

**Informe 36/04, de 7 de junio de 2004. «Alcance de los informes de la Junta. Defectos subsanables, obligación de cumplir el trámite de audiencia preceptivo para valorar una proposición como incurso en oferta anormalmente baja y consideración de la reducción del plazo de ejecución del contrato cuando no está prevista tal posibilidad».**

Clasificación de los informes: 15.2. Formas de adjudicación. Concursos. 16.2. Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. Subsanación de defectos o errores. 16.7 Bajas desproporcionadas

## **ANTECEDENTES**

1. Por el Director General de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa se remite documentación procedente de la Dirección General de Infraestructura en la que se ruega se solicite a esta Junta informe sobre las cuestiones planteadas al órgano de contratación reflejadas en escrito del siguiente tenor literal:

*"1. La Mesa de Contratación que asiste a este Órgano de Contratación en el expediente del "Asunto" ha finalizado su tarea, remitiendo la propuesta de Adjudicación correspondiente, junto. con la documentación recibida y generada en ella, que se acompaña como Anexo.*

*Hasta llegar a la propuesta indicada, la Mesa de Contratación ha debido tomar una serie de decisiones que este Órgano de Contratación no cuestiona por cuanto están, a su juicio, suficientemente documentadas.*

*No obstante, y por ser el del "Asunto" uno muy singular, tanto por el importe como por su naturaleza de restringido, se estima conveniente someter las decisiones indicadas al examen de un organismo tercero y competente en la materia como es la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.*

*2. Las decisiones mencionadas, descritas aquí de forma escueta pero amplia y documentadamente recogidas en las Actas del Anexo, son:*

*2.1. Rechazar la oferta de la Empresa "ACS, PROYECTOS, OBRAS Y CONSTRUCCIONES, SA" pues:*

*- El apoderado acreditado de la empresa es D. Serafín Rojo Hemando, en tanto que la propuesta viene firmada por D. Julián Berriochoa Sánchez-Moreno, cuya identificación como apoderado no consta, según figura en el Acta nº 3/04.*

*- La Mesa considera la circunstancia, documentándolo en el Anexo al Acta nº 5/04, como defecto no subsanable.*

*2.2. Tener como "inadmitido" por manifiesta extemporaneidad escrito de la U.T.E. "FERROVIAL AGROMAN, S.A. & FCC CONSTRUCCIÓN, S.A." en el que solicita que, en el caso de que su oferta se considere incurso en presunción de temeridad, se le solicite la justificación de la misma.*

*Rechazar, por considerar que incurre en baja temeraria, la oferta de la U.T.E. antes citada.*

*Ambas decisiones figuran en el Acta nº 6/04.*

*No se ha solicitado justificación de la baja de la oferta.*

*2.3. No tener en cuenta, como consta en el Acta 06/04, los plazos menores al del Proyecto (46 meses) objeto del concurso contenidos en las ofertas de las empresas NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A. (42 meses) y CONSTRUCTORA SAN JOSE, S.A. (36 meses), no considerando que supongan variantes al Proyecto y sin perjuicio de lo establecido en la Cláusula 34 del Pliego de Cláusulas Administrativas.*

*3. Por lo expuesto, ruego que, a través de la Subdirección General de Contratación de la DIGENECO, se recabe dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre los siguientes aspectos:*

3.1. Si es subsanable o no el error por defecto cometido por la Empresa ACS, PROYECTOS, OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. en la acreditación de la representación del firmante de la oferta.

Se acompaña escrito de ACS (Anexo VII) recibido por la Mesa de Contratación (después de que ella enviase su Propuesta de Adjudicación) en el que comunica a esta que, a través de la Asociación de Empresas Constructoras de Ámbito Nacional (SEOPAN), solicita informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el mismo sentido.

3.2. Si es preceptivo pedir justificación de la baja temeraria a la U.T.E. cuya oferta incurre en esta consideración.

3.3 Si es relevante y motivo de descalificación el haber presentado en la propuesta económica un plazo menor que el establecido en el Proyecto objeto del concurso".

2. Al anterior escrito se acompañan las seis actas de las reuniones celebradas por la Mesa de Contratación designada para el concurso restringido para la ejecución del proyecto denominado obras de reforma y ampliación del Hospital del Aire para nueva sede del Hospital Central de la Defensa; escritos presentados por Constructora San José, S.A., ACS, Proyectos de Obras y Construcción, S.A., Ferrovial Agroman, S.A.; FCC Construcción, S.A., formulando alegaciones y reclamaciones en relación con las cuestiones planteadas; copia de la consulta formulada a esta Junta por la Asociación de Empresas Constructoras de Ámbito Nacional (SEOPAN), y pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación del contrato.

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

1. Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas han de realizarse determinadas consideraciones sobre el alcance de los informes de esta Junta que, según criterios reiteradamente expuestos, no pueden recaer sobre concretos expedientes de contratación, sustituir a órganos consultivos del órgano de contratación, ni resolver, por vía de informe, reclamaciones o recursos presentados por los particulares.

