

INFORME 9/1997, DE 6 DE MAYO, SOBRE DETERMINADOS CRITERIOS GENERALES: ACTUACIÓN DE LAS MESAS DE CONTRATACIÓN EN PROCEDIMIENTOS RESTRINGIDOS Y NEGOCIADOS; NOTIFICACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN EN PROCEDIMIENTOS RESTRINGIDOS; Y PROCEDIMIENTO NEGOCIADO EN LOS SUPUESTOS DE SUBASTAS O CONCURSOS DECLARADOS DESIERTOS.

ANTECEDENTES

En el desarrollo de los trabajos que lleva a cabo el Servicio de Coordinación de la Contratación Administrativa, entre los que se encuentran las tareas de impulso de la mecanización y normalización de los procedimientos de la contratación administrativa y el perfeccionamiento y adaptación de los procesos mecanizados a través del Sistema de Información de la Contratación Administrativa (SICA), y en el ejercicio de las funciones de coordinación que le competen, se efectúan regularmente consultas y reuniones con los centros gestores implicados en dicha contratación, en el curso de las cuales se ha puesto de manifiesto cierta diversidad de opiniones sobre determinados aspectos de la tramitación a seguir e incluso interpretaciones distintas de la Ley que dan lugar a soluciones prácticas diferentes y, en definitiva, a una forma heterogénea de actuar.

Los referidos aspectos, que se examinan a continuación por esta Junta Consultiva, ofrecen la dificultad de no quedar suficientemente detallados o explícitos en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), ni en las demás normas de carácter reglamentario que regulan la contratación pública, siendo deseable que el futuro desarrollo de la Ley los aborde con claridad, y sobre los que se considera de interés fijar criterios que sirvan al objetivo de conseguir una mayor homogeneidad de actuación de los centros gestores de la Comunidad de Madrid, así como establecer directrices para el diseño y concreción de los procesos y trámites definidos en el SICA, como instrumento común de gestión de la contratación administrativa en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma.

Las cuestiones que se tratan son las siguientes:

1.- Para el procedimiento restringido, se analiza si la Mesa de contratación debe celebrar una primera sesión en la que calificará la documentación acreditativa de la personalidad, capacidad y solvencia de los empresarios participantes, así como la relativa a los criterios objetivos de selección, procediendo asimismo a elevar propuesta sobre la selección de aquéllos. Objeto de discusión es el carácter público o no público que debe

tener dicho acto, argumentándose que los interesados deben conocer en ese momento el resultado de la calificación de su documentación que determine su posible inadmisión.

2.- En el procedimiento negociado no hay coincidencia de interpretaciones respecto a si las ofertas de los licitadores deben abrirse por la Mesa de contratación en acto público, manteniéndose por parte de los gestores que ello debe ser así en aplicación de las normas que sobre la apertura de ofertas dedica la LCAP a la subasta y al concurso.

3.- Igualmente en el procedimiento restringido, se suscita la cuestión de si debe notificarse el acuerdo de adjudicación del contrato a los empresarios que resultaron no admitidos en la selección de participantes.

4.- El cuarto asunto que se cuestiona radica en si, producida la circunstancia de no resultar posible la adjudicación de una subasta o un concurso, se debe dar por finalizado el procedimiento y acordar la apertura de un nuevo expediente de contratación en el que se podría utilizar el procedimiento negociado de acuerdo con los supuestos previstos en la LCAP para cada tipo de contrato, o si es posible acudir directamente a esta modalidad de adjudicación manteniéndose la validez y eficacia de todos o parte de los actos administrativos dictados en el procedimiento en curso.

CONSIDERACIONES

1.- Como queda de manifiesto en los antecedentes, son varios los temas a considerar por esta Junta Consultiva, pudiendo resumirse en la formulación de las siguientes cuestiones cuyo examen se abordará por separado:

- ¿Ha de ser pública la Mesa de contratación que en procedimiento restringido procede a calificar la documentación y a proponer la selección de los participantes?
- ¿Las ofertas presentadas por los licitadores en un procedimiento negociado deben abrirse por la Mesa de contratación en acto público?
- ¿Debe notificarse el acuerdo de adjudicación a los participantes no seleccionados en un procedimiento restringido, después de haberseles notificado el acuerdo de selección por el que quedaron excluidos?
- ¿Qué actuaciones deben seguirse para acudir al procedimiento negociado en los supuestos de quedar desierto un concurso o una subasta por resultar irregulares o

inaceptables las ofertas presentadas, por falta de licitadores o porque los presentados no hayan sido admitidos?

