



Informe 5/2015, de 28 de xullo de 2015, sobre posibilidade de adxudicar un contrato a unha empresa que condiciona a súa oferta ao outorgamento da prórroga.

ANTECEDENTES

Polo Concello de Lugo dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

ANTECEDENTES DE FEITO:

O Alcalde do Excmo. Concello de Lugo presenta escrito no que ven fundamentada nun procedemento de contratación do servizo público de transporte de viaxeiros. No prego de cláusulas administrativas particulares que foi aprobado polo órgano de contratación, establécese o período de duración do contrato na cláusula terceira, co seguinte teor literal:

“A duración do contrato será de DEZ ANOS contados a partires da acta de inicio da prestación do servizo, a cal deberá ser suscrita nun prazo máximo de TRES MESES dende a data de formalización do contrato administrativo.

O contrato poderá ser obxecto de unha o varias prórrogas, trala aprobación por parte do órgano competente se concorren as circunstancias previstas no artigo 72 da LOTT, ata un máximo de CINCO ANOS. A ditos efectos, o contratista adxudicatario terá que solicitar a devandita prórroga e presentar as correspondentes xustificacións cunha antelación mínima de seis meses ó remate do prazo contractual en vigor. En ningún caso a duración total do contrato incluídas as prórrogas poderá exceder de QUINCE ANOS.

Non obstante, se á finalización do período concesional non ten concluído o procedemento tendente a continuidade na prestación do servizo, o concesionario estará obrigado a continuar a súa xestión ata a finalización do devandito procedemento e, en todo caso ata un máximo de dous anos se así o dispón o órgano de contratación, tal e como se establece no artigo 85 da LOTT”.

Unha vez presentadas as proposicións por parte dos licitadores, a mesa de contratación aprecia que unha delas vincula a súa oferta ao outorgamento por parte da Administración concedente da prórroga de cinco anos contemplada no prego de cláusulas administrativas particulares.

A efectos de fundamentar esta, significan que o artigo 72 da Lei orgánica de regulación do transporte terrestre (en diante LOTT) e a normativa europea vixente sinalan a posibilidade de prórroga do contrato durante un prazo non superior á metade do período ordinariamente establecido e incidindo en que, ao seu xuízo, o articulado de referencia non indica o momento no que deba outorgarse a dita prórroga.

O citado artigo 72.4 da LOTT establece:

“(…) 4. O contrato de xestión de cada servizo determinará o seu prazo de duración atendendo ás súas características e aos prazos de amortización dos activos necesarios para a súa prestación e predominantemente utilizados nesta que teñan que ser aportados polo contratista. En todo caso, de conformidade co disposto na lexislación da Unión Europea reguladora da materia, a duración dos contratos non poderá ser superior a dez anos.

Non obstante, cando resulte necesario, habida conta das condicións de amortización dos mencionados activos, a duración do contrato poderá prolongarse durante un prazo non superior á metade do período orixinalmente establecido.”

Partindo destes antecedentes concretos que fundamentan e son a orixe da consulta que se quere elevar a ese órgano consultivo, a cuestión xenérica que se plantexa por parte do Excmo. Concello de Lugo á Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia é a seguinte:

¿Podería unha mesa de contratación propoñer a adxudicación dun contrato e o órgano de contratación adxudicalo, a unha empresa cuxa proposición se vincula a un período contractual que inclúe dende o inicio as posibles prórrogas previstas no

prego de cláusulas administrativas particulares?

Acompáñase a este escrito actas da Mesa de contratación dos 12 de febreiro, sobre a posibilidade de admitir ou excluír da licitación á empresa que presenta a proposición coas melloras vinculadas ás posibles prórrogas, polo que acordan solicitar informe conxunto á letrada asesora, o interventor xeral e o Xefe do servizo de contratación.

Informe conxunto da letrada asesora, o interventor xeral e o Xefe do servizo de contratación no que propoñen solicitar informe á Xunta Consultiva de contratación administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia.

Acta da Mesa de contratación do 6 de maio de 2015 na que acordan solicitar informe á Xunta Consultiva de contratación administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia.

CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS.

1.- Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle a este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan á súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1 entre as que figuran as entidades locais de Galicia.

2.- A cuestión que plantexa o concello é se se pode propoñer a adxudicación dun contrato a unha empresa cuxa proposición se vincula a un período contractual que inclúe dende o inicio as posibles prórrogas previstas no prego.

