

EDD 2002/122974

Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, Estatal. Informe 25/02, de 17 de diciembre de 2002. "Actuación de la Mesa de contratación en la comunicación a las empresas del resultado de la calificación de los documentos que acompañan a las proposiciones respecto de la subsanación de defectos u omisiones y alcance de la previsión contenida en el artículo 87.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con la invitación a los licitadores asistentes a formular observaciones sobre el acto celebrado y, en particular, requisitos para la convocatoria de la sesión en que se formularán esas observaciones".

Resumen

La JCCA resuelve la consulta planteada por el Directora General de Programación y Control Económico y Presupuestario del Ministerio de Medio Ambiente sobre distintas cuestiones de índole práctica en cuanto a la forma en que deben actuar las Mesas de contratación en las licitaciones en que deben de intervenir. En cuanto a la interpretación que ha de darse a la expresión "lo comunicará verbalmente a los interesados" utilizada por el art. 81,2 del Reglamento General LCAP, con ello se permite que esa comunicación se haga a los interesados, tanto en acto público, como directamente por el Secretario de la Mesa o la unidad gestora del expediente de contratación sin necesidad de acto público, siempre que quede constancia de su recepción, completadas con la publicación en el tablón de anuncios del órgano de contratación o del que, en su caso, señale el pliego de cláusulas administrativas particulares; la segunda cuestión consiste en determinar el alcance y significado de las previsiones contenidas en el art. 87,1 del mismo Reglamento en lo referente a las reclamaciones o reservas que estimen oportuno formular los licitadores, este artículo, en la medida que extiende al concurso lo previsto para la subasta, está en contradicción con los arts. 88,1 y 90 LCAP, que prevalecen sobre aquel precepto reglamentario; en consecuencia, debe sostenerse que en el acto público del concurso, la Mesa ha de proceder como prevé el art. 87 del Reglamento con excepción de lo relativo a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa y propuesta de adjudicación a su favor.

NORMATIVA ESTUDIADA

RD 1098/2001 de 12 octubre 2001. Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
art.81.2 , art.81.3 , art.83.4 , art.87.1

RDLeg. 2/2000 de 16 junio 2000. TR Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
art.82.1 , art.88 , art.90

Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
art.59.5

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
CONSIDERACIONES JURÍDICAS	3
CONCLUSIONES	7

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

Contratación pública en la Administración Local

Adjudicación de los contratos

Pliego de condiciones administrativas

Mesa de contratación

Propuesta de adjudicación

Adjudicación del contrato. Formas

Por concurso

Por subasta

CLASIFICACIÓN POR VOCES

Junta consultiva de contratación administrativa

Mesa de contratación

Pliego de cláusulas administrativas

Propuesta de adjudicación

Subasta

Tramitación ordinaria de expediente de contratación

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita art.81.2, art.81.3, art.83.4, art.87.1 de RD 1098/2001 de 12 octubre 2001

Cita art.82.1, art.88, art.90 de RDLeg. 2/2000 de 16 junio 2000
Cita art.59.5 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992
Cita RD 1098/2001 de 12 octubre 2001
Cita Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992
Cita art.9.3 de CE de 27 diciembre 1978
Cita D 3410/1975 de 25 noviembre 1975

Consultas

Necesidad o no de notificar los acuerdos de la Mesa de Contratación sobre la exclusión de licitadores

ANTECEDENTES DE HECHO

Por la Directora General de Programación y Control Económico y Presupuestario del Ministerio de Medio Ambiente se dirige consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, redactada en los siguientes términos: "Con ocasión de la entrada en vigor del nuevo Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre EDL 2001/34761 (BOE de 26 de octubre), - RGLCAP-, se suscitan distintas cuestiones de índole práctica en cuanto a la forma en que deben actuar las Mesas de contratación en las licitaciones en que deben de intervenir.

Dos son, en concreto, las cuestiones que, por la presente consulta, se someten a informe de esa Junta Consultiva.

Uno.

La primera hace referencia al alcance que debe darse a la previsión de "comunicación verbal" contenida en el artículo 81.2 del RGLCAP.

