

02-021

**ABNORMALLY LOW TENDERS IN PUBLIC-WORKS PROCUREMENT:
DETERMINING FACTORS AND CONTAINMENT MEASURES.**

Castel Aznar, Luis ⁽¹⁾; Montalbán Domingo, Laura ⁽¹⁾; Pellicer Armiñana, Eugenio ⁽¹⁾;
Catalá Alís, Joaquín ⁽¹⁾

⁽¹⁾ Universitat Politècnica de València

The construction industry is a key sector to maintain stable economic growth, employment and promote social progress. Public procurement in this industry plays an important role in the economies of the European Union countries. However, currently, the low bid is still the main procurement procedure to award contracts, even though the award of abnormally low offers impacts on the normal development of projects and threatens the survival of companies. This research aims to characterize the issues through the analysis of the Spanish and European regulations concerning abnormally low tenders in public-works procurement, to identify the factors that lead bidders to make this type of offers, and to analyze the existing measures to detect and contain such casualties. The results of this study are important for both, companies and public administrations, as well as for Spanish society in general in the pursuit of the Sustainable Development Goals.

Keywords: Abnormally low tenders; public procurement; award of contracts; public work.

**LAS BAJAS TEMERARIAS EN LA LICITACIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA
PÚBLICA: FACTORES DETERMINANTES Y MEDIDAS DE CONTENCIÓN.**

El sector de la construcción es considerado como uno de los elementos claves para mantener estables el crecimiento económico, el empleo y fomentar el progreso social. Los contratos públicos del sector de la construcción desempeñan una importante función en las economías de los países de la Unión Europea. Sin embargo, actualmente, las empresas constructoras ven como la oferta económica se ha convertido en el elemento determinante en la adjudicación de los contratos de obra, siendo la adjudicación a ofertas anormalmente bajas uno de los principales problemas al que tienen que hacer frente, repercutiendo en el normal desarrollo de los proyectos y amenazando la supervivencia de las empresas. La presente investigación pretende caracterizar la problemática detectada a través del análisis de la normativa española y europea concerniente a las bajas temerarias en la contratación de obra pública, identificar los factores que conducen a los licitadores a realizar este tipo de ofertas y analizar las medidas existentes para detectar y contener dichas bajas. Los resultados de dicho estudio son importantes tanto para las empresas y las administraciones del sector, como para la sociedad española en general en la búsqueda de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Palabras claves: Bajas temerarias; contratación pública; adjudicación de contratos; obra pública.

Correspondencia: Laura Montalbán Domingo laumondo@upv.es



1 Introducción

En una licitación pública, es muy habitual que una o varias ofertas económicas puedan ser consideradas por su bajo importe en relación con el resto de las ofertas presentadas como anormales o desproporcionadas. Este tipo de ofertas se producen cuando el licitador realiza una baja al Presupuesto Base de Licitación (PBL) del proyecto licitado que puede suscitar dudas razonables al órgano de contratación respecto del cumplimiento del contrato. Tradicionalmente a este tipo de bajas se les conoce por el término coloquial de «ofertas o bajas temerarias». La calificación jurídica de baja incurso en anormalidad o desproporción es relativa y sólo depende del examen comparativo entre las ofertas presentadas aplicando un determinado criterio preestablecido en los pliegos (Castel, 2018). Así pues, una oferta estará incurso en presunción de temeridad por su estado comparativo con el resto de las proposiciones económicas realizadas. Esta calificación es sólo jurídica, y tiene el efecto que obliga al licitador, a requerimiento de la mesa de contratación o del órgano de contratación si esta no existiera. Después deberá seguir un procedimiento que consiste en justificar los términos de su oferta de forma racional y suficiente de forma que el órgano de contratación tenga el debido conocimiento de los motivos en los que se fundamenta la oferta que ha sido presuntamente considerada como temeraria (Art 149 LCSP). Las bajas excesivas motivadas por ofertas económicas realizadas con altos riesgos no son recomendables en ningún caso. Por un lado, impiden el desarrollo profesional de la obra o servicio con la calidad y celeridad adecuadas, son fuente de problemas, sobrecostes, pérdida de calidad, retrasos y paralizaciones que en ocasiones pueden llevar a rescisiones de contratos. Por otro, perjudican al mercado, a las empresas contratistas, a los trabajadores y sus derechos, proveedores y a la larga al propio promotor y a la sociedad en general. (Castel, 2017)

