

INFORME 9/2006, DE 20 DE OCTUBRE, SOBRE ERROR EN PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y PROCEDENCIA, EN SU CASO, DE INCAUTACIÓN DE GARANTÍA PROVISIONAL.

ANTECEDENTES

La Secretaría General Técnica de la Consejería de Cultura y Deportes solicita la emisión de informe de la Junta Consultiva en los siguientes términos:

“Esta Secretaría General Técnica solicita informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre cómo debe entenderse la oferta económica presentada por una empresa en una licitación administrativa mediante concurso y, en su caso, sus consecuencias jurídicas teniendo en cuenta los siguientes hechos:

1.- *La Consejería de Cultura y Deportes de la Comunidad de Madrid sacó a licitación el concurso para la Gestión y explotación del Teatro-Auditorio ubicado en San Lorenzo de El Escorial (Expte.: 12-AE-3/2006), con un presupuesto base de licitación de 7.620.000,00 euros, con la siguiente distribución de anualidades:*

<i>Anualidades</i>	<i>Importe</i>
<i>2006</i>	<i>435.000,00 euros</i>
<i>2007</i>	<i>3.500.000,00 euros</i>
<i>2008</i>	<i>3.500.000,00 euros</i>
<i>2009</i>	<i>185.000,00 euros</i>

En el apartado 4 del anuncio de la licitación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid se indicaba el presupuesto base de licitación, mientras que en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en su cláusula 5, se indicaba el importe de las anualidades sin determinarse, expresamente, el importe total. Se acompaña fotocopia de ambos documentos.

2.- *Finalizado el plazo de presentación de ofertas, el responsable del Registro General de esta Consejería certifica que se han presentado al citado concurso dos ofertas que corresponden a la empresa MIRAMÓN MENDI, S.A. y a la Unión Temporal de Empresas EXPACONTRA, S.A.-GRUPO CANTOBLANCO CATERING SERVICE, S.L.-IBERCÁMARA, S.A.-INICIATIVAS TEATRALES, S.L.*

3.- *El día 27 de septiembre de 2006, a las 12,00 horas se procedió a la apertura pública de las proposiciones económicas con el siguiente resultado:*

- *MIRAMÓN MENDI, S.A.* 3.200.000,00 euros.
- *Unión Temporal de Empresas EXPACONTRA, S.A.*
GRUPO CANTOBLANCO CATERING SERVICE, S.L.
IBERCÁMARA, S.A.-INICIATIVAS TEATRALES,S.L. 6.850.380,00 euros.

Concluido el acto público, la Mesa de Contratación, tras comprobar que la oferta económica de la empresa MIRAMÓN MENDI, S.A. presuntamente incurría en baja temeraria, y que podía tratarse de un error, adoptó por unanimidad el acuerdo de solicitar a dicha empresa justificación por escrito de los términos de la oferta, así como la viabilidad de ejecutar satisfactoriamente el contrato en las condiciones ofrecidas. Se adjunta fotocopia de la oferta presentada por la empresa MIRAMÓN MENDI, S.A.

4.- Con fecha 29 de septiembre de 2006 se requirió a la empresa MIRAMÓN MENDI, S.A. dicha justificación, que aportó el día 2 de octubre de 2006, en la que indica que la propuesta es por un importe anual y que Ade la anterior propuesta y como resultado de una simple operación aritmética el total importe de licitación asciende a 6.966.681,00 euros.≅ Se acompaña fotocopia del escrito presentado por la empresa MIRAMÓN MENDI, S.A.

A la vista de todo ello, se solicita de esa Junta Consultiva, de conformidad con el artículo 48 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, emita informe acerca de:

1.-)Debe entenderse que la oferta presentada por MIRAMÓN MENDI, S.A. es por 3.200.000,00 euros o por 6.966.681,00 euros?.

2.- En el caso de que se entienda que la oferta es por 3.200.000,00 euros, al estar incurso en baja temeraria,)debe desecharse la oferta como indica el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o además procede la incautación de la garantía provisional, de acuerdo con el artículo 62.2. del mencionado Reglamento?."

A la solicitud acompaña:

1.- El pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato administrativo especial para GESTIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL AUDITORIO UBICADO EN SAN LORENZO DE EL ESCORIAL A ADJUDICAR POR PROCEDIMIENTO ABIERTO MEDIANTE CONCURSO.

