

INFORME 2/2002, DE 5 DE JUNIO, RELATIVO A LA INCLUSIÓN DE DETERMINADAS CLÁUSULAS EN LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES DE SUMINISTRO.

ANTECEDENTES

Se recibe solicitud de informe de la Intervención General a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en los siguientes términos:

Esta Intervención General formula consulta sobre la posibilidad de incluir determinadas cláusulas en el Pliego de cláusulas administrativas particulares en los contratos de suministro, con entregas subordinadas a las necesidades de la Administración, para el Hospital General Universitario “Gregorio Marañón”:

- 1.- *Cláusulas 3 y 4 del P.C.A.P. en cuanto al tipo de contrato de suministro.*
- 2.- *Cláusula 15 del Anexo I del P.C.A.P. sobre variantes económicas.*
- 3.- *Criterios del Anexo IV:*
 - *Comisión Técnica.*
 - *Desglose y baremación puntuación primer criterio.*

A la vista de los informes del Servicio Jurídico de 22 de septiembre de 1999 y 27 de octubre de 1999 y ante la actual redacción del clausulado se solicita informe de la Junta Consultiva de Contratación sobre su adecuación a la normativa aplicable a efectos de la fiscalización de distintos expedientes de contratación.

Habida cuenta de que la presente consulta interrumpe la tramitación de los expedientes en curso, algunos urgentes, se ruega su respuesta en el más breve plazo posible.

Se acompaña a la consulta el Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de suministro de adquisición de “fungible y reactivos hematimetría y coagulación”, escrito de petición e informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales sobre la admisibilidad de reducir el crédito estimado comprometido en los suministros de bienes subordinados a las necesidades de la

Administración, así como informe del Director General de los Servicios Jurídicos relativo a la posible admisión de ofertas condicionadas a que se adjudique más de un lote a una misma empresa.

CONSIDERACIONES

1.- Con carácter previo a entrar en el fondo de las consideraciones, se ha de precisar que no es competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa emitir informes en expedientes concretos de contratación. En este sentido, evitando pronunciamientos sobre el clausulado de un pliego concreto, esta Comisión Permanente considera de interés analizar la posible inclusión de determinadas cláusulas con carácter general en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de suministro y su repercusión en el precio de adjudicación, admisión de variantes y criterios de adjudicación, en virtud de la función que le asigna el artículo 2 d) de su Reglamento de Régimen Orgánico y Funcional, aprobado por Decreto 4/1996, de 18 de enero, de informar las cuestiones que en materia de contratación administrativa se sometan a su consideración.

2.- La primera de las cuestiones suscitadas es la relativa a la posibilidad de incluir en los contratos de suministro regulados en el artículo 172.1 a) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, es decir, “aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración”, una previsión del siguiente tenor literal: *en función de las necesidades de la Administración contratante y/o de la baja que se obtenga respecto de los precios de licitación, el órgano de contratación, en el acto de adjudicación, podrá reducir el presupuesto límite del contrato.*

La Administración en estos suministros no puede determinar de antemano el número de unidades que demandará del contratista, ni conoce con certeza el importe total a que ascenderá el contrato. Por ello, ha de realizar un cálculo estimado de sus necesidades y fijar el límite máximo del compromiso económico de la Administración, debiendo consignarlo en el Pliego de cláusulas administrativas particulares y en el documento de formalización del contrato, de acuerdo con lo previsto en los artículos 49 de la LCAP y 67 y 71 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de

octubre.

La previsión en Pliegos que se analiza contempla dos supuestos:

a) Que la reducción obedezca a la baja que se obtenga respecto de los precios unitarios de licitación, en cuyo caso:

- Si el número estimado de unidades a adquirir se configura en los Pliegos como un límite que no se puede sobrepasar, la adjudicación se deberá efectuar por el importe máximo que la empresa adjudicataria consigne o se deduzca de su oferta, que siempre será igual o inferior al fijado en la licitación, según oferte al tipo o a la baja.

- Si el número estimado de unidades no se establece como máximo, la baja sobre los precios unitarios permitirá adquirir mayor número de unidades si fuera necesario y estuviera así recogido en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, tal y como prevé el artículo 49.1 de la LCAP, ya que el Pliego se considera Ley del contrato según reiterada Jurisprudencia. Este es el supuesto habitual para este tipo de contrato y así parece deducirse de la regulación dada por la LCAP a las garantías definitivas cuando el precio se determina en función de precios unitarios, al fijarse el importe de la garantía sobre el presupuesto de licitación.

b) Que el órgano de contratación realice una nueva estimación de sus necesidades en el momento de la adjudicación del contrato, ajustando sus previsiones a las nuevas circunstancias que en tal punto se presenten para reducir el importe máximo fijado como base de la licitación, con independencia de que se haya obtenido o no baja en los precios unitarios.

