



INFORME 4/2011, DE 16 DE NOVIEMBRE, SOBRE RECHAZO DE OFERTA ADMITIDA.

ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio ha solicitado informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre una consulta de la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación, formulada en los siguientes términos:

CONSULTA ELEVADA A LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA RELATIVA AL RECHAZO DE LA ÚNICA OFERTA ADMITIDA EN UN PROCEDIMIENTO PARA LA ADJUDICACIÓN DE CONCESIONES DE DOMINIO PÚBLICO PARA LA CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN, EN RÉGIMEN DE CESIÓN DE USO, DE VIVIENDAS CON PROTECCIÓN PÚBLICA

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ostenta entre sus funciones la de informar sobre las distintas cuestiones que en materia de contratación administrativa se sometan a su consideración, conforme a lo dispuesto en el artículo 38.2 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (en adelante RGPCPM), aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, y su ejercicio corresponde a la Comisión Permanente, según dispone el artículo 44 RGPCPM.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 48 RGPCPM, la Secretaría General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando informe en los términos siguientes:

Con posterioridad a la apertura en acto público de las ofertas económicas presentadas en el procedimiento de “CONCESIÓN DE DOMINIO PÚBLICO DESTINADA A LA CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN (EN RÉGIMEN DE CESIÓN DE USO) DE 152 VIVIENDAS CON PROTECCIÓN PÚBLICA EN EL MUNICIPIO DE MADRID”, por los servicios técnicos de la Dirección de General de Vivienda y Rehabilitación se advirtió la existencia en el sobre nº 2 de documentación técnica presentado por la única empresa admitida a licitación, de un dispositivo informático que contenía determinada información económica cuyo conocimiento permitiría determinar sustancialmente la puntuación que le correspondería a esta empresa por la aplicación de los criterios evaluables de forma automática (oferta económica). Por dichos servicios

de la Dirección de General de Vivienda y Rehabilitación se puso en conocimiento de la Mesa de Contratación este hecho.

Si bien dicha información según los servicios técnicos no afectó a la valoración técnica ya realizada, toda vez que, según indican, su existencia fue advertida con posterioridad incluso a la apertura de las ofertas económicas, la Mesa de Contratación acordó la exclusión de la oferta presentada por la empresa por incurrir en un incumplimiento de los Pliegos de Condiciones y no respetar el secreto de la proposición.

La Mesa de Contratación decidió excluir la proposición de la mercantil por incluir en el sobre B de los criterios de adjudicación no evaluables mediante cifras o porcentajes, aspectos que deberían figurar en el sobre C correspondiente a los criterios de adjudicación evaluables mediante cifras o porcentajes.

La Mesa acordó comunicar en acto público este extremo a la empresa licitadora en acto público. Finalizado dicho acto, se invitó al licitador asistente a que expusiese cuantas observaciones o reservas estimase oportunas contra el acto celebrado. Al amparo de lo previsto en el artículo 20.7 del RGCCPM, por la empresa se han formulado observaciones por escrito en el plazo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto dirigidas al órgano de contratación.

Previamente al examen de la cuestión planteada hay que indicar que las concesiones demaniales de referencia se rigen por lo establecido en Pliegos de condiciones y en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Para lo no previsto en los referidos pliegos, la concesión se rige fundamentalmente por la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid y por los preceptos de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que resultan de aplicación general a las Administraciones Públicas de conformidad con su disposición final segunda. Igualmente, resulta específicamente de aplicación la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid y la Orden 2907/2010, de 7 de septiembre, por la que se regula el régimen para la cesión de uso de viviendas construidas, en régimen de concesión demanial, sobre suelos de dominio público de redes supramunicipales. En lo que respecta al procedimiento de adjudicación de la concesión demanial, resulta de aplicación supletoriamente y en lo que proceda la legislación básica del Estado en materia de contratación pública, es decir, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP y el Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y demás disposiciones de aplicación.

La Mesa de Contratación para adoptar su decisión ha tenido en cuenta el parecer expresado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Acuerdo 8/2009 de 10 de junio.

El conocimiento, en la fase correspondiente a la apertura del sobre B, de criterios de adjudicación no evaluables mediante cifras o porcentajes, de datos e información correspondientes a criterios evaluables mediante cifras o porcentajes, que deben figurar en el sobre C, podría, pese al carácter imparcial, objetivo y neutral de los miembros de la Mesa y del técnico encargado de la valoración de las proposiciones, contaminar la valoración de los mismos.

No obstante, teniendo en cuenta en el caso que nos ocupa la existencia de una única empresa admitida a licitación, la aceptación de dicha oferta no influiría en el resultado del procedimiento de adjudicación.

Se plantean dudas razonables de que se pueda vulnerar la finalidad de la Ley cuando existe un solo licitador y se revelan datos económicos en el sobre técnico (puesto que no podría manipularse la puntuación en perjuicio de un competidor).

En este caso concreto puede concluirse que no ha existido posibilidad alguna de manipulación de la puntuación frente a otros licitadores, ni siquiera potencialmente, al no existir esos otros licitadores.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones se solicita el parecer de esa Junta Consultiva respecto a la posibilidad de aceptar la oferta admitida por no vulnerar dicha decisión los principios de la contratación administrativa.

CONSIDERACIONES

1.- Se plantea en el escrito de consulta la posibilidad de aceptar la única proposición admitida a una licitación, al comprobar, con posterioridad al acto público de apertura de proposiciones, que se ha podido vulnerar el secreto de la oferta.

