

ADENDA A “ESTANDARIZACIÓN DE LA EVALUACIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICA”

Manuel Narbona Sarria

Mayo 2019

RESUMEN

En diciembre de 2018 se publicó en este mismo foro un artículo mío titulado [ESTANDARIZACIÓN DE LA EVALUACIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICA](#) del que inmediatamente se hicieron eco en la comunidad de prácticas [CONTRATACIÓN PÚBLICA](#) y se creó una discusión titulada [¿La fórmula definitiva para valorar el precio?](#)

Después de innumerables fórmulas, algunas plausibles, otras exóticas y otras muchas disparatadas, ¿quién va a creer que existe una única fórmula para evaluar la oferta económica y que, además, se puede demostrar que es correcta?

Las objeciones no se hicieron esperar aún sin haber entendido la fórmula.

Tras muchos cruces de opiniones, todas las objeciones han quedado reducidas a una sola: no se puede admitir un límite inferior para el precio, que es el límite de la oferta sospechosa de anormalidad, sin tener en consideración al conjunto de las ofertas válidas presentadas a un concurso público.

He decidido acabar con esa última objeción introduciendo una modificación en la fórmula que, en realidad, ya había admitido durante la discusión aunque, al parecer, sin éxito. La modificación consiste en admitir que el límite de anormalidad se pueda obtener, cuando no quede más remedio, del conjunto de ofertas válidas. Espero que ahora exponiendo las ideas de un modo más ordenado logre acabar con todas las objeciones a mi fórmula.

Esta es una solución de compromiso que como veremos al final del artículo, traslada la arbitrariedad en la elección de la fórmula para evaluar la oferta económica a la arbitrariedad en la elección del procedimiento para determinar la oferta temeraria. Aún así, es un avance.

Palabras claves: *contratación pública, evaluación de la oferta económica, anormalidad, temeridad*

ABSTRACT

In December 2018, an article of mine titled [STANDARDIZATION OF THE EVALUATION OF THE ECONOMIC OFFER](#) was published in this same forum. Immediately, in the community of practices [PUBLIC PROCUREMENT](#) it was created a discussion entitled [The definitive formula to value the price?](#)

After innumerable formulas, some plausible, others exotic and many others crazy, who will believe that there is a unique formula to evaluate the economic offer and that, in addition, can be shown to be correct?

The objections were not made wait even without having understood the formula.

After many crossing of opinions, all the objections have been reduced to a single one: it is not possible to admit a lower limit for the price, that is the limit of the offer suspicious of abnormality, without taking into account the set of the valid offers presented to a public contest.

I have decided to end that last objection by introducing a modification in the formula that, in fact, I had already admitted during the discussion although, apparently, without success. The modification consists in admitting that the limit of abnormality can be obtained, when there is no choice, the set of valid offers. I hope that now exposing the ideas in a more orderly way I will finish with all the objections to my formula.

This is a compromise solution that, as we will see at the end of the article, transfers the arbitrariness in the choice of the formula to evaluate the economic offer to the arbitrariness in the choice of the procedure to determine the reckless offer. Still, it's an advance.

Keywords: *public procurement, evaluation of the economic offer, recklessness, abnormality*

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1 INTRODUCCIÓN.....	4
2 EL ESTADO DEL ¿ARTE? DE LA EVALUACIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICA.....	5
3 MI PROPUESTA.....	7
3.1 Introducción.....	7
3.2 Algunos conceptos.....	8
3.3 La fórmula: el descuento de la oferta respecto del margen de beneficio.....	8
4 LAS OBJECIONES.....	9
5 LA FÓRMULA REDEFINIDA.....	11
6 CONCLUSIONES Y MEJORAS.....	12

1 INTRODUCCIÓN

En diciembre de 2018 se publicó en este mismo foro un artículo mío titulado [ESTANDARIZACIÓN DE LA EVALUACIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICA](#) del que inmediatamente se hicieron eco en la comunidad de prácticas [CONTRATACIÓN PÚBLICA](#) y se creó una discusión titulada [¿La fórmula definitiva para valorar el precio?](#)

Ya en el mismo título de la discusión se mostraba el escepticismo, o la expectación, ante lo que prometía el citado artículo: una fórmula estándar, demostrable y única, para evaluar la oferta económica. Las dudas eran lógicas: después de innumerables fórmulas, algunas plausibles, otras exóticas y otras muchas disparatadas, ¿quién va a creer que existe una única fórmula para evaluar la oferta económica y que, además, se puede demostrar que es correcta?

