

**Informe 54/10, de 15 de diciembre de 2011. Posibilidad de incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares una limitación referida a la propuesta económica, del 10 por ciento, de manera que no se tengan en cuenta y se excluyan aquellas ofertas cuya baja supere dicho porcentaje. Efectos derivados de que se conozca el contenido de las ofertas antes del momento determinado para la apertura de las proposiciones. Consecuencia de la falta de información respecto del momento de apertura de las proposiciones”.**

Clasificación de los informes: 11.5 Pliegos de cláusulas administrativas y pliegos de prescripciones técnicas. Otras cuestiones. 16.5 y 6 Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. Mesa de contratación. Bajas desproporcionadas.

#### **ANTECEDENTES.**

La Confederación Nacional de la Construcción (en adelante, CNC) dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando se emita informe en los siguientes términos:

*“D, en su condición de Presidente de CNC (CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN), domiciliada en (...), comparece y, como mejor proceda en Derecho, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 enero, sobre régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva Contratación Administrativa, sobre las cuestiones que más adelante se especifican por considerarlas de interés general para el sector de la construcción de obras públicas:*

**CUESTIÓN SOMETIDA A CONSULTA:**

*ASUNTO: A la vista de algunos pliegos de cláusulas administrativas particulares queremos hacer una serie de consultas concretas que versan sobre los siguientes temas:*

- 1. En primer lugar saber si, sobre la base en lo dispuesto en el artículo 134 de la Ley de Contratos del Sector Público y la normativa hasta ahora de desarrollo, puede establecerse en el pliego una limitación, en la propuesta económica, del 10 por ciento, de manera que no se tengan en cuenta y se excluyan aquellas ofertas cuya baja supere dicho porcentaje.*
- 2. a) Además y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 124 y 129, qué efectos se producirían si se conoce el contenido de las ofertas antes del momento determinado para la apertura de las proposiciones.*  
*b) El artículo 144 de la Ley de Contratos del Sector Público establece que la apertura de las proposiciones deberá efectuarse en el plazo máximo de un mes contado de la fecha de finalización del plazo para presentar ofertas. Asimismo el artículo 145.4 determina que de no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición. Pero ¿qué ocurre si no se conoce ni anuncia el momento de apertura de las proposiciones?*

*En estos dos supuestos de incumplimientos de plazos por los órganos de contratación, y a la luz del artículo 47 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ¿debemos entender que nos encontramos ante un acto administrativo dictado con ausencia total y absoluta del procedimiento establecido?*

- 3. Por último en el artículo 87.3 del Reglamento General de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas se determina que concluido el acto de apertura de las proposiciones 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 presente sus declaraciones o reservas. Por este motivo se consulta qué contenido mínimo debe tener este acta y qué derechos tienen los licitadores de hacer constar observaciones en la misma.*

*A la vista de lo anteriormente expuesto, se solicita de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa informe sobre la cuestión referida, a juicio de ese órgano consultivo”.*

#### **CONSIDERACIONES JURIDICAS.**

- 1. La CNC plantea cuatro cuestiones en su escrito, relativas a la posibilidad de establecer en el pliego una limitación en la propuesta económica del 10 por ciento; cuáles son los efectos que se producirían si se conoce el contenido de las ofertas antes de la apertura de las proposiciones; cuál es el efecto de que no se conozca ni se anuncie el momento de apertura de las proposiciones y cuál es el contenido del acta en la que se refleje el acto de apertura de las proposiciones.*

2. Respecto de la primera cuestión, la posibilidad de establecer en el pliego una limitación, en la propuesta económica, del 10 por ciento, al objeto de que se excluyan aquellas ofertas cuya baja supere dicho porcentaje, plantea, en definitiva, la cuestión de las ofertas desproporcionadas, regulada dentro del artículo 85 del Reglamento de la Ley de Contratos, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. En este precepto se establecen los límites a las ofertas presentadas por los licitadores, de manera que quedarán excluidas las ofertas que se encuentren en los supuestos enumerados en el mismo. En este sentido, se podrá admitir la limitación en la propuesta económica sobre la que versa la propuesta, siempre que concurren las condiciones contenidas dentro de este precepto.

En el supuesto de que no se den tales condiciones, será el órgano de contratación el que podrá reducir en un tercio los porcentajes establecidos en ese artículo, siempre que lo haga motivadamente, en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en atención al objeto del contrato y circunstancias del mercado (ex artículo 85.5). Si bien, debemos señalar que este precepto solo se aplica en el caso de que el único criterio de adjudicación sea el del precio más bajo, no obstante lo cual, también podemos utilizarlo en el resto de los casos y en todo caso, sirve como guía para dar una respuesta a la pregunta planteada.

3. Sobre la cuestión relativa a los efectos que se producirían si se conoce el contenido de las ofertas antes del momento determinado para la apertura de las proposiciones, tal posibilidad resultaría contraria al principio de confidencialidad de la información facilitada por los empresarios a la Administración en la parte que éstos hayan designado como confidencial. En este caso, nos encontraremos ante una infracción de las normas reguladoras del procedimiento y, por tanto, del ordenamiento jurídico, en concreto, de los artículos 124 y 129.2 de la LCSP, lo que constituiría un acto anulable, conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común, de aplicación subsidiaria respecto de la LCSP.

