

Consulta sobre la interpretación del art.85 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. Informe 02 /2002, de 16 de julio.

Tipo de informe: Facultativo.

DICTAMEN

ANTECEDENTES.

1. Por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente, con fecha 26 de junio de 2002 se dirige escrito a esta Junta Regional de Contratación Administrativa con el siguiente contenido:

"Como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, se ha planteado en la Mesa de Contratación de esta Consejería una duda a la hora de interpretar unos de sus preceptos.

Dado que la Junta Regional de Contratación Administrativa es el órgano consultivo y asesor en materia de contratación de esta Administración, elevamos consulta a la misma a fin de que se nos aclare lo siguiente:

Forma de aplicar los supuestos 3 y 4 del Artº.85 del citado Reglamento General"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

La cuestión que claramente se plantea en el presente asunto consiste en interpretar el artículo 85 del citado Reglamento General de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas relativo a los "criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas" y determinar así, el modo a través del cual una mesa de contratación puede considerar si una oferta presentada por un licitador es desproporcionada o temeraria.

Ciertamente, la determinación de los criterios a partir de los cuales se puede considerar una baja como desproporcionada o no en una subasta ha sido una de las principales innovaciones introducidas por el nuevo Reglamento en relación con el anterior de 1975, acogiéndose inicialmente a un criterio puramente aritmético, aunque distingue en función del número de licitadores, separándose así, abiertamente, del criterio que se venía manteniendo con la anterior regulación, tal y como proclama la propia Exposición de Motivos del RD 1098/2001, al declarar que se intenta superar los criterios limitativos del artículo 109 del Reglamento de 1975, que no admitía la posibilidad de que, en el supuesto de un solo licitador, se aprecia la temeridad en su proposición.

Entrando directamente en el asunto objeto del presente informe, la consulta se ha centrado sobre la forma de aplicar los supuestos 3 y 4 del artículo 85 del Reglamento General, dando a entender que el resto de supuestos pueden estar medianamente claros en cuanto a su entendimiento y aplicación.

Primero: Dice el art.85:

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

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".

Al respecto, y para permitir una interpretación válida de este apartado, hay que resaltar la complicación que supone expresar en palabras lo que en definitiva no son sino meras operaciones aritméticas las cuales han de entenderse, en la medida de lo posible, en su sentido literal, y que sólo pueden tener un reflejo práctico cuando la correspondiente mesa de contratación efectúe estas operaciones matemáticas tal y como se indican en el apartado de referencia y que van a ser explicadas a continuación.

En efecto, respecto al primera apartado, el presupuesto de hecho parte de que en la licitación se hayan presentado 3 ofertas distintas siendo la primera operación a realizar la de sumar –en términos absolutos y no porcentuales- esas tres ofertas para a continuación calcular la media aritmética de las mismas (para mayor aclaración llamémosle Σ).

1.- Una vez hallada esta media aritmética se le ha de restar un 10% a la misma, teniendo como primera conclusión y con carácter general, que aquellas ofertas que se encuentren por debajo de este primer umbral o límite ($\Sigma-10\%$), esto es, que sean más baratas, estarán incursas en un supuesto de baja temeraria.

2.- Sin embargo, y aquí viene una primera excepción a esta regla general que cabe deducir cuando el citado apartado incluye la expresión "no obstante", antes de proceder a declarar a esta(s) oferta(s) en baja temeraria como consecuencia de la operación antes descrita, se hace preciso volver a efectuar una segunda operación consistente esta vez, en sumar a la media aritmética antes calculada (Σ) un 10%, de tal modo que si por encima de este nuevo límite ($\Sigma+10\%$) existe alguna(s) oferta(s), esto es, que sea(n) más cara(s), deberá ser excluida para el cálculo descrito en el apartado anterior la oferta de cuantía más elevada por encima de $\Sigma+10\%$, precisándose que la oferta que se tiene que excluir es sólo la más elevada, de tal modo que si hubiera dos ofertas por encima de $\Sigma+10\%$ – supuesto difícil-, sólo se debe excluir una, la más cara, a diferencia de la primera operación que se ha descrito, por cuanto se dice "las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética", en plural.

3.- Así, pues, y recapitulando, tres son las operaciones a efectuar: a) cálculo de la media aritmética de las ofertas; b) deducir de la misma un 10% de modo que todas las ofertas que se encuentren por debajo de ese límite, se considerarán temerarias y c) añadir a la media aritmética un 10% de tal modo que la oferta más elevada que se encuentre por encima de esa media, debe excluirse para el cálculo de la media descrita anteriormente.

Obviamente, y para el caso de que ciertamente hubiera alguna oferta por encima de $\Sigma+10\%$, nos obligaría a efectuar una nueva media aritmética sólo con las otros dos ofertas y volver a restarle un 10% para determinar así, definitivamente,

qué oferta se puede considerar que se encuentra en baja temeraria o desproporcionada.

Por el contrario, si no hubiera ofertas por encima de $\Sigma+10\%$, entonces habría que considerar directamente como temerarias las ofertas situadas por debajo del umbral a que se refiere el punto 1 de este informe.

4.- No finaliza aquí el apartado 3 de este artículo sino que, además, incluye una previsión general en el sentido de que "en cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales".

De la lectura literal de este párrafo, cabe deducir lo siguiente:

Que con independencia de los cálculos anteriormente descritos, cualquier oferta que presente una baja superior a 25 unidades porcentuales, debe considerarse en baja temeraria. Se trata de una previsión que marca la norma en el sentido de fijar un límite pasado el cual nos encontraríamos ante situaciones de desproporcionalidad, similar a la regulada en el apartado 1 del artículo en cuestión.

Que esa baja superior a 25 unidades porcentuales ha de entenderse con respecto al presupuesto base de licitación y ello en base a la propia literalidad de todo el precepto y por las referencias que se hacen al precio de licitación en el citado apartado 1 y, además, por la propia lógica de las operaciones aritméticas descritas en la medida que si esas 25 unidades porcentuales se refirieran a la media calculada, si entendemos que son ofertas desproporcionadas las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética, evidentemente, también lo estarán en todo momento, las que se encuentren en más de 25 unidades porcentuales; no puede ser, por consiguiente, esta la interpretación por llegar a resultados obvios y que nada aportarían a la situación que se pretende determinar.

Segundo: En cuanto a la interpretación que hay que dar al apartado 4, recordar en primer lugar, su redacción:

"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 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."

De la lectura de este apartado, y comparándolo con el apartado 3, se aprecian similitudes entre ambas como son las operaciones aritméticas a efectuar, siendo las diferencias las siguientes, a parte de la evidente del número de licitadores:

En primer lugar, para el caso que existan ofertas superiores a la media aritmética en más de 10 unidades porcentuales, se efectuará una nueva media pero eliminando todas aquellas ofertas que superen ese límite, a diferencia del apartado 3 que sólo se excluía la oferta de cuantía más elevada.

En segundo lugar, una previsión y es que para el supuesto de que, una vez efectuadas las posibles exclusiones, las ofertas restantes fueran inferiores a tres, se

calculará una nueva media efectuando nuevamente todos los cálculos, pero esta vez solo con las tres ofertas de menor cuantía.