En este artículo, al regularse la forma en que deben actuar las Mesas al calificar la documentación general o administrativa (la contemplada en el artículo 79.2 de la Ley) de los licitadores, si observan en la misma defectos u omisiones subsanables, se dice, textualmente, que: "Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación".

Se introduce, pues, una exigencia de "comunicación verbal" a los licitadores afectados que anteriormente no existía, pues el derogado Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre EDL 1975/2081, señalaba en su artículo 101 lo siguiente: "Si la mesa observase defectos materiales en la documentación presentada podrá conceder, si lo estima conveniente, un plazo no superior a tres días para que el licitador subsane el error".

A la vista de esta innovación, surgen distintas cuestiones. Así, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo señalado por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271 (entre otros, artículos 71 y 59), "las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante", objetivo que parece puede asegurarse adecuadamente, en el caso presente, mediante una comunicación por fax o medio análogo, tal como habitualmente viene realizándose.

Desde la perspectiva del sujeto que debe realizar esta "comunicación verbal", ha de tenerse en cuenta que la detección por la mesa de los defectos subsanables tiene lugar, habitualmente, al examinar la documentación presentada, con ocasión del "acto de apertura y calificación" de esa documentación administrativa; acto para el que ni la Ley ni el Reglamento prevén un carácter público. Por ello, surge la cuestión de si sería necesario que se convocase y realizase una sesión pública de la Mesa, a la que se convocaría a los licitantes y en la que se materializaría esa "comunicación verbal"; o si, por el contrario, sería suficiente que se encargase la realización de esta "comunicación verbal" al secretario u otro integrante de la mesa.

En el primer caso, la comunicación verbal se realizaría con la consiguiente presencia e intermediación de los licitantes afectados. En el segundo, podría considerarse cumplido este requisito mediante una comunicación telefónica sobre el error o insuficiencia detectado, siempre que la misma fuera acompañada de la correspondiente comunicación al interesado mediante fax u otro medio adecuado, para la debida constancia. Todo ello, sin perjuicio de que, como indica el propio artículo 81.2 del RGLCAP, las deficiencias detectadas deberán "hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego".

Debe tenerse en cuenta, al respecto, que, frecuentemente, los representantes de los licitantes no tienen su domicilio habitual en la ciudad de Madrid, sede de los dos Órganos de contratación del Ministerio de Medio Ambiente (Ministro y Secretario de Estado), por lo que de exigirse su presencia física en esta ciudad para la válida realización de este trámite, se les estaría imponiendo, de hecho, una carga suplementaria. Carga que parece innecesaria en una época en la que el desarrollo de las tecnologías de la información y de los medios electrónicos de comunicación permiten realizar notificaciones eficaces y con garantías suficientes sobre su contenido y recepción.

Dos La segunda cuestión que se somete a consulta de esa Junta Consultiva hace referencia a las previsiones que se contienen en el artículo 87.1 del nuevo Reglamento, respecto a la invitación que ha de formularse a los licitadores a que formulen las observaciones que estimen oportunas sobre el acto de apertura y valoración de las proposiciones.

Surgen dudas sobre la forma en que deberá procederse y sobre la información que, en su caso, deba darse a los licitadores por la Mesa de contratación, con carácter previo a invitarles a que formulen sus observaciones o reservas.

Así, el artículo citado señala lo siguiente: "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 ". De acuerdo con lo señalado en el artículo 90 del RGLCAP, lo anterior es aplicable tanto a las subastas como a los concursos.

Debe recordarse que el derogado Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre EDL 1975/2081 , recogía en su artículo 108 lo siguiente: "Efectuada la adjudicación provisional se invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas reclamaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, y finalmente se levantará acta que recoja sucinta, pero fielmente, todo lo sucedido". Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 114 del RGCE, lo anterior resultaba de aplicación tanto para las subastas como para los concursos.

Por su parte, en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no se contiene ninguna previsión específica sobre esta cuestión, ni para las subastas (artículo 82 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), ni para los concursos (artículo 88). En concreto, este último señala. ..."La mesa de contratación calificará previamente los documentos presentados en tiempo y forma, procederá, en acto público, a la apertura de las proposiciones presentadas por los licitadores y las elevará, con el acta y la propuesta que estime pertinente, que incluirá en todo caso la ponderación de los criterios indicados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, al órgano de contratación que haya de efectuar la adjudicación del contrato".