- 2.- Copia de la proposición económica presentada por el licitador por importe de 3.200.000 euros.
- 3.- Requerimiento al licitador para justificar los términos de su oferta y la viabilidad en su caso.
- 4.- Escrito del licitador en relación con su oferta, el que manifiesta que no se trata de una oferta desproporcionada sino ajustada a los términos del pliego que hace referencia a cantidades en cómputo anual.

CONSIDERACIONES

1.- Corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 apartados 2 y 6 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (RGCCPM), aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, informar sobre las distintas cuestiones que, en materia de contratación administrativa, se sometan a su consideración y, cuando las circunstancias así lo aconsejen, las proposiciones que, a juicio del órgano de contratación, no puedan ser normalmente cumplidas como consecuencia de una baja desproporcionada o temeraria y que puedan dar lugar a la no adjudicación al contratista que ha presentado la proposición más baja en el procedimiento de adjudicación, respectivamente .

2.- El contrato se encuentra calificado de administrativo especial, por lo que el régimen jurídico aplicable es el establecido en los artículos 7.1 y 8 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que disponen que la preparación, adjudicación, efectos y extinción de estos contratos se regirán por sus propias normas con carácter preferente; en su defecto por lo dispuesto en el mencionado texto y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente por las restantes normas de Derecho Administrativo y, en su defecto, por las normas de Derecho Privado.

Su adjudicación se someterá, por tanto, a lo dispuesto en el libro I de la LCAP, debiendo incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los extremos que señalan los artículos 8.2 de la LCAP y 67.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, debiendo además contener las especificaciones que, por su naturaleza y objeto, sean necesarias para definir los pactos y condiciones del contrato y, en todo aquello que no haya sido establecido en los citados pliegos, será de aplicación, por analogía, el título IV del libro II de la LCAP.

El pliego de cláusulas administrativas particulares en su cláusula 5 establece el Régimen económico del contrato, y dispone la forma de abono de la prestación económica en cuatro anualidades, por importe de cuatrocientos treinta y cinco mil euros (435.000,00.-€) en el año 2006, tres millones quinientos mil euros (3.500.000.- €) durante los años 2007 y 2008, y ciento ochenta y cinco mil euros (185.000,00 €) en el año 2009, todos ellos con IVA y demás impuestos incluidos.

Y, en esta cláusula, recoge lo dispuesto en el artículo 84 de RGLCAP al establecer que: “En caso de discrepancia entre el importe expresado en letra y el expresado en cifra, prevalecerá la cantidad que se consigne en letra, salvo que de los documentos que componen la proposición se desprenda otra cosa. Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, variase sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa de contratación mediante resolución motivada, sin que sea causa bastante para el rechazo el cambio u omisión de algunas palabras del modelo si ello no altera su sentido.”

En la cláusula 24 fija los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación del concurso, otorgando una valoración de 50 puntos al criterio precio, sobre una base de 100 puntos, indicando que la oferta que contenga la mayor baja sobre la prestación económica a cargo de la Administración obtendrá 50 puntos. Se valorará con cero puntos las ofertas que igualen el importe de licitación, asignando al resto de las ofertas los puntos resultantes de la aplicación de la fórmula que incluye.

Esta cláusula dispone que se considerarán ofertas desproporcionadas o temerarias aquellas que sean superiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, sin perjuicio de que el órgano de contratación pueda requerir del licitador la justificación de la baja, a los efectos procedentes.

Seguidamente establece unas reglas comunes a todos los criterios de valoración y especifica que “Todas las ofertas estarán debidamente documentadas, pormenorizadas y concretadas. Asimismo, los licitadores podrán presentar los documentos que consideren oportunos para acreditar el cumplimiento de las propuestas que formulen a la Administración, que podrán ser contrastadas debidamente por el órgano de contratación antes de la adjudicación.”

El anuncio de licitación publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (BOCM), en julio de 2006, fijaba el presupuesto base de licitación en 7.620.000 euros y establecía que el plazo de ejecución finalizaría en enero de 2009.

3.- El artículo 86.3 de la LCAP dispone 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, y en su apartado 4 remite a lo establecido en su artículo 83, en relación con la tramitación de las proposiciones y garantía a constituir en la subasta.