2 Caracterización de la problemática detectada a través del análisis de la normativa internacional, europea y española.

2.1 Organismos internacionales multilaterales no financieros

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), es creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 2205 (XXI) el 17 de diciembre de 1966. Dentro de sus áreas de trabajo, CNUDMI aprueba la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de 1 de julio de 2011 destinada a la contratación de bienes y obras, realizada por las administraciones y otras entidades pertenecientes al Sector Público de los Estados. Contiene procedimientos y principios cuya finalidad es, por un lado, lograr el uso óptimo de los recursos y evitar los abusos en el proceso de adjudicación y por otro, la armonización de las normas internacionales en materia de contratación pública. La Ley Modelo carece de fuerza vinculante, se trata de un modelo a seguir por aquellos Estados que carezcan de la normativa de contratación pública adecuada o que no dispongan de la suficiente experiencia en el desarrollo legislativo. Con respecto a las ofertas anormales o desproporcionadas, el artículo 20 de la Ley Modelo contempla la posibilidad de rechazar las ofertas anormalmente bajas si la entidad contratante alberga sospechas de que el precio u otros elementos constitutivos de la oferta

resulta anormalmente bajo respecto de los otros licitadores, o que se albergan dudas sobre la aptitud del licitador para cumplir el contrato a la vista de sus ofrecimientos. En estos casos, La Ley Modelo establece el procedimiento de solicitar por escrito una justificación de las partes de la oferta que suscitan dudas y tomar la decisión de aceptación o rechazo en función de si su contenido disipa o no las dudas de la entidad contratante. En caso de rechazo, la entidad debe fundamentar su decisión y comunicarlo por escrito al proveedor que incurrió en presunción de anormalidad. Ahora bien, no establece los criterios para estimar la temeridad, ni las pautas y criterios para la justificación de las ofertas que hayan incurrido en esta situación.

El «Acuerdo sobre Contratación Pública» (ACP) de la «Organización Mundial de Comercio» (OMC) tuvo su origen en un documento resultante de la Ronda de Tokio en los años setenta denominado Código de Compras del Sector Público. Este instrumento ha ido renegociándose internacionalmente con el fin de actualizar su texto y ampliar los compromisos de acceso a los mercados hasta llegar a la edición definitiva revisada en la versión del 6 de abril de 2014. El ACP es un acuerdo plurilateral, donde no todos los miembros de la OMC son parte en él y, por tanto, solo obliga a los países firmantes. El artículo XV. 6 del ACP contempla el caso de que se produzcan bajas anormales o desproporcionadas, pero no plantea ni criterios de detección de bajas temerarias, ni criterios de aceptación o rechazo ni metodología alguna para su tratamiento o justificación. Concretamente establece: *“En caso de que una entidad contratante reciba una oferta cuyo precio sea anormalmente más bajo que los precios de las demás ofertas presentadas, la entidad podrá verificar con el proveedor que éste reúne las condiciones de participación y tiene capacidad para cumplir lo estipulado en el contrato”*. (Art XV.6 ACP)

En el año 2015 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) renueva las antiguas recomendaciones publicadas en 2008 y publica «La Recomendación de la OCDE sobre Contratación Pública de 2015», que es un documento director, que promueve el uso estratégico y holístico de la contratación pública alineado con la consideración de que la contratación pública es la piedra angular de la gobernanza estratégica. En el caso de las bajas temerarias, la Recomendación de la OCDE de 2015 ni las contempla ni establece ninguna recomendación sobre este tema.

El «Tratado de Libre Comercio de América del Norte» (TLCAN) está suscrito por los gobiernos de tres países: Estados Unidos Mexicanos, Canadá y los Estados Unidos de América. Su objeto es el establecimiento de una zona de libre comercio en materia de bienes, servicios y obras públicas. En la cuarta parte del tratado, se introducen una serie de normas de contratación que vienen recogidas en el Capítulo X “Compras del Sector Público” secciones A, B, C y D. En la sección A se desarrollan las prescripciones respecto del ámbito de aplicación y cobertura del tratado, en la sección B se desarrollan los procedimientos de licitación, en la sección C los procedimientos de impugnación y en la sección D las disposiciones generales. En el caso de ofertas temerarias o anormalmente bajas en precio, el artículo 1009.4.b) (Capítulo X, sección B) del TLCAN, faculta a la Entidad contratante a *“averiguar con el proveedor para asegurarse de que éste satisface las condiciones de participación y es o será capaz de cumplir los términos del contrato”*. Sin embargo, no establece ningún procedimiento reglado para la detección y tratamiento de las bajas temerarias.

