

Informe 21/97, de 14 de julio de 1997. "Actuación de la Mesa de contratación y características y aplicación del procedimiento negociado".

8.1. Otros informes. Conceptos generales.

ANTECEDENTES.

Por el Director General del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID) se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal:

"Con el fin de aclarar determinadas dudas derivadas de la aplicación de la Ley 13/1995 de 18 de Mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, se solicita informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con las siguientes cuestiones:

1.- Sobre la Mesa de Contratación.

1.1.- En los contratos, cuyo procedimiento de adjudicación sea el negociado y, cuando por causas justificadas, solamente exista proposición de un empresario,

¿Es necesaria la intervención de la Mesa de Contratación?

1.2.- En caso de que la respuesta sea afirmativa,

¿Se encuentra entre las funciones de la Mesa, no sólo proponer la adjudicación sino también cerciorarse de que en el expediente figuran todos los documentos exigidos por la legislación?

2.- Sobre el procedimiento negociado.

2.1. Sobre la licitación pública y secreto de la ofertas.

En cuanto al procedimiento negociado, han surgido dudas en la interpretación de los siguientes puntos de la Ley 13/1995.

En la Sección 2ª, Normas Generales, del Capítulo VII, De la Adjudicación de los Contratos, de la Ley se estipula en el artículo 80 que las proposiciones serán secretas y que se deberán arbitrar los medios para que permanezcan así hasta el momento de la licitación pública.

Posteriormente la Ley vuelve a reincidir en el mismo sentido en los artículos 83.1 al hablar de la subasta y en el artículo 89.1 al referirse al concurso, ambas formas de adjudicación aplicables, solamente, a los procedimientos abierto y restringido.

Más adelante en el artículo 92 de la Sección 3ª, Del procedimiento restringido, especifica que a este procedimiento le serán de aplicación las normas generales de esta Ley, con las especialidades que se recogen en el mismo artículo.

Sin embargo en la Sección 4ª, Del procedimiento negociado, no se hace referencia a que a dicho procedimiento le sean de aplicación las normas generales, como se ha visto que ocurre con el procedimiento restringido.

A la vista de todo lo anterior se plantea las preguntas siguientes:

¿Existe licitación pública en el procedimiento negociado?

¿Es preceptivo en dicho procedimiento el secreto en las ofertas?

2.2. Sobre la negociación con los empresarios.

En el artículo 74.4 de la Ley se dice que el contrato se adjudicará al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del mismo con uno o varios empresarios.

Así mismo de la lectura del artículo 93 podría deducirse que previa a la adjudicación existe una selección del empresario, al que se propone como adjudicatario.

Dado que la Ley habla de una negociación previa con los empresarios, se plantea la pregunta siguiente:

¿Se deduce de lo anterior que el Órgano de Apoyo a la Contratación debe de presentar a la Mesa el resultado de la negociación realizada previamente con los empresarios?

En caso afirmativo,

¿Es lícita, entonces, la apertura de las ofertas con anterioridad a la Mesa de Contratación?"

Se solicita de esta Junta que admita la mencionada consulta y emita dictamen sobre las cuestiones planteadas".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Se suscitan en el escrito de consulta una serie de cuestiones relativas a la intervención de la Mesa de contratación en el procedimiento negociado para cuya resolución procede realizar, con carácter previo, algunas consideraciones sobre el carácter y significado de ambas figuras en la legislación de contratos del Estado y en la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas, lo que permitirá dar respuesta a cada una de las cuestiones concretas planteadas.

2. 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.

2. 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.

3. Las ideas apuntadas permiten dar contestación a las preguntas concretas del escrito de consulta, a modo de conclusiones, aunque alguna de ellas ya ha sido anticipada.

A la pregunta de si es necesaria la intervención de la Mesa cuando solo exista proposición de un empresario debe darse una respuesta afirmativa ya que los artículos 82 y 93.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no hace salvedad o excepción alguna a la preceptiva intervención de la Mesa, aunque debe matizarse, por lo razonado anteriormente, que debe eludirse el término proposición y utilizarse el de oferta, ajustando la terminología a la de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En relación con las funciones de la Mesa y, concretamente, si debe cerciorarse de que en el expediente figuran todos los documentos exigidos por la Ley, ya anticipábamos que la Mesa no puede proponer la adjudicación a empresas que no reúnan los requisitos de capacidad y solvencia establecidos en la Ley, pero que para conciliar la necesaria flexibilidad del procedimiento negociado con la también necesaria intervención de la Mesa, esta última puede producirse en cualquier momento anterior a la adjudicación.

En relación con las preguntas de si existe licitación pública en el procedimiento negociado y si es preceptivo el secreto en las ofertas hay que reiterar que frente a la subasta y al concurso como formas obligadas de adjudicación en los procedimientos abiertos y restringidos, el procedimiento negociado no constituye licitación, ni las ofertas son proposiciones, por lo que no resulta aplicable a dichas ofertas la norma del artículo 80 de la Ley referente al carácter secreto de las proposiciones. Precisamente el carácter no secreto de las ofertas puede constituir un elemento fundamental a efectos de negociar con los restantes empresarios el precio del contrato.

La no aplicación a las ofertas, en el procedimiento negociado, del artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto al carácter secreto de las ofertas, debe ser matizada pues aunque no resulta imprescindible su presentación en sobre cerrado y su apertura con posterioridad a la de la documentación complementaria, si deben considerarse afectadas por el carácter secreto o reservado que, con carácter general, afecta a los datos que los interesados presentan o facilitan a las Administraciones Públicas, es decir, que las ofertas en el procedimiento negociado pueden ser utilizadas por la propia Administración, aunque no deben ser públicas frente a terceros.

Por último, en cuanto a las preguntas de si la negociación ha de ser realizada previamente a la constitución de la Mesa y de si es lícita la apertura de ofertas con anterioridad a la reunión de la Mesa de contratación ha de darse una respuesta distinta a cada una. En cuanto a la primera debe reiterarse que la propuesta de la Mesa ha de ser anterior a la adjudicación y por tanto, aunque sea en un momento inmediato anterior, debe tener conocimiento, a efectos de formular su propuesta, del resultado de la negociación. En cuanto a la segunda también debe reiterarse que no constituyendo las ofertas en el procedimiento negociado verdaderas proposiciones carece de sentido hablar de apertura de ofertas en acto único y simultáneo para todas las recibidas, ya que nada impide que las ofertas se vayan examinando a medida que se presenten y sobre la base de este examen se inicie la negociación esencia del procedimiento negociado.