

INFORME 8/02, de 26 de septiembre de 2002

MESA DE CONTRATACIÓN. DIVERSAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA APLICACIÓN DEL ART. 87 DEL REGLAMENTO GENERAL DE LA LCAP. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR INFORMES A LA JUNTA.

ANTECEDENTES

El Rector de la Universidad de les Illes Balears presenta escrito de solicitud de informe a la Junta Consultiva en los siguientes términos:

“La aplicación del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que entró en vigor el pasado 26 de abril, nos ha planteado dudas respecto a la modificación recogida en el artículo 87, apartados 1 y 3.

El artículo 87, apartados 1 y 3, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en referencia a - Observaciones, igualdad de proposiciones, acta de la mesa y devolución de documentación, dice lo siguiente:

*Art. 87.1: “Determinada por la mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, **invitará** a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas **contra el acto celebrado**, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al **aquel acto** y se dirigirán al órgano de contratación, el cual, previo informe de la mesa de contratación, resolverá el procedimiento, con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato”.*

*Art. 87.3: “Concluido el **acto**, se levantará acta que refleje fielmente lo sucedido y que será firmada por el Presidente y Secretario de la mesa de contratación y por los que hubiesen hecho presentes sus reclamaciones o reservas”.*

Con relación a estos párrafos, solicitamos a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que nos informen sobre las siguientes cuestiones:

- a) *Cuando el artículo se refiere a la proposición de “precio más bajo o económicamente más ventajosa”, ¿hemos de entender que, en el primer caso, se refiere al procedimiento de contratación convocado por subasta y, en el segundo, al procedimiento de contratación convocado por concurso?. Parece que el precio más bajo, en principio, también es el económicamente más ventajoso, es decir, que ambos términos significarían lo mismo y que, por lo tanto, estaríamos hablando de la figura de la subasta, pero quizás el término “económicamente más ventajosa” se ha de entender como el resultado de la relación calidad/precio que se pretende sobre el objeto del contrato o que, simplemente, la palabra “económicamente” es*

un error del texto. En estos últimos casos la forma de contratación sería, por tanto, el concurso.

b) Respecto a que la Mesa de contratación, después de determinada la proposición a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invite a los licitadores asistentes a que expongan sus dudas o reservas contra el acto celebrado, nos planteamos lo siguiente:

- *¿Cuál sería el procedimiento formal para efectuar la invitación? Es decir:*
- *Por una parte, si los licitadores tienen oportunidad de presentar observaciones o reservas contra el acto celebrado, ¿ se ha de entender que “el acto celebrado” se ha de convocar en sesión pública o, quizás, restringida, para dar a conocer la propuesta de adjudicación?. Este artículo habla también de “asistentes” al acto, y en el apartado 3 continua diciendo “concluido el acto se levantará acta...”. Una vez más hace referencia a un acto que parece que formalmente ha de ser resuelto con un acto público o, como hemos dicho ya anteriormente, restringido a las empresas que se han presentado a la licitación.*
- *Por otra parte, y atendiendo el principio puramente de economía procesal, se puede entender que la invitación se podría hacer por escrito enviado por fax, correo electrónico o, incluso por teléfono a todos los licitadores. En este caso, la invitación se comunicaría a todos los licitadores. No obstante lo anterior, si entendemos que la invitación no puede hacerse por teléfono, pero sí por escrito, ¿sería suficiente la comunicación mediante fax o correo electrónico?. ¿No sería necesario el acuse de recibo para garantizar la comunicación de la información?.*
- *Si entendemos que la invitación ha de hacerse a través de un acto público, solo los asistentes al acto obtendrán la información referida a la propuesta de adjudicación y, por lo tanto, el resto, transcurrido el término de dos días y desconociendo la información por no haber asistido al acto, perderían su derecho para hacer las observaciones o reservas que estimases oportunas.*

Por todo lo expuesto, y de conformidad con las competencias atribuidas a esa Junta, solicitamos se tramite el informe jurídico correspondiente con la finalidad de intentar actuar procedimentalmente de acuerdo con la interpretación más general posible y con el criterio, también, más apropiado y eficaz tanto para los licitadores como para el órgano contratante.”

