

¿ CÓMO DISTINGUIR OFERTAS CON VALORES DESPROPORCIONADOS?

José Luis Fuentes Bagues¹, Cristina González Gaya²

¹ Universidad Politécnica de Valencia, ² ETSII, UNED

1. INTRODUCCIÓN

La contratación de obras o servicios y la adquisición de suministros o materiales conlleva en la mayoría de ocasiones un proceso complejo de toma de decisiones en el que el criterio económico o precio supone un gran peso en la decisión final, pero ¿qué sucede cuando las ofertas económicas son tan dispares entre sí? o ¿cómo distinguir ofertas demasiado arriesgadas respecto del resto de competidores? El sector público desarrolló para ello el concepto de ofertas temerarias o, como se denominan en la actualidad, ofertas con valores anormales o desproporcionadas. Se describe a continuación el proceso de determinación de ofertas económicas con valores desproporcionados en la contratación pública y el beneficio de su aplicación o desarrollo en el sector privado.

2. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

La contratación pública viene regulada en Europa por la *Directiva Europea 2004/18/CE*, transpuesta al derecho español por la Ley 30/2007, de *Contratos del Sector Público* (LCSP), recogiendo las diferentes modificaciones en el RDL 3/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSP).

La contratación pública se basa en unos principios de transparencia, igualdad y pública concurrencia, por los que cualquier persona física y jurídica que cumpla las condiciones fijados en los pliegos de cláusulas puede participar en un determinado expediente de contratación.

La adjudicación de un contrato por parte de una Administración dependerá de una serie de criterios de adjudicación, que previamente habrán sido determinados y publicados en el pliego de cláusulas administrativas del expediente. Estos criterios estarán referidos a aspectos directamente vinculados al objeto del contrato, es decir, que definan o que caractericen al proyecto objeto de licitación, y no deberán confundirse con los criterios de aptitud de los licitadores. Entre los criterios de adjudicación la normativa determina el precio, la calidad, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa, la asistencia técnica, la fecha de entrega, el plazo de ejecución, etc., siendo en definitiva aquellos que permitan seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.

La oferta más ventajosa atendiendo a varios criterios de adjudicación es el procedimiento que tradicionalmente se denominaba concurso, mientras que la oferta más ventajosa atendiendo únicamente a un solo criterio, que debe ser inexcusablemente el precio, es el procedimiento que tradicionalmente se ha denominado subasta. La elección de los criterios de valoración, su ponderación o peso, así como sus fórmulas o intervalos de puntuación vendrán determinados por el poder adjudicador, y publicados en el correspondiente pliego de cláusulas.

Si se utilizan varios criterios de valoración, se dividirán entre criterios evaluables mediante fórmulas y criterios evaluables mediante un juicio de valor. Los primeros dispondrán de unas fórmulas previamente determinadas y la puntuación obtenida será la resultante de la aplicación de la fórmula correspondiente, encontrándose entre ellos aspectos como el precio, el plazo de entrega, etc., mientras tanto la puntuación de los criterios evaluables mediante un juicio de valor tendrá siempre un cierto sesgo subjetivo porque dependerá del técnico o técnicos que realicen la valoración.

Previamente a la puntuación de las ofertas económicas de los licitadores de un expediente de obras, suministros o servicios se deberá determinar si hay ofertas con valores muy bajos respecto del resto de competidores, es decir se deberá determinar si existen ofertas anormales o desproporcionadas.

3. EL CONCEPTO DE OFERTA DESPROPORCIONADA Y SU DETERMINACIÓN

El sector público introdujo el concepto de *Ofertas Anormales o Desproporcionadas*, anteriormente *Ofertas Temerarias*, como mecanismo de defensa para descartar las ofertas económicas muy dispares respecto del resto de competidores, con el objeto de evitar problemas posteriores durante la ejecución del contrato, tales como precios contradictorios, retrasos en el suministro, calidades inferiores, etc. A pesar



de esto existen muchas estrategias empresariales basadas en conseguir la adjudicación del contrato a toda costa para durante la ejecución del contrato, mediante cambios o reclamaciones, recuperar la baja económica realizada previamente.

La normativa actual (artículo 150.2 TRLCSP), independientemente del procedimiento de adjudicación (subasta o concurso), regula que si la *Mesa de Contratación* estima que una oferta pueda considerarse como desproporcionada, deberá requerir al licitador la justificación pertinente de la oferta, en base a las condiciones técnicas, organizativas o económicas que disponga para la correcta ejecución de la obra, suministro o servicio. En caso de que la Mesa de Contratación considere correcta la justificación, la oferta será considerada válida y en caso contrario se excluirá al licitador de la fase de puntuación de los restantes criterios de adjudicación del contrato.