Cabe distinguir aquí dos supuestos. En primer lugar, si hubiera un solo licitador, la mesa de contratación, si considerase que se ha producido esa infracción de las normas que hemos apuntado antes, y fuera una infracción no subsanable, podrá exponerlo justificadamente al órgano de contratación, proponiéndole que se declare el desistimiento, conforme a lo dispuesto dentro del artículo 22, 1, g), in fine del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Desistimiento que sólo puede ser acordado por el órgano de contratación (artículo 139.1 de la LCSP), antes de la adjudicación del contrato (artículo 139.2 de la misma) conforme a lo dispuesto en el artículo 139.4 de la LCS, el cual permitirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.

En segundo lugar, en el caso de que hubiera varios licitadores, la Mesa podrá excluir a aquéllos que hayan desvelado el contenido de sus ofertas o que hayan incluido una información en un sobre distinto de aquél en el que tendrían que haberla incluido, pudiendo continuar el procedimiento con los restantes, si bien el acuerdo de exclusión deberá ser notificado a todos los licitadores afectados, al objeto de que puedan interponer el recurso especial en materia de contratación, siendo de aplicación por lo demás, en este último caso, el principio de conservación de los actos jurídicos del artículo 66 de la Ley 30/92.

4. En la tercera de las cuestiones planteadas, relacionada con la anterior, plantea la CNC qué ocurriría si no se conoce ni se anuncia el momento de apertura de las proposiciones, debemos señalar que, con carácter general, la licitación es pública (artículo 129.2 de la LCSP), por lo que los empresarios concurrentes tienen el derecho de asistir al mismo, con el lógico correlato del deber de informar sobre la fecha de este acto, que pesa sobre el órgano de contratación. Este deber se cumple con la publicación del anuncio de licitación. En el caso que se plantea en la consulta, se produciría una infracción del principio de transparencia del artículo 123 de la LCSP y del principio de publicidad, del artículo 126 de la misma Ley, por lo que, de nuevo, nos encontraríamos ante una infracción del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, ante un acto administrativo anulable, conforme al artículo 63 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

5. Finalmente, respecto de la última de las cuestiones planteadas, el acta en la que se refleje el contenido del acto de licitación se encuentra regulada en el artículo 87.3 del Reglamento. Con base en este precepto, podemos afirmar que el contenido del acta será el de reflejar “*fielmente lo sucedido*” en el acto de licitación, por tanto, deberá hacerse constar todo lo que hubiera acaecido en el mismo, siendo la mesa de contratación la que, como órgano competente para dirigir la licitación, deberá decidirlo y hacerlo constar así. Este contenido deberá respetar lo dispuesto en el artículo 27.1 de la Ley 30/1992, y, por lo tanto, deberá especificar los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.

Respecto de los licitadores, el artículo 87.3 prevé que el acta será firmada por el Presidente y Secretario de la mesa de contratación “*y por los que hubiesen hecho presentes sus reclamaciones o reservas*”, por tanto la cuestión estriba en determinar a quienes se refiere este precepto. La mesa de contratación es un órgano administrativo colegiado. Como tal órgano, en su acta sólo pueden aparecer las manifestaciones u observaciones hechas por sus miembros, siendo miembros de la mesa los enumerados en el artículo 21.2 del Real Decreto 817/2009, según el cual la mesa se compone del presidente, el secretario y al menos cuatro vocales. Sin perjuicio de ello, la mesa interviene en un acto que afecta a los licitadores que concurren al mismo, por lo que debido a esa exigencia de ser el acta un “reflejo fiel” de lo sucedido en el mismo, en ella podrán hacerse constar las observaciones de los licitadores, siempre eso sí, según el criterio de los miembros de la misma mesa de contratación.

## **CONCLUSIONES**

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que:

1. Sobre la posibilidad de establecer en el pliego una limitación, en la propuesta económica, del 10 por ciento, al objeto de que se excluyan aquellas ofertas cuya baja supere dicho porcentaje, el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establece los límites a las ofertas presentadas por los licitadores, de manera que podrían quedar excluidas, previa audiencia a los licitadores, las ofertas que se encuentren en los supuestos enumerados en el mismo, por lo que se podrá admitir la limitación propuesta, siempre que concurren las condiciones contenidas dentro de este precepto, destacando el hecho de que el artículo 85 del Reglamento solo es aplicable cuando el único criterio a tener en cuenta sea el del precio.
2. Sobre cuáles son los efectos que se producirían si se conoce el contenido de las ofertas antes de la apertura de las proposiciones y cuál es el efecto de que no se conozca ni se anuncie el momento de apertura de las proposiciones, ambos son casos de infracción de las normas reguladoras del procedimiento y, por tanto, de infracción del ordenamiento jurídico, por lo que tienen el carácter de anulables, conforme al artículo 63 de la Ley 30/1992. En el caso de que hubiera un solo licitador, el artículo 22, 1, g), in fine del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, permite el desistimiento del contrato, que sólo podrá ser acordado por el órgano de contratación en los términos del artículo 139 de la LCSP. Si hubiera varios licitadores, la Mesa excluirá aquéllos que hayan facilitado el contenido de sus ofertas, antes del momento previsto para ello, pudiendo continuar el procedimiento con los restantes.
3. Por último, sobre el contenido del acta en la que se refleje el acto de apertura de las proposiciones, éste será el que determine la mesa de contratación (u órgano equivalente competente para la licitación), si bien siempre deberá respetar lo dispuesto en el artículo 27.1 de la Ley 30/1992. Tanto los miembros de la mesa de contratación (u órgano equivalente), como los licitadores al contrato, podrán hacer constar en el acta que se levante, sus reservas u observaciones.