Las objeciones no se hicieron esperar aún sin haber entendido la fórmula. Se ha recurrido a los pronunciamientos de órganos consultivos y tribunales para “justificar”, en unos casos, que no podía existir una fórmula semejante porque no se puede negar al órgano de contratación la libertad para elegir la fórmula para evaluar la oferta económica¹ y, en otros, que la citada fórmula, si fuera cierta, tal y como está definida no es aplicable a la evaluación de la oferta económica en la contratación pública.

Tras muchos cruces de opiniones, todas las objeciones han quedado reducidas a una sola: no se puede admitir un límite inferior para el precio, que en la fórmula es el límite de anormalidad de una oferta, sin tener en consideración al conjunto de las ofertas válidas presentadas a un concurso público.

Me he resistido a adoptar esta solución, que conozco desde hace tiempo, porque infringe uno de los principios que, a mi juicio pero no al juicio de otros, debería ser esencial a cualquier oferta y es que el valor de una oferta debe ser el mismo con independencia de cuantos licitadores, y con qué precios, acudan a un concurso público e, incluso, que el valor de dicha oferta no debería cambiar de un concurso a otro siempre que las condiciones sean las mismas.

El órgano de contratación tiene la responsabilidad de fijar los criterios, los pesos y modo en que asigna la puntuación en cada criterio. En especial, respecto del criterio “precio” debe evitar, en lo posible, que sean los licitadores quienes impongan el precio de un concurso público y para ello debe estudiar con detalle el sector del mercado al que va dirigido dicho concurso. Quiero decir con esto que igual que el órgano de contratación es capaz de fijar el límite superior del gasto de acuerdo a las necesidades descritas en las bases del concurso, también debería poder estimar el precio mínimo que está dispuesto a admitir para no considerar que una oferta es sospechosa de ser una oferta temeraria.

En el artículo original propuse que cuando existe un convenio colectivo que afecta al personal que debe proveer el servicio objeto del contrato, el precio mínimo del concurso debe estimarse a partir del convenio colectivo y que para estimar el presupuesto base de licitación se haga uso de los datos económicos de la central de balances del Banco de España para el sector de actividad al que afecta el concurso.

Admito², no obstante, que quizás no siempre es posible estimar el límite inferior del precio del concurso y que, en ese caso, no queda más remedio que apoyarse en el conjunto de ofertas válidas que se presentan a un concurso para estimar dicho límite inferior. Esta es una solución de compromiso que como veremos al final del artículo, traslada la arbitrariedad en la elección de la fórmula para evaluar la oferta económica a

1 Esta es la interpretación que hace el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en la Resolución 51/2019 al Recurso 20/2019.

2 Creo que Juan Carlos Gómez acierta cuando [propone](#) que C sea el valor que se obtiene al aplicar al conjunto de ofertas válidas el procedimiento que el órgano de contratación defina para estimar el límite de temeridad. Esto hace que C sea variable, pero en el caso de no poder estimar con certeza el valor de C, como sucede cuando existe un convenio colectivo de referencia, no queda otra salida.

la arbitrariedad en la elección del procedimiento para determinar la oferta temeraria. Aún así, es un avance.

Esto no cambia la esencia de la fórmula que es que los precios de las ofertas no dependan de solo una de ellas, la más barata, que es lo hacen todas las fórmulas que asignan la máxima puntuación del criterio precio a la oferta más barata, sino que los precios se comparen con un rango de precios común a todas las ofertas. Esto no puede evitar la manipulación del concurso si los licitadores pactan los precios, pero es un riesgo que habrá que correr mientras no se fije un procedimiento estándar para determinar la anormalidad de una oferta.

Estoy convencido de que introduciendo esta modificación en la fórmula que, en realidad, ya había admitido durante la discusión³, aunque sin éxito, ya no habrá objeciones a mi fórmula. Espero que ahora exponiendo las ideas de un modo más ordenado se entienda mejor esta propuesta, aunque otra cosa es que los órganos de contratación quieran usar la fórmula y perder así el poder de decisión que les otorga la elección de la fórmula para la valoración de la oferta económica.

