

INFORME 5/2000, de 20 de diciembre de 2000, sobre aplicación de bajas desproporcionadas o temerarias en los concursos para la adopción de tipo.

I.- ANTECEDENTES

Por la Secretaria General Técnica de la Consejería de Educación y Ciencia se dirige escrito a la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa en petición de informe, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Por la Dirección General de Construcciones y Equipamiento Escolar, se plantea la necesidad de solicitar informe a esa Comisión Consultiva sobre la aplicación, y como llevarla al efecto, o no aplicación, de las bajas temerarias, para la adjudicación del Concurso Público de Determinación de Tipo expediente. 1/00/03.

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de mayo de 2000, se remite al letrado del Gabinete Jurídico en la Consejería de Educación y Ciencia, "Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que regirá en la Determinación de Tipo de Material vario", al objeto de que emita informe preceptivo.

El letrado del Gabinete Jurídico en su informe emitido con fecha 18 de mayo, advierte de la conveniencia de incluir en el Pliego, los criterios objetivo en función de los cuales se apreciará que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias. (Art. 87.3 de la 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas) vigente en esa fecha.

Fue incluido en el Pliego:

"En los supuestos de bajas desproporcionadas o temerarias, se estará a lo dispuesto en el art. 84 de la LCAP.

Se considerará baja desproporcionada o temeraria, toda proposición cuyo porcentaje exceda en diez unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas (art. 36 Ley 9/96)"

La Mesa de Contratación que establece la cláusula 12 del Pliego, se reúne con fecha 4 de agosto de 2000, al objeto de realizar propuesta de adjudicación, de parte de los lotes, por necesidades de la Administración.

A la vista del informe emitido por la Comisión Técnica, se comprueba que en tres lotes, se da la condición de baja temeraria.

Ante la problemática de cómo llevar a efecto la aplicación de bajas temerarias en un concurso de Determinación de Tipo, que consiste en una selección de empresas, artículos y precios unitarios, careciendo la adjudicación de contenido económico.

Por otro lado, la complejidad de números de lotes, 211, la diversidad de ofertas presentadas, variantes, distintos modelos, marcas, que cumpliendo las especificaciones técnicas, pueden ser adjudicatarias para que la Administración, disponga de un amplio abanico de ofertas, entre las que poder elegir según los casos.

Se realiza propuesta de con la posibilidad de poder exigir la constitución de la garantía del 20%, a las empresas cuyos lotes inicialmente estuvieran incursas en baja temeraria.

Reunida nuevamente la Mesa con fecha 26 de octubre, para realizar propuesta de adjudicación del resto de los lotes del concurso, se plantea: aplicar las bajas temerarias, en los Procedimientos Negociados.

Ante la falta de unanimidad los componentes de la Mesa de Contratación, acuerdan pedir informe a esa Comisión Consultiva, y no realizar ningún Procedimiento Negociado derivado de esta Determinación de Tipo, hasta no obtener dicho informe,

Por lo que

En relación con el mismo concurso y a fin de que por la Mesa de Contratación pueda adoptarse una decisión, tras haber sido suficientemente considerado y valorado el marco jurídico en todos los extremos, se solicita de esa Comisión Consultiva:

1º ¿Es correcto aplicar el contenido del art. 87.3, en los concursos de Determinación de Tipo, aunque el precio sea uno de los criterios de adjudicación?

2º ¿Sería posible aplicar las bajas temerarias en los Procedimientos Negociados que se deriven de esta Determinación de Tipo, y exigir la garantía del 20% que establece el art. 84 de la LCAP, a las empresas

cuyos lotes inicialmente incurrían en baja temeraria. Lo que parece estar en contradicción con el art. 74.4 de la citada Ley?

II. INFORME

1.- Como cuestión previa al examen de la consulta formulada, se considera conveniente realizar algunas consideraciones sobre el alcance y significado de los informes jurídicos en la tramitación de los expedientes de contratación, dado que, la cláusula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares origen de las dudas planteadas, se ha introducido precisamente como consecuencia de las observaciones contenidas en el informe de la Asesoría Jurídica.

Requerido el informe previo de la Asesoría Jurídica sobre el contenido del Pliego en cumplimiento de lo preceptuado en el art. 49.4 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, resulta evidente que, al no ser dicho informe vinculante de conformidad con el art. 83 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Consejería de Educación y Ciencia tenía la facultad de aprobar los pliegos apartándose del criterio de la Asesoría Jurídica, sin otro requisito que el motivar su decisión, según resulta del art. 54.1 c) de la citada Ley, a cuyo tenor, serán motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho los actos administrativos que se separen del dictamen de órganos consultivos, y sin que para ello sea necesario acudir a otros informes, como los de esta Comisión, que, al no ser vinculantes, dejarían al órgano de contratación en la misma libertad de decisión.

