

Informe 40/99, de 30 de junio de 1999. "Sobre aplicación de bajas desproporcionadas o temerarias en concursos y sobre utilización del procedimiento negociado en casos de declaración del concurso desierto".

8.1. Conceptos generales.

ANTECEDENTES.

1. Por el Subsecretario del Ministerio de Fomento se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«Con fecha 31 de mayo de 1999, esta Subsecretaría, siguiendo instrucciones del titular del Departamento, y a fin de que formara mejor criterio el Consejo de Ministros como órgano de contratación que debe resolver el concurso para otorgar la concesión administrativa de construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje "Santiago de Compostela-Orense. Tramo: Santiago de Compostela-Alto de Santo Domingo", solicitó dictamen de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa "sobre la procedencia de la propuesta formulada por la Mesa de contratación en función de lo dispuesto por el artículo 89 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y de la base 9ª del correspondiente pliego".

En relación con el mismo concurso, y a fin de que por el órgano de contratación pueda adoptarse una decisión, tras haber sido suficientemente considerados y valorados en el marco jurídico regulador de la adjudicación de la concesión todos los extremos sobre los que versan las ofertas, se solicita de esa Junta Consultiva:

1. Que, en cumplimiento del acuerdo del Consejo de Ministros del 11 de junio de 1999, dictamine si, al amparo de lo previsto en el artículo 84.2.b) en relación con el 91 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el acuerdo que adopte el órgano de contratación puede no acomodarse a la propuesta, en base a considerar que la ?evaluación errónea y excesivamente baja? (citada en la valoración del criterio 4? del Informe-propuesta de la Mesa de contratación, referida a la estimación de los tipos de interés -cuya evaluación futura no depende del concursante-) puede considerarse como baja desproporcionada o temeraria, en los términos previstos en el citado artículo 84.2.b).

2. Igualmente, se solicita dictamen de ese Órgano consultivo sobre la viabilidad de acordar la apertura de un procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación de la concesión de referencia, en el supuesto de que sea declarado desierto el concurso, tal como se propone en el proyecto de Acuerdo de Consejo de Ministros que se acompaña.

Se adjunta, asimismo, de nuevo la documentación ya remitida con ocasión de la consulta precedente sobre el concurso, así como fotocopia del informe emitido por el Abogado del Estado Jefe del Servicio Jurídico del Ministerio de la Presidencia, de fecha 27 de mayo de 1999».

2. Conforme se indica en el anterior escrito, además del proyecto de Acuerdo del Consejo de Ministros sobre apertura de un procedimiento negociado, se adjunta nuevamente la documentación remitida con ocasión de la consulta precedente sobre el concurso, que motivó el informe de esta Junta de 10 de junio de 1999 (expediente 39/99) así como fotocopia del informe emitido por el Abogado del Estado Jefe del Servicio Jurídico del Ministerio de la Presidencia de fecha 27 de mayo de 1999.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Reiterando las consideraciones expuestas en nuestro anterior informe de 10 de junio de 1999 referente al concurso para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Santiago de Compostela-Orense. Tramo: Santiago de Compostela-Alto de Santo Domingo, que se dan por reproducidas, resulta necesario abordar las cuestiones que ahora expresamente se suscitan y sobre las que el informe del Abogado del Estado Jefe del Servicio Jurídico del Ministerio de la Presidencia de 27 de mayo de 1999 propone que se pronuncie esta Junta Consultiva, consistiendo la primera en determinar si la ?evaluación errónea y excesivamente baja? de una de las ofertas puede considerarse como baja desproporcionada o temeraria en los términos previstos en el citado artículo 84.2 b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la segunda en determinar, si el concurso es declarado desierto, si procede acordar la apertura de un procedimiento negociado con dispensa de publicidad, si se solicitan ofertas, en este nuevo procedimiento, a los grupos que las presentaron en el previo concurso, ya declarado desierto.

2. A diferencia de la subasta donde los supuestos y procedimiento para apreciar las bajas desproporcionadas o temerarias, ofertas anormalmente bajas en la terminología comunitaria, está perfectamente reglado y no debe suscitar especiales dificultades, la distinta ponderación del criterio del precio, incluso su inexistencia, en el concurso determina que sea imposible apreciar ?a priori? los supuestos en que una oferta debe considerarse desproporcionada o temeraria, y, en consecuencia, pueda aplicarse el procedimiento, con los efectos previstos en el artículo 84, apartados 2 b, 3, 4 y 5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Excepción a la afirmación realizada la constituye el que el propio pliego de cláusulas administrativas particulares contenga fórmulas o criterios para la previa consideración de desproporcionadas o temerarias de las bajas de las ofertas en concursos, como esta Junta, como inmediatamente veremos, ha puesto de relieve y como pretende resolver el proyecto de Ley, por la que se modifica la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, actualmente en tramitación parlamentaria, al dar nueva redacción a su artículo 87, apartado 3, que literalmente establece que ?en los contratos que se adjudiquen por concurso podrán expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias?.