Primeiramente debemos sinalar que non lle corresponde informar a este órgano consultivo expedientes concretos de contratación, nin suplir as funcións que, en virtude da lexislación vixente en materia de contratación, competen a outros órganos da actividade contractual. Tampouco actúa como fiscalizador das actuacións acordadas polos órganos con competencia na materia nin como preliminar nin substituta de instancias ás que lles corresponde resolver as reclamacións ou recursos que os interesados interpoñan.

Non obstante, o tema abordado permite emitir un informe cun pronunciamento xenérico que este órgano entende de interese habida conta das dúbidas que a miúdo suscita.

3.- Sobre a cuestión que propón o concello temos que acudir ao art. 145 do TRLCSP que establece a necesidade de que “as proposicións dos interesados se axusten ao previsto no prego de cláusulas administrativas particulares, e que a súa presentación supón a aceptación incondicionada polo empresario do contido da totalidade de ditas cláusulas ou condicións, sen salvedade ou reserva algunha”. Esta esixencia debe estenderse tamén ao disposto no prego e prescricións técnicas particulares. Así o recolleu o Tribunal administrativo central de recursos contractuais na Resolución 4/2011. Este criterio que se reproduciu na Resolución 535/2013 establece a obrigação de adecuar as ofertas presentadas ao establecido nos pregos, sendo a consecuencia deste incumprimento a exclusión da oferta presentada. En realidade, tal e como sinala o Tribunal na Resolución 169/2014, *no caso de que o licitador presente unha oferta que incumpra as especificacións establecidas no prego de prescricións técnicas, está realizando unha contraoferta, que non pode ser aceptada polo órgano de contratación, xa que os demais licitadores se atoparían en situación de desigualdade co licitador que presenta a contraoferta. Así, é o principio de igualdade de trato aos licitadores o que impide que o órgano de contratación poida entrar a valorar unha oferta que non*



respecta ás especificacións establecidas nos pregos. Só no suposto de melloras previstas no prego ou no caso de que se admitan variantes, poderá o órgano de contratación entrar a valorar ofertas que non se adecúen ao contido nos pregos. Nestes casos, é o propio prego o que habilita ao órgano de contratación a avaliar esos elementos, cuxos límites son perfectamente coñecidos por todos os licitadores, de forma que non se altera a situación de igualdade entre eles. Pero incluso nestes casos, as ofertas presentadas polos licitadores deberán respectar o contido mínimo establecido no prego de prescricións técnicas. Fora dos casos mencionados, o órgano de contratación non poderá entrar a valorar a oferta presentada, polo que procede a exclusión da mesma.

4.- Fundamentando aínda máis a imposibilidade de presentar proposicións de forma condicionada podemos facer referencia á Sentencia 514/2012 do Tribunal de Xustiza de Galicia de Galicia. Sala do Contencioso na que no seu fundamento terceiro que sinala (...) *o principio xeral que rexe na contratación pública é o de que as proposicións deben aceptar o prego de cláusulas administrativas de forma incondicionada, sen salvedade ou reserva algunha (art. 129 da LCSP), non só dende o punto de vista material senón tamén formal, polo que toda oferta realizada en termos condicionais ten que ser rexeitada de plan, xa que do contrario o órgano de contratación veríase obrigado a levar a cabo unha interpretación do significado deses termos, o que introduciría no proceso de selección elementos de discrecionalidade e de inseguridade xurídica.*

5.- Cuestión a parte e que do informe emitido conxuntamente pola letrada asesora, o interventor e o xefe de servizo de contratación do concello dedúcese que unha empresa licitadora oferta unhas melloras vinculadas á concesión “inicial” da prórroga do contrato (máis concretamente ven sinalado polo feito de que a súa proposta de renovación da flota con autobuses ecolóxicos propulsados por gas natural, require dunhas inversións tanto en autobuses como en infraestruturas, imposibles de amortizar no período inicialmente previsto de 10 anos, vinculándoa á concesión inicial da prórroga de 5 anos pola Administración concedente).