Lo que viene a continuación es, en primer lugar, una recapitulación de en dónde nos encontramos respecto de la evaluación de la oferta económica en el momento actual, a lo que seguirá un resumen de mi propuesta original, para que nadie se pierda. A continuación, hago un repaso de las objeciones que se han presentado y paso a describir la solución a todas ellas, no tanto por responder a dichas objeciones, aunque también, sino porque, como ya he dicho, admito que no siempre es fácil, o posible, estimar el límite inferior de la oferta económica en un concurso público. Finalmente, presento las conclusiones y mejoras posibles.

2 EL ESTADO DEL ¿ARTE? DE LA EVALUACIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICA

Lo primero que me ha llamado la atención respecto del uso de fórmulas para los criterios cuantitativos en la contratación pública es que nunca he encontrado en ningún concurso, y he leído bastantes, la justificación de las fórmulas propuestas.

La LCSP dice en el art. 146.b que “La elección de las fórmulas se tendrán que justificar en el expediente”, pero tengo la impresión de que lo habitual es que no se justifiquen las fórmulas incumpliendo así este precepto de la Ley, aunque parece que eso no preocupa a nadie. Solo se justifican las fórmulas cuando se interpone un recurso relativo a las fórmulas usadas y, en esos casos, la justificación se parece más a una excusa del órgano de contratación al que han pillado en un renuncio que a una verdadera justificación del uso de la fórmula.

Los dos últimos concursos que he visto con fórmulas extrañas, uno en la Junta de Andalucía y otro en la Comunidad de Madrid, usaban las raíces 5ª y 6ª de la habitual fórmula lineal; ambas fórmulas son difíciles de justificar⁴.

³ Véase la nota 2 y mi [respuesta a la discusión del día 1 de abril de 2019](#). “Voy a admitir, no obstante, que debo formular la anormalidad con referencia al conjunto de todas las ofertas ...”

⁴ En el caso de la segunda, sobre la que un licitador interpuso un recurso y por eso existe una justificación, la justificación por parte del órgano de contratación, que es ambigua, inexacta y no aporta ninguna evidencia, dice así:

*“Opone el órgano de contratación que la fórmula escogida, $X_i = 70 \times ((A-B)/(AC))^{1/6}$, respeta los **principios de proporcionalidad y reparto equitativo** de las puntuaciones. Defiende que no es ininteligible al haber sido perfectamente aplicada por el recurrente, que no es especialista en la materia y mantiene que las ofertas muy bajas no son las mejores ni las más recomendables, ya que **está demostrado** que en contratos como el que nos ocupa, bajas muy importantes conllevan defectos en la ejecución”.*

El reparto no es proporcional y menor aún equitativo y la afirmación de que los grandes descuentos conllevan defectos en la ejecución es solo, si no se aportan evidencias, una conjetura plausible.

Así que el estado del ¿arte?, por llamarlo de alguna manera, es que en nuestros concursos cada cual usa la fórmula que quiere y lo hace sin justificación alguna.

Pero como una imagen vale más que mil palabras, la Figura 1 muestra la situación actual respecto de la valoración de la oferta económica en la que se han considerado algunas de las fórmulas que pululan por nuestros concursos, incluida alguna tan exótica e injustificable como la de la raíz 6ª que he comentado antes.

Estas son algunas observaciones que pueden ayudar a comprender la Figura 1⁵:

Son 7 las fórmulas representadas: la **1** (roja, curva) la usa la ONU (lo han establecido para todas sus licitaciones) y también lo recomendaban en “50 criterios de calidad y excelencia...”⁶; la **4** (rosa, recta) es muy habitual en nuestros pliegos; la **3** (azul, curva) es una mezcla de la **1** y la **4**; la **2** (también en rosa pero curva) es la raíz 6ª de la **4**; la **5** (gris, recta) es una variación de la **4** en la que el PBL, L, se ha sustituido por la oferta más cara, A; la **6** (negra, recta) esta basada en el descuento sobre el PBL; y la **7** (verde, curva), es mi fórmula que está basada en el descuento sobre el beneficio.

Mi fórmula es la única que se puede demostrar que es correcta; las demás solo se podrían justificar y algunas, ni eso.

Las cinco primeras establecen que la máxima puntuación la obtendrá la oferta más barata, B, pudiendo situarse este punto en cualquier lugar entre el límite de anomalía y el PBL y haciendo que la puntuación que se asigna a la ofertas dependa del precio de una de ellas, la más barata, que obtiene la máxima puntuación. Las dos últimas fijan puntuación de las ofertas económicas en función del descuento, sobre el PBL o sobre el beneficio, que es posible admitir sin caer en la anomalía.