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD

1. Realiza la petición de informe el Rector de la Universidad de las Illes Balears, que, en principio, no figura entre quienes enumera taxativamente el

art. 12 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de la Junta Consultiva de la CAIB, como legitimados para ello; sin embargo, como ya se dijo en nuestro informe 2/2001, la evolución seguida por las modificaciones normativas con relación a la capacidad subjetiva para solicitar informes, que por Decreto 86/1998, de 9 de octubre, se amplió a los Presidentes de las organizaciones empresariales de las Illes Balears afectadas por la contratación administrativa y que, con posterioridad, el Decreto 147/2000, de 10 de noviembre, en su disposición adicional segunda, volvió a ampliar a los Presidentes de los Consejos Insulares y de los Ayuntamientos de la CAIB, permitió interpretar que los Presidentes de otras entidades no expresamente citadas en dichos preceptos, como las Pedanías o las Mancomunidades de municipios, pudieran formular peticiones de informe a la Junta Consultiva. Y la doctrina consagrada en anteriores informes (4/99; 6/99; 8/99; 12/98...) proclive a dar respuesta a las cuestiones planteadas en aras del interés general, a pesar de no venir suscritas por persona legitimada, justificarían la procedencia de emitir el informe interesado por el Rector de la Universidad. Pero, además, en este caso, a tenor de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, que las reconoce como Administración educativa, con personalidad jurídica propia e independiente y con un régimen administrativo, de gestión, económico y presupuestario autónomo, sin perjuicio de las competencias que con respecto a ella corresponda a la Comunidad Autónoma (la de las Illes Balears, fue transferida por RD. 2243/1996) se puede considerar que la Universidad forma parte de la Administración de la Comunidad Autónoma, y, por tanto, queda afectada por lo dispuesto en el art. 1 del Decreto 20/1997, de creación de la Junta Consultiva, donde se configura como “*órgano consultivo y asesor en materia de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma...*”.

En consecuencia, se ha de reconocer a la Universidad de las Illes Balears la facultad de solicitar informes sin necesidad de que se produzca ninguna modificación de la normativa vigente.

2. Al escrito de solicitud de informe no le acompaña el informe jurídico a que se refiere el art. 16.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997 (BOCAIB nº 133, de 25-10-1997). No obstante, como reiteradamente se ha puesto de manifiesto en anteriores informes de esta Junta, si en el propio planteamiento de la pregunta se contienen las argumentaciones jurídicas que sustentan la duda interpretativa surgida, se ha de dar por cumplido el requisito requerido aun cuando materialmente no constituya un documento diferenciado cual ocurre en el presente caso.

3. Se cumplen, pues, todos los presupuestos necesarios de admisibilidad para la emisión del informe pedido.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. El Rector de la Universidad de las Illes Balears formula diversas preguntas relacionadas con la redacción del art. 87 del Reglamento General de la LCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y la primera cuestión que se plantea en el escrito de consulta es meramente de carácter semántico al considerar que proposición “*de precio más bajo*” o “*económicamente más ventajosa*” pudieran ser términos que significan lo mismo y que tal vez la palabra “*económicamente*” es un error del texto, preguntándose si, en el primer caso, se refiere al procedimiento de contratación convocado por subasta y, en el segundo, al convocado por concurso.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el art. 74, apartados 2 y 3, define las formas de adjudicación subasta y concurso del siguiente tenor:

“2. La subasta versará sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador que, sin exceder de aquél, oferte el precio más bajo.

3. En el concurso la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto”.

También en el art. 82, al referirse a la propuesta de adjudicación en las subastas dice que se hará a favor del postor “*que oferte el precio más bajo*”. Y en el art. 88.2, al tratar de la adjudicación en los concursos, habla de “*la proposición más ventajosa*”.