Con carácter previo a considerar la cuestión planteada es conveniente recordar que a esta Comisión Permanente de la Junta Consultiva de la Comunidad de Madrid no le corresponde emitir informes sobre procedimientos concretos de contratación, ni sustituir las funciones que la legislación contractual atribuye a distintos órganos para el asesoramiento de los órganos de contratación, como son las Mesas de contratación; no

obstante, con el fin de facilitar criterios para resolver dudas ante supuestos similares, se formulan las siguientes consideraciones.

2.- En primer lugar se ha de señalar que el procedimiento objeto de consulta se refiere a una concesión de dominio público, regulada por la legislación patrimonial, y que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.1 p) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), es uno de los negocios, contratos y relaciones jurídicas excluidas de su ámbito de aplicación, por lo que en virtud de su apartado 2 se rige por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

Tanto el artículo 34 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, como el artículo 93.1 de la Ley 33/2003, de 3 noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), de carácter básico según su disposición final segunda, determinan que el otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de concurrencia. El artículo 5.4 de la LPAP, también de aplicación general a todas las Administraciones Públicas, determina que los bienes y derechos de dominio público se registrarán por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación y, a falta de normas especiales, por esta Ley y las disposiciones que la desarrollen o complementen. Las normas generales del derecho administrativo y, en su defecto, las normas del derecho privado, se aplicarán como derecho supletorio.

El artículo 96.5 de la LPAP establece que para decidir sobre el otorgamiento de la concesión en régimen de concurrencia, se atenderá al mayor interés y utilidad pública de la utilización o aprovechamiento solicitado, que se valorará en función de los criterios especificados en los pliegos de condiciones. Por su parte, el artículo 83 del Reglamento General de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (RGLPAP), aprobado por Real Decreto 1.373/2009, de 28 de agosto, indica que el pliego de condiciones del concurso deberá contener al menos y entre otros extremos: los criterios de adjudicación, forma de valoración y ponderación, así como el modelo de presentación de ofertas y modo en el que se desarrollará la licitación. Asimismo los artículos 85 a 87 del citado reglamento desarrollan la presentación de la documentación, la Mesa de licitación y la apertura de sobres.

Es necesario indicar a estos efectos que al escrito de consulta no le acompañaba el pliego de condiciones.

3.- La legislación de contratos regula la selección del adjudicatario y la aplicación de los criterios de valoración de ofertas de forma más exhaustiva que la patrimonial, así el artículo 134.2 de la LCSP establece que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor se realizará previamente a la de aquellos otros criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.

La forma de presentación de proposiciones para hacer posible esta valoración separada se encuentra regulada en el artículo 26 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, que indica que la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos. Esta circunstancia se recoge en los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares informados por esta Junta Consultiva, debiendo las proposiciones ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, conforme a lo dispuesto en el artículo 129.1 de la LCSP.

Cuando, entre la documentación incluida en el sobre correspondiente a los criterios cuya valoración dependa de un juicio de valor, se haga referencia a la proposición económica, la oferta habrá de ser, en todo caso, rechazada, por incumplir lo dispuesto en el artículo 129 de la LCSP acerca del carácter secreto de las proposiciones hasta el momento de la licitación pública, como se puso de manifiesto a los órganos de contratación por parte de esta Junta Consultiva en el Acuerdo 8/2009, de 10 de junio, por el que se analizan diversas cuestiones sobre contratación pública.

El rechazo de la proposición en estos supuestos se deriva de la obligación de garantizar el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública recogido en el citado artículo 129 y de asegurar el cumplimiento de los principios de transparencia, igualdad y no discriminación entre los candidatos y licitadores en la actuación de la Administración, recogidos en los artículos 1 y 123 de la LCSP.

Las ofertas que correspondan a proposiciones rechazadas quedarán excluidas del procedimiento de adjudicación del contrato y los sobres que las contengan no podrán ser abiertos, conforme a lo dispuesto en los artículos 20.4 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (RGPCM), aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, y 83.5 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre.

4.- En el supuesto objeto de consulta, una vez examinada la documentación correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, la proposición no fue rechazada por la Mesa sino que fue admitida a la licitación, al no haber advertido la Administración que en el sobre correspondiente a los criterios no evaluables mediante cifras o porcentajes figuraban aspectos relativos a la proposición económica, por lo que ésta fue abierta en acto público y aceptada.

Con posterioridad al acto público de apertura se puso de manifiesto a la Mesa la existencia de determinada información económica en el sobre relativo a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor; sin embargo, una vez abierta la proposición económica la normativa únicamente prevé su rechazo por las causas establecidas en los artículos 20.6 del RGCPCM y 84 del RGLCAP, relativas a que la proposición no guarde concordancia con la documentación examinada y admitida, exceda del presupuesto base de licitación, varíe sustancialmente el modelo establecido, comporte error manifiesto en el importe de la proposición o exista reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable.

5.- Dada la singularidad del supuesto se ha de indicar: que la aplicación de la LCSP no procede en toda su extensión sino solo sus principios para resolver dudas y lagunas como establece el artículo 4.2, que no parece necesario garantizar el secreto de una proposición que ya es pública, que no se vulneran los principios de igualdad y no discriminación entre los licitadores y candidatos puesto que sólo ha concurrido una empresa, y que podría dudarse de la transparencia de la actuación dado que se rechaza al licitador cuando ya se conoce su oferta.

Al existir una única oferta no se dirime cual es la proposición económicamente más ventajosa, sino que se ha de valorar si la presentada cumple con los requerimientos de los pliegos y en consecuencia satisface las necesidades de la Administración y es susceptible de admisión. Por otra parte, cabría aludir, también con carácter supletorio, al principio de conservación de los actos y trámites consagrado en el artículo 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.