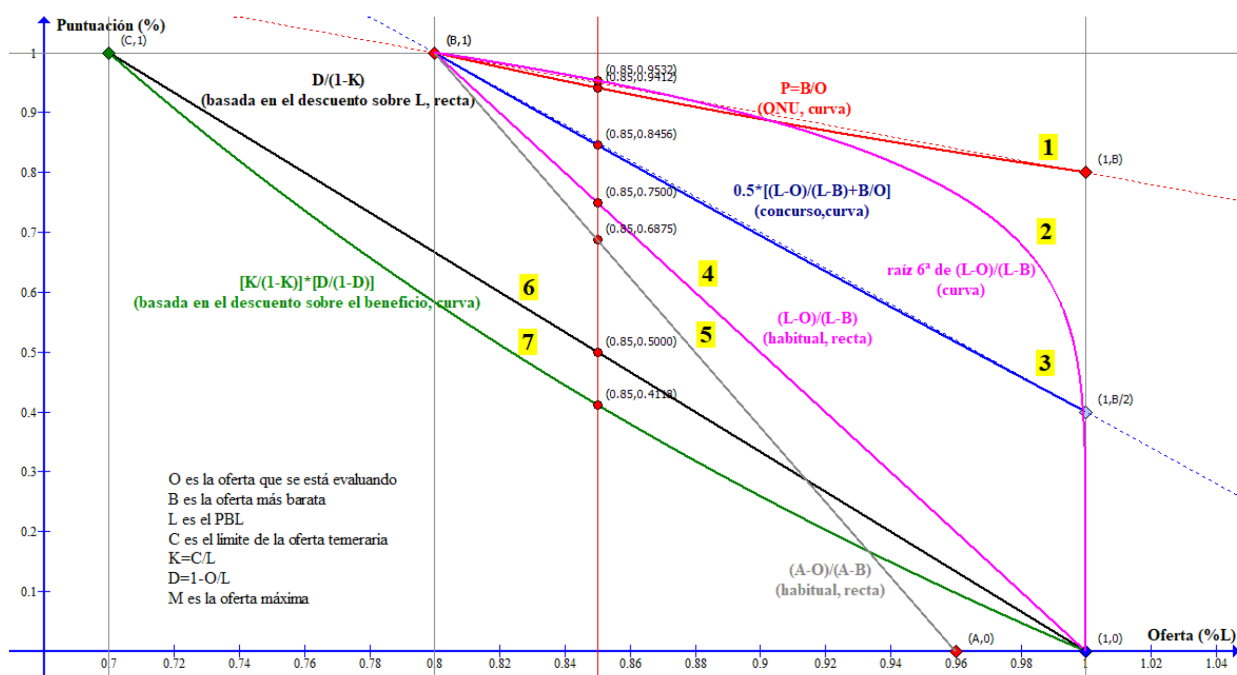


Figura 1. Fórmulas para la valoración de la oferta económica

Respecto de la puntuación mínima, algunas fórmulas la sitúan en el PBL (**2, 4, 6 y 7**), otras en la oferta más cara (**5**), y otras son de tal naturaleza que impiden asignar todo el rango de puntuación disponible (**1 y 3**).

5 En la representación de las fórmulas se está suponiendo que la oferta más barata es el 80% del Presupuesto Base de Licitación.

6 50 Criterios de Calidad y Excelencia para la prestación del servicio, que aportan valor en la Contratación Pública

La **5** es una variante, muy habitual también, de la **4** en la que L, el PBL, se sustituye por A, la oferta más cara quedando así: $P=(A-O)/(A-B)$. Esta es la peor de todas las ecuaciones porque si solo hay dos ofertas la puntuación de la oferta más cara ($O=A$) es 0 y la de la más barata ($O=B$) es el máximo posible asignado al criterio precio aunque la diferencia entre A y B sea de solo un céntimo. Esto incita a las empresas a realizar ofertas temerarias, ninguna empresa quiere ser la más cara, más allá de sus verdaderas posibilidades de ejecutar adecuadamente el contrato. En la gráfica es la línea que une los puntos (B,1) y (A,0) donde $A=0.96$.