El «Área de libre Comercio de las Américas» (ALCA) fue un intento de acuerdo multilateral iniciado el 12 de diciembre de 1994 entre los 34 países americanos (excepto Cuba). Elaboraron un Plan de Acción que debía culminar con la creación de una zona de libre comercio en el año 2005 denominada ALCA. La realidad fue que el intento fracasó en la IV Cumbre que se celebró en el 2005 en Buenos Aires sin llegar a dar sus esperados frutos. En el seno de ALCA, se llegó a constituir el «Grupo de Trabajo de Compras del Sector Público» con el objetivo de elaborar un documento que integrara las bases para un acuerdo multilateral en contratación pública. No obstante, al fracaso de este tratado, en el último borrador de 21 de noviembre de 2003 del «Borrador de acuerdo 2003», se recogía en el Capítulo XVIII Compras. Contrataciones y Adquisiciones del Sector Público los aspectos relacionados con la contratación. Entre ellos, el Artículo 23.3. del Capítulo XVIII establece la regla para tratar las bajas temerarias: *“Si la entidad contratante recibe una oferta que sea anormalmente inferior en precio a las otras presentadas, la entidad podrá hacer las verificaciones necesarias para asegurarse de que el oferente podrá satisfacer las condiciones de participación y estará en capacidad de cumplir los términos del contrato. En el caso de que la entidad determine que el oferente no está en capacidad de cumplir con los términos del contrato, la oferta será rechazada.”*

MERCOSUR es un acuerdo de integración territorial con objeto de promocionar el intercambio comercial y de inversiones de la economía competitiva. Está compuesto por los siguientes países fundadores: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, y los siguientes países asociados: Venezuela¹, Bolivia, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú y Surinam. El 21 de diciembre de 2017 se firma el «Protocolo de Contrataciones Públicas del MERCOSUR» con el objetivo de crear un marco normativo regulatorio de las compras públicas. El artículo 21.6 del tratado, establece la forma de operar en el caso que se detecten ofertas temerarias. En este caso el procedimiento se centra exclusivamente en la capacidad del operador económico y en el cumplimiento de las condiciones de participación sin que la propia oferta económica sea cuestionada.

2.2 El marco europeo

La Directiva europea 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública considera que las ofertas con bajas anormales pueden ocurrir en los contratos de obras, servicios y suministros cuando estén basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico económico o jurídico y considera que el Poder adjudicador está facultado para rechazar estas ofertas en el caso de que el operador económico no haya ofrecido una explicación suficiente. Además, en sostén de la línea estratégica del apoyo de objetivos sociales y ambientales, establece como obligatorio para el poder adjudicador el rechazo de las ofertas temerarias cuando compruebe que los costes de la oferta anormalmente bajos resulten del incumplimiento de la normativa en materia social, laboral o medioambiental. (Considerando 103). Dicha Directiva, establece un procedimiento en los casos que se detecten propuestas que puedan ser calificadas de anormalmente bajas que se basa en tres aspectos: (Art 69)

¹ Actualmente suspendida de sus derechos y obligaciones. (Consultado el 14 de agosto 2020)

1. El Poder adjudicador debe exigir al operador económico que esté en presunción de anormalidad que explique el precio o los costes en los que se basa su oferta. (Art 69.1).
2. Las explicaciones pueden referirse a los siguientes elementos: (i) ahorros en los procesos de fabricación de los suministros, en los servicios prestador en el método de ejecución de las obras. (ii) a soluciones técnicas adoptadas o condiciones excepcionalmente favorables que disponga el licitador bien para el suministro de productos, bien para prestar los servicios o bien para construir las obras. (iii) la originalidad de los suministros, servicios o de las obras. (iv) al cumplimiento de las obligaciones ambientales, sociales o laborales vigentes en el derecho de la Unión, en los Estados o en convenios internacionales según indica el Artículo 18.2 de la Directiva. (v) el cumplimiento y respeto de las prescripciones sobre subcontratación incluidas en el Artículo 71 de la Directiva, y (vi) la obtención por el licitador de ayudas estatales.
3. Una vez recibidas las explicaciones, el poder adjudicador debe evaluar el contenido y alcance y proceder a su aceptación o rechazo, pero solo puede rechazar las explicaciones ofrecidas por el licitador en el caso de que no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de precios o costes aplicados según los elementos de análisis descritos anteriormente, o bien que no cumplan algún precepto de las obligaciones ambientales, sociales o laborales vigentes en el derecho de la Unión, en los Estados o en convenios internacionales, que contempla el Artículo 18.2 de la Directiva. (Art 69.3)