El artículo 84 del RGLCAP, en relación con el rechazo de las proposiciones, dispone: “Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

Por otra parte, la regulación del acto de apertura de proposiciones viene establecido en el artículo 20.6 del RGCCPM que recoge lo desarrollado en el artículo 84 del RGLCAP, y en su último párrafo dispone: “En caso de discrepancia entre el importe expresado en letra y el expresado en cifra, prevalecerá la cantidad que se consigne en letra, salvo que de los documentos que componen la proposición se desprenda otra cosa”.

4.- En el escrito de consulta se plantean dos cuestiones, la primera consiste en determinar si se debe entender que la oferta económica presentada por la empresa es por 3.200.000,00 euros o por 6.966.681,00 euros.

Para responder a la pregunta es necesario analizar el contenido de la proposición económica presentada, en relación con lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, el anuncio de licitación y la normativa reguladora de contratación administrativa de aplicación.

La proposición económica presentada por la empresa expresaba estar enterada del anuncio publicado en el BOCM el día 19 de julio de 2006, de las condiciones, requisitos y obligaciones exigidos para la adjudicación del contrato y finalizaba diciendo que se comprometía a realizar el contrato “con estricta sujeción a los expresados requisitos, condiciones y obligaciones y de acuerdo con lo establecido en los pliegos de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas particulares que sirven de base a la convocatoria, cuyo contenido declara conocer y acepta plenamente por un importe de 3.200.000 euros” sin añadir ninguna otra aclaración, por lo que, en una primera apreciación, se entendía como precio del contrato y en consecuencia representaba una

baja de 58,01%, superando en 10 unidades porcentuales la media aritmética de las ofertas presentadas, que era de 34,06 %.

Ante el elevado porcentaje que representaba la baja ofrecida, se consideró la posibilidad de que se encontrase en algún supuesto de los previstos en el artículo 84 del RGLCAP, es decir que comportase un error manifiesto en el importe o que existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolecía de error o inconsistencia que la hiciesen inviable, lo que daría lugar en ambos supuestos al rechazo de la proposición por la Mesa mediante resolución motivada. Por ello se solicitó aclaración de su oferta a la empresa.

La empresa, en su respuesta a la solicitud de aclaración, manifiesta que la oferta es de 3.200.000 euros anuales, rechaza la existencia de temeridad y afirma que su oferta es por el total del precio del contrato en los términos del pliego, que lo establecía en cálculos anuales, y añade que “de la anterior propuesta y como resultado de una simple operación aritmética el total importe de licitación asciende a 6.966.681 (seis millones novecientos sesenta y seis mil seiscientos ochenta y un euros.”

Por tanto, y mediante esta aclaración, considera su oferta referida a las anualidades completas de los años 2007 y 2008, sin especificar el precio que ofrece respecto de las anualidades de 2006 y 2009, y entiende que la Mesa debe interpretar su oferta económica y, mediante una operación aritmética, calcular, de forma proporcional al precio ofrecido para las anualidades completas, el precio que correspondería a las anualidades 2006 y 2009, y de esa manera obtener el importe total de su oferta. Los términos en que presenta su proposición económica vulneran las reglas comunes, que la cláusula 24 del Pliego establecía respecto a todos los criterios de valoración, que exigían que todas las ofertas debían estar debidamente documentadas, pormenorizadas y concretadas y que los licitadores podían presentar los documentos que considerasen oportunos para acreditar el cumplimiento de las propuestas que formulase, exigencias que no se cumplen.

5.- La empresa en su oferta reconocía expresamente estar enterada del anuncio de licitación, citando la fecha en que fue publicado en el BOCM, y de las condiciones y requisitos para la ejecución del contrato, por tanto resulta indubitado que conocía que el importe del presupuesto base de licitación ascendía a un total de 7.620.000 euros y, en consecuencia, había constituido la garantía provisional por el importe establecido en el anuncio de licitación.

6.- Es preciso calificar el supuesto en que se encuentra la proposición económica y analizar si existió error y, en su caso, si se trata de error manifiesto en el importe,

supuesto a que se refiere el artículo 84 del RGLCAP, que daría lugar al rechazo de la proposición mediante resolución motivada, o si puede calificarse de error subsanable.