La normativa española disponía en las normativas anteriores de fórmulas objetivas para la determinación de las ofertas desproporcionadas o temerarias, de aplicación tanto para las subastas como para el criterio precio en los concursos. En la actualidad, cada poder adjudicador puede seleccionar el criterio que crea más conveniente para determinar la desproporcionalidad de las ofertas, debiendo reflejarlo en el pliego de cláusulas del expediente de contratación.

Existen muchos criterios para determinar la temeridad de las ofertas, destacándose los siguientes grupos:

- Grupo A. Criterios de desproporcionalidad basados en una Baja de Referencia más un diferencial, eliminando previamente del cálculo de la baja de referencia aquellas ofertas que presenten una desviación respecto de la baja media mayor a la desviación típica de todas las bajas. En este grupo también se incluyen los criterios que trabajan de igual modo pero con las ofertas económicas en lugar de con las bajas.

El cálculo de la Baja de Referencia se realiza mediante la expresión (1) con las bajas que cumplan la condición expresada en (2).

$$BR = \frac{\sum_{h=1}^n BO_h}{n} \quad (1) \quad |BO_j - BM| \leq \sigma \quad (2)$$

donde la desviación típica y la media de las ofertas se calcula de acuerdo a las expresiones:

$$\sigma = \left[\frac{\sum_{j=1}^n (BO_j)^2 - n \cdot (BM)^2}{n} \right]^{1/2} \quad (3) \quad BM = \frac{\sum_{j=1}^n BO_j}{n} \quad (4)$$

Donde:

- BM es la baja media de las ofertas presentadas, expresada en %.
- BO_j es la baja de la oferta j, expresada en %.

-BO_h es la baja de la oferta j que satisface la condición (2), expresada en %.

-BR es la baja de referencia, expresada en %

-BR + X, es la baja límite, a partir de la cual se consideran las bajas desproporcionadas, expresada en %

-n es el número de empresas licitadoras

-n' es el número de empresas licitadoras que satisfacen la condición (2)

-σ es la desviación típica

-X es un diferencial seleccionado por el poder adjudicador, expresado en %

- Grupo B. Criterios de desproporcionalidad que aplican los supuestos del artículo 85 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), normativa derogada por la LCSP, o en modificaciones de los porcentajes o diferenciales de los supuestos del artículo 85 del Reglamento de la LCAP. Los supuestos indicados son:

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.

- Grupo C. Criterios que determinan la desproporcionalidad cuando la baja de las ofertas es superior a la baja media de las ofertas presentadas más un diferencial. El diferencial usualmente está entre 5 y 10 unidades porcentuales, aunque en ocasiones se utiliza como diferencial la desviación típica de las bajas presentadas y en algún procedimiento el valor del diferencial ha alcanzado las 20 unidades porcentuales.
- Grupo D. Criterios donde la desproporcionalidad se produce cuando las ofertas son inferiores a la media de las ofertas presentadas menos un diferencial. El di-



ferencial usualmente está entre un 5 y un 10% de la media de las ofertas, aunque en ocasiones se utiliza como diferencial la desviación típica de las ofertas presentadas y en algún procedimiento el valor del diferencial ha alcanzado el 20%.

- Grupo E. La desproporcionalidad se determina mediante un porcentaje respecto del precio de licitación. Los porcentajes son variados, desde un 10% hasta un 25% respecto del precio de licitación.

Los criterios más utilizados en la contratación pública son los del grupo C, es decir aquellos que la desproporcionalidad se determina cuando la baja de las ofertas es superior a la baja media de las ofertas presentadas más un diferencial, y los del grupo B, es decir los supuestos contemplados o modificados del artículo 85 del Reglamento de la LCAP.

4. APLICACIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

El concepto de baja desproporcionada es difícil de entender en el sector privado porque cualquier empresa contratante consideraría que el problema de una oferta muy baja

es del oferente, y no permitiría actuaciones de la empresa contratada como precios contradictorios, retrasos en la ejecución, menores calidades de los materiales y situaciones similares.

En el sector privado para la selección de un contratista o suministrador se recurren en muchas ocasiones a técnicas de decisión multicriterio, tales como *Analytic Hierarchy Process* (AHP), *Analytic Network Process* (ANP), *Data Envelopment Analysis* (DEA), *redes neuronales* o *técnicas difusas*, donde básicamente se les otorga un peso a cada uno de los criterios de decisión y mediante la herramienta correspondiente se llega a la elección de la empresa licitadora más óptima. A pesar de todo, la aplicación previa de los criterios de desproporcionalidad o temeridad sería un buen modo para descartar ofertas económicas excesivamente arriesgadas que difuminen con su diferencia de puntuación en el criterio económico respecto del resto de competidores, otros factores de decisión, que pueden llegar a ser tan o más importantes que el precio.