En particular debe ser citado, por referirse a un supuesto muy similar al presente el informe de 10 de junio de 1999 (expediente 39/99) que realiza la siguiente consideración:

"Aunque el artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señala que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es el órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus Organismos autónomos y demás entidades públicas estatales, en materia de contratación administrativa y el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su artículo 2.1., atribuye a la misma la competencia para informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración, es indudable que tales preceptos sobre la función consultiva o de asesoramiento de esta Junta han de interpretarse en el sentido de que la función de la Junta no puede sustituir las facultades de resolución, propuesta o informe atribuidas, en el ámbito de la contratación, a órganos específicos y concretos, como sucedería si, en el presente caso, se entendiera que la Junta, por vía de informe, ha de proceder a un análisis o examen de cada uno de los grupos y ofertas presentados para concluir con la admisibilidad o inadmisibilidad de los citados grupos y ofertas, debiendo citarse, en este sentido, la doctrina de la propia Junta reflejada en sus informes de 18 de diciembre de 1996 (expediente 62/96), 17 de marzo de 1998 (expediente 46/98) y 11 de noviembre de 1998 (expediente 31/98) expresiva de que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa no tiene por misión resolver expedientes concretos de contratación, ni puede sustituir las facultades o funciones atribuidas por la Ley a otros órganos".

Consecuencia de lo anterior es que, en el presente caso, sin pretender resolver las reclamaciones u observaciones realizadas por los licitadores esta Junta ha de limitarse a exponer

criterios generales sobre defectos subsanables, bajas temerarias y variantes que son las cuestiones que se suscitan en el escrito de consulta.

2. En cuanto a defectos subsanables es cierto que la Asociación de Empresas Constructoras de Ámbito Nacional (SEOPAN) ha solicitado informe a esta Junta, solicitud que al parecer se relaciona con el presente expediente y que es emitido con esta misma fecha (expediente 27/04), por lo que procede reiterar su contenido expuesto en el siguiente sentido:

“En numerosos informes esta Junta Consultiva tanto en relación con el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado, como en relación con el vigente artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, ha venido sosteniendo que, sin ser posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, “ha de considerarse que reúnen tal carácter los que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate pero no a su cumplimiento, entre otros, como más recientes, informes de 30 de junio de 1999, 11 de abril y 30 de octubre de 2000, 17 de diciembre de 2002 y de 28 de febrero de 2003 (expedientes 22/99, 6/00, 31/00, 35/02 y 48/02).

Por referirse a un supuesto muy similar al presente –poderes en garantías provisionales- y a la doctrina del Tribunal Supremo sobre subsanación, debemos remitirnos a nuestro informe de 18 de octubre de 1996 (expediente 56/96) que, dejando aparte los razonamientos referentes al seguro de caución realizaba las siguientes consideraciones:

“La conclusión sentada se ve notablemente reforzada por las consideraciones que, acerca del significado y alcance de las garantías provisionales han de realizarse y por el carácter flexible que ha seguido la unánime y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo producida en el extremo concreto de constitución de garantías provisionales en la contratación administrativa.

Desde el punto de vista del interés público que la contratación administrativa representa resulta muy distinto el significado de las garantías provisionales y de las garantías definitivas, puesto que las primeras responden a la finalidad de garantizar la seriedad de las ofertas, evitando que su retirada injustificada impida la adjudicación del contrato o determine la adjudicación a ofertas menos ventajosas a las retiradas, mientras que las garantías definitivas aseguran la correcta ejecución de un contrato ya adjudicado, por lo que la mayor importancia de esta últimas significa un tratamiento más riguroso de la constitución de garantías definitivas en la normativa contractual y en la doctrina jurisprudencial, teniendo en cuenta, además que, como se pone de relieve en el escrito de consulta, un criterio excesivamente riguroso en la exigencia de los requisitos de constitución de las garantías provisionales, sin permitir su subsanación, daña sensiblemente el principio de concurrencia, criterio expresamente admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que más adelante examinaremos.

La normativa vigente, ciñéndonos al contrato de obras, acoge este distinto significado, puesto que, con arreglo a ella, mientras la constitución de garantías definitivas no es dispensable en ningún caso, el artículo 36.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas admite que el órgano de contratación pueda dispensar en el pliego de cláusulas administrativas particulares de la prestación de la garantía provisional a aquellas empresas que acrediten la clasificación requerida para concurrir a la licitación en los contratos de obras de cuantía inferior a la señalada en el artículo 135.1, sin que esta última limitación derive de un argumento inherente a la propia esencia de la garantía, sino que es consecuencia de las Directivas comunitarias en el sentido de que, al no ser exigible la clasificación a empresarios comunitarios no españoles se produciría una discriminación negativa para éstos comparativamente con los empresarios españoles, si se dispensase de la prestación de garantías provisionales a los clasificados sin limitación de cuantía (lo que sucedía en la legislación anterior). En definitiva lo que se quiere resaltar es que la menor importancia de la garantía provisional, en relación con el interés público representado por la

ejecución del contrato, determina un criterio más flexible en la exigencia de requisitos que se traduce incluso en el trámite específico de subsanación de defectos, existente en la garantía provisional previsto en el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado.