Desde un punto de vista práctico, la complejidad del procedimiento de valoración y puntuación de las ofertas, especialmente en los concursos, determina la imposibilidad material de poder realizar la puntuación de las mismas en el mismo acto o sesión en la que se procede a la apertura de las proposiciones (acto público de apertura contemplado en los artículos 83 del RGLCAP y 82 y 88 del TRLCAP), por lo que se impone que el Presidente, tras la apertura de las plicas, acuerde la suspensión del acto, convocando una nueva sesión para cuando la Mesa ya disponga de la puntuación de las distintas ofertas, momento en el que podrá dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 87.1 del RGLCAP, que ahora nos ocupa.

Surgen aquí dudas, en primer lugar, sobre la forma en que deberá citarse para esa nueva sesión. Ante el silencio del Reglamento, pero aplicando por analogía lo que se dice en otros de sus artículos, puede entenderse que sería suficiente que la convocatoria para la reanudación del acto se realizase mediante la inserción del aviso correspondiente en el tablón de anuncios del Órgano de contratación, sin perjuicio de que puedan utilizarse otras formas complementarias de aviso o, en su caso, de lo que se hubiera establecido al respecto en los pliegos de cláusulas administrativas.

Por otra parte, surgen dudas respecto a los licitadores que podrán formular observaciones, pues la afirmación "se invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado", debe acompañarse con la necesidad material de celebrar, como antes se ha indicado, dos sesiones públicas en momentos distintos. Ante ello, puede entenderse, bien que sólo podrán formular observaciones los licitadores que hayan asistido a las dos sesiones en que se habrá materializado el acto, bien que podrán formularlas sólo los asistentes a la última sesión y aun cuando no hubieran asistido a la inicial, en que se procedió a la apertura de los sobres. En cualquier caso, deben considerarse los requisitos de capacidad y representatividad a exigir a quienes formulen observaciones en el acto público; y, en particular, si les serán de aplicación los mismos requisitos que, posteriormente, serán de aplicación sobre los escritos que se presenten, conteniendo la reclamación u observación de que se trate.

Junto a lo anterior, ha de considerarse la información mínima e imprescindible que la Mesa, a través de su Presidente, deberá, en su caso, dar a los licitadores, pues sobre este punto guarda silencio el Reglamento, que sólo indica lo antes señalado de que "se invitará a los licitadores asistentes a...". Ante este silencio, y siguiendo una interpretación sistemática, tanto del precepto como de toda la sección tercera (del Capítulo IV del Título III, del Libro I del RGLCAP) en que el mismo se ubica, de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 3.1 del Código civil , puede entenderse que sería suficiente con que el Presidente de la Mesa informara a los licitadores de que "por la Mesa se ha formulado propuesta de adjudicación, que se elevará al Organo de contratación"; alternativamente, puede entenderse que sería necesario que se les informara, también, del licitador al que la Mesa propone que se adjudique el contrato.

Consulta.

Recopilando lo hasta aquí expuesto, el objeto de la consulta que se formula ante esa Junta Consultiva se concreta en lo siguiente: 1º) Forma en que ha de realizarse la "comunicación verbal" prevista en el artículo 81.2 del RGLCAP y, en particular, si puede considerarse suficiente con que la misma se realice telefónicamente por el Secretario u otro integrante de la Mesa, siempre que se acompañe de otros medios de comunicación a los interesados de los que quede la debida constancia ("fax", correo electrónico, o similares).

2º) Alcance de la previsión contenida en el artículo 87.1 del RGLCAP respecto a la invitación a los licitadores asistentes a formular observaciones sobre el acto celebrado y, en particular, requisitos para la convocatoria de la sesión en que se formularán esas observaciones cuando la apertura de los sobres con las ofertas y la valoración de las mismas no pueda realizarse ininterrumpidamente en una misma sesión; licitadores que, en este supuesto, podrán formular observaciones; y, por último, información mínima que por la Mesa deba de trasladarse a los licitadores antes de invitarles a que formulen sus observaciones."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERO.- Como claramente se diferencian en el escrito de consulta son dos las cuestiones que se someten a consideración de esta Junta, consistiendo la primera en la interpretación que ha de darse a la expresión "lo comunicará verbalmente a los interesados" utilizada por el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real

Decreto 1098/2001, de 12 de octubre EDL 2001/34761 , y la segunda en determinar el alcance y significado de las previsiones contenidas en el artículo 87.1 EDL 2001/34761 del mismo Reglamento en lo referente, fundamentalmente, a las reclamaciones o reservas que estimen oportuno formular los licitadores.

