

Informe 9/98, de 11 de junio de 1998. "Solicitud de ofertas a empresas capacitadas para la ejecución del contrato en el procedimiento negociado".

8.1. Conceptos generales.

ANTECEDENTES.

Por el Secretario General de Política Exterior y para la Unión Europea se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, redactado en los siguientes términos:

«Ante las dificultades existentes en las Representaciones en el exterior para conseguir que las empresas no españolas conozcan debidamente la legislación española y acrediten el cumplimiento de los requisitos para contratar con la Administración, se plantea consulta sobre el procedimiento negociado de adjudicación de los contratos establecido en el art. 74.4, en relación con el art. 93 de la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, donde se establece que será necesario solicitar la oferta de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato..., y en el art. 117, d) de la misma norma "... debiendo conseguirse, siempre que sea posible, tres ofertas al menos de empresas capaces de cumplir los mismos (los contratos)".

En los supuestos en que todas las empresas que han presentado oferta, no hayan remitido ni tengan interés en remitir la acreditación de todos los requisitos de capacidad y solvencia, la comprobación por la Mesa de contratación, previa a la propuesta de adjudicación, del cumplimiento de todos los requisitos de capacidad y solvencia de todas las empresas con las que se ha realizado la "negociación", podría llevar a un formalismo innecesario y provocar, con la consiguiente pérdida de tiempo, la imposibilidad de proponer la adjudicación a la empresa seleccionada cuando ésta sí cumpliera todos los requisitos.

En particular se plantea:

a) El sentido que se debe dar a la expresión "capacitadas", si se refiere al cumplimiento de la totalidad de los requisitos de capacidad y solvencia de las empresas establecidos en el capítulo I del título II de la citada Ley o a la capacidad para la realización del objeto del contrato, y en su caso, sobre cual es el momento de exigir la acreditación de dichos requisitos y quién es el órgano encargado de comprobar su cumplimiento: si se comprueban por la Mesa de contratación, antes de la propuesta de adjudicación y para la totalidad de las empresas que han presentado ofertas, o por la Intervención Delegada.

b) Si en el supuesto planteado, de no conseguirse de todas las empresas ("al menos tres") la totalidad de la documentación requerida, pero sí de la seleccionada con la que se ha fijado el precio, es posible que la Mesa de contratación eleve propuesta de adjudicación al órgano de contratación, y darse por correcto el procedimiento y cumplido el requisito de concurrencia.»

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Para la resolución de las cuestiones concretas que se plantean en el escrito de consulta se hace necesario, como presupuesto de dicha resolución, remitirse a criterios y razonamientos puestos de manifiesto en anteriores informes de esta Junta que han de servir de base a las respuestas que se den a las cuestiones concretas suscitadas.

2. Ante todo hay que señalar que el escrito de consulta hace referencia aunque no se consigne de manera expresa a contratos en los que no concurre el doble requisito de celebrarse y ejecutarse en el extranjero, pues de concurrir ambos resultaría aplicable el

artículo 117 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debiendo reiterarse el criterio de esta Junta expuesto en su informe de 30 de mayo de 1996 (expediente 26/96), en el que, por las razones que se exponen en el apartado 3 de las consideraciones jurídicas se llega a la conclusión de que *"no resulta preceptiva la actuación de la Mesa de contratación en los contratos celebrados y ejecutados en el extranjero"*.

3. Ciñéndonos a los contratos que por no reunir el doble requisito de celebrarse y ejecutarse en el extranjero, se rigen por las normas generales de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y no por las específicas de su artículo 117 y en relación con la actuación de la Mesa de contratación y el procedimiento negociado se contienen una serie de consideraciones en el informe de esta Junta de 14 de julio de 1997 (expediente 21/97) que ahora parece oportuno reproducir.

En concreto se afirmaba en el citado informe:

La Mesa de contratación, como órgano colegiado de asistencia al órgano de contratación venía regulada en la Ley de Contratos del Estado, detallando su composición y atribuyéndole las funciones de elevar propuestas al órgano de contratación en la adjudicación por subasta o concurso, siendo desarrollada en este aspecto por el Reglamento General de Contratación del Estado. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 82.1 señala que salvo en los supuestos del artículo 12.4, que se refiere a la existencia de Juntas de Contratación, "el órgano de contratación para la adjudicación de los contratos estará asistido de una Mesa", consistiendo la principal innovación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con la legislación anterior, en haber extendido la intervención de la Mesa de contratación a la adjudicación de contratos por procedimiento negociado, al no realizar el artículo 82 ninguna salvedad al respecto lo que confirma, además, el artículo, 93.2 referente al procedimiento negociado al señalar que "la propuesta de adjudicación será elevada al órgano de contratación por la Mesa de contratación, siendo de aplicación lo dispuesto con carácter general en el artículo 82", en tanto que la legislación anterior, como hemos indicado, refería la intervención de la Mesa a la adjudicación por subasta y concurso, quedando excluida tal intervención en la contratación directa equivalente al procedimiento negociado.

Con ello se quiere resaltar que la solución de los problemas que plantea la intervención de la Mesa en procedimientos negociados no pueda ser abordada con criterios interpretativos deducidos de las normas que regulaban este extremo en la legislación anterior, ni siguiera con la aplicación prevista en la disposición derogatoria, única de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de normas reglamentarias anteriores en cuanto no se opongan a su contenido, por la sencilla razón de su inexistencia, sino que dichos problemas han de tratar de resolverse mediante la interpretación de las normas que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dedica al procedimiento negociado y la legislación anterior al procedimiento equivalente, constituido por la contratación directa.