Mientras que el primer supuesto no plantea dudas sobre su admisibilidad, el segundo cabe considerarlo como una alteración de un elemento del contrato, que se introduce en un momento en que los licitadores ya no pueden tomarlo en consideración de cara al planteamiento de sus ofertas o, incluso, de su interés en participar en la licitación.

Los Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares constituyen las bases sobre las que la Administración manifiesta su voluntad de celebrar un negocio jurídico determinado y respecto de las que los empresarios interesados

realizarán sus ofertas. Es cierto que en estos casos el presupuesto total del contrato no vincula a las partes más que en cuanto a su carácter limitativo, pero constituye una estimación que permite apreciar a los licitadores el posible alcance de las prestaciones que requerirá la Administración. Pese a que la reducción se prevea en el pliego, al no fijarse límite alguno a la magnitud que puede alcanzar podría alterar las condiciones del contrato en tal medida que, de haber sido conocida de antemano por los interesados, se podrían haber obtenido resultados distintos tanto en lo que se refiere a la baja de las proposiciones como al número de licitadores que quisieran optar a la adjudicación.

En el contrato administrativo han de cumplirse los requisitos de la relación jurídica en la que han de concurrir, según reitera la jurisprudencia de Tribunal Supremo, “el consentimiento de los contratantes”, “objeto cierto que sea materia del contrato” y “la causa de la obligación que se establezca” como dispone el artículo 1.261 del Código Civil. Conforme a esta Doctrina y según establece el artículo 13 de la LCAP, el objeto deberá ser determinado, lo que no se produce en este caso al dejarse al arbitrio del órgano de contratación la reducción del presupuesto límite del contrato sin señalar tope.

Por otra parte, la fórmula incluida en la cláusula que se propone, al no señalar límite a la reducción del importe máximo de la licitación, podría vulnerar el principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, así como el de seguridad jurídica, que están estrechamente relacionados con el principio de confianza legítima enunciado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas e invocado en numerosas sentencias del Tribunal Supremo (sentencia de 6-3-1998 Sala 3ª, sentencia de 18-10-1997 Sala 3ª).

Ello no obsta para que durante la ejecución del contrato pueda efectuarse el ajuste necesario desde el punto de vista contable y presupuestario, debidamente motivado, pues a medida que transcurre su plazo de vigencia se podrá conocer con mayor precisión el importe total que puede alcanzar el mismo, como concluye el informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, sin que se haya de calificar como una modificación contractual en sentido estricto, cuando no suponga una variación sustancial del contrato.

3.- El segundo supuesto planteado es la posibilidad de admitir variantes económicas del siguiente tenor:

- Ofertar precios unitarios más reducidos respecto a los contenidos en la oferta base, bajo la suposición de obtener la adjudicación conjunta de varios lotes de

este concurso.

- Ofertar precios unitarios más reducidos respecto a los contenidos en la oferta base, proponer descuentos porcentuales, globales o la entrega a precio cero de determinado número de artículos del suministro objeto del contrato, bajo la suposición de que el importe límite adjudicado alcance determinada cuantía.

La LCAP regula en los artículos 80 y 87 la admisibilidad de variantes, estableciendo que el órgano de contratación sólo podrá tomar en consideración las variantes o alternativas que ofrezcan los licitadores cuando el Pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad, debiendo precisar sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación, haciéndose constar la misma en el anuncio de licitación del contrato. Las citadas variantes o alternativas suponen una excepción al principio general de que en las licitaciones no se podrá presentar más de una proposición.

Asimismo, el RGLCAP desarrolla la regulación de las variantes en sus artículos 67 j), 68 c), 71 f) y 89 estableciendo en su caso los requisitos, límites, modalidades, aspectos y características técnicas a incluir en los Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares, así como en el documento de formalización del contrato, que deberá contener las cláusulas que sean consecuencia de las variantes válidamente propuestas por el adjudicatario en su oferta que hayan sido aceptadas por la Administración.