Ambas cuestiones, que han de ser examinadas y resueltas por separado, requieren analizar la finalidad de los nuevos preceptos reglamentarios, su examen comparativo con sus respectivos antecedentes y, sobre todo, determinar si su contenido se encuentra en contradicción con normas de rango normativo superior o constituyen simples precisiones del contenido de estas últimas.

SEGUNDO.- Respecto a la primera cuestión suscitada, el artículo 81.2 del Reglamento, a propósito de la calificación de la documentación presentada y de la posibilidad de subsanar defectos u omisiones, declara que "si la Mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada lo comunicará verbalmente a los interesados" añadiendo que "sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación".

Lo primero que debe advertirse es que el citado artículo 81.2 del Reglamento contiene una errata, no corregida, consistente en que se han omitido las palabras "del tablón", de manera que la interpretación del mismo ha de ser la de que "..., las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través del tablón de anuncios del órgano de contratación...". Así resulta de la disposición final primera, apartado uno, que, al señalar qué preceptos no tienen carácter de básicos, menciona "el artículo 81.2, en cuanto se refiere a (...) y a la publicidad a través del tablón de anuncios del órgano de contratación".

El examen comparativo de este precepto con su antecedente normativo constituido por el artículo 101, párrafo segundo, del Reglamento General de Contratación del Estado, marca la diferencia fundamental de que, a diferencia de éste último, en el que la subsanación de defectos se consideraba totalmente discrecional - la Mesa podría conceder si lo estimaba conveniente -, el nuevo precepto reglamentario parte de una regulación preceptiva de los defectos u omisiones subsanables que obliga a montar un sistema de comunicaciones y notificaciones a los interesados cuya documentación incurra en los citados defectos u omisiones subsanables, extremo sobre el que el segundo párrafo del artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado guardaba silencio, a fin de que todos ellos puedan corregirlos o subsanarlos ante la propia Mesa de contratación. Siendo la finalidad del artículo 81.2 del Reglamento que todos los licitadores puedan corregir o subsanar los defectos u omisiones subsanables de la documentación presentada, es lógico que, en aras de los principios de celeridad y eficacia que rigen los procedimientos de contratación, establezca un plazo reducido para la corrección o subsanación - tres días hábiles - y que el cumplimiento de este plazo trate de asegurarse exigiendo que todos los interesados tengan conocimiento previo y lo más rápido posible de los defectos u omisiones en que incurre su documentación.

Para la determinación del correcto significado del artículo 81.2 del Reglamento debe tenerse en cuenta cuál era el texto de dicho precepto en los distintos borradores del Anteproyecto de Reglamento, en qué antecedentes normativos se inspira y cuál es su concordancia con otros preceptos del mismo Reglamento, todo ello relacionado con la finalidad de hacer posible la necesaria celeridad del procedimiento de contratación, sin menoscabo de las debidas garantías de seguridad jurídica de los interesados.

La versión inicial del artículo 81.2 del Reglamento preveía un sistema de notificación verbal en acto público con concesión de un plazo de subsanación, y para los licitadores no asistentes al acto público, un sistema de publicación a través del tablón de anuncios, lo que se ajustaba a lo dispuesto en el artículo 59.5.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271 , sobre sustitución de la notificación por la publicación en caso de actos administrativos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva. El citado texto compaginaba los principios de celeridad del procedimiento con el de seguridad jurídica de los interesados.

Ese sistema de comunicación de defectos subsanables procedía del artículo 103, párrafo segundo del Reglamento de Contratación del Estado, y se prevé en el artículo 83.4 del Reglamento EDL 2001/34761 vigente para la comunicación y notificación del resultado final del acto de calificación, precepto que dice: "(...). El presidente (...) notificará el resultado de la calificación en los términos previstos en el artículo anterior", debiendo subsanarse en su interpretación el error de referirse al artículo anterior, el 82, cuando el precepto que establece un sistema de comunicaciones es el artículo 81.