Sin embargo, el Reglamento, en el art. 87.1, que ahora nos ocupa, sí que usa el vocablo “*económicamente*”, al hablar de la propuesta de adjudicación que ha de realizar la Mesa de contratación, y lo contrapone a la de precio más bajo, que, indudablemente, se refiere a la subasta, por tanto la “*proposición económicamente más ventajosa*” no puede ser otra que la forma de adjudicación por concurso.

La terminología utilizada por el Reglamento no sólo no es contradictoria con la expresada en la Ley sino que se ha de considerar escrupulosamente más cumplidora de la normativa europea, de la que la nacional no es sino transposición. Así, en la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, sobre Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (art. 36); en la 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre los contratos de suministro (art. 26); en la 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993,

sobre los contratos de obras (art. 30); y en la 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre los sectores del agua, la energía, transportes, y telecomunicaciones (art. 34); en todas ellas, se dice que los criterios en que se han de basar los poderes adjudicadores para la adjudicación de los contratos serán *“únicamente el precio más bajo”*, refiriéndose a la subasta, o *“en los casos en que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, diversos criterios que variarán según el contrato de que se trate: por ejemplo, el precio, el plazo, el coste de explotación, la rentabilidad...”*, en clara referencia al concurso. Siendo de carácter manifiestamente económico los distintos conceptos que se pueden incluir en los concursos como criterios de adjudicación, pues no sólo el precio es acreedor de este calificativo.

SEGUNDA. Como segunda cuestión se interesa por el interpelante una interpretación lo más general posible y con el criterio más adecuado y eficaz, tanto para los licitadores como para el órgano contratante, sobre el artículo 87 del Reglamento, planteando una serie de interrogantes a los que se procurará dar respuesta mediante el análisis de los términos en que se encuentra redactado.

Antes de entrar en la disección del precepto reglamentario conviene examinar las normas con rango de Ley de los que trae causa:

El art. 82.1 de la LCAP, dice que para la subasta la Mesa de contratación *“procederá, en acto público, a la apertura de las ofertas admitidas y a la propuesta al órgano de contratación de la adjudicación del contrato al postor que oferte el precio más bajo.”*

Por su parte, para los concursos, el art. 88.1 de la LCAP, dispone que la Mesa de contratación *“procederá, en acto público, a la apertura de las proposiciones presentadas por los licitadores y las elevará, con el acta y la propuesta que estime pertinente... al órgano de contratación...”*

Parece deducirse de la redacción de ambos preceptos, por la utilización de la conjunción copulativa “y”, que el acto público afecta a las dos actuaciones, la de apertura de las proposiciones y la de efectuar la propuesta de adjudicación.

Ambos artículos tienen la consideración legal de básicos a tenor de la disposición final primera de la LCAP.

El desarrollo reglamentario de la LCAP, en el concreto aspecto que ahora analizamos, no sólo se contiene en el art. 87 del Reglamento, sino que también se encuentra en el art. 83, contemplándose las dos actuaciones (apertura de proposiciones y propuesta) como producidas en un único acto, que ha de ser

público, no sólo porque así lo dice la LCAP en los artículos antes citados, sino porque también el Reglamento expresamente lo dice en el art. 83.1 para la apertura de proposiciones, y en el art. 87, apartados 1 y 3, de forma implícita para la propuesta de adjudicación, cuando ya en su enunciado reza “...*acta de la Mesa...*” (en singular) y luego, en su texto dice que “*invitará a los licitadores asistentes*” o que “*concluido el acto...*” (también en singular) el acta será firmada por “... *los que hubieran hecho presentes sus reclamaciones o reservas.*”

Ningún problema suscita esta interpretación en los supuestos de subasta dado que una vez abiertas las proposiciones y conocido su importe, la Mesa ha de hacer la propuesta a la de precio más bajo, lo que no implica mayores esfuerzos intelectuales o de cálculo que precisen de nuevas reuniones de la Mesa.