En la **1** y **3** la puntuación del criterio precio tiene un recorrido limitado por el valor de la oferta más barata, B. Si $B=80\%$ del PBL, la puntuación va del 100% al 80% del peso del criterio en la **1**, y del 100% al 40%, en la **3**.

Solo las 2 últimas fórmulas, la **6** y **7**, usan todo el recorrido posible: desde 0% al 100% de los puntos asignados al criterio entre el rango disponible para el precio: desde el límite de anormalidad al PBL.

Las fórmulas **1** y **3**, ambas curvas, se comportan casi como rectas (líneas discontinuas roja y azul) en el recorrido de que disponen. La **1** se separa en el punto más distante de la recta que pasa por el inicio y el fin en un 12 por mil y, la **3**, en un 8 por mil si B es el 80% del PBL.

Finalmente, la **2** es de tal naturaleza que pasa de 0 al 60,7% de los puntos con un descuento de solo el 1% de PBL y llega al 89,1% de los puntos con tan solo un descuento del 10% sobre el PBL cuando la oferta más barata es el 80% del PBL. Queda menos del 11% de los puntos en litigio para descuentos entre el 10% del PBL y el precio de la oferta más barata cuando ésta es el 80% del PBL; es decir, solo el 11% de la puntuación se asigna entre el 10 y 20% de descuento del PBL; el resto se ha perdido en llegar al 10% del PBL.

A partir del 10% de descuento sobre el PBL la curva **2** es casi una recta. Cualquier licitador hará un descuento próximo al 10% para no quedarse sin opciones y si a partir de aquí el comportamiento es casi lineal, lo único que cabe preguntarse es qué pretendía el órgano de contratación al proponer esta fórmula, si es que era consciente del resultado de la fórmula propuesta. Si lo que pretendía es que las ofertas se aproximaran a un 10% de descuento sobre el PBL se podría haber elegido un PBL un 10% inferior y una fórmula más sencilla.

Como se puede ver en la Figura 1, para una oferta que sea el 85% del PBL las puntuaciones van desde el 41% de los puntos asignados al criterio que le otorga mi fórmula, la **7**, al 95%, si la fórmula empelada es la de la raíz sexta, la **2**, o al 94%, si se emplea la fórmula de la ONU, la **1**. Las diferencias son tan grandes que, dependiendo del peso del criterio precio, el resultado del concurso puede variar considerablemente.

Evidentemente, elegir la fórmula otorga mucho poder decisión al órgano de contratación y a eso es difícil renunciar.

3 MI PROPUESTA

Para que nadie se pierda, lo que sigue es un resumen muy esquemático de mi propuesta⁷.

3.1 Introducción

La puntuación que se otorga a una oferta debe ser una medida del esfuerzo que una empresa realiza al presentar dicha oferta.

Para la Administración el esfuerzo de la empresa se plasma en el descuento sobre el Presupuesto Base de Licitación (PBL), pero para la empresa dicho esfuerzo es a costa de reducir su margen de beneficio.

⁷ Véase [ESTANDARIZACIÓN DE LA EVALUACIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICA](#)

Se puede demostrar que la puntuación asociada al esfuerzo no es una función lineal del descuento sobre el presupuesto base de licitación.

3.2 Algunos conceptos

A continuación se definen algunos conceptos sencillos que serán necesarios para la demostración de la fórmula para la evaluación de la oferta económica:

- Precio (O): el valor por el que se intercambian los bienes y servicios. Equivale al coste de venta más los beneficios. Es el valor económico de la oferta sin IVA.
- Coste, o costo: valor monetario de los consumos de factores que supone el ejercicio de una actividad económica destinada a la producción de un bien, servicio o actividad.
 - Coste de ventas: es el valor del coste de producción (coste directo + gastos generales de fabricación) de las unidades de producto o servicio que se vende.
- Beneficio económico (B): las ganancias que se obtienen de un proceso o actividad económica. El beneficio se calcula como los ingresos totales menos los costes totales de producción y distribución.
- Margen bruto (M): diferencia entre el precio de venta y los costes de venta (costes de producción o de adquisición) antes de impuestos. Se suele calcular como un porcentaje respecto del precio de venta.

