

PARTICIPACIÓN EN UN PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD.

ANTECEDENTES

El Presidente de la Diputación de Tarragona se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa por medio de un escrito con el siguiente texto:

«...»

II. La segunda cuestión versa sobre el tratamiento jurídico que deba darse a las solicitudes de empresarios al órgano de contratación para ser invitados a presentar su oferta en los procedimientos negociados sin publicidad.

En las Comunidades Autónomas en que, por disposición de su normativa propia de Régimen Local, como es el caso de Cataluña, las Entidades Locales han de cumplir el trámite de someter los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de la contratación, una vez aprobados, a exposición pública para alegaciones (artículo 277.1 de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril), esta publicidad, que es en sí misma del Pliego y no del procedimiento de adjudicación, ya pone sobre aviso al mercado de la inminencia de una licitación pública, del objeto de la misma y de la Administración que la seguirá.

Comienza a darse con frecuencia el caso de que, con esta información, y conocedores de que, en los procedimientos negociados sin publicidad, ya no habrá más difusión de los mismos que ésta de los Pliegos, hay empresarios que directamente solicitan del órgano de contratación ser invitados a presentar su proposición, es decir, que se les pida oferta.

Dicha postulación plantea la duda del tratamiento que corresponde dar a estas solicitudes en los procedimientos negociados sin publicidad, y, en concreto,

a.) si pueden considerarse vinculantes para el órgano de contratación en el cumplimiento de la exigencia legal de solicitar ofertas de un mínimo de tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato (artículo 162.1 LCSP), de manera que, únicamente por no concurrir en el empresario solicitante esa capacidad suficiente en relación con el objeto del contrato, podría, denegarlas e ir a buscar otras, y ello incluso en el caso de disponer ya, por haber cursado la oportuna invitación, de aquel mínimo de ofertas de empresas capacitadas, de forma que, además y en todo caso, habría de solicitar la de ese empresario que se postula,

b.) O si, por el contrario, estas solicitudes no interfieren en nada la facultad de elección de empresario capacitado que en esta clase de procedimientos de adjudicación la Ley parece otorgar al órgano de contratación, y podrían considerarse como de simple y ordinario ejercicio del derecho de petición y tratarse, en consecuencia, por el cauce de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del mismo, habida cuenta que el empresario carece a

priori de un derecho propia y específicamente reconocido como tal a ser llamado al procedimiento de adjudicación”.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Plantea la consulta la cuestión relativa a si en el procedimiento negociado sin publicidad es obligatorio para la Administración pedir la presentación de oferta a aquellos empresarios que lo soliciten o si, por el contrario, está facultada para poder solicitar oferta solamente a empresarios de su elección, si bien en número mínimo de tres, cuando sea posible.

A tal respecto, debe indicarse que el artículo 153 de la Ley en su apartado 2 establece que en el procedimiento negociado con publicidad «será posible la presentación de ofertas en concurrencia por cualquier empresario interesado». Por el contrario, «en los restantes casos se asegurará la concurrencia mediante el cumplimiento de lo previsto en el artículo 162.1», es decir, solicitando ofertas, «al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible».

Parecería desprenderse de una simple lectura de lo dispuesto en los dos preceptos reseñados que en el procedimiento negociado sin publicidad no es posible la presentación de ofertas en concurrencia por cualquier empresario interesado, toda vez que esta posibilidad sólo la contempla el artículo 153 en relación con el procedimiento negociado con publicidad.

Sin embargo, aceptar esta conclusión entra en clara contradicción con el contenido del artículo 123 de la Ley de conformidad con el cual «los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia».

Evidentemente, si se niega a cualquier empresario que reúna las cualificaciones necesarias la posibilidad de acudir a una licitación se le puede estar dispensando por parte de la Administración un tratamiento no igualitario y discriminatorio. De igual forma, llevar, más allá del sentido que después veremos, la facultad de la Administración contratante de elegir los empresarios a los que pedir ofertas para concurrir a la licitación puede ser claramente contrario a la transparencia del procedimiento.

Para adoptar una conclusión correcta a este respecto es necesario tomar en consideración cuáles son las razones por las que se introduce en la Ley un procedimiento como el negociado sin publicidad, pues con él, sólo se pretende simplificar los trámites en determinados contratos por sus propias características, incluida su escasa entidad cuantitativa, o por las características del mercado.

Pues bien, esta simplificación se traduce entre otras cosas en la exclusión de la publicidad de la licitación, estableciendo la Ley, como sustitutiva de ella, la invitación para tomar parte. Sin embargo, esta invitación no tiene otro sentido que el de hacer llegar a conocimiento de los empresarios que pudieran estar interesados en la contratación, el propósito de la Administración de celebrar el contrato. Precisamente por ello, dice la Ley que se solicitará oferta, al menos a

tres empresas capacitadas para la realización del objeto, excluyendo solamente el caso en que no sea posible efectuar, ni siquiera las tres invitaciones.

Se trata, por tanto, de una carga impuesta a los órganos de contratación con la finalidad de suplir el efecto producido por la publicación del anuncio en relación con la difusión del propósito de celebrar el contrato, toda vez que si no se impusiera la obligación de invitar a los empresarios, podría resultar imposible la celebración del contrato. No es, por tanto, una prerrogativa concedida al órgano de contratación para que en determinados casos restrinja el número de licitadores a sólo tres sino, como decimos, una carga impuesta a ésta para que la licitación pueda ser conocida por los interesados.

Este y no otro es el sentido que debe darse a la obligación impuesta de que, siendo posible, se invite al menos a tres empresarios, por considerar que tres es un número suficiente para celebrar una licitación con transparencia y más podría resultar excesivamente complejo desde el punto de vista práctico.

Todo cuanto venimos diciendo, debe llevarnos necesariamente a la conclusión de que si por parte de licitadores no invitados se presentara, cuando el procedimiento aún lo permite, solicitudes de invitación para presentar ofertas o las propias ofertas, el órgano de contratación debe atender las primeras y aceptar las segundas.

CONCLUSIÓN

La solicitud de participación y la presentación de ofertas en un procedimiento negociado sin publicidad por parte de empresarios no invitados previamente por el órgano de contratación, obliga a éste a formular invitación, en el primer caso, y a aceptar la oferta en el segundo, siempre que las mismas hayan sido presentadas en tiempo hábil, considerado el estado del procedimiento, y reúnan los demás requisitos precisos para ser tomadas en consideración.