2.- Las cuestiones sometidas a informe se incluyen en el ámbito de los concursos para la adopción de tipo y en los procedimientos negociados que se celebren en aplicación del art. 183 g) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, tras su modificación por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, disposiciones éstas aplicables en atención a la fecha de tramitación del expediente de contratación en cuestión.

Antes de entrar en el examen de las cuestiones planteadas resulta conveniente resaltar la especial naturaleza de estos concursos para la adopción de tipo previstos en el art. 184 de la LCAP (art. 183 en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), en los que, por un lado, permiten la determinación de una variedad de adjudicatarios para un mismo objeto y, por otro, el que su ejecución se lleve a cabo mediante la celebración de posteriores contratos cuya concreta adjudicación se efectúa por procedimiento negociado, según lo previsto en el art. 183 g) de la LCAP (art. 182 g) del TRLCAP), actuando el precio adjudicado en el concurso, bien, como precio máximo sobre el que se negocia, bien, como precio único si así se hubiese establecido en el pliego de cláusulas administrativa particulares del concurso.

Así, en el pliego que rigió el concurso por procedimiento abierto de determinación de tipo para el suministro de material vario con destino a Centros docentes dependientes de la Consejería de Educación y Ciencia, se estableció a este respecto, en la cláusula 9.4.3, que "En la ejecución de los contratos que se deduzcan de esta Determinación de Tipo, el precio de adquisición será negociado teniendo como valor máximo el de las ofertas aceptadas, en función de las unidades, plazos de entrega e instalaciones en su caso, de conformidad con lo establecido en el art. 74.4 de la LCAP" y disponiéndose en la cláusula 1.3 que "En el anexo I, se detallan los artículos y precios unitarios máximos autorizados por la Administración para este contrato".

3.- La primera cuestión que se somete a informe se refiere a si, el art. 87.3 de la LCAP (art. 86.3 del TRLCAP), es aplicable a los concursos para la adopción de tipo. El citado artículo 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. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, se deberán expresar en el pliego de cláusulas administrativas particulares los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias."

Tras las modificaciones introducidas por la Ley 53/1999 en la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas (hoy Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), se ha producido un cambio sustancial en la apreciación de las bajas desproporcionadas o temerarias en los concursos, al incluirse en el art. 87 el citado apartado 3, en el que, a esta forma de contratación, se le da una regulación específica. Así, por una parte, prevé que en los pliegos puedan expresarse los criterios objetivos para su apreciación, y por otra, cuando el precio constituya uno de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación, con carácter imperativo indica que, se deberán expresar los límites que permitan apreciar dicha situación.

Al preverse ahora que para el precio se deberán expresar en el pliego los límites que permitan apreciar ofertas desproporcionadas o temerarias, permite que, excedido tal límite mediante la aplicación del método o fórmula que se contenga en el pliego, se pueda descartar la oferta, siguiendo en todo caso el procedimiento previsto en el art. 84 de la LCAP (art. 83 del TRLCAP).

Por la Consejería de Educación y Ciencia, en aplicación de tal previsión, se incluyó en la cláusula 14.1 b) del Pliego que rigió el concurso para la adopción de tipo, los criterios que, en relación con la calificación del precio, serían estimados por la Mesa de contratación para formular la propuesta de adjudicación, así como la ponderación de los mismos. En concreto, sobre la apreciación de las bajas temerarias, se establece que "En los supuestos de bajas desproporcionadas o temerarias, se estará a lo dispuesto en el art. 84 de la LCAP y que se considerará desproporcionada o temeraria, toda proposición cuyo porcentaje exceda en diez unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas".

Las dudas interpretativas surgen en el transcurso de las sesiones celebradas por la Mesa de contratación, según se hace constar en las actas que se aportan, en las que, como consecuencia de aparecer varios lotes en situación de baja temeraria, se cuestiona la aplicación de la cláusula 14.1 b) del Pliego, además del propio art. 87.3 LCAP, a los concursos para la adopción de tipo.

Los impedimentos para su aplicación parecen que se derivan, según la Consejería de Educación y Ciencia, del hecho que en el concurso para la adopción de tipo, la adjudicación "carece de contenido económico" o que "en este momento no se va a proponer compra alguna", tal como se cita en la documentación aportada.