Sobre los conceptos jurídicos generales relativos a los tipos de errores que pueden darse en los negocios jurídicos, la Comisión Permanente de esta Junta Consultiva se manifestó ampliamente en el informe 5/1999, de 24 de noviembre, en el que analiza tres tipos de errores: “error vicio” referido a disconformidad entre lo que se considera presupuesto del negocio y el resultado que ofrece la realidad, “error obstativo” que consiste en discrepancia entre lo declarado y lo que se ha querido realmente manifestar, y el “error en cuenta” que se produce en la declaración y concretamente al operar en el cálculo.

El artículo 1.266 del Código Civil dispone que, para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre las condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo para celebrarlo. El simple error en cuenta solo dará lugar a la corrección.

En el caso que se estudia el error recae sobre una de las condiciones esenciales del contrato como es el precio, criterio al que se otorgaba una valoración de 50 puntos sobre 100, y donde se ha producido una discrepancia, a tenor de la aclaración de la empresa sobre su oferta, entre lo declarado y lo que se ha querido realmente manifestar, por lo que el error podría calificarse de obstativo.

7.- El RGLCAP, en relación con estos errores, se manifiesta en su artículo 62.2 y se refiere a error o inconsistencia en la proposición incurra en presunción de temeridad que podría conducir a la retirada de la proposición con incautación de la garantía.

A su vez el Informe 5/1999, de 24 de noviembre, de esta Comisión Permanente sobre la admisión, por una Mesa de contratación, de ofertas con error aritmético, dispone en su conclusión tercera que su informe no es preceptivo ni vinculante, sino de asesoramiento y que la Mesa de contratación es soberana para calificar las proposiciones y ofertas económicas, pudiendo seguir o no las conclusiones, y señala que cada supuesto puede precisar un análisis particular.

8.- En consecuencia con todo lo anterior, y sobre la primera cuestión que plantea la consulta, en cuanto a si se debe entender que la oferta presentada por la empresa es por 3.200.000,00 euros o por 6.966.681,00 euros, esta Comisión entiende que, de los términos literales de la oferta, no puede determinarse que el precio total que ofrecía la empresa para la ejecución del contrato fuese el que señala en su aclaración posterior, ya que obligaba a la Mesa a realizar una libre interpretación de la voluntad de la empresa. Por consiguiente se considera que la oferta presentaba un error sobre una de las

condiciones esenciales del contrato, como es el precio, y que dicho error es obstativo, no siendo susceptible de subsanación.

9.- La segunda cuestión planteada es si se debe desechar la proposición, como indica el artículo 84 del RGLCAP, al estar incurso en baja temeraria por interpretar que la oferta es por 3.200.000,00 euros y si, además, procede la incautación de la garantía provisional, de acuerdo con el artículo 62.2 del mencionado Reglamento.

Esta cuestión se considera resuelta con la anterior, ya que si la oferta se encuentra incurso en un error en el importe de la proposición, se aplicará lo previsto en el artículo 84 del RGLCAP, debiendo rechazarse la proposición por la Mesa de contratación en resolución motivada, sin que dé lugar a incautación de la garantía.

10.- El presente informe no es vinculante, por lo que la Mesa de contratación podrá seguir o no estos criterios, ya que los artículos 81 de la LCAP y 51, 81 a 85 y 87 del RGLCAP, así como el artículo 20 del RGPCM, le otorgan unas facultades en cuyo ejercicio le corresponde adoptar la decisión sobre la admisión o rechazo motivado de las proposiciones y la apreciación de defectos subsanables o insubsanables, debiendo precisar esta Comisión que, en todo caso, los supuestos concretos exigen un análisis particular, por lo que, con carácter general, no se pueden establecer normas sobre la admisión o rechazo de proposiciones y la calificación que merecen los errores detectados.

CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto, esta Comisión Permanente entiende:

1.- Los Informes de esta Junta Consultiva no son vinculantes sino de asesoramiento y no pueden sustituir las facultades atribuidas a los Órganos y Mesas de Contratación por la LCAP, el RGLCAP y el RGPCM.

2.- El error en la proposición económica que comporta la imposibilidad de determinar por la Mesa de contratación cuál es el precio ofrecido para ejecución del contrato se interpreta como error recaído sobre una de las condiciones esenciales del contrato, como es el precio, por lo que se considera error obstativo, que no es susceptible de subsanación.

3.- El error manifiesto en el importe del contrato comporta la aplicación de lo previsto en el artículo 84 del RGLCAP, debiendo rechazarse la proposición por la Mesa de contratación mediante resolución motivada, sin que dé lugar a incautación de la garantía.