

**Informe 28/05, de 29 de junio de 2005. "Posibilidad de aplicar los preceptos relativos a bajas temerarias a la adjudicación de un contrato mediante la forma de concurso cuyo objeto es la enajenación de parcelas municipales. Incompetencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para la apreciación de los criterios de adjudicación".**

Clasificación de los informes: 15.2 Concursos. 16.6 Bajas desproporcionadas. 18. Otras cuestiones de carácter general.

## **ANTECEDENTES**

Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Albacete, en su calidad de Presidente de la Mesa de contratación del Instituto Municipal de la Vivienda y Urbanismo de Albacete, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

*"La Mesa de Contratación de este Organismo Autónomo Local de fecha 20 de mayo de 2005, constituida en relación con el 'Concurso para la enajenación de parcelas municipales edificables destinadas a la promoción y construcción de viviendas de protección pública sitas en el Sector 2 del POM de Albacete y en las Unidades nº 1,3 y 5 de Aguas Nuevas', abierto el trámite regulado en el artículo 83 TRLCAP sobre presunción en baja temeraria por parte de las ofertas presentadas para las parcelas M2 y M3 del referido Sector 2 por Canal de María Cristina, Sociedad Cooperativa de Viviendas, consideró que, de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del número 2 del meritado precepto, las circunstancias concurrentes (empate en la votación, tres votos a favor de emitir propuesta de adjudicación a favor del licitador incurso en baja; y tres en contra; así como las dudas en la interpretación de la cláusula del artículo 83.4 TRLCAP: " que pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración...") aconsejaban la solicitud de informe a esa Junta Consultiva de Contratación acerca de la siguiente cuestión:*

*"Ante un supuesto de baja temeraria en concurso para enajenación de inmuebles del Patrimonio Público de Suelo de un Consistorio y ejecución en los mismos de viviendas sujetas a algún tipo de protección pública, y no pudiendo concluir los técnicos de la Administración contratante si el contrato puede o no realizarse a satisfacción de ésta, ¿procede la adjudicación al licitador incurso en baja con prestación de garantía definitiva del 20% del precio de adjudicación, entendido éste como valor del suelo según establece el Pliego de Condiciones, y que figura prevista en el art. 83.5 TRLCAP o, por el contrario, procede la adjudicación del contrato al mejor postor no incurso en temeridad?"*

*Dicho parecer fue confirmado por acuerdo de la Junta Rectora del Instituto Municipal de la Vivienda y Urbanismo de Albacete, en cuya sesión de fecha 24 de mayo del corriente acordó, de conformidad con el precepto de referencia, así como del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicitar de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa el referido informe."*

2. Conforme se indica en el mencionado escrito se remite copia parcial del expediente administrativo que consta de los siguientes documentos:

1.- Acuerdo Plenario de 28/10/04, relativo a convocatoria del concurso, que contiene el texto íntegro del Pliego de Condiciones.

2.- Acta de la Mesa de Contratación de 26/01/05, de apertura de Plicas presentadas.

3.- Dossier de Informes administrativos, jurídico y técnico sobre valoración de las ofertas presentadas.

4.- Acta de la Mesa de Contratación de fecha 25/04/05, sobre apertura de plazo de audiencia (art. 83 TRLCAP).

5.- Comunicaciones a los interesados sobre plazo de audiencia concedido.

6.- Alegaciones presentadas:

a )Con fecha 6 de mayo, presentada por Daniel Paños Martínez, en representación de Canal M<sup>a</sup> Cristina

b) Con fecha 9 de mayo, presentada por Daniel Paños Martínez, en representación de Canal M<sup>a</sup> Cristina

c) Con fecha 9 de mayo, presentada por José M<sup>a</sup> Roncero Garrido, en representación de "El Mirador"

d) Con fecha 9 de mayo, presentada por Julio Herrera Sant, en representación de Vitra C-Mancha

e)Con fecha 9 de mayo, presentada por Manuel Pérez Muñoz, en representación de Albavi.

7.- Informe técnico sobre alegaciones presentadas.

8.- Informe Jurídico sobre alegaciones presentadas.

9.- Acta de la Mesa de Contratación de 20/05/05, proponiendo a la Junta Rectora la solicitud de consulta.

10.- Acta de la Junta Rectora de fecha 24/05/05, acordando la remisión parcial del expediente así como la pregunta a formular a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

#### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

1. La primera cuestión que debe ser abordada por esta Junta es la posibilidad de aplicar los preceptos relativos a bajas temerarias, contenidas en los artículos 83 apartados 2 b), 3, 4 y 5, y 86, apartados 3 y 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en los artículos 85 y 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al supuesto presente en el que se trata de un concurso para la enajenación de parcelas municipales edificables destinadas a la promoción y construcción de viviendas de protección pública convocado por el Organismo autónomo local, Instituto Municipal de la Vivienda y Urbanismo de Albacete.

