



Consulta relativa a diversas cuestiones sobre la documentación presentada por los licitadores y exigencia de las mejoras propuestas por el adjudicatario no valoradas en la fase de adjudicación del contrato. Informe 03/2010, de 15 de septiembre.

Tipo de informe: Facultativo

D I C T A M E N

ANTECEDENTES.

1. El Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dirige la siguiente consulta a esta Junta Regional de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal:

<<En virtud del artículo 13 del Decreto 175/2003, de 28 de noviembre, por el que se regula la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia y se dictan normas en materia de clasificación de empresas, se solicita a la Junta la emisión de informe en relación a las siguientes cuestiones:

1. El artículo 87.4 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece:

“Las proposiciones presentadas, tanto las declaradas admitidas como las rechazadas sin abrir o las desestimadas una vez abiertas, serán archivadas en su expediente. Adjudicado el contrato y transcurridos los plazos para la interposición de recursos sin que se hayan interpuesto, la documentación que acompaña a las proposiciones quedará a disposición de los interesados”.

En este sentido, el Servicio de Obras y Contratación de la Secretaría General Técnica del Servicio Murciano de Salud incluye el siguiente párrafo en la notificación de la adjudicación de los contratos a los licitadores no adjudicatarios:

“En consecuencia, al no haber resultado adjudicatario, le recuerdo el derecho opcional que le asiste para retirar la documentación general presentada a dicha licitación, transcurridos tres meses desde la presente notificación. En caso contrario este Servicio no se hace responsable de la misma.”

A la vista de lo expuesto, y teniendo en cuenta el volumen de documentación, tanto administrativa como técnica, existente en los archivos del Servicio Murciano de Salud, se solicita informe sobre la factibilidad de la destrucción de dicha documentación en aquellos supuestos en los que haya transcurrido el plazo de interposición de recursos, sin que se hayan interpuesto, y los licitadores no hayan solicitado la devolución de la documentación.



2. Un criterio de adjudicación utilizado en los contratos tramitados mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación es aquel en que se valoran "prestaciones adicionales o mejoras relacionadas con el objeto del contrato".

La Mesa de contratación designada al efecto a la hora de valorar dichas mejoras ostenta la facultad de aceptarlas o no, en función de su vinculación al objeto del contrato.

En este sentido, han surgido discrepancias respecto a la posibilidad de exigir a las empresas adjudicatarias todas las mejoras ofertadas en sus proposiciones, con independencia de su valoración o no en la fase de adjudicación.

Se solicita la emisión de informe en relación a esta cuestión. >>

2. Solicitado por esta Junta aclaración al organismo consultante, Servicio Murciano de Salud (en adelante SMS) sobre la última cuestión planteada, el Servicio de Obras y Contratación del mismo remite informe mediante correo electrónico en el que, tras adjuntar un pliego de dicho Centro en el que se valoran "prestaciones adicionales o mejoras relacionadas con el objeto del contrato" y transcribir una cláusula que igualmente recoge este tipo de criterio de adjudicación de un pliego de cláusulas administrativas particulares correspondiente a otra Conserjería de esta Administración Regional, se manifiesta en los siguientes términos:

<< Por otra parte, debemos diferenciar la posibilidad de utilizar este criterio de adjudicación "mejoras o prestaciones adicionales" de la figura regulada en el art.131. LCSP "variantes o mejoras", que consiste en otras variables de la oferta sobre aquellos elementos y en las condiciones expresamente determinadas en el pliego. Por tanto, los licitadores han de distinguir en su proposición la oferta base de las variantes admitidas, valorándose cada oferta de acuerdo con los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP (entre los que pueden encontrarse las prestaciones adicionales).

La duda que surge en el Servicio Murciano de Salud radica en la posibilidad de exigir a las empresas adjudicatarias todas las mejoras ofertadas en sus proposiciones, con independencia de su valoración o no en la fase de adjudicación, dado que la Mesa de contratación designada al efecto a la hora de valorar dichas mejoras ostenta la facultad de aceptarlas o no, en función de su vinculación al objeto del contrato.