Por último, la Directiva contempla que cuando la oferta sea anormalmente baja como consecuencia de que el licitador ha recibido una ayuda del Estado, y esta sea la única causa, el poder adjudicador solo puede rechazar la oferta si transcurrido el plazo para que el licitador aporte la documentación, no demuestre que dicha ayuda es compatible con el mercado interior y con el Tratado Fundacional de la Unión. (Art 69.4)

2.3 El marco legislativo en España

En España, la legislación sobre contratación se basa en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), 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. Además de la citada LCSP, está en vigor el Texto consolidado del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP) y sus sucesivas modificaciones, con validez en todo aquello que no se oponga o contradiga lo establecido en la LCSP.

Ni en la Directiva 2014/24/UE, ni en la LCSP existe una definición exacta de que se entiende por «oferta anormalmente baja». Sin embargo la LCSP, obliga a los órganos de contratación en los contratos de obras, servicios y suministros a: (i) incluir en los pliegos los «parámetros objetivos» que deben permitir identificar elementos anormales en la oferta. (Art 149.2 LCSP). (ii) identificar las ofertas que se puedan encontrar incursas en alguna o algunas causas de anormalidad en virtud de dichos parámetros. (Art 149.2) y, (iii) a seguir un procedimiento especial reglado en el artículo 149.4,5,6,7 para determinar si se califica

definitivamente como anormal o se admite la oferta del licitador inicialmente considerada como desproporcionada. (Art 149.1)

La LCSP asigna a la mesa de contratación o en su defecto al propio órgano de contratación la función de identificar y tramitar el procedimiento para el esclarecimiento de las posibles ofertas anormales siguiendo los siguientes criterios:

- Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas se podrá apreciar de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, siendo habitual que se considere oferta desproporcionada aquella cuya baja sea superior a la baja media de todas las ofertas más 10 puntos. (Art 85 RGLCAP)
- En los casos en los que se considera más de un criterio de valoración, puede indicarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, que es lo habitual, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.

En otras palabras, en los procedimientos de licitación en los que se establezcan varios criterios de adjudicación es el órgano de contratación a través del pliego de la licitación el que determina con que parámetros y criterios puede apreciarse que una oferta pueda estar incurso en causa de temeridad sin que estos parámetros tengan que hacer referencia exclusivamente al precio de la oferta. En cambio, en los procedimientos de licitación en los que solo exista un criterio de adjudicación, que será el precio o un elemento relacionado con los costes, el órgano de contratación debe estar a lo dispuesto en el Artículo 85 del RGLCAP.

Por último, cuando se identifica una oferta que pueda contener elementos desproporcionados o anormales, el órgano de contratación no puede excluirla de forma automática, sólo puede excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación de un procedimiento que consiste en los siguientes pasos:

- 1 La mesa de contratación o en su caso el órgano de contratación debe dar audiencia a los licitadores que estén en presunción de desproporción para que justifiquen y desglosen razonadamente la valoración económica de la oferta, sus costes o que expliquen cualquier otro parámetro que haya sido considerado inicialmente como anormal en referencia a los criterios objetivos de desproporción expresados en los pliegos. Las alegaciones para desvirtuar la calificación de temeridad deben reflejar como mínimo las circunstancias que vienen recogidas el Art 149.4 LCSP y que son coincidentes con las contenidas en el artículo 69 de la Directiva 2014/24 U.E. que se han indicado anteriormente.
- 2 El órgano de contratación considerando la justificación efectuada por el licitador y el informe motivado de la mesa de contratación puede estimar que la oferta puede ser cumplida por el proponente y en consecuencia se admite la proposición como otra cualquiera, o que no puede ser cumplida, en cuyo caso debe motivar las

razones del rechazo de la proposición de forma que el licitador pueda fundamentar, en su caso, su reclamación.

- 3 Una vez comunicada al licitador, su exclusión o admisión, sin que exista recurso que impida la adjudicación, el órgano de contratación procederá a realizar la adjudicación y formalización del contrato a la proposición mejor valorada.