Esta Junta Consultiva, con arreglo a la legalidad vigente, ha manifestado la imposibilidad de apreciar bajas desproporcionadas o temerarias en concursos, salvo que el pliego introduzca un sistema que permita valorar adecuadamente las ofertas anormalmente bajas. Así en el informe de 5 de junio de 1996 (expediente 18/96) (al que posteriormente se remiten los informes de 18 de diciembre de 1996 (expediente 62/96) y el informe de 20 de marzo de 1997 (expediente 8/97), en sus apartados 1, 2, 3, 4 y 5 de sus consideraciones mantenía lo siguiente:

«1 - La única cuestión que se plantea en el presente expediente consiste en determinar si las normas sobre bajas temerarias o desproporcionadas -ofertas anormalmente bajas en la terminología comunitaria- que contiene la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se circunscriben exclusivamente a la forma de adjudicación mediante subasta o, por el contrario, resultan de aplicación al concurso e, incluso a los supuestos de utilización del procedimiento negociado con publicidad. La cuestión enunciada tiene que ser resuelta partiendo de la regulación en las Directivas comunitarias de las ofertas anormalmente bajas, para, a continuación, examinar como se refleja en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas la obligada incorporación del contenido de dichas Directivas en este extremo concreto a la legislación española.

2 - La finalidad básica de la normativa comunitaria en la regulación de las ofertas anormalmente bajas es la de evitar que se puedan rechazar automáticamente dichas ofertas sin verificar previamente una comprobación de las mismas a efectos de determinar su posible cumplimiento. El artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE, sobre contratos de obras, los artículos 26 y 27 de la Directiva 93/36/CEE, sobre contratos de suministro y los artículos 36 y 37 de la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios, con redacción prácticamente idéntica, después de mencionar los criterios en que puede basarse la adjudicación del contrato -el de precio más bajo o subasta en la terminología de la legislación española y el de la oferta más ventajosa económicamente con arreglo a distintos criterios o concurso en nuestra regulación- establecen que si para un contrato determinado alguna oferta se considera anormalmente baja en relación con la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará, por escrito, las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta y verificará esta composición teniendo en cuenta las justificaciones o explicaciones presentadas. Resulta así incuestionable que en las Directivas comunitarias las ofertas anormalmente bajas pueden darse tanto en el concurso como en la subasta, ya que los reseñados preceptos, después de admitir que se puedan tomar en consideración las justificaciones que hagan referencia a la economía o ahorro del procedimiento de construcción o proceso de fabricación, a las soluciones técnicas adoptadas, a las condiciones excepcionalmente favorables de que disfrute el licitador para la ejecución de las obras, el suministro de productos o la prestación del servicio y a la originalidad del proyecto o del suministro, aclara que si en el pliego de condiciones se previera la adjudicación a la oferta más baja, la entidad adjudicadora comunicará a la Comisión las ofertas rechazadas.

3 - La finalidad que persigue la regulación comunitaria de las ofertas anormalmente bajas -de evitar su rechazo automático- y los medios concretos para ello -realizar las comprobaciones y verificaciones oportunas- aparecen incorporados al artículo 84 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto establece la posibilidad de adjudicar el contrato a proposiciones incursas en presunción de temeridad siempre que, previos los informes y comprobaciones oportunas se estime que la proposición es susceptible de cumplimiento a satisfacción de la Administración. Este extremo del artículo 84 de la Ley, aunque se incluye en la regulación de la subasta (Subsección 2ª, Sección 2ª, Capítulo VII, Título III, Libro I) resulta aplicable al concurso no solo por la prescripción contenida en el artículo 91 de la misma Ley que establece que "los preceptos relativos a la celebración en la subasta regirán también para el concurso, excepto en lo que sea exclusivamente aplicable a aquella forma de adjudicación", sino también y fundamentalmente porque mediante la aplicación de la norma examinada al concurso, nuestra legislación se acomoda al contenido de las Directivas comunitarias, lo cual constituye una consecuencia inexcusable de nuestra pertenencia a la Unión Europea

4 - Solución contraria, es decir, de signo negativo, ha de ser mantenida en cuanto a la concreta aplicación al concurso de la regla contenida en el artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado al establecer que se considerará en principio como desproporcionada o temeraria la baja de toda proposición cuyo porcentaje exceda en 10 unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas, dado que, el carácter no homogéneo de las proposiciones presentadas en los concursos, en relación con los diversos criterios de adjudicación establecidos en el pliego, impide la aplicación del criterio matemático establecido para supuestos en que el único criterio de adjudicación es el del precio como ocurre en la subasta.

Debe observarse que con ello no se mantiene la derogación, en este extremo, del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado lo cual estaría en contradicción con el reconocimiento de su vigencia que realizan el artículo 23 y la disposición derogatoria única del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino que

únicamente se sostiene que la regla de dicho artículo 109 no resulta aplicable al concurso, con lo que entra en juego la salvedad del artículo 91 de la Ley que exceptúa de la aplicación al concurso lo que sea exclusivamente aplicable a la forma de adjudicación de la subasta y permite mantener en este extremo concreto la vigencia del artículo 114 del Reglamento General de Contratación del Estado, en cuanto considera de no aplicación al concurso el artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado.