3.3 La fórmula: el descuento de la oferta respecto del margen de beneficio

La fórmula que describe el margen de beneficio, M , en tanto por ciento, es

$$O=C+B \rightarrow M=\frac{B}{O}=1-\frac{C}{O}$$

Fórmula 1. Margen de beneficio

donde

- B es el beneficio,
- C es el coste y
- O es la oferta (precio de venta)

y como

$$O=L*(1-D_0)$$

Fórmula 2. Oferta como función del descuento del precio máximo

donde

- L es el presupuesto base de licitación, y
- D_0 el descuento de la oferta, en tanto por ciento, sobre el presupuesto base de licitación

resulta que

$$M = 1 - \frac{C}{L * (1 - D_0)} = 1 - \frac{K}{1 - D_0} \quad \text{donde} \quad K = \frac{C}{L}$$

Fórmula 3. Margen de beneficio como función del descuento del presupuesto base de licitación

Se puede demostrar que la relación entre el descuento del margen de beneficio y el descuento de la oferta es

$$D_M = K * \frac{D_0}{1 - D_0} \quad \text{o} \quad D_0 = \frac{D_M}{D_M + K}$$

Fórmula 4. Descuentos sobre el margen y la oferta

y que la puntuación asociada al descuento D_0 es

$$P_0 = \frac{D_M}{1 - K} = \frac{K}{1 - K} * \frac{D_0}{1 - D_0} = \frac{K}{1 - K} * \frac{L - O}{O}$$

siendo

$$K = \frac{C}{L} \quad \text{y} \quad D_0 = \frac{L - O}{L}$$

donde

C es el valor mínimo obtenido del convenio colectivo del sector;

L es el presupuesto base de licitación, sin IVA;

O es la oferta que se está evaluando, sin IVA;

D_0 es el descuento de la oferta sobre el presupuesto base de licitación; y

P_0 es la puntuación normalizada que obtiene la oferta que se está evaluando

Fórmula 5. Puntuación de la oferta

4 LAS OBJECIONES

Como ya he comentado, desde que se publicó el artículo [ESTANDARIZACIÓN DE LA EVALUACIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICA](#) se estableció un interesante debate sobre la aplicabilidad de la Fórmula 5. A continuación se resume, algunas de las objeciones al uso de la fórmula, no a la fórmula en sí misma, que se ha puesto sobre la mesa⁸:

- La Fórmula 5 es compleja y opaca.

¿En qué sentido es compleja? La fórmula se basa en el descuento sobre el PBL y el único parámetro que la diferencia de las demás es C que, siempre que sea posible su estimación, representa el coste mínimo de los suministros o servicios objetos del contrato. El que sea una recta o una curva no la hace más compleja que cualquiera de las mostradas en la Figura 1.

La fórmula no es opaca. Está justificada, demostrada, publicada y accesible a todo el que quiera analizarla, todo lo contrario de que se suele ver en los pliegos en los que ni siquiera suele estar justificada.

⁸ Véase [¿La fórmula definitiva para valorar el precio?](#)

Otra cosa es que un especialista en derecho, como los que habitualmente componen los tribunales administrativos o los servicios de contratación, no pueda entenderla, pero para eso basta con asesorarse adecuadamente. No es justificación para rechazar la fórmula el hecho de que un letrado no pueda entenderla; ¿acaso un letrado entiende la fórmula de la raíz sexta, o cualquier otra, que ni está justificada ni puede demostrarse?

- Si la Fórmula 5 produce el efecto de no repartir todos los puntos asignados al criterio, en este caso el precio, la fórmula no es aceptada por los tribunales.

La fórmula no produce este efecto. En la fórmula se fijan los extremos del rango del precio y esto significa que si el precio de una oferta es el PBL se le asignarán 0 puntos y si el precio coincide con C, se le asignará la máxima puntuación asignada al criterio, pero evidentemente si el precio de la mejor oferta es mayor que C dicha oferta, aunque sea la mejor, no obtiene todos los puntos de criterio como tampoco se asigna 0 puntos a la peor oferta salvo que el precio coincida con el PBL. Esto debe ser así porque de otro modo se está desvirtuando el valor real de la oferta, es decir, su capacidad para ejecutar el contrato.

Por ejemplo, si la oferta más barata obtiene la máxima puntuación posible aunque el descuento sobre el PBL sea de solo el 3%, otorgarle la máxima puntuación puede hacer creer que la oferta es excelente cuando en realidad no es ni siquiera buena, aunque sea la mejor, y puede, incluso, que al otorgarle la máxima puntuación se esté ocultando un pacto entre empresas.