3 Conclusiones de las medidas existentes para detectar y contener las bajas anormales o desproporcionadas.

Teniendo en cuenta lo indicado anteriormente podemos resumir en la siguiente tabla el estado comparativo realizado.

Tabla 1. Resumen del estado comparativo entre la Normativa Internacional en relación con los procesos de aceptación o rechazo de ofertas temerarias

Organismo	Ley / Recomendación	Criterios de detección	Procedimiento	Criterios de aceptación / rechazo
CNUDMI UNCITRAL	Ley Modelo Sobre Contratación pública	No	Justificación de licitador	No
OMC	Acuerdo sobre Contratación Pública	No	Justificación de licitador	Capacidad empresa y cumplimiento de condiciones de participación
OCDE	Recomendación sobre Contratación Pública	No	No	No
TLCAN	Compras del Sector Público	No	Justificación de licitador	Capacidad empresa y cumplimiento de condiciones de participación
ALCA	Borrador de Acuerdo. Compras y adquisiciones	No	Justificación de licitador	Capacidad empresa y cumplimiento de condiciones de participación
MERCOSUR	Protocolo de Contrataciones Públicas del MERCOSUR	No	Justificación de licitador	Capacidad empresa y cumplimiento de condiciones de participación
U.E.	Directiva 2014/24U.E.	No	Justificación de licitador	Sólo en caso de infracción normativa social, laboral o medioambiental
España	LCSP 2017	En Pliegos y Art 85 RGLCSP	Justificación de licitador	Sólo en caso de infracción normativa social, laboral o medioambiental

Con respecto de las reglamentaciones internacionales de las organizaciones multilaterales podemos establecer que normalmente no existen criterios ni metodologías establecidas de detección y contención de la posible desproporción de las ofertas económicas. En estos casos el proceso se centra en verificar que el licitador tiene capacidad para cumplir lo estipulado en el contrato con el precio ofertado. Esta verificación se realiza previa solicitud

al licitador que ha incurrido en oferta anormal de un informe que desvirtúe dicha consideración que puede referirse sólo a la propia capacidad del licitador.

Respecto de la normativa europea, podemos afirmar que, salvo incumplimientos de la legislación social, laboral y ambiental, la regulación contenida en la nueva Directiva no especifica los parámetros a considerar para calificar una oferta como anormalmente baja ni tampoco la forma en que estos criterios deben plasmarse en los pliegos. En cambio, sí contempla la existencia de un procedimiento en el que el licitador, incurrido presuntamente en presunción de temeridad, puede explicar suficientemente los elementos y razonamientos que motivan su oferta en lo que se refiere al precio o costes de la prestación. Una vez terminado el trámite el Poder Adjudicador puede rechazar la oferta si se deduce su inviabilidad o se incumple la reglamentación en materia medioambiental, social o laboral de la Unión Europea o del país miembro.

En España, la normativa de contratación refleja las disposiciones de la Directiva europea 2014/24 U.E. y por tanto contempla también el mismo procedimiento para que el licitador explique los valores anormales de su oferta. Además, obliga a los órganos de contratación en los contratos de obras, servicios y suministros a incluir en los pliegos los parámetros objetivos que deben permitir identificar elementos anormales en la oferta.

Por último, podemos establecer que, en ningún caso de los estudiados, se contempla en la reglamentación la exclusión automática del licitador que haya formulado una oferta presuntamente anormal o desproporcionada, sino que, ante la sospecha, se abre un proceso reglado de explicación de la oferta tras cuyo análisis el órgano contratante estima si la propuesta puede ser cumplida o no, en cuyo caso procede a la admisión o exclusión del licitador. Por tanto, se destaca la falta de medidas alternativas para detectar y contener las bajas temerarias más allá de los procedimientos de explicación y justificación solicitados al licitador descritos anteriormente. Queda así a la discrecionalidad del Poder adjudicador (salvo en el caso español de licitación con un único criterio económico), la definición de los parámetros objetivos que determinen cuando una oferta puede ser considerada como anormal o temeraria.

4 Identificación de los factores que conducen a los licitadores a realizar este tipo de ofertas

Dejando a un lado las razones basadas en innovaciones, subvenciones, originalidad de soluciones o mejora de la competencia, que justifican plenamente una oferta de menor coste, las razones por las que los licitadores realizan este tipo de bajas asumiendo riesgos importantes son varias. Por un lado se puede deber a razones estructurales en la propia empresa (internas) y por otro a cuestiones circunstanciales (externas). En cualquier caso, se trata de supuestos que obedecen al interés del licitador (Martín, 2003) sin que sean achacables al órgano de contratación (Castillo, 2020).