La primera de estas cuestiones nos lleva en primer lugar a analizar la forma en que las normas sobre contratación administrativa regulan la actuación de la Mesa de contratación en el proceso de adjudicación de los contratos y la especialidad que la misma pudiera tener en el procedimiento restringido.

De conformidad con el artículo 92 de la LCAP, al procedimiento restringido se aplicarán las normas generales de la Ley con las especialidades que señala en sus apartados a) al e). Tanto los artículos 83.1 de la LCAP y 101 del Reglamento General de Contratación del Estado (RGCE) para las subastas, como el artículo 89.1 de la LCAP para los concursos, determinan que la Mesa de contratación calificará la documentación presentada en tiempo y forma por los licitadores con carácter previo -hay que entender en acto interno- al acto público de apertura de las proposiciones económicas admitidas. Pues bien, los documentos que ha de calificar la Mesa en un procedimiento restringido serán, de acuerdo con el artículo 92 c) de la LCAP, los que acrediten la personalidad del empresario y, en su caso, su representación y la clasificación o el cumplimiento de los requisitos de solvencia económica y financiera y técnica o profesional, entre los que deben considerarse comprendidos los documentos acreditativos del cumplimiento de los criterios de selección que la Administración habrá elaborado y justificado en el Pliego de cláusulas administrativas particulares.

En la consideración de que tales criterios han de tener una relación directa con el objeto del contrato o con la naturaleza o circunstancias de la prestación del contratista, por así desprenderse de los artículos 27 y 32.4 de la Directiva 92/50/CEE (servicios), artículo 22 de la Directiva 93/37/CEE (obras) y artículos 19 y 23.3 de la Directiva 93/36/CEE (suministros), y que su cumplimiento supondrá una mayor cualificación o especialización técnica o profesional del licitador, cabe entender que la documentación que se aporte a este respecto ha de ser examinada y calificada por la Mesa de contratación en las mismas condiciones que los demás documentos acreditativos de la solvencia, esto es, en acto no público. Efectuada esta tarea, y previo el asesoramiento técnico que estime necesario recabar, la Mesa estará en condiciones de elevar propuesta al órgano de contratación sobre la selección de los participantes.

Recaído el acuerdo de selección, y en atención a su directa incidencia sobre los derechos e intereses de los empresarios concurrentes, se debe cursar notificación a los mismos, por imperativo del artículo 58 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, quienes podrán

interponer los recursos que legalmente procedan, así como, además, solicitar de la Administración los motivos del rechazo de su candidatura conforme a lo previsto en el artículo 94.5 de la LCAP. Los derechos de los no admitidos en esta fase del procedimiento quedarán de esta forma debidamente amparados.

2.- Respecto de la segunda cuestión planteada -si las ofertas en procedimiento negociado deben abrirse por la Mesa de contratación en acto público- resulta preciso volver a examinar la forma en que la Ley regula la actuación de las Mesas de contratación en el proceso de adjudicación de los contratos.

Como se ha señalado en el punto anterior, tanto los artículos 83.1 de la LCAP y 101 del RGCE para las subastas, como el artículo 89.1 de la LCAP para los concursos, determinan que la Mesa calificará la documentación presentada en tiempo y forma por los licitadores con carácter previo al acto público de apertura de las proposiciones económicas admitidas. Pero no contiene la Ley ningún pronunciamiento expreso acerca de cómo deba realizarse la apertura de proposiciones en los procedimientos negociados, limitándose a establecer en su artículo 93.2 que la propuesta de adjudicación será elevada al órgano de contratación por la Mesa de contratación y que será de aplicación lo dispuesto con carácter general en el artículo 82, esto es, básicamente, que el órgano de contratación para la adjudicación de los contratos estará asistido por la Mesa, que ésta podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos y que cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada por la Mesa, debe motivar su decisión.

Podría interpretarse que la Ley ha querido limitar la actuación de la Mesa de contratación en los procedimientos negociados a la formulación de la propuesta de adjudicación, o bien cabría entender que la función de *asistencia* al órgano adjudicador alcanza también a otras tareas como las de calificación de la documentación de los empresarios y la de apertura en acto formal de sus proposiciones, por aplicación de los artículos 83.1 y 89.1 de la LCAP y 101 y 116 del RGCE.

En lo que se refiere a la calificación de los documentos acreditativos de la personalidad, capacidad para contratar y clasificación o solvencia económica y técnica de los empresarios, nos parece una labor claramente constitutiva de las funciones de asistencia que tiene atribuidas la Mesa de contratación.

