

## **INFORME 8/02, DE 26 DE SETEMBRE DE 2002**

### **MESA DE CONTRACTACIÓ. DIVERSES QÜESTIONS RELACIONADES AMB L'APLICACIÓ DE L'ARTICLE 87 DEL REGLAMENT GENERAL DE LA LCAP. LEGITIMACIÓ PER SOL·LICITAR INFORMES A LA JUNTA**

#### **ANTECEDENTS**

El rector de la Universitat de les Illes Balears ha presentat un escrit de sol·licitud d'informe a la Junta Consultiva, en els termes següents:

*“L'aplicació del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, l'entrada del qual va ser el passar 26 d'abril, ens ha plantejat uns dubtes respecte de la modificació recollida en l'article 87, apartats 1 i 3 d'aquest..*

*L'article 87, apartats 1 i 3, del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, referit a les Observaciones, igualdad de proposiciones, acta de la mesa y devolución de documentación, diu el següent:*

*Art. 87.1: “Determinada por la mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, **invitará** a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra **el acto celebrado**, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de **aquel acto** y se dirigirán al órgano de contratación, el cual, previo informe de la mesa de contratación, resolverá el procedimiento, con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato”.*

*Art. 87.3: “Concluido **el acto**, 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 presentes sus reclamaciones o reservas”.*

*En relació a aquests paràgrafs, sol·licitam a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa que ens informi sobre les qüestions següents:*

- a) *Quan l'article es refereix a «la proposició “de precio mas bajo o económicamente mas ventajosa”, hem d'entendre que, en el primer cas, es refereix al procés de contractació convocat per subhasta i, en el segon, al procés de contractació convocat per concurs? Pareix que el preu més baix, en principi, també és l'econòmicament més avantatjós, és a dir, que ambdós termes significarien el mateix i que, per tant, estariem parlant de la figura de la subhasta, però tal vegada el terme «económicamente más ventajosa» s'ha d'entendre com el resultat de la relació qualitat/preu que es pretén sobre l'objecte del contracte o, simplement, la paraula «econòmicament» és una errada del text. En aquests darrers casos, la forma de contractació seria, per tant, el concurs.*

- b) Respecte que la Mesa de contractació, després de determinada la proposició a favor de la qual formularà la proposta d'adjudicació, inviti els licitadors assistents que exposin els seus dubtes o reserves contra l'acte celebrat, ens plantejam el següent:

*Quin seria el procediment formal per efectuar la invitació? És a dir:*

- *Per una banda, si els licitadors tenen l'oportunitat de presentar observacions o reserves contra l'acte celebrat, s'ha de entendre que l'acte celebrat s'ha de convocar en sessió pública o, tal vegada, restringida, per donar a conèixer la proposta d'adjudicació? Aquest article parla també «de assistents al acto», i en l'apartat 3 continua dient: «concluido el acto se levantará acta [...]».» Un cop més, fa referència a un acte que pareix que formalment ha de ser resolt amb un acte públic o, com hem dit ja anteriorment, restringit a les empreses que s'han presentat a la licitació.*
- *D'altra banda, i atenent el principi purament d'economia processal, es pot entendre que la invitació es podria fer per escrit tramès per fax, per correu electrònic o, fins i tot, per telèfon a tots els licitadors. En aquests casos, la invitació es comunicaria a tots els licitadors. No obstant això, si entenem que la invitació no es pot fer per telèfon, però sí per escrit, seria suficient la comunicació mitjançant fax o correu electrònic? No caldria l'acusament de recepció per tal de garantir la comunicació de la informació?*
- *Si entenem que la invitació s'ha de fer a través d'un acte públic, només els assistents obtindrien la informació referida a la proposta d'adjudicació, i per tant la resta, transcorregut el termini de dos dies, i desconeixent la informació per no haver assistit a l'acte, perdrien el seu dret a fer les observacions o les reserves que estimassin oportunes.*

*Per tot el que s'ha exposat, i de conformitat amb la competència atribuïda a aqueixa Junta, demanam que ens trameti l'informe jurídic corresponent, amb la finalitat d'intentar actuar procedimentalment d'acord amb la interpretació més general possible i també amb el criteri més adient i eficaç tant per als licitadors com per a l'òrgan contractant.»*

## **PRESSUPOSTS D'ADMISSIBILITAT**

1. Aquesta petició d'informe ha estat formulada pel rector de la Universitat de les Illes Balears, el qual, en principi, no figura entre els que l'article 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva de la CAIB, enumera taxativament com a legitimats per a aquestes qüestions.