4.1 Factores internos

Los aspectos internos que influyen en tomar riesgos que pueden conducir a propuestas anormales pueden ser los siguientes (Castel, 2008).

- 1 Las pequeñas empresas son menos proclives a realizar ofertas arriesgadas que las grandes empresas. La razón de esta afirmación reside en el propio tamaño empresarial. A mayor tamaño mayor capacidad de absorber las posibles pérdidas que puedan ocasionar las ofertas con excesivos riesgos.
- 2 La especialización de la empresa está en relación directa con el riesgo que puede asumir. Sólo en los casos en los que la licitación se refiera a su línea de especialización podrá asumir riesgos altos, en el resto de los casos asumirá un grado muy inferior de riesgo. La razón de esta afirmación es que la especialización permite un mayor conocimiento de las obras o servicios y de las metodologías de actuación. Permite operar con costes más bajos y con rendimientos más altos y mejor conocidos y sobre todo por el acotamiento de los riesgos que se puedan dar en el desarrollo de los trabajos.
- 3 Las empresas con escasa capacidad técnica, no se sienten con fuerza suficiente para afrontar ofertas con excesivo riesgo, al no disponer de un personal técnico especializado en plantear soluciones alternativas o gestionar los cambios necesarios en el contrato para reconducir la oferta realizada.
- 4 Las empresas con baja capacidad económica no pueden asumir pérdidas ni financiarlas por lo que no adoptarán posturas de riesgos excesivos, salvo errores, en ningún caso.
- 5 Según el objeto del contrato que se está licitando, habrá una mayor o menor capacidad de asumir riesgo, por ejemplo, si el contrato que se licita se corresponde con la especialidad de la empresa siempre se puede asumir más riesgo al dominar bien la ejecución y su problemática que en caso contrario.
- 6 Es evidente que una empresa no puede sobrevivir sin ventas, y estas la proporcionan los contratos adjudicados. Por tanto, una empresa con cartera abundante no tendrá la necesidad de conseguir contratos a mal precio o con riesgos innecesarios, mientras que otra que vea peligro por falta de cartera será mucho más agresiva en sus ofertas.

Además, otros autores han señalado otros aspectos que complementan los anteriores

- 7 El exceso de capacidad productiva que está ociosa puede ser otra razón para que la empresa realice ofertas agresivas, con objeto de dar continuidad a recursos ociosos que no son eliminables al no resultar eficiente para la cadena de producción de la empresa. (Gimeno, 2015)
- 8 Las empresas que se encuentran en una mala situación financiera pueden optar por realizar ofertas agresivas como comportamiento estratégico dado que disfrutan de responsabilidad limitada. (Calveras & Ganuza & Hauk, 2002)

4.2 Factores externos

Como aspectos ajenos al operador económico, podemos destacar (Castel, 2008)

- 1 El número de licitadores que se prevea que se pueden presentar a una licitación es determinante. A mayor número de ofertas mayor posibilidad de que nuestra oferta

- sea superada y, por tanto, más tendencia a forzar la baja, por el contrario, con pocos licitadores la competencia es menor y la tendencia es a moderar la baja.
- 2 Según la identidad del promotor el riesgo se toma con mayor o menor amplitud. Con promotores en los que se conozca su dinámica de trabajo, la empresa licitadora adopta más riesgo que en la ejecución de contratos en otros menos conocidos o más estrictos.
 - 3 La información histórica de las bajas que se le hacen al promotor es otro factor que condiciona la oferta final ya que muchos operadores económicos toman estas bajas como referencia.
 - 4 Es obvio que la situación económica general influye en la contratación y en el precio ofertado. En épocas de bonanza hay contratos para todos y las bajas se moderan, ya que las empresas no necesitan forzar sus ofertas. En épocas de crisis las licitaciones disminuyen, los presupuestos se reducen, las condiciones de adjudicación se endurecen notablemente y la competencia aumenta por lo que los riesgos asumidos en las ofertas aumentan.
 - 5 El precio que oferta una empresa por una obra o servicio viene fuertemente condicionado por los criterios de valoración de la oferta. Si el único criterio de adjudicación es el precio el responsable final de la oferta económica sabe que debe quedarse el más barato o no se llevará el contrato. En este caso intentará posicionarse donde estime que su oferta será la más barata arriesgando un porcentaje bastante mayor que en el caso de que la oferta económica no sea determinante y operen otros criterios. En los casos con varios criterios de adjudicación además del precio, el peso que le asigne el pliego de condiciones a la valoración de la oferta económica también influirá. No es lo mismo que los criterios de evaluación de la oferta económica de la empresa asignen un peso del 40% a la misma que un 80% sobre la puntuación total. Es evidente que en el primer caso la empresa introducirá menos riesgo que en el segundo. Además, la fórmula establecida de cálculo de la puntuación económica también influye ya que un pliego que establezca fórmulas que primen hacer baja obtendrá ofertas con fuertes bajas mientras que los que usan formulaciones que buscan la moderación obtendrán bajas moderadas u ofertas con menores riesgos. Una misma empresa con un mismo estudio económico de un contrato hará dos ofertas distintas según sea el procedimiento de adjudicación a la baja o no.