Por ejemplo: En un procedimiento para adjudicar las obras de ampliación de reforma de un Hospital, una empresa, que finalmente resulta adjudicataria, presenta como "mejora o prestación adicional" la construcción de una unidad de día para el Hospital (sin que esté incluido en el Proyecto). La Mesa acuerda no valorar esta mejora por no estar vinculada al objeto del contrato, sino que lo modifica.

Pero entonces, si la Mesa no lo ha ponderado, ¿el órgano de contratación puede exigir a la adjudicataria la ejecución de dicha mejora?.>>



CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El presente informe se emite con carácter facultativo, al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 13 del Decreto 175/2003, de 28 de noviembre, por el que se regula la Junta Regional de Contratación Administrativa y se dictan normas en materia de clasificación de empresas.

2. Como expresamente se hace constar en el escrito de consulta dos cuestiones distintas e independientes son las que el Servicio Murciano de Salud somete a consideración de esta Junta. La primera de ellas se concreta en determinar si es factible la destrucción de la documentación tanto administrativa como de carácter técnico presentada por las empresas licitadoras en aquellos supuestos en los que, habiendo transcurrido el plazo de interposición de recursos sin que se hayan interpuesto, no hayan solicitado la devolución de la documentación. La segunda consiste en determinar si es posible exigir a las empresas adjudicatarias todas las mejoras ofertadas en sus proposiciones, con independencia de que las mismas hayan sido valoradas en la fase de adjudicación de correspondiente contrato.

3. En cuanto a la primera cuestión planteada, ni la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) ni el 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 (en adelante RD 817/2009), ni el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), aplicable en cuanto no se oponga a aquéllos, contienen norma alguna que contenga pronunciamiento expreso sobre esta cuestión por lo que, para tratar de resolverla, habrá de acudirse a aquellos artículos de la normativa de contratación referida que regulan cuestiones relacionadas a la misma que puedan fundamentar la respuesta a la cuestión planteada.

El artículo 87.4 del RGLCAP, tal como se refleja en el escrito de consulta, literalmente dispone que *<<Las proposiciones presentadas, tanto las declaradas admitidas como las rechazadas sin abrir o las desestimadas una vez abiertas, serán archivadas en su expediente. Adjudicado el contrato y transcurridos los plazos para la interposición de recursos sin que se hayan interpuesto, la documentación que acompaña a las proposiciones quedará a disposición de los interesados>>*.

De conformidad con el mismo y siempre que se den los presupuestos previstos en él –que se haya adjudicado el contrato, que hayan transcurrido los plazos para interposición de recursos sin que se hayan interpuesto– sólo se establece la obligación del órgano de contratación de poner a disposición de los interesados la documentación que acompaña a las proposiciones presentadas por ellos, pero nada prevé sobre el plazo durante el cual debe de mantenerse esta puesta a disposición, ni sobre actuaciones posteriores respecto a esta documentación para el caso de que los interesados no procedan a retirar la documentación referida.

Y es que efectivamente, aunque no se recoja de forma expresa, la finalidad de la puesta a disposición de la mencionada documentación los interesados no es



otra que la de posibilitar la retirada de la misma por parte de éstos, retirada que explícitamente sí se mencionaba en el antecedente normativo de la regulación de este precepto, el artículo 108 del antiguo Reglamento General de Contratación del Estado, que en su segundo párrafo, tras disponer el archivo de todas las proposiciones económicas presentadas, tanto las admitidas como las rechazadas sin abrir o las desestimadas una vez abiertas, contenía la siguiente previsión:

<<(…) la documentación que acompaña a las proposiciones económicas quedará a disposición de los interesados, que podrán recogerla por sí o por un representante suyo en la misma oficina donde fueron entregadas (…)>>.

Pero la obligación de mantener la puesta a disposición de esta documentación presentada por los interesados y, por consiguiente, la obligación de custodiarla mientras no se retire la misma, en opinión de esta Junta no tiene por qué establecerse sine die, hasta tanto decida el interesado su retirada o no, y no se iría contra lo preceptuado en el apartado 4 del artículo 87 que venimos examinando, estableciendo por parte del órgano de contratación un plazo razonable durante el cual pueda el interesado proceder a la retirada de la documentación presentada junto con la propuesta ofertada en la correspondiente licitación del contrato, plazo durante el cual dicho órgano deberá custodiar esta documentación para garantizar su retirada.