Esta Comisión considera que no hay inconveniente, a la luz de la normativa citada y en aplicación del principio de libertad de pactos que recoge el artículo 4 de la LCAP, a que las variantes o alternativas puedan ser tanto de carácter técnico como económico. En este sentido no parece que se deba oponer objeción alguna a las propuestas, considerándose admisibles las variantes económicas condicionadas a la adjudicación conjunta de varios lotes, que las bajas se efectúen sobre cada precio unitario o que el descuento porcentual se aplique por igual a todos los precios unitarios o que a partir de un determinado número de unidades entregadas las posteriores redujeran su importe o incluso lo anulen (cero pesetas) al superarse la cuantía determinada por el contratista en su oferta, por haber obtenido el beneficio previsto.

4.- En cuanto a la inclusión como criterio de adjudicación del *cumplimiento de las características técnicas en mayor grado de la línea base exigida en el Pliego* al que se asigna 55 puntos y cuya transcripción es la siguiente:

La valoración de este criterio se efectuará en base al informe de evaluación técnica que llevará a cabo una comisión técnica creada a tal efecto, ponderando todas aquellas mejoras que, excediendo de las características y especificaciones técnicas indicadas en el Pliego de prescripciones técnicas, presenten los productos ofertados por las empresas licitantes, mejoras determinadas por los análisis que se realicen sobre las muestras y/o evaluación de los certificados y documentación técnica que se aporten. Estas especificaciones tienen el carácter de mínimo, no obteniéndose ninguna puntuación en este criterio por el estricto cumplimiento de los mismos.

Se significa :

a) En cuanto a valoración del mencionado criterio en base al informe de evaluación técnica realizado por una comisión creada al efecto, el artículo 81 de la LCAP dispone que se podrán solicitar por la Mesa de contratación cuantos informes técnicos considere precisos, sin que se concrete si dichos informes deben ser emitidos individualmente por un técnico o de manera colegiada, por lo que no se considera contrario a la LCAP que la valoración por la Mesa de contratación de las mejoras que excedan de las características y especificaciones recogidas en el Pliego de prescripciones técnicas se realice con base en un informe de una comisión técnica, lo que en determinados supuestos y por su complejidad puede constituir una medida que garantice la correcta y objetiva evaluación de las ofertas. La valoración de un criterio de adjudicación mediante informe de una comisión técnica, se entiende en todo caso, sin perjuicio de la posibilidad de la Mesa de solicitar otros informes técnicos, de la competencia de la misma en la ponderación de los criterios indicados en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y propuesta de adjudicación al órgano de contratación, que establecen los artículos 81 y 88 de la LCAP.

b) Se observa que este criterio está valorado con 55 puntos sin que aparezca desglosado ni se gradúe de ninguna forma la puntuación que corresponde otorgar a cada una de las mejoras, según se trate de las derivadas del análisis sobre las muestras, de la evaluación de los certificados presentados y la documentación técnica aportada, lo que reduce el grado de transparencia en la adjudicación, al no desglosar suficientemente la puntuación que corresponde otorgar en la valoración de un criterio que resulta decisivo en la adjudicación por representar más del 50 por 100 de la puntuación total; si bien supone cierta complejidad desagregar la ponderación de un criterio de mejoras sin que se pueda determinar a priori ni el número ni el alcance de las que los licitadores puedan presentar.

CONCLUSIONES

- 1.- En los contratos de suministro regulados en el artículo 172.1 a) de la LCAP, podrá reducirse el presupuesto de licitación en el coeficiente de baja ofertado por el contratista, si se ha fijado el número máximo de unidades a adquirir y se incluye expresamente en el Pliego de cláusulas administrativas particulares.
- 2.- Las condiciones económicas establecidas en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares por la Administración no podrán variarse en la adjudicación del contrato, salvo en lo relativo a las ofertas realizadas por el adjudicatario con arreglo a las determinaciones previstas en el Pliego de cláusulas administrativas particulares.
- 3.- La inclusión en el Pliego de cláusulas administrativas particulares de la posibilidad de ofertar por los licitadores variantes de tipo económico se considera admisible, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 80 y 87 de la LCAP y 67 y 71 del RGLCAP.
- 4.- La previsión en el Pliego de cláusulas administrativas particulares de la emisión de un informe de evaluación técnica por una comisión, se considera compatible con lo dispuesto en el artículo 81 de la LCAP, y ello no obsta a que la Mesa pueda solicitar además, antes de formular su propuesta, los informes técnicos que considere precisos siempre que se relacionen con el objeto del contrato.
- 5.- Para la valoración del criterio de mejoras, debe establecerse una graduación de la puntuación que correspondería otorgar a cada una de las propuestas para conseguir la máxima transparencia en la adjudicación.