Informe 25/93, de 22 de diciembre de 1993. "Inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares en los contratos de obras de diversas estipulaciones, en relación con la proposición económica de los licitadores."

Clasificación de los informes: 11.2. Pliegos de cláusulas administrativas particulares. 21.11. Otras cuestiones.

ANTECEDENTES

Por el Director General de Servicios del Ministerio de Cultura se dirige escrito solicitando informe a esta Junta Consultiva redactado en los siguientes términos:

"Esta Dirección General de Servicios propone añadir, en el pliego de cláusulas administrativas particulares en los contratos de obras, las estipulaciones que a continuación se relacionan:

Cláusulas a incluir en el apartado de "Presentación de proposiciones" de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en todas las modalidades de contratación de obras.

Cuando la propuesta económica sea inferior al precio de licitación, se incluirá en este mismo sobre una memoria justificativa y pormenorizada de la misma, con referencia en su caso a los precios y partidas donde se producen las modificaciones que dan origen a dicha oferta.

La no inclusión de la memoria justificativa junto con la propuesta económica, conllevará a la hora de la apertura de las proposiciones la desestimación de la oferta.

No obstante la Mesa de contratación y por causa justificada, podrá conceder a tal efecto un plazo de presentación de dicha memoria, no superior en ningún caso a tres días naturales contados a partir de la fecha de apertura de las proposiciones.

Por ello solicito de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, me informe si existe inconveniente alguno para su inclusión en dicho pliego."

CONSIDERACIONES

1 - La única cuestión que se suscita en el presente expediente consiste en determinar el ajuste o no a la legislación de contratos del Estado de la cláusula que se pretende incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares para los contratos de obras, dado que si bien estos último, al amparo de lo dispuesto en los artículos 3 y 14 de la vigente Ley de Contratos del Estado, deben contener los pactos y condiciones definidores de los derechos y las obligaciones que asumirán las partes del contrato, constituye requisito indispensable para su admisibilidad el que dichos pactos y condiciones no sean contrarios al ordenamiento jurídico y, en el caso concreto que se examina, a la vigente legislación de contratos del Estado. Lógicamente, la resolución de la cuestión suscitada exige un análisis comparativo del contenido de la cláusula que se propone y de la vigente legislación de contratos del Estado.

2 - El contenido de la cláusula que se propone viene a establecer, en síntesis, una causa de rechazo de todas las proposiciones económicas que no acompañen una memoria justificativa y pormenorizada con referencia a los precios y partidas donde se producen modificaciones a la baja respecto al precio de licitación, en toda clase de procedimiento y sistemas de adjudicación de contratos de obras.

Con independencia de que tal exigencia pudiera afectar a datos que constituyen la esfera del secreto comercial, industrial y profesional de las empresas, lo cierto es que, en los términos en que se concibe entra en contradicción con la vigente legislación de contratos del Estado, de un lado,

porque ésta no permite expresamente tal posibilidad con carácter general y de otro, y esta circunstancia debe considerarse significativa, por consagrarla expresamente para el supuesto de proposiciones incursas en presunción de temeridad, dado que el artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado después de declarar 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 presentada" añade que ello se entiende "sin perjuicio de la facultad del órgano de contratación de apreciar, no obstante, previos los informes adecuados y la audiencia del adjudicatario, como susceptible de normal cumplimiento las respectivas proposiciones". Obviamente la audiencia del adjudicatario -recuérdese que el precepto se refiere al adjudicatario provisional- no puede tener otro sentido y alcance que el permitirle justificar que su proposición, aún incursa en presunción de temeridad, es susceptible de cumplimiento, lo que, en definitiva, equivale a justificar, desde un punto de vista económico, las razones de que en la proposición se realice una oferta alejada, a la baja, del precio de licitación y ello para valorar la posibilidad de cumplimiento de la proposición no para rechazarla "ab initio".

Por lo demás, este es el mismo criterio resultante, con mayor claridad si cabe, de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, pues tratándose de ofertas anormalmente bajas, calificativo que se corresponde con nuestros términos de bajas temerarias o desproporcionadas, el artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37/CEE, relativa a contratos de obras, establece que antes de rechazar las ofertas, el órgano de contratación solicitará por escrito, las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta y verificará esta composición teniendo en cuenta las explicaciones recibidas, pudiendo tomar en consideración las justificaciones referidas a la economía del proceso de construcción o las soluciones técnicas que se hayan adoptado o las condiciones excepcionalmente favorables de que disfrute el licitador para la ejecución de las obras o a la originalidad del proyecto, precepto que en términos casi idénticos reproducen el artículo 27 de la Directiva 93/36/CEE, sobre contratos de suministro y el artículo 37 de la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios, sin que, por otra parte, exista precepto alguno que permita el rechazo de proposiciones por falta de justificación de la oferta económica.

En definitiva, si la legislación de contratos del Estado, con el mismo criterio que las Directivas comunitarias sobre contratación pública, no permite expresamente que la falta de justificación de baja en relación con el precio de licitación se configure como causa de rechazo de la proposición y tal posibilidad se admite, para valorar la susceptibilidad de cumplimiento de tales proposiciones en los supuestos de bajas temerarias o desproporcionadas, resulta contradictorio con dicha legislación el contenido de la cláusula que se propone en el escrito de consulta, lo que se predica de cualquier procedimiento y modalidad de adjudicación del contrato de obras, dado que si bien la regulación de bajas temerarias se contempla en la vigente legislación de contratos del Estado dentro de la del contrato de obras adjudicado por subasta, resulta extensible también a los concursos según el artículo 36 de la Ley de Contratos del Estado, sobre todo con el carácter argumentativo con que ha sido utilizado en este informe.

3- Con independencia de lo expuesto, conviene destacar las dificultades prácticas de aplicación de una cláusula como la propuesta, pues el efecto que se consagra en la misma -la inadmisión de la oferta económica- quedaría siempre al arbitrio del órgano de contratación, al no poder precisarse con criterios objetivos la concurrencia de la justificación de la baja de la proposición en relación con el precio de licitación, ya que en ciertos casos puede entenderse que las alegaciones genéricas (costes reducidos, soluciones técnicas, etc...) constituyen una verdadera justificación, carácter que puede ser negado en otros casos, quedando, en definitiva, afectado el principio de la actuación objetiva de la Administración, precisamente por la indeterminación que supone una cláusula como la propuesta.

CONCLUSION

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de obras de una cláusula que imponga la inadmisión de ofertas, cuando no se justifique la baja de licitación, contradice la legislación de contratos del Estado y presenta dificultades prácticas de aplicación.