Sin embargo, sí que pueden plantearse algunas de las cuestiones a que alude el escrito de solicitud del Rector de la Universidad de las Illes Balears, en los supuestos de adjudicación por concurso, pues, aunque en principio nada impide que inmediatamente después de la apertura de proposiciones se proceda al estudio y evaluación de las mismas conforme a los criterios objetivos de adjudicación que se establezcan en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, y se proceda, en el mismo acto y en la misma sesión, a realizar la propuesta correspondiente, bien porque los licitadores presentados sean un reducido número, bien por ser los criterios de fácil evaluación y aplicación, bien por cualquier otra causa; lo cierto es que en la mayoría de los casos es preciso suspender el acto y convocar nueva reunión después de haber solicitado informes, en su caso, y de estudiar detenidamente las ofertas presentadas a la luz de los criterios de adjudicación. Y aquí es donde radica el quid de la cuestión. Si esta posterior o posteriores sesiones de la Mesa han de ser públicas o no, y en cómo se han de realizar, en su caso, las correspondientes convocatorias.

El propio art. 83 del Reglamento, en el apartado 3, prevé la posibilidad de la suspensión del acto público de la apertura de las proposiciones y su “*reanudación*” en los casos de discrepancias en el número de ellas o de dudas sobre las condiciones del secreto en que han debido ser custodiadas, estableciendo que cuando ocurra esto “*se suspenderá el acto y se realizarán urgentemente las investigaciones oportunas sobre lo sucedido, volviéndose a anunciar, en su caso, nuevamente en el tablón de anuncios del órgano de contratación o del que se fije en los pliegos la reanudación del acto público una vez que todo haya quedado aclarado en la debida forma.*”

Quedan, pues, reglamentariamente resueltos los problemas planteados, el de la extensión del acto público a las posteriores sesiones de la Mesa hasta que

se efectúe la correspondiente propuesta de adjudicación, y el de la forma de hacer la convocatoria a dichas sesiones, toda vez que nada prohíbe ni impide su aplicación analógica a las suspensiones del acto público producidas por otras causas distintas de las específicamente recogidas en dicho precepto, tratándose, como es el caso, del mismo acto público.

TERCERA. Para completar lo concluido en la consideración jurídica precedente conviene profundizar en algunos aspectos que lo avalen y clarifiquen.

Las posibilidades de intervención que el Reglamento concede a los licitadores, en el artículo 83 están perfectamente tasadas y se circunscriben a permitir que comprueben *“que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados.”* (art.83.2), a que manifiesten, antes de la apertura de la primera proposición, *“las dudas que se les ofrezcan”*, o a que pidan las *“explicaciones que estimen necesarias”* (art. 83.6). Sin embargo, nada se dice en este artículo respecto de los licitadores una vez que se hayan abierto las proposiciones, lo cual tiene su explicación lógica acudiendo a lo dispuesto en el art. 87, que no hace sino continuar describiendo el acto público único de apertura y propuesta, (aunque se celebre en varias sesiones), especificándose que, una vez determinada por la mesa la proposición a favor de la cual formulará la propuesta de adjudicación, se invitará a los licitadores asistentes *“a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado,...”* (art. 87.1), y también es aquí, en este precepto, donde únicamente se dice que se *“levantará acta que refleje fielmente lo sucedido”* (art. 87.3).

Ya en el anterior Reglamento General de Contratación del Estado (Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre -hoy derogado-) se podía entender que el acto público de apertura de proposiciones y la adjudicación provisional se producían en un único acto, regulándose, de forma similar a como lo hace el vigente Reglamento, en los artículos 103 a 108, que, resumidamente y a los efectos que ahora importan, decían para las subastas:

“Comenzará el acto de apertura de proposiciones...” (art. 103)

“En caso de discrepancias.... se suspenderá el acto...volviéndose a anunciar nuevamente...” (art. 103)

“Antes de la apertura de la nueva proposición económica se invitará a los asistentes...Terminado este periodo no se admitirán observaciones que interrumpen el acto..” (art. 106)