Sobre as melloras convén recordar o que sinala o Tribunal administrativo de contratos públicos de Aragón no seu Acordo 20/2012: *“consideracións previas relativas á admisibilidade, límites e requisitos das melloras —distintas das variantes— como criterio de adjudicación, cuxa posible introdución — art. 147 TRLCSP (y 67 RLCAP) — debe permitir, sen alterar o obxecto do contrato, favorecer a adjudicación á oferta economicamente máis vantaxosa, garantizando en todo caso, a igualdade de trato. Esixe, polo tanto, unha adecuada motivación e previa delimitación das melloras a ter en conta e a súa eventual ponderación, que deberá garantir que non se altere a ponderación dos outros criterios de adjudicación. A previa concreción é un requisito esencial, pois como xa recordou a Sentencia do TJUE de 24 de novembro de 2008, Asunto Alexandroupulis, unha entidade adjudicadora, na súa competencia de valoración de ofertas nun procedemento de licitación, non pode fixar a posteriori coeficientes de ponderación, nin aplicar regras de ponderación o subcriterios relativos aos criterios de adjudicación establecidos no prego de condicións ou no anuncio de licitación, sen que se teña posto previamente en coñecemento dos licitadores.*

Para aclarar o alcance deste criterio resulta de interese a opinión da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado no seu Informe 59/2009, de 26 de febreiro de 2010, que se pronunciou favorablemente á posibilidade de admitir melloras que impliquen a execución de prestacións accesorias para o contratista, sen custe para o órgano de contratación posibilidade expresamente recollida nos pregos aportados en la documentación— siempre que se establezan os criterios de valoración que haxan de aplicárselles, debendo tales melloras figurar detalladas no prego de cláusulas administrativas particulares con



expresión dos seus requisitos, límites, modalidades e características que permitan identificalas suficientemente, e gardar relación directa co obxecto do contrato. En sentido similar convén resaltar o Informe 1/2011, de 12 de xaneiro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, donde se recorda que os pregos teñen que identificar a prestación en todos os seus elementos, indicando si se admiten variantes e melloras, e nese caso, sobre qué teñen que versar unhas e outras, cales son os seus requisitos, límites, modalidades e aspectos do contrato sobre o que son admitidas. En todo caso, é imprescindible expresar nos informes técnicos de valoración as razóns polas que determinadas variantes ou melloras se aceptan e valoran, ou non, pois o contrario non pode ser admitido por resultar imposible de revisar, podendo incorrer igualmente en causa de anulación por falta da debida e explicitada ponderación dos criterios de adjudicación do procedemento indicados no prego, esixida polo art. 150 TRLCSP.

Como xa se dixera no Acordo 8/2012, de 7 de febreiro de 2012, por mellora entendese todo aquilo que perfecciona a prestación do contrato sen que veña esixido ou determinado, nas prescricións que definen o obxecto do mesmo. É imprescindible, en consecuencia, a súa vinculación ao obxecto da prestación (obxectividade) e a xustificación de en qué mellora, porque o mellora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias. A valoración das melloras, no ámbito da contratación pública, nunca pode ser unha mera declaración de vontade de quen a realiza; antes ben e ao contrario, pola súa propia indeterminación, require unha precisa xustificación, medición e ponderación, que debe quedar reflexada na motivación do informe que serve de base á proposta de adjudicación. E como ben indicou a Resolución número 43, do Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade de Madrid, de 28 de xullo de 2011, ditada no recurso número 40 de 2011, os requisitos para que se poidan admitir as melloras son:

- a) Que se autoricen expresamente polo órgano de contratación*
- b) que garden relación co obxecto do contrato*
- c) que deberán mencionalos no prego e nos anuncios*
- d) que se detallen con precisión os requisitos mínimos e modalidades de presentación.*

Estos requisitos esixidos polo TRLCSP para as melloras derivan da necesidade de que os licitadores concorran en idénticas condicións de igualdade, de maneira que as súas ofertas sexan valoradas en función das condicións e características propias do contrato a executar e se respecte, en suma, a regra da comparación de ofertas para poder decidir cal é a economicamente máis vantaxosa.

Respecto deste tema a se a melloras non cumpren cos requisitos expostos anteriormente á Mesa de contratación non as podería valorar sen que iso implicase a exclusión da oferta do procedemento.

CONCLUSIÓN

Esta Xunta consultiva de contratación administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia entende que non é posible aceptar unha proposición condicionada que non respecta o contido mínimo establecido nos pregos xa que pode alterar a situación de igualdade dos licitadores.

Santiago de Compostela, a 28 de xullo de 2015