Al respecto, hay que destacar que, el que la adjudicación del concurso no tenga repercusión económica-presupuestaria, no significa que dicha adjudicación carezca de trascendencia económica. Si la finalidad de este concurso concreto es la de seleccionar las empresas y los precios máximos de una pluralidad de artículos en función de las ofertas presentadas, sobre la base de unos requerimientos previos de características técnicas y precios de referencia para cada artículo, es en esta fase del concurso el momento en el que se debe aplicar el método por el que se ha optado en el pliego aprobado por la Consejería de Educación y Ciencia y que actuará como límite para determinar si alguna de las ofertas se encuentra incurso en baja desproporcionada o temeraria en relación con el precio máximo fijado y por tanto se presume fundadamente que la proposición no puede ser cumplida, siguiendo a estos efectos los trámites previstos en el art. 84 de la LCAP (art. 83 del TRLCAP), debiendo solicitarse información a todos los licitadores supuestamente comprendidos en ella.

En definitiva, en los concursos para la adopción de tipo en los que se haya fijado un precio máximo de referencia que permita la apreciación de existencia de bajas en las diversas ofertas presentadas, es perfectamente aplicable el contenido del art. 87.3 de la LCAP (art. 86.3 del TRLCAP), no existiendo en el texto de la ley ninguna excepción a su aplicación.

4.- La segunda cuestión sometida a informe se refiere a si en los procedimientos negociados que se realicen para la ejecución del concurso para la adopción de tipo puede apreciarse la existencia de bajas desproporcionadas o temerarias y exigir la garantía del 20% establecida en el art. 84.5 LCAP (art. 83.5 del TRLCAP).

En el punto anterior ya ha quedado expuesto que, la existencia de bajas desproporcionadas o temerarias, se ha de estimar en la tramitación del concurso para la adopción de tipo. La pregunta sobre su posible aplicación a los procedimientos negociados ha de tener una respuesta necesariamente negativa, pues entra en contradicción con la definición que de dichos procedimientos hace el art. 74.4 de la LCAP (art. 73.4 del TRLCAP), en los que la adjudicación se produce previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios, siendo el precio uno de los aspectos fundamentales en dicha negociación, sin que las ofertas a que se refiere el art. 93 de la Ley (art. 92 del TRLCAP) puedan ser equiparables a las proposiciones reguladas en el art. 80 (art. 79 del TRLCAP), y sin que exista para los procedimientos negociados regla similar a la prevista en el art. 91 (art. 90 del TRLCAP) que contempla la aplicación subsidiaria de las normas de la subasta al concurso.

Si como se ha expuesto en el párrafo precedente, no es aplicable a los procedimientos negociados las reglas sobre bajas desproporcionadas o temerarias, ni que decir tiene que, al ser la garantía definitiva prevista en el art. 84.5 de la LCAP una consecuencia de aquellas, su inaplicación queda patente. La aplicación, pues, de esta garantía definitiva en estos supuestos habrá de buscarse dentro del ámbito del concurso para la adopción de tipo.

La cláusula 19.1.2 del Pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el concurso para la adopción de tipo de la Consejería de Educación y Ciencia, establece la obligatoriedad para las empresas que resulten adjudicatarias de constituir una garantía definitiva de 200.000 pesetas. Importe que se habrá fijado estimativamente y sin relación alguna con el número de lotes a los que se concurra y que sustituye a la garantía definitiva que por importe del 4 por 100 del importe de adjudicación se regula en el art. 37 de la LCAP (art. 36 del TRLCAP). Es por tanto en este entorno donde habrá que aplicar las previsiones legales expuestas y, si la garantía definitiva por el importe antes citado sustituye a la que se hubiera obtenida mediante la aplicación del 4 por 100 sobre el importe de adjudicación, la solución cuando haya de ser de un 20 por 100 se reduce a la cuantificación en este porcentaje del citado importe.

III.- CONCLUSIÓN

1.- A los concursos para la adopción de tipo en los que se haya fijado un precio máximo de referencia que permita la apreciación de existencia de bajas en las diversas ofertas presentadas, les son aplicables las

previsiones contenidas en el art. 87.3 de la LCAP (art. 86.3 del TRLCAP) sobre apreciación de las ofertas incursas en bajas desproporcionadas o temerarias.

2.- A los contratos que se celebren por procedimiento negociado no les son aplicables las reglas sobre apreciación de bajas desproporcionadas o temerarias ni por tanto la exigencia de constituir la garantía definitiva por el 20 por 100 del importe de adjudicación prevista en el art. 84.5 de la LCAP (art. 83.5 del TRLCAP).

Es cuanto se ha de informar.