Una previsión en este sentido fue recogida en el artículo 22.11 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, el cual literalmente dispone que:

<<Adjudicado el contrato y transcurridos los plazos para la interposición de recursos sin que se hayan interpuesto, la documentación que acompaña a las proposiciones quedará a disposición de los interesados. Si éstos no retiran su documentación en los tres meses siguientes a la fecha en que se les notifique la adjudicación, la Administración no estará obligada a seguirla custodiando, a excepción de los documentos justificativos de la garantía provisional, que se conservarán para su entrega a los interesados>>.

Además, la no retirada de la documentación presentada por los licitadores ocasiona en muchos casos dificultades a los órganos de contratación, sobre todo a aquellos que tienen un gran volumen de contratación, como es el caso del órgano consultante, para los que supone un verdadero problema el archivo de la misma.

Ante la falta de pronunciamiento expreso de la normativa de contratación de carácter estatal y propia de esta Administración Regional sobre tales extremos, y ante los problemas de archivo que se originan para los órganos de contratación nada impide, a juicio de esta Junta, que aquella previsión contenida en Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid o alguna similar pueda ser recogida en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato a celebrar, donde se hiciera constar además la destrucción de la documentación referida en aras del principio de transparencia, de manera que los licitadores puedan saber con anterioridad a qué atenerse en caso de no retirar la documentación en el plazo que a tal efecto se designe.

Ahora bien, la admisibilidad de la destrucción de la documentación no retirada por los licitadores en los términos expuestos, debe de ser matizada teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:



- Los documentos que pueden ser retirados por los interesados y, en su caso, destruidos por el órgano de contratación, a la vista de lo previsto en el mencionado artículo 87.4 del RGLCAP en relación con lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP, son aquellos que no constituyan propiamente la proposición de los licitadores.
- La proposición de los licitadores comprenderá la oferta económica cuando el único criterio a considerar para la adjudicación del contrato sea el precio y, cuando deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, con independencia de que su ponderación dependa o no de un juicio de valor, además aquellos compromisos, generalmente de carácter técnico, relativos a los aspectos de los restantes criterios a valorar para la adjudicación del contrato.

Por último, en caso de que se procediera a destruir la documentación, debería levantarse por el Servicio Gestor la correspondiente acta donde se hiciera constar la relación de todos y cada uno de los documentos que son objeto de destrucción, incorporándose la misma en el expediente de su razón.

4. La segunda cuestión o extremo planteado se refiere a la posibilidad de exigir a las empresas adjudicatarias todas las mejoras ofertadas en sus proposiciones, con independencia de que las mismas hayan sido valoradas en la fase de adjudicación del correspondiente contrato, en aquellos contratos en los que uno de los criterios a valorar es el de las *"mejoras o prestaciones adicionales"*.

El criterio de valoración antes referido, utilizado en algunos contratos del SMS tramitados mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación, es recogido en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares con la siguiente o similar redacción:

<p>MEJORAS</p> <p><i>Se valoran aquellas prestaciones adicionales o mejoras relacionadas con el objeto del contrato, que puedan ser valoradas económicamente. Corresponderá al SMS aceptarlas o no, en función de su vinculación al objeto del contrato.</i></p> <p><i>Se otorgará la máxima puntuación a la oferta que proponga mejoras que supongan un mayor porcentaje sobre el presupuesto de licitación, puntuándose de forma proporcional al resto de ofertas presentadas. Se aplicará la siguiente fórmula:</i></p> <p><i>Puntuación = (O x P) / OM.</i></p> <p><i>P: Puntuación máxima (12)</i></p> <p><i>O: Oferta realizada.</i></p> <p><i>OM: Mejor oferta.</i></p> <p><i>Si ninguna oferta superara el 5 % del presupuesto de licitación éste será el importe que se considerará para la distribución proporcional. Se aplicará la siguiente fórmula:</i></p> <p><i>Puntuación = (O x P) / 5 % Presupuesto licitación.</i></p> <p><i>P: Puntuación máxima (12)</i></p> <p><i>O: Oferta realizada.</i></p>	<p><i>Objetiva</i></p>	<p><i>12 puntos.</i></p>
--	------------------------	--------------------------

Antes de contestar a la segunda cuestión planteada es preciso realizar una serie de consideraciones previas en cuanto a los criterios de valoración para determinar la oferta económicamente más ventajosa.