Las posteriores versiones del texto del Anteproyecto modificaron la redacción inicial del artículo 81.2 en el sentido de suprimir la referencia al "acto público inmediato", sustituir la expresión "notificará verbalmente" por "comunicará verbalmente" y añadir al sistema de publicidad a través del tablón de anuncios un medio alternativo mediante la expresión "o, en su caso, del que se fije en el pliego". También se añadió el actual apartado 3 del artículo 81 del Reglamento EDL 2001/34761 .

Finalmente, el texto aprobado y publicado del artículo 81.2 del Reglamento se aparta del Anteproyecto al suprimir la referencia a los licitadores o sus representantes no asistentes al acto; sin embargo, mantiene el apartado 3 relativo a la constancia de todo lo actuado en acta que necesariamente deberá extenderse.

De la evolución expuesta de la redacción del texto del artículo 81 del Anteproyecto del Reglamento hasta la del texto vigente, se desprende claramente que se partió de un sistema de notificación verbal preceptiva en acto público con concesión de plazo de subsanación, complementado con un sistema de publicación subsidiario para los licitadores no asistentes al acto público mediante anuncios en el tablón de anuncios del órgano de contratación (sistema previsto en el artículo 59.5.b) de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271), que ha terminado siendo un sistema de mera comunicación verbal sin referencia alguna a acto público, complementado mediante anuncios en el tablón de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que prevea el pliego, en el que se produce la concesión del plazo de subsanación de defectos. En definitiva, el texto actual del artículo 81.2 del Reglamento deja de ser un sistema de notificación verbal en sentido estricto para pasar a ser un sistema de comunicación verbal. Por su parte, la publicidad a través del tablón de anuncios deja de ser un sistema de notificación a los interesados no asistentes para pasar a ser un sistema de publicación general de los defectos

u omisiones subsanables que afecten a los interesados sin más distinciones relativas a si son o no asistentes a un hipotético acto público que ya no prevé expresamente el precepto.

La omisión en el texto del artículo 81 del Reglamento de toda referencia a "acto público" como contexto en el que realizar la notificación verbal, así como a "licitadores o sus representantes no presentes en el acto", permiten considerar, en principio, que no es imperativo que la comunicación verbal de defectos u omisiones subsanables se haga en acto público, pero sí lo es el que se efectúe la publicación de dichas circunstancias a través de anuncios fijados en el tablón de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, con concesión en ambos casos de plazo de subsanación. Es este último sistema de publicación el que es imperativo y sustituye a la notificación en sentido estricto, como permite el artículo 59.5.b) de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271, que ha de realizarse en todo caso, se haya celebrado o no acto público y existan o no, en aquel caso, licitadores no asistentes al eventual acto público celebrado.

No obstante lo anterior, se ha de destacar la manifiesta imperfección e incongruencia de la redacción del artículo 81 del Reglamento, puesto que, después de omitir toda referencia a un acto público de comunicación verbal y a "los licitadores o sus representantes no presentes en el acto", a que se hacía referencia en el Anteproyecto, mantiene el actual apartado 3 que impone el levantamiento de un acta para dejar constancia de todo lo actuado, incluido lo relativo a la comunicación verbal y publicación de anuncios, y no solo de la actuación de la Mesa en el acto de calificación documental. Si el artículo 81.2 del Reglamento suprime toda referencia a un acto público de comunicación verbal, su apartado 3 debería haber referido el contenido del acta a levantar solo a lo actuado en el acto de calificación, pero no, a todo lo actuado según el artículo 81, ya que los actos de comunicación verbal y los de publicación de anuncios no pueden reflejar actuaciones de la Mesa constituida para la calificación documental, sino actuaciones posteriores que no se realizarán directamente por aquel órgano colegiado.

Mediante una interpretación literal, sistemática e histórica del artículo 81 del Reglamento, puede concluirse que su texto admite tanto que la comunicación verbal se haga en acto público como la que se haga sin mediar dicha circunstancia.