Respecto a la apertura de las proposiciones, se debe acudir al precepto del artículo 80 de la LCAP -que ha de entenderse que rige para todos los procedimientos y formas de

adjudicación, por cuanto que en todos ellos los empresarios interesados en la adjudicación del contrato presentan sus proposiciones- según el cual, éstas serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública. Bien es cierto que este artículo no determina de forma expresa qué debe entenderse por *licitación pública*, como tampoco lo hace el artículo 79 pese a figurar en la Ley bajo el título de “publicidad de las licitaciones”. Este último no contiene en ninguno de sus puntos el término *licitación* y se limita a regular el régimen de publicación de los procedimientos de adjudicación en los boletines y diarios oficiales.

El momento de la licitación pública al que alude el referido artículo 80 de la LCAP ha de ser el de apertura de las proposiciones, instante hasta el cual aquéllas deben permanecer secretas, por lo que tal apertura deberá tener lugar de forma simultánea en acto formal, que, en una interpretación sistemática de los preceptos de la LCAP, debe efectuar la Mesa de contratación también para el procedimiento negociado, si bien habrá que admitir como especialidad de éste la falta de exigencia legal del carácter público de aquel acto.

Se podrá argumentar que el procedimiento negociado no debe someterse a las mismas formalidades de los demás procedimientos de adjudicación, puesto que ha de concebirse, como se hacía respecto de la contratación directa de la anterior legislación de contratos del Estado, como un instrumento que otorgue mayor agilidad y flexibilidad a la contratación administrativa (si bien únicamente utilizable en los supuestos específicamente tasados por la Ley). Mayor agilidad se alcanzará indudablemente en los procedimientos negociados sin publicidad por no ser necesaria la publicación de anuncio de licitación, y, en cualquier caso, por no tener que someterse a los amplios plazos de admisión de ofertas que rigen en el procedimiento abierto y en el restringido; mayor flexibilidad proporciona el hecho de que la adjudicación no viene condicionada por unos criterios previamente establecidos por orden decreciente de importancia y debidamente ponderados o por la obligación de primar únicamente el valor económico de las ofertas. Pero la agilidad o rapidez en la tramitación del expediente no es un elemento intrínseco del procedimiento negociado, salvo en los casos en que su utilización se fundamente en razones de imperiosa urgencia, puesto que todos los demás supuestos en que la Ley permite su empleo tienen su propia sustantividad, no relacionada con la necesidad de acelerar la adjudicación.

La regulación del procedimiento negociado en la LCAP, que debe su denominación y tiene su causa en las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, contiene una precisión ausente en éstas: la necesidad de solicitar la oferta de empresas capacitadas

para la realización del objeto del contrato. Concretada así por nuestra Ley la forma en que se materializan las consultas a las que se refieren las citadas Directivas, resulta congruente aplicar a tales ofertas el mismo régimen que a las propias de los demás procedimientos y formas de adjudicación, como así lo hace en su artículo 80, tantas veces referido, con la única diferencia, ya apuntada, de la no exigencia de publicidad del acto de su apertura en atención a la especialidad de este tipo de procedimiento.

La apertura de ofertas en un procedimiento negociado no llevará consigo, no obstante, la inmediata formulación de una propuesta de adjudicación por la Mesa de contratación, sino que dará pie al órgano de contratación para iniciar la negociación con uno o varios de los licitadores y a fijar el precio y los términos del contrato con el seleccionado, tal y como disponen los artículos 74.4 y 93.1 de la LCAP.

3.- En lo que se refiere a la notificación del acuerdo de adjudicación a los participantes no admitidos en la fase de selección del procedimiento restringido -materia objeto de la tercera de las cuestiones planteadas-, es preciso analizar la terminología que emplea la LCAP para designar a los empresarios según el momento procedimental en que los considera.

De conformidad con el artículo 94.1 de la Ley, la adjudicación del contrato, una vez acordada por el órgano de contratación y cualquiera que sea el procedimiento seguido y la forma de adjudicación empleada, será notificada a los “participantes en la licitación”. Esta expresión admitiría dos posibles interpretaciones: considerar incluidos a todos los empresarios que soliciten participar o únicamente a aquéllos a los que se curse la correspondiente invitación y hayan presentado su oferta. Esta segunda interpretación se estima más ajustada a los preceptos de la LCAP por entender que son *participantes en la licitación* los licitadores, esto es, los empresarios que optan a la adjudicación del contrato mediante la presentación de su plica. Así, los artículos 75, 83 y 84 se refieren siempre al licitador o al postor en las subastas, mientras que las empresas que solicitan participar en un procedimiento restringido reciben en la Ley la denominación de concurrentes (artículo 92) o candidatos (artículo 94.5), siendo así que cuando aquélla se quiere referir al conjunto de ambas categorías de empresarios lo hace expresamente como en el caso del citado artículo 94.5.

Se determina en el mismo que el órgano de contratación vendrá obligado a comunicar a todo candidato o licitador rechazado que lo solicite, los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y las características de la proposición del adjudicatario determinantes de la adjudicación a su favor, pudiendo obtener de esta forma

los concurrentes no seleccionados la información necesaria para decidir, en su caso, la interposición de recurso contra el acuerdo de selección.

Mediante tal acuerdo quedan aquéllos al margen de los subsiguientes trámites del procedimiento, perdiendo por tanto la condición de interesados y conservando únicamente el derecho de recurrir aquélla decisión. En dichas circunstancias cabría plantearse qué virtualidad podría tener notificar a un empresario la resolución que pone fin a un procedimiento selectivo -el de la adjudicación por subasta o concurso- en el que no ha tenido opción de participar con la presentación de su proposición económica. Entendemos que los intereses y derechos de los empresarios declarados no admitidos en el acuerdo de selección se restringen al ámbito de esta fase del procedimiento y que quedan suficientemente salvaguardados, como se ha indicado, al serles notificado el correspondiente acuerdo del órgano de contratación.

4.- La cuarta cuestión que se examina radica en si, una vez producida la circunstancia de no resultar posible la adjudicación de una subasta o un concurso por falta de licitadores, porque los presentados no hayan sido admitidos a la licitación o porque sus proposiciones sean irregulares o inaceptables, se debe dar por finalizado el procedimiento y acordar la apertura de un nuevo expediente de contratación en el que se podría utilizar el procedimiento negociado de acuerdo con los supuestos previstos en la LCAP para cada tipo de contrato, o si es posible acudir directamente a esta modalidad de adjudicación manteniéndose la validez y eficacia de todos o parte de los actos administrativos dictados en el procedimiento en curso.

Esta Junta entiende al respecto que el procedimiento de adjudicación puede considerarse elemento esencial y definitorio del expediente de contratación, de modo que su elección ha de justificarse en razón de la naturaleza o circunstancias del objeto del contrato y que los órganos de contratación deben valorar que el procedimiento elegido sirva al fin de seleccionar la oferta más ventajosa y al empresario que mejor asegure su buen cumplimiento atendidas aquellas circunstancias. En consecuencia, entendemos que, de resultar desierto un concurso o una subasta, y siempre que el órgano contratante estime que el procedimiento negociado resulta indicado para la adecuada elección del contratista, deberá darse por finalizado el procedimiento que resultó fallido y acordarse la apertura de un nuevo expediente de contratación en el que se incorporarán todos los elementos y especificaciones propios de aquella modalidad de adjudicación, consiguiéndose de este modo una mayor claridad y precisión en el establecimiento de las condiciones en que se llevará a cabo.

CONCLUSIONES

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

- 1.- Que no es preciso que se celebre en acto público la Mesa de contratación que, en el procedimiento restringido, procede a calificar la documentación aportada en acreditación de la personalidad y solvencia de los empresarios concurrentes, así como del cumplimiento de los criterios objetivos de selección, y a proponer la selección de los participantes.
- 2.- Que corresponde a la Mesa de contratación realizar en acto formal la apertura de las proposiciones presentadas por los empresarios en un procedimiento negociado, si bien no existe exigencia legal de que dicho acto tenga carácter público.
- 3.- Que en el procedimiento restringido debe comunicarse el acuerdo de selección a todos los empresarios que hubieran solicitado participar en el mismo, mientras que respecto del acuerdo de adjudicación del contrato sólo se estima preceptiva su notificación a los empresarios a los que se cursó invitación para presentar oferta, y sin que por ello deba entenderse que se vulneran los derechos de los declarados no admitidos en la fase de selección.
- 4.- Que en los supuestos en que una subasta o un concurso sean declarados desiertos por falta de licitadores, porque los presentados no hayan sido admitidos a la licitación o porque sus proposiciones sean irregulares o inaceptables, y siempre que el órgano contratante estime que el procedimiento negociado resulta indicado para la adecuada elección del contratista, deberá darse por finalizado el procedimiento que resultó fallido y acordarse la apertura de un nuevo expediente de contratación en el que se incorporarán todos los elementos y especificaciones propios de aquella modalidad de adjudicación, consiguiéndose de este modo una mayor claridad y precisión en el establecimiento de las condiciones en que se llevará a cabo.