Lo indicado en este apartado no constituye obstáculo, sin embargo, para que a través de los pliegos del concurso y mediante el juego obligado de criterios objetivos y de su ponderación a que se refiere el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se introduzca un sistema que, respetando siempre el principio de imposibilidad de su rechazo automático, permita valorar adecuadamente las ofertas anormalmente bajas, resultando innecesario destacar, por obvio, que un futuro desarrollo reglamentario de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas podrá abordar la regulación de las ofertas anormalmente bajas o bajas desproporcionadas o temerarias en los concursos al amparo de la remisión que a estas normas reglamentarias realiza el artículo 84.3 para la fijación de criterios objetivos para la apreciación del carácter desproporcionado o temerario de las bajas.

5 - La inaplicabilidad al concurso del criterio matemático del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado determina que resulte ocioso plantearse si procede o no exigir al adjudicatario una garantía definitiva equivalente al importe total del contrato, consecuencia prevista en los artículos 37.4 y 84.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por la sencilla y exclusiva razón de no concurrir el presupuesto de hecho del que parten los mencionados artículos, que no es otro que el de la adjudicación a una oferta cuyo porcentaje exceda en 10 unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas y, que, como hemos razonado resulta inaplicable al concurso».

Si a las consideraciones anteriores se añade que el contrato para la construcción, conservación y explotación de una autopista es un contrato de gestión de servicio público o, al menos, un contrato mixto que se rige por las normas del de gestión de servicios, salvo en el aspecto de su publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, que se rige por las normas del contrato de obras (informe de esta Junta de 17 de noviembre de 1997 (expediente 46/97), que trata de superar las dificultades interpretativas que puede suscitar la redacción del artículo 130 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) y que el contrato de gestión de servicios públicos todavía no ha sido objeto de regulación por la Directivas comunitarias, fácilmente puede concluirse que, en este caso concreto, ni siquiera las exigencias de las Directivas comunitarias pueden operar y que al no figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, ni en el pliego de bases del concurso, fórmulas para apreciar las bajas desproporcionadas o temerarias resulta de imposible aplicación lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para el procedimiento y efectos de las bajas desproporcionadas o temerarias en la subasta.

3. En cuanto a la segunda cuestión suscitada -la viabilidad del procedimiento negociado sin publicidad, una vez declarado desierto el concurso- lo primero que hay que afirmar es que tal declaración sólo supone la conclusión de un procedimiento de adjudicación, que no necesariamente conduce a la utilización del procedimiento negociado, pues existen otras soluciones (no convocar nuevamente el procedimiento de adjudicación o convocar un nuevo concurso) que no pueden ser descartadas, por lo que la utilización de dicho procedimiento ha de ser examinada en términos de su viabilidad jurídica, como expresamente se consulta.

El artículo 160.2.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas admite que el procedimiento negociado pueda tener lugar en el contrato de gestión de servicios públicos para aquéllos contratos que no llegasen a adjudicarse porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles, siempre que no se modifiquen en forma sustancial las condiciones originales del contrato y la adjudicación se efectúe por precio no superior al que haya sido objeto de la licitación primera. Como se ponía de relieve en el citado informe de esta Junta de 17 de noviembre de 1997(expediente 46/97) el contrato de gestión de servicios públicos que implica la construcción de obras, ha de regirse por las normas de publicidad comunitaria del contrato de obras, por lo que resulta procedente también la cita del artículo 140.1.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que admite no se publique el anuncio de licitación si se incluyen en el procedimiento negociado a todos los licitadores que, con ocasión del anterior procedimiento abierto o restringido, hubiesen sido admitidos a licitación.

En definitiva procede concluir que declarado desierto el concurso para la adjudicación del contrato de construcción, conservación y explotación de una autopista puede utilizarse el procedimiento negociado, al amparo de los artículos 160.2.e) y 140.1.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con los requisitos de condiciones y precio a que se refiere el primero, si bien dicha utilización está previamente condicionada a que las ofertas en el primitivo concurso hayan sido inadmitidas, o considerado irregulares o inaceptables, debiendo remitirnos expresamente, en cuanto a las funciones de esta Junta en relación con examen de las ofertas y a la falta de transcendencia de la diversidad terminológica que se observa en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a ofertas inadmisibles, irregulares e inaceptables, a cuanto se expuso en nuestro anterior informe de 10 de junio de 1999.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, respondiendo a los extremos objeto de consulta, entiende:

1. Que la distinta ponderación en los concursos del criterio del precio, incluso su posible inexistencia, hacen imposible la aplicación de los preceptos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas referentes a ofertas con bajas desproporcionadas o temerarias en las subastas y solo mediante las oportunas previsiones en el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá establecerse un sistema o fórmula para su posible consideración en los concursos, lo que no ha sucedido en el presente caso.
2. Que una vez declarado desierto el concurso para la construcción, conservación y explotación de un tramo de la autopista Santiago de Compostela-Orense y dicha declaración se haya producido por ser las ofertas presentadas inadmisibles, irregulares o inaceptables, aparte de otras posibilidades, puede acudir a un procedimiento negociado, de conformidad con los artículos 160.2.e) y 140.1.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cumpliendo los requisitos que resultan de tales artículos.