Las fórmulas **1** y **3** no permiten, y en la práctica tampoco la **2**, asignar todos los puntos y no han sido cuestionadas.

- Si el precio es el único criterio, el límite de temeridad debe ser un parámetro que tome como referencia el conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado y que si son múltiples criterios, el límite de temeridad debe referirse a la oferta considerada en su conjunto.

El texto exacto del artículo 149.2 la LCSP es el siguiente:

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.

b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.

Y más adelante en este mismo artículo dice:

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

En mi opinión, que sé que la mayoría no comparte, el último párrafo define implícitamente un umbral de anormalidad sobre la base del cumplimiento del convenio colectivo del sector; todas las

empresas que licitan están obligadas al cumplimiento de dicho convenio y los órganos de contratación deben verificar que ningún licitador vulnera la normativa laboral⁹. Igualmente, creo que el apartado “a” del artículo 149.2 no es incompatible con fijar C cuando C es posible determinarlo a partir del convenio colectivo del sector al que va dirigido el concurso.

No voy a insistir más en el análisis del artículo 149 para no repetir aquí los argumentos que he expuesto en mi artículo [LA TEMERIDAD Y LAS OFERTAS BUENAS, BONITAS Y BARATAS](#) publicado en este mismo foro¹⁰.

En cualquier caso, en el siguiente capítulo haré una propuesta que modifica mi fórmula original con la que estoy seguro que todos estarán de acuerdo.

- La fórmula en cuestión implica definir a priori el límite de la oferta temeraria cosa que los tribunales no admiten porque puede suponer fijar un umbral de saciedad en el precio.

Fijar C como límite de anormalidad no significa fijar un límite de saciedad en el precio porque son cosas diferentes. Un límite de saciedad significa que a partir de un determinado valor de, por ejemplo el precio de la oferta, no se obtiene mayor puntuación en el criterio “precio” por más bajo que sea éste una vez superado dicho límite. Pero en este caso ninguna oferta será automáticamente rechazada, ni su puntuación se verá limitada, por ofrecer un precio menor que C ya que, simplemente, se tendrá que someter al procedimiento de anormalidad que prevé la LCSP y si lo supera, la oferta sigue adelante.

Como sé que a pesar de los argumentos anteriores no voy a convencer a casi nadie y como además no siempre será fácil fijar el valor de C, lo que me parece una razón de más peso que las objeciones antes analizadas, voy a modificar la fórmula para acabar definitivamente, o eso espero, con las objeciones a mi fórmula.

5 LA FÓRMULA REDEFINIDA

En la formulación original, el valor de C se obtiene a partir del convenio colectivo, cuando el objeto del contrato es un servicio prestado por personas sujetas a dicho convenio.

Esta es la modificación de la formulación original: cuando no sea posible estimar directamente el valor de C dicho valor deberá determinarse a partir del precio del conjunto de las ofertas válidas¹¹.

Como decía en la introducción, ésta es una solución de compromiso que traslada el problema de la elección de la fórmula para evaluar la oferta económica a la elección del procedimiento para determinar la anormalidad de una oferta.

9 En la Resolución 315/2018 Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, dicho tribunal da la razón a la empresa demandante admitiendo que el licitador puede ejecutar el servicio objeto del contrato acogiéndose al convenio colectivo vigente y no, como argumentaba la Administración que pretendía rechazar a la empresa demandante, el del acuerdo particular que la empresa actual tenía con sus empleados. Implícitamente, el dictamen del tribunal admite que el cumplimiento del convenio colectivo es un límite de anormalidad lícito, aunque soy consciente de que el tribunal no dice explícitamente eso.

También soy consciente de que he caído en el sesgo de conformación que consiste en destacar todos los elementos, en este caso pronunciamientos de los tribunales, que apoyan nuestra argumentación e ignorar, e incluso ocultar, lo que van en contra de nuestros argumentos. Mi única excusa es que en un ámbito donde los tribunales se contradicen unos a otros, por ejemplo apoyando o no las formulas lineales, parece posible una cosa y la contraria. No es difícil encontrar los pronunciamientos que apoyen nuestras opiniones previas.