En el primer caso, la constancia de la comunicación efectuada se reflejará en el acta que se levante, mientras que en el segundo deberá procederse a realizar alguna actuación que deje constancia de la realización de aquella comunicación, como puede ser una diligencia de realización, completándola con la comunicación vía fax u otros medios telemáticos de comunicación que dejen constancia de su recepción, siendo conveniente su previsión en el pliego de cláusulas.

La comunicación verbal de defectos en acto público es plenamente admisible. En primer lugar, porque el artículo 81 del Reglamento no lo impide. Además la comunicación verbal que establece dicho precepto se inspira en lo que disponían los artículos 103, párrafo segundo, y 112 del Reglamento General de Contratación del Estado. En segundo lugar, porque el artículo 83.4 del Reglamento impone que el Presidente de la Mesa notifique el resultado de la calificación "en los términos previstos en el artículo anterior". Salvado el error consistente en que el artículo a que se refiere no es el 82, sino el 81, es evidente que la notificación verbal a realizar por el Presidente presupone el contexto de un acto público, por lo que al tener que realizarse "en los términos del artículo anterior" lleva a admitir que la comunicación verbal de ese último precepto puede realizarse en acto público. Y en tercer lugar, porque si, según el artículo 81.2, es la Mesa la que ha de comunicar verbalmente los defectos y, según su apartado 3, se ha de levantar acta de todo lo actuado, parece lógico considerar que aquella puede actuar como tal constituida en sesión pública para efectuar la comunicación verbal, que se documentará mediante acta, ya que no parece razonable que la Mesa, como órgano colegiado, realice directamente dicha comunicación verbal a cada uno de los licitadores y luego lo documente en acta.

La comunicación verbal sin acto público también es admisible al amparo del tenor del artículo 81.2 del Reglamento, especialmente si se tiene en cuenta que dicho texto ha omitido toda referencia a acto público y a los licitadores que estén o no presentes en dicho acto, lo que implica que el precepto ha excluido la imperatividad de acto público de comunicación verbal que preveía el Anteproyecto de Reglamento.

La comunicación verbal, obviamente, no la va a practicar directamente la Mesa en cuanto a órgano colegiado. Esta habrá de actuar, bien a través del Secretario, bien a través del órgano que gestione el procedimiento de contratación, que serán quienes, a su vez, publiquen los anuncios en el tablón de anuncios del órgano de contratación, dejando constancia de todo ello en el expediente.

En cualquier caso, admitida la comunicación verbal a través del Secretario de la Mesa o de la unidad gestora del expediente de contratación, requerirá para dejar constancia de su realización una diligencia y, como no consta la efectividad de su recepción, deberá efectuarse adicionalmente una comunicación por fax u otro medio telemático que deje constancia de su recepción, siendo conveniente que se prevea en el pliego de cláusulas.

En resumen, cualquiera de las dos formas citadas de comunicación verbal, siempre que quede constancia de su recepción, completadas con la publicación de anuncios en el tablón de anuncios del órgano de contratación o del que, en su caso señale el pliego, se ajustan a lo dispuesto en el artículo 81.2 del Reglamento y realizan armónicamente los principios de celeridad del procedimiento y seguridad del los licitadores, al tiempo que se respeta lo dispuesto en el artículo 59.5.b) de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271.

TERCERO.- En cuanto a la segunda cuestión suscitada el artículo 87.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que "determinada por la Mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa a favor de la cual formulará la 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 2 días hábiles siguientes al de aquel acto y se dirigirán al órgano de contratación, el cuál, previo informe de la Mesa de contratación, resolverá el procedimiento con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas en la adjudicación del contrato".

La versión inicial del Anteproyecto de Reglamento dedicaba su artículo 85.1 a esta materia y se refería solo a la determinación por la Mesa de la proposición de precio más bajo. Sin embargo, las versiones posteriores del Anteproyecto y el texto del artículo 87.1 del

Reglamento se refieren también a la determinación de la oferta más ventajosa. De los citados antecedentes y del examen comparativo del precepto transcrito con su precedente normativo, constituido por el artículo 108 del Reglamento General de Contratación del Estado, resulta que la finalidad del primero ha sido extender las reglas que este último aplicaba a la subasta, al concurso, entre ellas, la del artículo 82.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas EDL 2000/83354 prevista exclusivamente para la subasta. Esta extensión llevará en la práctica a la suspensión del acto público del concurso, una vez abiertas las proposiciones, y a su reanudación posterior previa convocatoria, una vez que la Mesa haya determinado la proposición económicamente más ventajosa a favor de la que elevará propuesta de adjudicación.