El apartado 1 del artículo 134 de la LCSP recoge una serie de criterios que el órgano de contratación podrá utilizar para la adjudicación del contrato, de forma similar a lo que disponía el artículo 86 del TRLCAP, estableciendo al respecto que:

<<Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio posventa u otros semejantes>>.

La lista no es cerrada, sino abierta y a mero título de ejemplo, ya que se limita a realizar una enumeración ejemplificativa o no exhaustiva de los criterios al utilizar las expresiones "tales como" y "otros semejantes" al iniciar y finalizar respectivamente la enumeración de los mismos, por lo que cualquier otro criterio distinto de los recogidos en el artículo citado para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa será admisible siempre que el mismo esté directamente vinculado al objeto del contrato y que, junto con los demás criterios, se detalle en el anuncio y en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y se indiquen por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya. En este sentido el criterio de mejoras utilizado por el SMS es admisible en cuanto se cumplan los requisitos anteriormente citados.

En el sentido indicado el criterio de mejoras o prestaciones adicionales utilizado se distinguiría de la figura regulada en el artículo 131 de la LCSP de "variantes o mejoras", en la que en este caso el órgano de contratación entiende que la definición de la prestación puede ser susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, mientras en aquél se trataría de valorar una mejora de la prestación sin que constituyera esta propiamente una solución técnica distinta a la definida por el propio órgano de contratación.

Sin embargo, se observa que respecto del criterio utilizado que, aunque se determina expresamente la fórmula a emplear en la valoración de las mejoras o prestaciones adicionales, no se especifican cuáles son las que van a ser objeto de valoración ni se determinan al menos las condiciones que deben cumplir éstas o los aspectos de la prestación (funcionales, técnicos, estéticos etc.) sobre los que deben versar para que las mismas puedan ser valoradas, dejando al órgano de contratación un alto grado de discrecionalidad a la hora de determinar su vinculación al objeto del contrato y por lo tanto a su valoración como criterio de adjudicación, lo que se conjuga mal con los principios de igualdad, no discriminación y transparencia que deben observarse en la adjudicación de los contratos públicos.

Dicho esto, respecto a la segunda cuestión planteada- si es posible exigir al adjudicatario de un contrato las mejoras recogidas en su propuesta aunque no



hayan sido valoradas por el órgano de contratación- no existe ninguna referencia específica en la normativa de contratación ni en la administrativa.

Tanto los contratos administrativos como los privados tienen carácter consensual en cuanto se perfeccionan por la prestación del consentimiento, así el artículo 1.254 del Código Civil declara expresamente que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, y el consentimiento tiene lugar conforme dispone el artículo 1.262 del Código Civil por la concurrencia de la oferta con la aceptación.

La proposición formulada por los licitadores constituye una auténtica oferta de contrato en la medida que es una declaración formal dirigida al órgano de contratación con el fin de concluir el contrato una vez que sea aceptada por éste, aceptación que tiene lugar con la adjudicación del contrato, momento en el que se produce efectivamente el acuerdo de voluntades, aunque el contrato se perfeccione con su formalización tal como dispone el artículo 27.1 de la LCSP, conforme a su nueva redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que entró en vigor el día 10 de septiembre de 2010.

En definitiva, si las mejoras ofertadas por el adjudicatario forman parte integrante de su proposición (oferta de contrato) y ésta ha sido aceptada por la adjudicación del órgano de contratación sin ninguna reserva al respecto, aquéllas serán exigibles al contratista con independencia de que hayan sido valoradas en la fase de adjudicación del respectivo contrato, oferta que deberá ser cumplida de forma estricta por el adjudicatario del contrato.