“...después de leídas las proposiciones presentadas, se proceda a su apertura y a la adjudicación provisional...” (art. 106)

“La Mesa de contratación acordará la adjudicación... No podrá acordarse la adjudicación provisional sin que la Mesa se cercione, y lo haga constar así expresamente en el acta...” (art. 107)

“Efectuada la adjudicación provisional se invitará a los licitadores asistentes... y finalmente se levantará acta que recoja sucinta, pero fielmente, todo lo sucedido.” (art. 108)

Y para los concursos, decía en el art. 114, que *“Los preceptos relativos a la celebración de la subasta regirán también para el concurso...”* y, en el art. 116, que *“La Mesa de contratación, en el acto del concurso, procederá a la apertura de las proposiciones presentadas por los licitadores y las elevará, con el acta y las observaciones que estime pertinentes, a la autoridad que haya de verificar la adjudicación del contrato.”*

El hecho de que el actual Reglamento fije, (el anterior no lo hacía) como forma de convocar las sucesivas sesiones del acto público de apertura de proposiciones, el anuncio en el tablón de anuncios del órgano de contratación o *“ del que se fije en los pliegos”* (tablón de anuncios distinto) tampoco es óbice para que, si se quiere, se realicen también, a mayor abundamiento, otras diligencias de citación o convocatoria no exigidas reglamentariamente y cuya omisión no resultarían contrarias al principio de publicidad, pues el acto público de apertura de proposiciones se anunció debidamente en la convocatoria de la licitación en los boletines oficiales, y a él concurrió quien quiso, siendo las posteriores reuniones una mera continuidad del acto, acordada en el propio acto, y, por tanto, dirigida a los asistentes al mismo, sin perjuicio de que, enterados por el anuncio del tablón o por el aviso del propio órgano, puedan acudir nuevos asistentes a las siguientes sesiones del acto.

Tampoco quedarían perjudicados en su derecho los licitadores no asistentes pues el art. 93, apartados 1 y 5 de la LCAP, obliga a notificar a todos los participantes en la licitación *“la adjudicación del contrato”* y a todo candidato o licitador rechazado que lo solicite *“los motivos del rechazo a su candidatura o de su proposición y las características de la proposición del adjudicatario determinantes de la adjudicación a su favor...”*

No se encuentra en el articulado, tanto de la LCAP como del Reglamento, apoyatura suficiente para que el acto público de apertura de proposiciones y subsiguiente propuesta de adjudicación en las subastas sea diferente al de los concursos, antes al contrario, la propia LCAP (art. 90) y el Reglamento (art. 90) remiten para aplicar a los concursos las normas que rigen para las subastas, salvo excepciones, que no vienen a este caso.

Por último, se ha de precisar que ni el art. 83 ni el 87 del Reglamento son básicos, y podrían ser sustituidos por regulación propia autonómica.

CONCLUSION

1. La expresión “*económicamente más ventajosa*”, recogida en el art. 87 del Reglamento General de la LCAP, es la utilizada por las Directivas europeas en materia de contratación administrativa para referirse a la forma de adjudicación por concurso.

2. El acto público donde se formula la propuesta de adjudicación a que alude el art. 87 del Reglamento General de la LCAP es la continuación del mismo acto público de apertura de las proposiciones a que se refiere el art. 83, pudiendo efectuarse en una única sesión (normalmente en las subastas) o en varias (normalmente en los concursos).

3. La forma de convocar las siguientes sesiones del acto público antes referido, en el caso de que se produzcan, será mediante anuncios colocados en el tablón de anuncios del órgano de contratación, o en otro tablón si así se prevé en los pliegos.

4. La convocatoria a las sucesivas sesiones que, en su caso, tengan lugar del acto público de apertura de proposiciones y propuesta de adjudicación, también podrá efectuarse por cualquier otro medio con carácter potestativo, y sin que su omisión pueda ser argüida como infracción del principio de publicidad o constitutivo de desigualdad alguna.