Admitido que el artículo 87 del Reglamento extiende al concurso lo previsto exclusivamente para la subasta en el artículo 82.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la cuestión que se plantea es la de determinar su legalidad, es decir, si es conforme o no con lo dispuesto para el concurso en la citada Ley. La extensión que efectúa el artículo 87 del Reglamento consistente en que se efectúe en acto público la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a favor de la cuál formulará propuesta de adjudicación, contradice al contenido de los artículos 88.1 y 90 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas EDL 2000/83354.

El artículo 82 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas efectivamente impone que en acto público se abran las proposiciones y se efectúe la propuesta de adjudicación al postor que oferte el precio más bajo. Ello es así porque la Mesa puede en unidad de acto efectuar ambas actuaciones. Sin embargo, el artículo 88 de dicha Ley, por el contrario impone el acto público para la apertura de las proposiciones, pero lo excluye, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a favor de la cuál efectuará la propuesta de adjudicación, precisamente porque tal determinación no puede realizarse en dicho acto.

Consecuentemente, el artículo 90 de aquél texto legal excluye de la aplicación al concurso los preceptos que sean exclusivamente aplicables a la subasta, uno de los cuales es el relativo a la determinación de la oferta más ventajosa en el acto público de apertura de proposiciones.

La anterior conclusión resulta del examen de los precedentes normativos de los preceptos que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dedica a esta materia. Los artículos 82, 88 y 90 de la citada Ley reproducen casi literalmente los artículos 31, párrafo primero y 36, párrafos cuarto y primero, respectivamente, del Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado. El artículo 114 del Reglamento General de Contratación del Estado reproducía lo dispuesto en el artículo 36, párrafo primero, de dicho Texto articulado, y concretaba los preceptos relativos a la subasta que en modo alguno eran aplicables al concurso, y añadía "entendiéndose que los demás quedan modificados por lo que específicamente se señala en los artículos que siguen", uno de los cuales era el artículo 116, que reproducía al artículo 36, párrafo cuarto, del Texto articulado, precedente inmediato del artículo 88 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que, en lo que aquí interesa, lo reproduce.

El artículo 114 del Reglamento General de Contratación del Estado excluía de la aplicación al concurso el precepto reglamentario relativo a unificar en el acto público de subasta, la apertura de las proposiciones y la, entonces, adjudicación provisional, por la sencilla razón de que el Texto articulado expresamente excluía del acto público de concurso la determinación y propuesta de adjudicación a la oferta más ventajosa, y ordenaba no aplicar al concurso los preceptos exclusivamente aplicables a la subasta. En otro caso, el citado Reglamento General de Contratación del Estado hubiese incurrido en infracción de los preceptos legales relativos al concurso.

El artículo 87 del Reglamento, al haber extendido lo previsto para el acto público de subasta al concurso, siguiendo un criterio distinto al precedente constituido por el Reglamento General de Contratación del Estado, se encuentra en contradicción con los artículos 88 y 90 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que, por aplicación del principio de jerarquía normativa y de la prevalencia de la Ley sobre el Reglamento (artículo 9.3 de la Constitución EDL 1978/3879), hay que sostener que el contenido de los preceptos legales debe aplicarse con preferencia sobre el precepto reglamentario.

En consecuencia, debe sostenerse que en el acto público del concurso la Mesa ha de proceder como prevé el artículo 87 del Reglamento con excepción de lo relativo a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa y propuesta de adjudicación a su favor, como resulta de los artículos 88 y 90 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CUARTO.- En la consideración jurídica anterior, se desprende la respuesta a la segunda cuestión planteada y, en particular, al desglose que de la misma se efectúa en el escrito de consulta.