Això no obstant, cal considerar l'evolució que han seguit les modificacions normatives en relació a la capacitat subjectiva per sol·licitar informes. Així, el Decret 86/1998, de 9 d'octubre, va ampliar aquesta capacitat als presidents de les organitzacions empresarials de les Illes Balears afectades per la contractació administrativa i, amb posterioritat, el Decret 147/2000, de 10 de novembre, en la disposició addicional segona, la va tornar a ampliar, en aquest cas als presidents dels consells insulars i dels ajuntaments de la CAIB. Com ja

vam establir en l'Informe 2/2001, tot això permet interpretar que els presidents d'altres entitats no citades expressament en aquests preceptes, com les pedanies o les mancomunitats de municipis, poden formular peticions d'informe a la Junta Consultiva.

Així mateix, la doctrina incorporada en informes anteriors (4/99, 6/99, 8/99, 12/98...), procliu a donar respostes a les qüestions plantejades en nom de l'interès general (a pesar de no ser subscrietes per una persona legitimada), justificaria la procedència d'emetre l'informe demanat pel rector de la Universitat. Però, a més a més, en aquest cas, la Llei orgànica 6/2001, de 21 de desembre, d'universitats, reconeix la universitat com a administració educativa, amb personalitat jurídica pròpia i independent, i amb un règim administratiu, de gestió, econòmic i pressupostari autònom, sense perjudici de les competències que sobre això corresponguin a la comunitat autònoma (la de les Illes Balears hi va ser transferida pel RD 2243/1996); d'acord amb això, es pot considerar que la Universitat forma part de l'Administració de la comunitat autònoma i, per tant, l'afecta el que disposa l'article 1 del Decret 20/1997, de creació de la Junta Consultiva, en què es configura com a *«òrgan consultiu i assessor en matèria de contractació de l'Administració de la comunitat autònoma»*.

En conseqüència, s'ha de reconèixer a la Universitat de les Illes Balears la facultat de sol·licitar informes, sense necessitat que es faci cap modificació de la normativa vigent.

2. L'informe jurídic a què es refereix l'article 16.3 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997 (BOCAIB núm. 133, de 25-10-1997), no acompanya l'escrit de sol·licitud d'informe. No obstant això, com s'ha posat de manifest reiteradament en informes anteriors d'aquesta Junta, si el mateix plantejament de la pregunta conté les argumentacions jurídiques que sustenten el dubte interpretatiu que ha sorgit, s'ha de considerar que es compleix el requisit requerit, malgrat que materialment no constitueixi un document diferenciat, com succeeix en aquest cas.

3. Es compleixen, doncs, tots els pressuposts d'admissibilitat necessaris per emetre l'informe sol·licitat.

## **CONSIDERACIONS JURÍDIQUES**

**Primera.** El rector de la Universitat de les Illes Balears ha formulat diverses preguntes relacionades amb la redacció de l'article 87 del Reglament general

de la LCAP, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 de octubre. La primera qüestió que es planteja en l'escrit de consulta és de caràcter merament semàntic, en considerar que proposició «*de preu més baix*» o «*més avantatjosa econòmicament*» són sintagmes que signifiquen el mateix i que, potser, la paraula «*econòmicament*» és una errada del text. Aleshores, es demana si es fa referència, en el primer cas, al procediment de contractació convocat per subhasta i, en el segon, al convocat per concurs.

La Llei de contractes de les administracions públiques, en l'article 74 (apartats 2 i 3), defineix les formes d'adjudicació de subhasta i de concurs de la manera següent:

2. La subhasta versa sobre un tipus expressat en diners, amb adjudicació al licitador que, sense excedir-se'n, ofereixi el preu més baix.

3. En el concurs, l'adjudicació recau en el licitador que, en conjunt, faci la proposició més avantatjosa, tenint en compte els criteris que s'hagin establert en els plecs, sense atendre'n exclusivament el preu i sense perjudici del dret de l'Administració a declarar-lo desert.

També l'article 82, en referir-se a la proposta d'adjudicació en les subhastes, diu que s'ha de fer a favor del postor «*que ofereixi el preu més baix*»; i l'article 88.2, en tractar de l'adjudicació en els concursos, parla de «*la proposició més avantatjosa*».

No obstant això, l'article 87.1 del Reglament sí que usa el vocable «*econòmicament*» en parlar de la proposta d'adjudicació que ha de fer la mesa de contractació, i el contraposa a la de «*preu més baix*», que, indubtablement, es refereix a la subhasta. Per tant, la «*proposició més avantatjosa econòmicament*» només pot ser la forma d'adjudicació per concurs.

La terminologia que s'utilitza en el Reglament no tan sols no és contradictòria en relació a l'expressada en la Llei, sinó que s'ha de considerar que compleix més escrupolosament la normativa europea, de la qual la nacional no n'és sinó una transposició. Així, en la Directiva 92/50/CEE, de 18 de juny de 1992, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics de serveis (article 36); en la 93/36/CEE, de 14 de juny de 1993, sobre els contractes de subministrament (article 26); en la 93/37/CEE, de 14 de juny de 1993, sobre els contractes d'obres (article 30), i en la 93/38/CEE, de 14 de juny de 1993, sobre els sectors de l'aigua, de l'energia, dels transports i de les telecomunicacions (article 34); en totes aquestes, es diu que els criteris en què s'han de basar els poders adjudicadors per adjudicar els contractes han de ser «*únicament el preu més baix*», referint-se a la subhasta, o «*en els casos en què l'adjudicació es faci a l'oferta més avantatjosa econòmicament, diversos criteris que han de variar segons el*

*contracte de què es tracti: per exemple, el preu, el termini, el cost d'exploració, la rendibilitat...», fent referència de manera clara al concurs. Els diferents conceptes que es poden incloure en els concursos com a criteris d'adjudicació són, per tant, de caràcter manifestament econòmic, ja que no sols el preu mereix aquest qualificatiu.*

**Segona.** Com a segona qüestió, l'interpel·lant s'interessa per una interpretació de l'article 87 del Reglament que sigui el més general possible i d'acord amb el criteri més adequat i eficaç tant per als licitadors com per a l'òrgan contractant. Procurarem respondre els interrogants que es plantegen en aquest punt mitjançant l'anàlisi dels termes en què es troba redactat.

Abans d'entrar en la dissecció del precepte reglamentari, convé examinar les normes amb rang de llei que l'afecten.

L'article 82.1 de la LCAP disposa que, per a la subhasta, la mesa de contractació *«ha d'obrir, en acte públic, les ofertes admeses i ha de proposar a l'òrgan de contractació l'adjudicació del contracte al postor que ofereixi el preu més baix.»*

D'altra banda, per als concursos, l'article 88.1 de la LCAP disposa que la mesa de contractació *«ha d'obrir, en acte públic, les proposicions presentades pels licitadors i ha d'elevant-les, amb l'acta i la proposta que consideri pertinent [...], a l'òrgan de contractació [...].»*

Sembla que es dedueix de la redacció d'ambdós preceptes, per la utilització de la conjunció copulativa «i», que l'acte públic afecta les dues actuacions, la d'obertura de les proposicions i la de fer la proposta d'adjudicació.

Ambdós articles tenen la consideració legal de bàsics a tenor de la disposició final primera de la LCAP.

El desplegament reglamentari de la LCAP, en l'aspecte concret que ara analitzam, no sols es troba en l'article 87 del Reglament, sinó també en l'article 83, en què es consideren ambdues actuacions (obertura de proposicions i proposta) com a produïdes en un acte únic. Aquest acte ha de ser públic, no tan sols perquè així ho diu la LCAP en els articles abans citats, sinó també perquè el Reglament ho diu expressament en l'article 83.1, per a l'obertura de proposicions, i en l'article 87 (apartats 1 i 3), de manera implícita, per a la proposta d'adjudicació, ja que en l'anunciat hi diu *«acta de la mesa»* (en singular) i, després, en el text s'indica que *«ha de convidar els licitadors assistents»* o que *«acabat l'acte»* (també en singular) han de firmar l'acta *«[...] les persones que hagin presentat reclamacions o reserves.»*

No suscita cap problema aquesta interpretació en els supòsits de subhasta, atès que un cop obertes les proposicions i conegut l'import, la mesa n'ha de proposar la de preu més baix, la qual cosa no implica majors esforços intel·lectuals o de càlcul que necessitin noves reunions de la mesa.

No obstant això, sí que es poden plantejar algunes de les qüestions a què al·ludeix l'escrit de sol·licitud del rector de la Universitat de les Illes Balears, en els supòsits d'adjudicació per concurs. En aquest sentit, s'ha de considerar que en principi res no impedeix que immediatament després de l'obertura de proposicions se'n procedeixi a l'estudi i a l'avaluació (d'acord amb els criteris objectius d'adjudicació establerts en el plec de clàusules administratives particulars corresponent) ni que es procedeixi, en el mateix acte i en la mateixa sessió, a fer la proposta corresponent. Ara bé, malgrat això, ja sigui perquè els licitadors presentats són un nombre reduït, perquè els criteris són de fàcil avaluació i aplicació, o per qualsevol altra causa, el cert és que en la majoria dels casos és necessari suspendre l'acte i convocar una nova reunió, després d'haver sol·licitat informes, si n'és el cas, i després d'estudiar detingudament les ofertes presentades en vista dels criteris d'adjudicació. I aquí és on es troba el quid de la qüestió: en saber si aquesta o aquestes sessions posteriors de la mesa han de ser públiques o no, i en com se n'han de fer, si n'és el cas, les convocatòries corresponents.

El mateix article 83 del Reglament, en l'apartat 3, preveu la possibilitat de suspendre l'acte públic de l'obertura de les proposicions i de reprendre'l en cas de discrepàncies en el nombre de proposicions o en cas de dubtes sobre les condicions del secret en què s'han d'haver custodiat. Així mateix, estableix que quan això passi *«s'ha de suspendre l'acte i s'han de fer urgentment les investigacions oportunes sobre el succeït, i, si n'és el cas, s'ha de tornar a anunciar, al tauler d'anuncis de l'òrgan de contractació o del que es fixi en els plecs, la represa de l'acte públic, una vegada que tot hagi quedat aclarit de la manera idònia.»*

Queden, doncs, resolts reglamentàriament els problemes plantejats; és a dir, el de l'extensió de l'acte públic a les sessions posteriors de la mesa fins que es faci la proposta d'adjudicació corresponent i el de la forma de fer la convocatòria per a aquestes sessions, atès que res no prohibeix ni impedeix aplicar-ho de manera analògica a les suspensions de l'acte públic produïdes per causes diferents de les recollides específicament en aquest precepte, en tractar-se, com n'és el cas, del mateix acte públic.

**Tercera.** Per completar les conclusions de la consideració jurídica precedent, convé aprofundir en alguns aspectes que les avalin i que les aclareixin.

Les possibilitats d'intervenció que el Reglament concedeix als licitadors estan perfectament taxades en l'article 83 i es redueixen a permetre que comprivin «que els sobres que contenen les ofertes són a la taula i en les condicions idèntiques a aquelles en què es van lliurar» (article 83.2), que manifestin, abans de l'obertura de la primera proposició, «els dubtes que tinguin», o que demanin les «explicacions que considerin necessàries» (article 83.6). No obstant això, aquest article no diu res respecte dels licitadors una vegada que s'hagin obert les proposicions, la qual cosa s'explica de manera lògica si s'acudeix al que disposa l'article 87, que segueix descrivint l'acte públic únic d'obertura i de proposta (encara que es faci en diverses sessions). En aquest article s'especifica que, un cop que la mesa hagi determinat la proposició a favor de la qual ha de formular la proposta d'adjudicació, s'ha de convidar els licitadors assistents «a exposar totes les observacions o reserves contra l'acte celebrat que considerin oportunes» (article 87.1), i també és aquest precepte en què únicament es diu que «s'ha d'estendre una acta que reflecteixi fidelment el succèss» (article 87.3).

Ja en l'anterior Reglament general de contractació de l'Estat (Decret 3410/1975, de 25 de novembre, avui derogat) es podia entendre que l'acte públic d'obertura de proposicions i l'adjudicació provisional s'havien de fer en un acte únic, i els articles 103 a 108 el regulaven de manera similar a com ho fa el Reglament vigent. Aquests articles, resumidament i als efectes que ara interessin, establien, per a les subhastes:

«Ha de començar l'acte d'obertura de proposicions [...]» (article 103).

«En cas de discrepàncies [...] s'ha de suspendre l'acte [...], i s'ha de tornar a anunciar [...]» (article 103).

«Abans de l'obertura de la nova proposició econòmica s'ha de convidar els assistents [...]. Acabat aquest període no s'admetran observacions que interrompin l'acte...» (article 106).

«[...] després de llegir les proposicions presentades, s'ha de procedir a obrir-les i a fer l'adjudicació provisional [...]» (article 106).

«La mesa de contractació ha d'acordar l'adjudicació [...]. No es pot acordar l'adjudicació provisional sense que la mesa se'n cerciori, i ho faci constar així, expressament, a l'acta [...]» (article 107).

*«Efectuada l'adjudicació provisional, s'ha de convidar els licitadors assistents [...] i finalment s'ha d'estendre una acta que reculli, de manera succinta però fidel, tot el succèit » (article 108).*

Per als concursos, es deia en l'article 114, que *«Els preceptes relatius a la celebració de la subhasta han de regir també per al concurs»* i, en l'article 116, que *«La mesa de contractació, en l'acte del concurs, ha de procedir a l'obertura de les proposicions presentades pels licitadors i ha d'elevant-les, amb l'acta i amb les observacions que consideri pertinents, a l'autoritat que hagi de verificar l'adjudicació del contracte.»*

El fet que el Reglament estableixi (l'anterior no ho feia) l'anunci al tauler d'anuncis de l'òrgan de contractació, o *«del que es fixi en els plecs»* (un altre tauler d'anuncis, per tant), com a forma de convocar les sessions successives de l'acte públic d'obertura de proposicions tampoc no és cap obstacle perquè, si es vol, es facin també, de més a més, altres diligències de citació o de convocatòria no exigides reglamentàriament. Ara bé, l'omissió d'aquestes altres diligències no seria contrària al principi de publicitat, ja que l'acte públic d'obertura de proposicions es va anunciar degudament en la convocatòria de la licitació en els butlletins oficials, i hi va concórrer qui va voler, mentre que les reunions posteriors van ser una mera continuïtat de l'acte, que es van acordar en el mateix acte i que, per tant, es va adreçar als assistents, sense perjudici que puguin acudir a les sessions següents de l'acte nous assistents, assabentats per l'anunci del tauler o per l'avís del mateix òrgan.

Tampoc no es perjudicaria el dret dels licitadors no assistents, ja que l'article 93 de la LCAP (apartats 1 i 5) obliga a notificar a tots els participants en la licitació *«l'adjudicació del contracte»* i a qualsevol candidat o licitador refusat que ho sol·liciti *«els motius del refús de la seva candidatura o de la seva proposició i les característiques de la proposició de l'adjudicatari determinants de l'adjudicació al seu favor.»*

No hi ha en l'articulat, tant de la LCAP com del Reglament, un suport suficient perquè l'acte públic d'obertura de proposicions i la proposta d'adjudicació subsegüent en les subhastes siguin diferents als dels concursos; al contrari, la mateixa LCAP (article 90) i el Reglament (article 90) remetent, per aplicar als concursos, a les normes que regeixen per a les subhastes, llevat d'excepcions que no fan al cas.

Finalment, s'ha de precisar que ni l'article 83 ni el 87 del Reglament són bàsics, i es podrien substituir per regulació autonòmica pròpia.

## **CONCLUSIONS**



1. L'expressió «*més avantatjosa econòmicament*», recollida en l'article 87 del Reglament general de la LCAP, és la que utilitzen les directives europees en matèria de contractació administrativa per fer referència a la forma d'adjudicació mitjançant concurs.

2. L'acte públic en què es formula la proposta d'adjudicació a què al·ludeix l'article 87 del Reglament general de la LCAP és la continuació de l'acte públic d'obertura de les proposicions a què es refereix l'article 83, que es pot fer en una única sessió (normalment, en les subhastes) o en vàries (normalment, en els concursos).

3. La forma de convocar les sessions següents de l'acte públic esmentat, en cas que es produeixin, ha de ser mitjançant anuncis col·locats al tauler d'anuncis de l'òrgan de contractació o a un altre tauler, si així es preveu en els plecs.

4. La convocatòria per a les successives sessions de l'acte públic d'obertura de proposicions i de proposta d'adjudicació que, si n'és el cas, tenguin lloc es pot fer també per qualsevol altre mitjà, amb caràcter potestatiu, i sense que l'omissió d'aquestes diligències es pugui argüir com a infracció del principi de publicitat o com a fet constitutiu d'alguna desigualtat.