10 Véase, también, mi respuesta del 18 de enero en la discusión [¿Estamos usando los criterios para la evaluación de las ofertas correctamente? ¿Es el precio un criterio como los demás? ¿Qué significa el artículo 149 b de la LCSP?](#)

11 No estoy renunciando a estimar C a partir del convenio colectivo cuando sea posible hacerlo. Otra cosa será convencer al letrado, y demás juristas implicados en la contratación, de que cuando exista un convenio colectivo que regula la prestación del servicio objeto de contrato, acepte que C, estimado a partir de dicho convenio colectivo, es el límite de la oferta temeraria.

En cualquier caso, el valor de C debe ser el que se obtenga al aplicar el procedimiento para determinar la anormalidad de una oferta porque lo que C representa en mi fórmula es el límite de anormalidad. Evidentemente, esto mantiene intacto el sentido de mi fórmula pues solo la oferta cuyo precio es igual a C obtiene la máxima puntuación y no la oferta más barata, como sucede con todas las demás fórmulas.

Si una o más ofertas sospechosas de temerarias superan el procedimiento para determinar si son o no anormales, el valor de C en la fórmula debe fijarse al precio de la oferta más barata que haya superado el procedimiento de anormalidad.

Como explico en mi artículo [LA TEMERIDAD Y LAS OFERTAS BUENAS, BONITAS Y BARATAS](#) hay que tener cuidado con el modo en que se fijan las condiciones de temeridad para no encontrarnos con sorpresas inesperadas. Evidentemente, de las condiciones de temeridad que se fijan para determinar la anormalidad o no de una oferta, en el caso que nos ocupa solo nos interesan aquellas condiciones que fijan límites en el precio.

Se puede tener la tentación de sustituir C por el precio más bajo en lugar de por el límite de temeridad, pero esto haría depender la puntuación en el criterio “precio” del resto de las ofertas del precio de la oferta más barata. Si el órgano de contratación no puede definir C a partir de un estudio del mercado al que va dirigido el concurso, al menos debería preocuparse de que la fórmula tenga como referencia al conjunto de ofertas válidas y no a una sola de ellas, salvo que el precio de dicha oferta esté por debajo del límite de anormalidad y sea una oferta válida que haya superado el procedimiento de anormalidad.

6 CONCLUSIONES Y MEJORAS

Esta son las dos conclusiones que se extraen del análisis anterior:

1. La Fórmula 5 sigue siendo válida siempre que C represente el límite de anormalidad el cual se puede establecer a partir del convenio colectivo, del estudio del mercado al que va dirigido el concurso o del conjunto de ofertas válidas.
2. C no debe ser el precio de la oferta más barata porque esto hace que el valor en el criterio precio del resto de las ofertas depende de una de ellas, la más barata, y no del conjunto de ofertas. Y además, proceder así no tiene sentido porque esto no nos libra de tener que fijar, igualmente, el límite de anormalidad.

Ya he comentado que se ha trasladado la arbitrariedad en la elección de la fórmula para evaluar la oferta económica a la arbitrariedad para elegir el procedimiento para determinar la anormalidad de una oferta.

El problema no se ha acabado, pero ya estamos más cerca: solo falta regular el modo de estimar el límite de la oferta temeraria para evitar que los órganos de contratación alteren el resultado del concurso proponiendo procedimientos difíciles o imposibles de justificar¹². Este es el próximo reto.

Aquí van algunas propuestas a vuelapluma, por si alguien se anima:

- Definir un porcentaje fijo del PBL, por ejemplo, el 25% de descuento sobre el PBL. Esto no lo aceptan los tribunales, de momento, salvo que el único criterio sea el precio, exista un único licitador y se aplique el artículo 85 del Reglamento.
- Definir la temeridad como una función de todas las ofertas. Si el número de ofertas es pequeño la función, que puede ser la media, no es fiable.
- Deducir el límite de temeridad de los datos de la Central de Balances usando el beneficio medio de las empresas del sector según el tamaño de la empresa. El problema es que si el servicio

¹² Me he aproximado a este tema en el artículo [LA TEMERIDAD Y LAS OFERTAS BUENAS, BONITAS Y BARATAS](#), pero no es suficiente.

objeto del contrato lo ejecutan pocas personas con determinados perfiles, el beneficio medio para esas condiciones puede no ser una buena aproximación.

- Definir un procedimiento sobre la base de la estructura de coste de las empresas como sugiere Juan Carlos Gómez para el caso de un contrato de concesión de servicio¹³.

¹³ [Respuesta de Juan Carlos Gómez el día 14 de enero](#) en la discusión [¿La fórmula definitiva para valorar el precio?](#)