Es a través de este trámite de subsanación de defectos, donde la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto su doctrina en orden a los defectos de apoderamiento en la constitución de garantías provisionales en la contratación administrativa (fianzas en la terminología de la legislación anterior) basándose en el criterio de que los defectos de apoderamiento son, en términos generales, subsanables y ligando esta posibilidad a la necesidad de no infringir el principio básico de la contratación administrativa de libre concurrencia a través del rechazo de proposiciones por defectos formales de apoderamiento lo que puede ser evitado con aplicación de los trámites de subsanación.

De las diversas sentencias del Tribunal Supremo que han abordado la cuestión de la suficiencia o insuficiencia de poderes, en el primer aspecto reseñado, -la posibilidad de subsanación- deben citarse la sentencia de 22 de noviembre de 1973, que con cita de otra anterior de 3 de enero de 1949, declara que si bien las formas de contratación administrativa constituyen obligaciones indeclinables y los vicios de procedimiento originan la nulidad del mismo, "de tales doctrinas no puede hacerse un dogma jurídico de tal rigidez, que la contratación administrativa se transforme en una actuación de estilo obligado, hasta el extremo de que la más mínima infracción u omisión representa la inexistencia o la nulidad absoluta y radical del contrato" y la sentencia de 17 de febrero de 1984 expresiva de que "en principio, la representación se presume y, de existir dudas..... la solución no debió ser la de eliminar como licitadora a tal empresa, en perjuicio de los intereses públicos, sino la de procurar la clarificación del problema, ya que, como regla, los defectos de representación son subsanables" añadiendo el razonamiento de que "la preclusión de aportaciones documentales tienden a evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, más no la de aclarar dudas que los agentes de la Administración tengan en ese momento, pero en las que pudo honestamente no pensar el concursante afectado por ellas ". En cuanto al segundo aspecto aludido -el quebranto del principio de concurrencia por eliminación de contratistas con defectos subsanables de apoderamiento-, aparte de las alusiones al perjuicio a los intereses públicos de la citada Sentencia de 17 de febrero de 1984 y la que la sentencia de 19 de enero de 1995 hace a que la interpretación restrictiva y aislada del artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado puede afectar al principio de libertad de concurrencia, su expresión más concreta se incorpora a la sentencia de 22 de junio de 1972, expresiva de que el principio de concurrencia "prohíbe limitar la concurrencia de licitadores a pretexto de una interpretación literalista que conduzca a una conclusión absurda por ser contraria al sistema legal que rige la contratación administrativa" y a la sentencia de 29 de abril de 1981 que declara que el rechazo de proposiciones por defectos en el modo de acreditar la constitución de la fianza provisional "ha supuesto lesión para los intereses económicos de la Administración, intereses a cuya satisfacción tiende el principio de libertad de concurrencia en la contratación administrativa, enderezado a conseguir la máxima competencia posible y a garantizar la igualdad de acceso a la contratación pública".

Lo expuesto anteriormente es perfectamente aplicable al supuesto de hecho de la presente consulta -, la falta de poder o falta de acreditación del poder existente-, debiendo considerarse insubsanable el primer extremo de la alternativa y subsanable el segundo".

3. En cuanto a las bajas temerarias es claro el sentido de las Directivas comunitarias (artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE, artículo 27 de la Directiva 93/36/CEE, artículo 37 de la Directiva 92/50/CEE y artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, aunque el plazo de trasposición de esta última no ha expirado) que, con iguales o similares palabras, establecen que cuando alguna oferta se considere 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. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 83 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto establece que en su apartado 3 establece que el carácter desproporcionado o temerario de las bajas se apreciará de acuerdo con los criterios objetivos que se determinen reglamentariamente y su declaración requerirá la previa solicitud de información a todos los licitadores supuestamente comprendidos en ella.

En definitiva, en los supuestos de ofertas anormalmente bajas, terminología de las Directivas, o de bajas temerarias, terminología de la legislación española, se impide su rechazo automático, sin previa comprobación por esta circunstancia.

4. En cuanto a la reducción del plazo de ejecución del contrato, al no estar prevista en el pliego (cláusula 16), es evidente que no puede ser objeto de consideración, sin que conforme a lo dispuesto en el artículo 85, letra b), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pueda ser considerada tal opción como una variante.

## **CONCLUSIONES**

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que en cuanto a defectos subsanables deben reiterarse los criterios de esta Junta, considerando tales los que afectan a la acreditación de requisitos e insubsanables los que afectan a su existencia.

2. Que en materia de bajas temerarias u ofertas anormalmente bajas se impide su rechazo automático sin su previa comprobación, tanto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, como en las Directivas comunitarias.

3. Que la reducción del plazo de ejecución del contrato, no prevista en el pliego, no podrá ser valorada por carecer de carácter de variante conforme a lo dispuesto en el artículo 85, letra b), de la Ley.