La evolución normativa de la regulación de las bajas temerarias en concursos viene expuesta en nuestro informe de 30 de enero de 2002 (expediente 48/01) que en sus consideraciones 2 y 3 realiza la siguiente exposición:

*"2. Lo primero que hay que observar es que ni la legislación de contratos del Estado, ni la primitiva redacción de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dedicaban precepto alguno al tema de las bajas desproporcionadas o temerarias en los concursos, habiendo sido esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe de 5 de junio de 1996 (Expediente 18/96), al que posteriormente se remiten los de 18 de diciembre de 1996 (Expediente 62/96), 20 de marzo de 1997 (Expediente 8/97) y 30 de junio de 1999 (Expediente 40/99), la que se pronunció expresamente sobre esta cuestión, con arreglo a la primitiva redacción de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sentando los siguientes criterios:*

*- La finalidad de las Directivas comunitarias en la regulación de las bajas desproporcionadas o temerarias (ofertas anormalmente bajas en su terminología) radica en evitar que dichas ofertas sean automáticamente rechazadas sin comprobar la posibilidad de su cumplimiento, finalidad que también persigue la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que resulta aplicable a subastas y concursos.*

- No obstante, a diferencia de la subasta en las que existe una regulación completa de las bajas desproporcionadas o temerarias en los concursos, la distinta ponderación del criterio del precio que puede ser insignificante o incluso inexistente obliga a remitir a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, con carácter facultativo la inclusión de cláusulas objetivas para apreciar la existencia de bajas desproporcionadas o temerarias.

Expresivas del criterio de esta Junta son las palabras utilizadas en el apartado 2 de las Consideraciones del informe citado de 30 de junio de 1999 en el sentido siguiente:

*“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.”*

3. Los criterios expuestos por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa tuvieron una influencia decisiva en la nueva redacción del apartado 3 del artículo 87 llevada a cabo por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, hoy incorporados al apartado 3 del artículo 86 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio. No obstante, si tal afirmación debe mantenerse sin reservas respecto al primer párrafo del apartado 3 del artículo 86 no puede decirse lo mismo respecto al segundo párrafo, cuya aplicación literal dejaría sin campo de aplicación prácticamente al contenido del párrafo primero y resulta contraria a los criterios de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa basados en la especialidad del concurso frente a la su-basta. La prevalencia del párrafo segundo sobre el primero dejaría, por otra parte, abierta la interrogante de por qué la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su versión actual no ha regulado directamente los criterios objetivos de apreciación de bajas desproporcionadas o temerarias en concursos, en lugar de remitir estos criterios a los pliegos, dado que, según la interpretación literal del segundo párrafo, quedaría sometidos al mismo la práctica totalidad de los concursos, es decir, aquellos en que el precio ofertado sea un criterio de adjudicación”.

Aunque la última parte de las consideraciones transcritas hacen referencia a la cuestión expresamente planteada de la contradicción entre el primer y segundo párrafo del apartado 3 del artículo 86 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ajena al presente informe, lo cierto es que debe reiterarse que para que en los concursos puedan apreciarse bajas temerarias es necesario que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se prevea esta posibilidad y se fijen los criterios objetivos en función de los cuales se apreciara, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias y que si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base a la adjudicación se han de expresar en el mismo pliego los límites que permitan realizar la misma apreciación. Resulta

indudable que esta regulación del artículo 87.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas impide la aplicación automática de los criterios que para la apreciación de bajas desproporcionadas o temerarias en las subastas se establecen en el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cumpliendo el mandato del artículo 83.

El denominado pliego de condiciones económico administrativas particulares que se remite no contiene ninguna cláusula relativa a la apreciación de bajas desproporcionadas o temerarias ni ningún criterio para apreciarlas, por lo que debe concluirse con la inaplicación de su regulación, debiendo analizarse las diferentes ofertas, prescindiendo de análisis o criterios para determinar su carácter desproporcionado o temerario, por inexistentes.

2. Sentado lo anterior, en cuanto al examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación del contrato hay que reiterar los criterios anteriormente expuestos en numerosas ocasiones por esta Junta de que la misma no tiene por misión resolver expedientes concretos de contratación, ni puede sustituir las facultades o funciones atribuidas a otros órganos (informes, entre otros, y como más recientes, de 30 de marzo y dos de 7 de junio de 2004 y el que se emite con esta misma fecha. Expedientes 57/03, 13/04, 15/04 y 25/05).

En el presente caso, por tanto, resulta improcedente que esta Junta examine las propuestas presentadas y proponga la adjudicación del contrato a cualquiera de ellas, sustituyendo funciones propias de la Mesa de contratación.

## **CONCLUSIONES**

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la doble circunstancia de tratarse de adjudicación por concurso y no contener el pliego de cláusulas administrativas particulares mención alguna ni por tanto, criterios para la apreciación de bajas desproporcionadas o temerarias, impide la consideración de las mismas, de conformidad con el artículo 86.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Que prescindiendo, en consecuencia, de aplicar tal posibilidad, el examen de las ofertas y la propuesta de adjudicación no puede realizarlo esta Junta, sustituyendo las funciones que legalmente corresponden a las Mesas de contratación.