En la Tabla 2 se resumen las principales causas indicadas

Tabla 2. Factores que influyen en la existencia de ofertas temerarias (Castel, 2017); (Gimeno, 2015) y (Calveras & Ganuza & Hauk, 2002)

Factores internos en la empresa	Factores externos a la empresa
Tamaño empresarial	Número de licitadores previsible
Especialización de la empresa	Identidad del promotor
Capacidad técnica	Antecedentes de bajas realizadas al promotor
Capacidad económica	Coyuntura económica general
Cartera empresarial	Criterios de valoración de la oferta en los Pliegos
Exceso de capacidad productiva	
Mala situación Financiera	

5 Propuestas para la eliminación de las bajas temerarias.

La responsabilidad de acabar con la mala práctica de las bajas temerarias debe compartirse entre los órganos de contratación pertenecientes al sector público y los operadores económicos pertenecientes al sector privado. Respecto de los primeros tomando las medidas y procedimientos necesarios para evitar, en lo posible, las bajas anormales, y los segundos licitando con mayor responsabilidad. Aunque la responsabilidad de que este tipo de ofertas se produzca es de las empresas licitadoras (Castillo, 2020), debemos incidir en el hecho de que sólo el órgano de contratación tiene las competencias para establecer, en el Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) de la licitación, los dispositivos necesarios para impedir las bajas temerarias.

(i) Desde el punto de vista del licitador, y como se ha señalado, son muchos los factores que debe ponderar a la hora de establecer la oferta económica en busca de la adjudicación del contrato, y pueden conducir a la adopción de unos parámetros de riesgo que pongan en peligro la ejecución del contrato, por lo que la autorregulación del licitador es la única solución. En esta dirección se pueden definir criterios respecto de los costes que si se sobrepasan pueden ocasionar la calificación de oferta temeraria. En la Tabla 3 se muestra la evolución teórica de la oferta de un licitador a medida que este va disminuyendo componentes del coste y asumiendo riesgo progresivamente con objeto de aumentar su baja.

Tabla 3. Consideraciones económicas para considerar una oferta económica como temeraria en función del riesgo aceptado por el licitador

Oferta económica	Situación	Caracterización
$Of > (CD + CI) + GG + BI$	Oferta viable económicamente	Oferta sin riesgos
$Of = (CD + CI) + GG$	Oferta límite. Cubre los costes de la obra o servicio y los GG de la empresa	Oferta en el límite
$Of < (CD + CI) + GG$	Oferta con riesgo no cubre el 100% de los gastos generales de la empresa	Oferta con riesgo
$Of < (CD + CI)$	Oferta irresponsable	Oferta con riesgo y agresiva

Siendo: CD el coste directo, CI el coste indirecto, GG los gastos generales del licitador y BI el beneficio industrial considerado.

(ii) Desde la visión del órgano de contratación sólo es posible introducir criterios de detección estrictos y adoptar medidas de contención en los pliegos. En este caso, si el órgano de contratación opta por moderar las bajas, puede adoptar las siguientes (Castel, 2007):

- 1 No realizar disminuciones del presupuesto del proyecto o del servicio por necesidades presupuestarias manteniendo las prestaciones ya que lo que hace en estos casos el propio órgano de contratación es aplicar una baja previa al contrato. En caso contrario, es necesario ajustar las prestaciones solicitadas al montante

económico disponible. El precio de licitación debe contemplar, además de los costes de prestación del servicio, los gastos generales, el beneficio industrial de las empresas licitadoras así como cualquier otro gasto imputable al contrato.