El procedimiento negociado, término procedente de las nuevas Directivas comunitarias, es un procedimiento de adjudicación de contratos, caracterizado frente a la subasta y al concurso, formas de adjudicación obligatorias en los procedimientos abiertos y restringidos, porque la adjudicación del contrato se adjudica, conforme señala el artículo 74.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas "previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios" y siendo la consulta y negociación los elementos esenciales definidores de este procedimiento de adjudicación, como antes lo eran de la contratación directa aunque la legislación anterior no era tan expresiva en este extremo, todas las cuestiones planteadas tienen que ser resueltas conciliando el principio de flexibilidad derivado de la negociación que caracteriza a este procedimiento de adjudicación con la preceptiva intervención de la Mesa de contratación prevista en el artículo 82 y en el artículo 93.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Con carácter general debe afirmarse que en el procedimiento negociado no existe una licitación en sentido estricto y técnico jurídico como existe en la subasta y en el concurso y que las ofertas a que se refiere el artículo 93 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como antes el artículo 37 de la Ley de Contratos del Estado, no son equiparables a las proposiciones a que se refiere el artículo 80 de la LCAP, entre otras razones y como fundamental, porque el precio u oferta económica es uno de los elementos, quizá el fundamental, que se negocia con los empresarios en el procedimiento negociado sin que pueda quedar fijado con carácter inalterable en la oferta a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones.

Aunque en el procedimiento negociado, como en el resto de los procedimientos de adjudicación, el adjudicatario ha de reunir los requisitos positivos de capacidad solvencia y el negativo de no estar incurso en prohibición de contratar y sobre dichos requisitos ha de pronunciarse la Mesa, lo cierto es que la ausencia de única verdadera licitación y la falta de un trámite preceptivo de presentación de ofertas en sentido análogo al de presentación de proposiciones permite concluir que en cualquier momento antes de la adjudicación puede producirse la intervención preceptiva de la Mesa de Contratación que formule su propuesta al órgano de contratación con lo cual se cumple el requisito de su intervención en el procedimiento negociado prevista en los artículos 82 y 93.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el carácter necesariamente flexible y sin formalismos innecesarios que derivan de la utilización del procedimiento negociado, cuyo elemento esencial es la negociación entre la Administración y uno o varios empresarios y que resulta incompatible con la rigurosidad de tramitación de la subasta y el concurso en procedimientos abiertos y restringidos, teniendo en cuenta que solución contraria a la propugnada desnaturalizaría el procedimiento negociado, en contra de la intención del legislador y regulación concreta del mismo incorporada a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al igual que sucedía en la legislación anterior en relación con la contratación directa.

4. Las consideraciones expuestas en el informe de esta Junta de 14 de julio de 1997, que se reiteran, permiten dar respuesta a las cuestiones concretas que se plantean en el escrito de consulta.

A la primera cuestión relativa al alcance que debe darse a la expresión «capacitadas» como requisito que deben reunir las empresas y, en concreto si se refiere al cumplimiento de la totalidad de los requisitos de capacidad y solvencia o a la capacidad para la realización del objeto del contrato y, en su caso, sobre cual sea el momento de exigir dichos requisitos y quien es el órgano encargado de comprobar su cumplimiento, debe insistirse en que, con independencia de que en todo supuesto de procedimiento negociado en cualquier tipo de contrato, deba negociarse y solicitarse ofertas a empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato y no a las que, por su objeto social o actividad, nada tienen que ver con dicho objeto en el procedimiento negociado, los requisitos de capacidad y solvencia deben concurrir en el momento de la adjudicación del contrato y siendo la Mesa de contratación la que ha de formular propuesta de adjudicación al órgano de contratación, dicha propuesta debe realizarse en favor de empresa que reúna los indicados requisitos de capacidad y solvencia, pero y en ello consiste las especialidades del procedimiento negociado y de la actuación de la Mesa de contratación, dicha propuesta puede ser realizada en un momento inmediatamente anterior a la adjudicación por el órgano de contratación, con lo que se concilia la necesaria flexibilidad de la tramitación del procedimiento negociado con la preceptiva intervención de la Mesa de contratación en el mismo, de conformidad con los artículos 82 y 93 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la segunda cuestión suscitada -la de si la propuesta de la Mesa puede comprender sólo la adjudicación a la empresa que ha aportado la documentación requerida y no a las restantes que no han aportado la documentación requerida- la respuesta afirmativa, por lo hasta aquí razonado, resulta obvia, aunque en un intento de mayor precisión debe afirmarse que la actuación de la Mesa en el sentido propugnado no se

presenta como facultativa sino preceptiva, aunque, desde un punto de vista formal nada impide que la propuesta de la Mesa se realice a favor de la empresa que ha acreditado el cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia y, respecto de las demás, consigne expresamente en la propuesta que no han acreditado tales requisitos o, en su caso, las razones por las que no procede la adjudicación a favor de las mismas, dentro de la flexibilidad que preside la adjudicación en el procedimiento negociado, frente a los criterios tasados de la misma adjudicación en subastas y concursos dentro de procedimientos abiertos y restringidos.