En primer lugar, no procede suspender el acto público de apertura de proposiciones para efectuar la determinación de la oferta más ventajosa a favor de la que se elevará la propuesta de adjudicación y realizar una posterior convocatoria, ya que tal determinación y propuesta no han de realizarse en acto público al prevalecer lo dispuesto en el artículo 88 en relación con el 90, ambos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por tal motivo, es innecesario entrar a examinar cómo se ha de realizar esa convocatoria de reanudación del acto público suspendido.

En segundo lugar, respecto a la duda sobre qué licitadores podrán formular observaciones, reservas o reclamaciones, el precepto reglamentario es tajante, ya que se refiere exclusivamente a los licitadores asistentes al acto público, que, como se ha indicado, se limita a la apertura de proposiciones.

En tercer lugar, del citado precepto reglamentario resulta claramente que los licitadores pueden formular, no solo meras reservas u observaciones sobre simples aspectos formales del acto celebrado, sino también reclamaciones, como resulta de la última oración de sus apartados 1 y 3, que se refieren respectivamente a resolver "el procedimiento con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas (...)" y a la firma del acta por "...el Presidente (...)" y por los que hubiesen hecho presentes sus reclamaciones o reservas".

En consecuencia, pueden ser objeto de protesta, observación o reclamación cualquiera de las actuaciones efectuadas en el acto público a que se refiere el artículo 87, en relación con los artículos 83 y 84, todos ellos del Reglamento. A su vez, por lo indicado más arriba y en la consideración jurídica anterior, ni ha de facilitarse información ni puede formularse reserva, observación o reclamación alguna

sobre unas actuaciones que, como las de determinación a la oferta económicamente más ventajosa y propuesta de adjudicación, se han de producir necesariamente una vez concluido el acto público y levantamiento del acta correspondiente.

En cuarto y último lugar, debe aclararse que lo dispuesto en el artículo 87.1, sobre que el órgano de contratación "resolverá el procedimiento con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato" no significa que en todo caso las reclamaciones presentadas hayan de resolverse exclusiva y necesariamente en la adjudicación del contrato, en particular si van a ser estimadas, ya que ello provocaría una inadmisibles ralentización del procedimiento e impediría, en el caso citado de estimación, adjudicar el contrato. Si una reclamación, a la vista del informe de la Mesa de contratación, ha de ser estimada, debe ser resuelta a la mayor brevedad, dado el principio de celeridad del procedimiento, y siempre antes de la adjudicación. Piénsese, por ejemplo, en la exclusión de un licitador por una causa errónea, cuya proposición, en consecuencia, haya sido rechazada y no abierta. En este caso, la reclamación ha de resolverse antes de la adjudicación para revocar la decisión adoptada, admitir la proposición y abrirla en acto público, para posteriormente efectuar la propuesta de adjudicación y esta misma.

Lo que el último inciso del artículo 87.1 del Reglamento pretende es que el órgano de contratación se pronuncie siempre y expresamente sobre las reservas y reclamaciones presentadas, lo que habrá de efectuarse, si son desestimatorias o no inciden en la adjudicación, con motivo de ésta; pero no impide que, si van a ser estimadas, sean resueltas antes de la adjudicación.

CONCLUSIONES

PRIMERO.- Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

Que la expresión "lo comunicará verbalmente a los interesados" utilizada por el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas permite que esa comunicación se haga a los interesados, tanto en acto público, como directamente por el Secretario de la Mesa o la unidad gestora del expediente de contratación sin necesidad de acto público, siempre que quede constancia de su recepción, completadas con la publicación en el tablón de anuncios del órgano de contratación o del que, en su caso, señale el pliego de cláusulas administrativas particulares.

SEGUNDO.- El artículo 87.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la medida que extiende al concurso lo previsto para la subasta para la determinación en acto público de la proposición económicamente más ventajosa y propuesta de adjudicación a su favor, está en contradicción con los artículos 88.1 y 90 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que prevalecen sobre aquel precepto reglamentario, por lo que el acto público previsto en este último precepto no debe comprender la determinación de la oferta más ventajosa ni la propuesta de adjudicación a su favor.

TERCERO.- Al resto de los aspectos en que se desglosa la segunda cuestión consultada, se han de aplicar los criterios que se exponen en la consideración jurídica 3 de este informe.