- 2 No contemplar como único criterio de valoración de la oferta el económico. Utilizar varios criterios de adjudicación dando un peso a la oferta económica equilibrado frente al peso del resto de criterios técnicos.
- 3 Establecer criterios de temeridad con márgenes estrechos sobre la baja media o sobre las bajas de referencia adoptadas para el cálculo del criterio de temeridad
- 4 Utilizar fórmulas matemáticas para el cálculo del criterio económico que no penalicen mucho a las ofertas menos baratas, o bien hacer uso de los umbrales de saciedad, recientemente admitidos por los tribunales administrativos de recursos contractuales (resolución 489/2019 del TACRC), en los pliegos con objeto de limitar la valoración del criterio económico e impedir la escalada de bajas más allá de los límites de saciedad establecidos.
- 5 Exigir una justificación económica lo suficientemente detallada de la cifra ofertada. De esta forma, el promotor del sector público tendría mucha mayor garantía de los importes ofertados por los licitadores que el actual sistema de cifra global sin justificar. Prácticamente se eliminarían las ofertas temerarias y sin fundamentar, quedando a la vista la valoración inequívoca de todas y cada una de las prestaciones ofertadas. Por tanto, la propuesta es el establecimiento por el licitador de los precios unitarios del contrato, en vez de una baja global al mismo, es decir, abandono del concepto de baja global al contrato por el de la valoración justificada del licitador.

6 Conclusión y futuras líneas de investigación

En la presente ponencia se ha revisado la normativa nacional e internacional. Se han identificado los aspectos que pueden conducir a los operadores económicos a realizar ofertas con excesivos riesgos y se han planteado propuestas de solución que deben adoptar los órganos de contratación. Como conclusión general, se estima necesario la adopción de nuevas medidas reglamentarias que complementen los procedimientos actuales que se muestran insuficientes para contenerlas y que busquen su eliminación del mercado de la contratación pública. Para ello, la línea investigadora iniciada se debería complementar con otros estudios e investigaciones que validen las propuestas de eliminación planteadas en la presente ponencia.

7 Bibliografía

Área de libre Comercio de las Américas (ALCA). Borrador acuerdo. http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/ChapterXVIII_s.asp (consultado el 15 de agosto de 2020)

Castel Aznar L. (2018). Gestión de ofertas y licitaciones públicas. Madrid. La Garceta.

Castel Aznar L. (2017). Bajas desproporcionadas y moderación de ofertas. Mensaje en: <https://www.monrabal.net/2017/09/25/bajas-desproporcionadas-moderacion-ofertas/>

Castillo Blanco F.A. (2020). Las ofertas anormalmente bajas: a propósito de los costes generales y el beneficio industrial. *Revista de Administración Pública*, 212, 347-374.
<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.13>

Calveras A. & Ganuza J.J. & Hauk E. (2002). Las bajas temerarias en las subastas de obras públicas. Un análisis de la regulación española. *Hacienda Pública Española / Revista de Economía Pública*, nº 162: 135-153

Unión Europea. Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública

España (LCSP) 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.

Gimeno Feliu J. M^a. ¿Bajas temerarias?, o el porqué de las ofertas económicas «agresivas». La estrategia del órgano de contratación. Mensaje en: Observatorio de la Construcción: <http://www.obcp.es/opiniones/bajas-temerarias-o-el-porque-de-las-ofertas-economicas-agresivas-la-estrategia-del-organo>

Martín Seco J.F. (2003). El precio como criterio de adjudicación en los concursos. *IGAE nº7 Pág. 11-26*

Naciones Unidas. (CNUDMI). Ley Modelo sobre la Contratación Pública (2011)
https://uncitral.un.org/es/texts/procurement/modellaw/public_procurement

OCDE. Recomendación de contratación pública. 2015
<http://www.oecd.org/gov/public-procurement/recommendation/> (consultado el 14 de agosto de 2020)

Organización Mundial de Comercio. Acuerdo revisado sobre contratación pública de 2014. (ACP) https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.htm. (Consultado en enero de 2020)

Tratado de Libre Comercio de América del Norte. (TLCAN). Organización de los Estados Americanos (OEA). Sistema de información sobre comercio exterior. http://www.sice.oas.org/Trade/nafta_s/Indice1.asp (Consultado el 11 de agosto de 2020)

Comunicación alineada con el
Objetivo de Desarrollo Sostenible:

