

Informe 10/2017, de 27 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Admisibilidad en un procedimiento de adjudicación de un contrato patrimonial de una oferta que no respeta el modelo exigido en el pliego de condiciones.

I. ANTECEDENTES

El Alcalde Presidente del Ayuntamiento de El Burgo de Ebro se dirige, con fecha 10 de agosto de 2017, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor:

« ANTECEDENTES

PRIMERO.- *El Ayuntamiento de El Burgo de Ebro tiene en trámite y pendiente de adjudicación, el procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de arrendamiento de un inmueble destinado a residencia de la tercera edad en el municipio, el cual tiene, de acuerdo con el oportuno pliego de condiciones, naturaleza privada en los términos señalados por el artículo 4.1.p) del T.R. de la Ley de Contratos del Sector público, debiendo de adjudicarse, de acuerdo con el artículo 107.1. de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, el procedimiento de concurso público.*

SEGUNDO.- *El canon de arrendamiento asciende a 191.145,50 € anuales, con una duración de 20 años y tal precio se halla fijado en el pliego por ser el 6% del valor en venta del bien, según valoración pericial, y por aplicación del artículo 92 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales y 100.2 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón.*

TERCERO.- *Entre los criterios de valoración automática se estableció el alza del canon arrendaticio anual con un valor de 30 puntos y señalándose modelo para su formulación en un anexo del propio Pliego al que se remitía su cláusula 16.3.2, y que era del siguiente tenor literal:*

ANEXO III

MODELO DE OFERTA ECONÓMICA

D., con domicilio en, municipio de, C.P. y DNI nº., en nombre propio (o en

representación de) enterado de la convocatoria de procedimiento abierto con pluralidad de criterios selectivos, anunciado en el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza núm., de fecha de de, para que el arrendamiento del inmueble destinado a Residencia de personas mayores de EL BURGO DE EBRO, y deseo participar en el mismo, ofreciendo, para ello, el precio de _____ €/anuales, antes de impuestos y revisables anualmente en los términos previstos por el Pliego de Cláusulas Administrativas que rigen la contratación, y a tales efectos, declaro que conozco y acepto íntegramente y con naturaleza de pacto expreso, el contenido íntegro del mismo.

En, a de de

(Firma del licitador)»

CUARTO.- Al producirse la apertura, en acto público, del sobre «C» de los cuatro licitadores presentados, se constató que uno de ellos había añadido al modelo señalado en el Anexo III citados distintas consideraciones:

a) Ligando, unilateralmente, el precio ofertado a las plazas de usuario que los servicios competentes de la Comunidad Autónoma autorizaran para la Residencia de la Tercera Edad, de modo que de resultar este inferior a 76, el precio se reduciría proporcionalmente, restando del total el número de plazas reducidas, multiplicado por el precio anual que se fijase, por la empresa licitadora, para los vecinos usuarios.

b) Haciendo distintas consideraciones sobre las obras que resultaran necesarias por el posible evicción, cuyo coste y cargo se imputa al ayuntamiento contra la simple presentación por la adjudicataria de un informe técnico de parte, o aquellas obras que respondieran a modificaciones que el órgano autonómico pudiera imponer, las cuales igualmente se imputarían al ayuntamiento con el simple respaldo del informe del referido servicio autonómico que las exigiera.

QUINTO.- Como consecuencia de todo ello, la Mesa se plantea

a) si debe admitir un Anexo III que no sigue estrictamente el modelo, por cuanto que el artículo 145.1 del T.R. de la L.C.S.P., expresamente señala que «las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna».

b) si, admitido que la simple inclusión en el modelo de añadidos no solicitados no supone la exclusión automática de la propuesta, aquellos que suponen variación de la esencia del precio fijado y/o la imposición por el licitador de condiciones contractuales no previstas en el pliego, tal y como es el caso presente, suponen o no causa de rechazo por variación substancial del modelo establecido, en los términos señalados por el artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, cuando dice: «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». Téngase en cuenta, además y por lo que hace referencia especialmente a la primera de las cuestiones añadidas al modelo por el licitador, que como ya se ha señalado el

contrato tiene naturaleza patrimonial, su objeto es el arrendamiento de un inmueble y no la gestión de una Residencia de la Tercera Edad, y que el precio está ligado al valor en venta del inmueble y no al valor de negocio de la referida residencia, la cual habrá de gestionarse a riesgo y ventura del arrendatario. Se solicita, por tanto, informe sobre los referidos extremos y, para una mejor información y contextualización de los mismos, se adjunta tanto el Pliego de Condiciones Económico Administrativas que rige el procedimiento como la oferta económica en cuestión.».

Al escrito se acompaña Pliego de condiciones para el arrendamiento del inmueble destinado a Residencia de la Tercera Edad, sito en Prolongación de la calle de la Iglesia, s/n.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 27 de septiembre de 2017, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las facultades de informe que la legislación en el ámbito de la contratación pública atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Sr. Alcalde Presidente del Ayuntamiento de El Burgo de Ebro (Zaragoza), para que esta Junta Consultiva se pronuncie sobre la

admisibilidad en un procedimiento de adjudicación de un contrato patrimonial de una oferta que no respeta el modelo exigido en el pliego de condiciones.

Hay que tener en cuenta que, si bien se trata de un contrato patrimonial, es competencia de esta Junta informar, como se puso de manifiesto en nuestro Informe 15/2013, de 26 de junio, aunque la exclusión con carácter general de los contratos patrimoniales efectuada por la legislación contractual de 2007 conlleva que no son de directa aplicación a los contratos patrimoniales las previsiones del actual texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Sin embargo, la competencia de esta Junta lo es sobre cuestiones sometidas a su conocimiento en materia de contratación pública, que debe ser entendida en forma amplia, pues no puede desconocerse que al momento de determinar la competencia de esta Junta en el año 2006, los contratos patrimoniales formaban parte del articulado de la legislación de contratos públicos por la indudable interconexión entre legislación contractual y patrimonial, donde la primera —como norma cabecera de grupo normativo— cumple una evidente función integradora del ordenamiento jurídico administrativo.

El Sr. Alcalde Presidente del Ayuntamiento de El Burgo de Ebro es órgano competente y ostenta legitimación para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Reglamento.

II. Validez de una oferta que no respeta el modelo de oferta exigido en el Pliego de Condiciones.

La consulta se plantea respecto de si la Mesa de contratación debe excluir o rechazar la oferta de un licitador que ha variado ostensiblemente el modelo de oferta exigido en el Pliego, incluyendo una serie de consideraciones que condicionan su proposición.

La duda que transmite la Mesa estriba en si debe excluir de plano la oferta en base al artículo 145 TRLCSP, por no ajustarse a lo previsto en el Pliego, o si debe ser admitida inicialmente pero rechazada en base al artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (en adelante RGLCAP), por haber variado sustancialmente el modelo.

La consulta se refiere, por lo tanto, al procedimiento de adjudicación de los contratos patrimoniales, y en concreto a un contrato de explotación de un bien patrimonial y exige concretar la normativa que resulta aplicable.

La adjudicación de los contratos patrimoniales se rige por sus normas específicas. Como puso de relieve esta Junta en sus informes 4/2009, de 15 de abril, y 10/2010, de 15 de septiembre, conforme al artículo 4.1 p) TRLCSP, los «contratos patrimoniales» —entendiendo por tales aquellos contratos regulados en la normativa patrimonial de las Administraciones Públicas— están excluidos de la aplicación del TRLCSP y esa exclusión hace que los reenvíos de las normas patrimoniales a las disposiciones de la normativa de contratación pública resultan en la práctica carentes de efectividad.

Aunque esta exclusión no es absoluta; primero porque la Disposición Adicional Segunda del propio TRLCSP contempla las reglas referentes a las competencias de los órganos de contratación de las entidades locales referidas a los contratos patrimoniales y segundo porque, de conformidad con el artículo 4.2 TRLCSP, los contratos, negocios y relaciones jurídicas excluidos se regulan por sus normas especiales, aplicándose los principios del mismo para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

En este contexto debe advertirse que el artículo 107.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP), establece que:

«Los contratos y demás negocios jurídicos para la explotación de bienes se formalizarán en la forma prevenida en el artículo 113 de esta Ley y se registrarán

por las normas de Derecho privado correspondientes a su naturaleza, con las especialidades previstas en esta Ley».

Por otra parte, del juego conjunto de los artículos 110.1 LPAP dedicado al régimen jurídico de los negocios patrimoniales y del 111.1 LPAP que señala que los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos patrimoniales están sujetos al principio de libertad de pactos, se concluye que en la adjudicación de los contratos patrimoniales debe estarse a las normas del derecho privado caracterizadas por la libertad de pactos sin que sea de aplicación directa el TRLCSP. En virtud del principio de la libertad de pactos, la Administración pública puede, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración.

Por lo tanto, la solución a la cuestión planteada no puede buscarse en la aplicación automática de los preceptos del TRLCSP y demás disposiciones que lo desarrollan, aunque habrá que estar a su aplicación analógica cuando sean plasmación de los principios que deben guiar la contratación pública.

El artículo 1 TRLCSP señala que la contratación pública debe ajustarse a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Aplicando estos principios al tema que nos ocupa, puesto que no existe un precepto específico en la normativa patrimonial, hay que decir que las previsiones del artículo 145.1 TRLCSP y del artículo 84 RGLCP — que es desarrollo reglamentario del anterior — vienen a garantizar el principio de igualdad de trato, además del de seguridad jurídica.

Y uno de los aspectos en los que la vinculación del licitador a las previsiones del pliego es más evidente, es respecto de la oferta económica. Como ha señalado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entre otras en las Resoluciones 137/2017, de 3 de febrero, y 1145/2015, de 11 de diciembre) la oferta económica constituye la declaración de voluntad mediante la que el licitador manifiesta su disposición a obligarse con la Administración contratante en los concretos términos que, con sujeción a lo establecido en los pliegos, oferte en su proposición económica.

En cuanto manifestación de la voluntad del licitador, la oferta económica constituye un presupuesto esencial del contrato administrativo, sin cuyo concurso no puede llegar a existir el contrato. Y por ello, como señala el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 52/2012, de 28 de noviembre:

«Uno de los aspectos en que la necesidad de adaptación de las proposiciones al contenido de los pliegos es más evidente, es el relativo a la oferta económica, que está sujeta a dos requisitos, uno material, puesto que no puede exceder del presupuesto base de licitación, y otro formal, ya que debe atenerse al modelo establecido en los pliegos sin introducir en él variaciones sustanciales. Las proposiciones que no respeten estos requisitos, deberán ser rechazadas en resolución motivada.»

El propio Pliego de Condiciones, en línea con lo anterior, recoge expresamente la vinculación del licitador que presente oferta a su contenido, y la obligación de respetar el modelo de proposición económica.

Ahora bien, en base al principio de concurrencia, principio imbricado profundamente con la satisfacción del interés público y con la consecución de la oferta económicamente más ventajosa, la Jurisprudencia y la doctrina administrativa se inclinan cada vez más por la aplicación de un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones, afirmando que una interpretación literalista que conduzca a la no admisión de las proposiciones por simples defectos formales, es contraria al principio de concurrencia. Así, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 50/2017, de 19 de abril, señala que:

«Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo, (y de los órganos encargados de la resolución de recurso especiales en materia de contratación), considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (Sentencia del Tribunal Supremo, en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 231/2003, de 21 de septiembre de 2004, Ar. 415/2005), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, de manera que atendiendo a tal objeto, el RGCAP determina las causas por las que la Mesa podrá desechar las ofertas, centrándolas en aquellos supuestos en que existan defectos que impliquen, o bien el incumplimiento de los pliegos, o bien inconsistencias en la oferta que no permitan tener a la misma por cierta».

Examinando la oferta cuya admisión se cuestiona, se aprecia que no se limita a modificar el modelo del Pliego de Condiciones, sino que incluye unas condiciones que lo desvirtúan totalmente. El licitador, con la inclusión de esas condiciones, altera el marco jurídico del contrato, pues las mismas contradicen las reglas establecidas en el Pliego, lo que resulta inadmisibles ya que de aceptarse la oferta se estaría violando radicalmente el principio de igualdad de trato. Por lo tanto la oferta debe de ser rechazada.

III. CONCLUSIONES

I. Una oferta que modifica sustancialmente el modelo establecido en el Pliego de Condiciones no resulta admisible y por tanto debe de ser rechazada, en base al principio de igualdad de trato que debe presidir la adjudicación de los contratos patrimoniales.

Informe 10/2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 27 de septiembre de 2017.