La utilización de criterios de desproporcionalidad en el sector privado como los planteados en el grupo A, bien sea

trabajando con el porcentaje de baja o con la oferta económica, basados en la media de las ofertas y en la disparidad de las ofertas mediante el cálculo de la desviación típica, permiten caracterizar la muestra y determinar la situación de las empresas oferentes respecto al precio de licitación y al resto de competidores. La determinación del precio o baja de referencia, junto con el diferencial pertinente, por un lado establece matemáticamente una distancia respecto del centro de gravedad de todas las ofertas presentadas y por otro lado podría permitir detectar comportamientos empresariales anómalos, como ofertas que denoten necesidades de las empresas participantes, posibles estrategias conjuntas entre varios licitadores o incluso que las empresas oferentes hayan detectado errores o nuevas necesidades en los proyectos, suministros o servicios, y que lo reflejen con ofertas más arriesgadas.

5. CONCLUSIONES

La determinación de ofertas con valores desproporcionados o temerarios se hace necesaria tanto en el sector público como en el sector privado para identificar ofertas que pongan en riesgo la viabilidad del proyecto, independientemente de la forma de adjudicación o del tipo de contrato.

La selección del criterio de desproporcionalidad se deberá realizar teniendo en cuenta el tipo de obra, el importe de licitación y de alguna manera, intentado estimar o prever el orden de magnitud del número de participantes.

La utilización de criterios más o menos exigentes influirán en las cuantías económicas de las ofertas, de manera que criterios de desproporcionalidad más exigentes generarán ofertas menos sustanciales con menor probabilidad de riesgos durante la construcción (contradictorios, retrasos, etc.) y criterios de desproporcionalidad menos exigentes generarán ofertas más jugosas para los promotores pero se

podría poner en riesgo la capacidad del contratista o el buen desarrollo del proyecto.

Finalmente señalar que la utilización de criterios englobados dentro del grupo E, fórmulas que fijan el límite de desproporcionalidad en función de un porcentaje respecto al precio de licitación, no son operativas porque la consecuencia práctica es que el promotor parece fijar el precio por el cual desea que se realice el proyecto y elimina el peso del criterio precio como criterio de adjudicación, acaparando mayor peso en la decisión final otros criterios más subjetivos.

6. PARA SABER MÁS

- Ballesteros-Moffa LA. "La selección del contratista en el Sector Público: Criterios reglados y discrecionales en la valoración de las ofertas". *Revista de Administración Pública*. Septiembre-Diciembre 2009. Vol. 180 p. 21-57.
- Canales-Gil A, Huerta-Barajas JA. *Comentarios sobre la Contratación Pública Comunitaria y la Ley de Contratos del Sector Público*. Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED, 2008. 407p. ISBN: 978-84-608-0772-8.
- De Hoyos-Maroto B. "Criterios de selección y criterios de adjudicación en la contratación administrativa: problemas de delimitación". *Cuenta con el IGAE*. Marzo 2005. Vol. 11 p.30-36.
- España. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. *Boletín Oficial del Estado*, 16 de Noviembre de 2011, núm. 276, p.117729-117914.
- España. Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de Octubre de 2007, núm. 261 p. 44336-44436.
- España. 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. *Boletín Oficial del Estado*, 26 de Octubre de 2011, núm. 257, p.39252-39371.
- Fueyo-Bros M. "Criterios objetivos de valoración versus objetivos de los criterios de adjudicación". *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*. 2009. Vol. 15-16 p. 2196-2280.
- Gimeno-Feliu JM. "La Adjudicación de los contratos: La oferta económicamente más ventajosa". *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*. 2008. Vol. 10 p. 155-184.
- Martín-Seco JF. "El Precio como criterio de adjudicación en los concursos". *Cuenta con el IGAE*. Junio 2003. Vol. 7 p.11-26.
- Mestre-Delgado JF. "La ordenación de las bajas temerarias en la contratación pública". *Noticias de la Unión Europea*. Julio 2001. Vol. 198 p.45-53.
- Padrós-Reig C. "La regulación de la baja temeraria en los procedimientos de contratación. Fundamentación actual e historia normativa". *Revista de Administración Pública*. Enero-Abril 2010. Vol. 181 p. 267-300.

