).

En definitiva, **para realizar la comparación entre las ofertas presentadas conforme lo previsto en el artículo 85 del RGCAP en los supuestos que concurren más de un licitador, debe partirse de la media aritmética de las ofertas presentadas, y no la media aritmética de las bajas de las ofertas presentadas.** Es decir, debe ponerse en comparación el concepto de oferta y no el de porcentaje de baja.

IV.- APLICACIÓN DE LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA AL EXPEDIENTE DE LICITACIÓN CON NÚMERO DE REFERENCIA SU0005/20.

Así pues, en relación con la licitación de referencia (expediente núm. SU0005/20), en concreto, respecto del Lote 2, y **siguiendo el criterio interpretativo del art. 85 del RGCAP que hace el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en ningún caso la oferta de IR MAXOINVERSIONES, S.L.U. podría ser considerada anormalmente baja en comparación con la presentada por el GRUPO DISA.** Para analizar el presente supuesto debe partirse de la premisa que resulta de aplicación el apartado segundo del artículo 85 del RGCAP, y ello por cuanto las únicas licitadoras del citado Lote son las antes referidas.

Pues bien, sentando lo anterior, aplicando los descuentos ofrecidos al Presupuesto Base del Lote, puede verse lo siguiente:

- Importe de licitación Lote 2: 1.239.576 €.
- Descuento ofrecido por DISA: $1.239.576 \text{ €} \times 5'50\% = 68.176,68 \text{ €}$.
- Valor total de la oferta presentada por DISA: $1.239.576 \text{ €} - 61.178,68 \text{ €} = \mathbf{1.178.397,32 \text{ €}}$.
- Descuento ofrecido por IR MAXOINVERSIONES, S.L.U.: $1.239.576 \text{ €} \times 16,10\% = 199.571,74 \text{ €}$.
- Valor total de la oferta presentada por IR MAXOINVERSIONES: $1.239.576 \text{ €} - 199.571,74 \text{ €} = \mathbf{1.040.004,26 \text{ €}}$.
- Importe que debe ser considerado "oferta anormalmente baja": $1.178.397,32 \text{ €}$ (valor de la oferta de DISA) - 20% del valor de esa oferta = **981.997,77 €**

Como puede comprobarse el valor de **la oferta realizada por IR MAXOINVERSIONES, S.L.U. (1.040.004,26 € calculado sobre el Importe de Licitación)** se queda lejos del umbral de lo que podría ser considerado como

oferta temeraria, esto es, el valor de la oferta de DISA reducido en un 20% (981.997,77 €), por lo que puede concluirse que no puede calificarse esta como "*anormalmente baja*" siguiendo el criterio de los Tribunales Administrativos antes referido.

Debe tenerse en cuenta, además, que por pura lógica este criterio es el más razonable, pues impide que descuentos irrisorios puedan lograr que se califique como "anormales" otros descuentos superiores que sin embargo sí estén en consonancia con el mercado, y todo ello por partir de la errónea premisa de que las cuantías comparables son los porcentajes de rebaja presentados con la oferta. Así pues, ¿si el GRUPO DISA hubiera ofrecido un descuento del 1% debería ser considerado "anormalmente bajo" un descuento del 1'20%? Es obvio que la única interpretación posible del art. 85 del RGCAP es comparar ambas ofertas sobre el valor de la oferta final que realiza cada licitador, no sobre el descuento numérico (baja) ofrecido por cada uno.

V.- CONCLUSIONES.

El hecho de que una oferta sea anormalmente baja no supone motivo de exclusión, sino que obliga a abrir un expediente aclaratorio para permitir al licitador acreditar que la prestación se puede llevar a cabo en condiciones normales.

Para el supuesto en que el único criterio de adjudicación del contrato sea el precio, y en el Pliegos de la

licitación no se establezca lo contrario, **debe estarse a los criterios para apreciar el carácter anormal de las ofertas en función del número de licitadores que concurren previstos en el artículo 85 del RGCAP.**

Conforme el citado precepto, **cuando concurren dos licitadores se considerará oferta desproporcionada o temeraria la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta. Para realizar dicha comparación debe partirse de la media aritmética de las ofertas presentadas, y no la media aritmética de las bajas de las ofertas presentadas. Es decir, debe ponerse en comparación el concepto de oferta y no el de porcentaje de baja.**

En el supuesto concreto analizado, **la oferta realizada por IR MAXOINVERSIONES, S.L.U. (1.040.004,26 € calculado sobre el Importe de Licitación) se queda lejos del umbral de lo que podría ser considerado como oferta temeraria, esto es, el valor de la oferta de DISA reducido en un 20% (981.997,77 €).** “

Tras un breve debate la Mesa acuerda por unanimidad:

Primero.- Tomar en consideración el informe jurídico presentado por la empresa IR MAXOINVERSIONES SLU.

Segundo.- Revocar el acuerdo tomado en sesión de fecha 21.05.2020 de iniciar el trámite previsto en el artículo 149.4 de la Ley de Contratos del Sector Público respecto de la proposición económica presentada por la empresa MERCASOSA, S.L. para el lote nº 1 y de la empresa IR MAXOINVERSIONES SLU para el lote nº 2.

Seguidamente la Mesa solicita al técnico asistente, Don Pablo Gopar de Saá, Jefe de Sección de Obras y Maquinaria, si, de acuerdo con el criterio adoptado, existen ofertas anormales o desproporcionadas presentadas para los lotes nº 1 y nº 2.

El técnico manifiesta que, de acuerdo con el criterio adoptado, ninguna empresa ha presentado ofertas que pudieran considerarse anormalmente bajas para lotes nº 1 y nº 2.

A continuación, la Mesa de contratación por unanimidad manifiesta su conformidad con lo expresado y acuerda elevar al órgano de contratación, las siguientes propuestas:

1º. Adjudicar a favor de la empresa MERCASOSA, S.L. con CIF. B35224690, el lote nº 1: Suministro de combustibles de automoción en Instalaciones de Distribución del contrato de suministro de combustible para los vehículos del Cabildo de Fuerteventura, por un descuento del 21,9%, exento de IGIC.

2º. Adjudicar a favor de la empresa IR MAXOINVERSIONES SLU. con CIF. B76185586, el lote nº 2: Suministro de gasóleo en instalaciones de distribución a camión cisterna propiedad del Cabildo en Puerto del Rosario y en las instalaciones que el Cabildo tiene en el Complejo Ambiental de Zurita del contrato de suministro de combustible para los vehículos del Cabildo de Fuerteventura, por un descuento del 16,10%, exento de IGIC.

Y para que conste y surta los efectos donde proceda expido la presente certificación de orden y con el Visto Bueno del Sr. Presidente de la Mesa de Contratación.