

Informe 33/09, de 1 de febrero de 2010. «Contratos menores. Participación en un procedimiento negociado sin publicidad. Impugnación de la adjudicación».

Clasificación de los informes: 14. Procedimientos de adjudicación. 14.2. Procedimiento negociado. 14.3. Contratos menores. 18. Otras cuestiones de carácter general.

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:

«El Ilmo. Sr. Presidente de la Diputació de Tarragona, a propuesta del Servei d'Assistència Municipal, eleva a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa la presente consulta sobre tres cuestiones relativas a la contratación administrativa. La primera, sobre el alcance en la nueva Ley de la categoría de los contratos menores en relación con las diferentes clases de contratos administrativos; la segunda, sobre tratamiento y vinculación del órgano de contratación a las solicitudes de licitadores para ser invitados a presentar ofertas en el procedimiento negociado sin publicidad; y la tercera, sobre la problemática de la impugnación de las adjudicaciones.

I. En la anterior regulación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la categoría del contrato menor estuvo siempre referida a, exclusivamente, las tres únicas clases de los denominados contratos administrativos típicos o nominados para las que expresamente se preveía: el de obras, el de suministros y los de consultoría y asistencia y de servicios (artículos 56, 121, 176 y 201 TRLCAP).

Esta vinculación del contrato menor a determinados tipos contractuales ha desaparecido en la nueva Ley, cuyo artículo 122.3 LCSP, al definirlos como antes por su cuantía, fija en menos de 50.000 € el límite para los de obras, y en menos de 18.000 € "cuando se trate de otros contratos", sin especificar ya cuales, lo que podría entenderse como una extensión de esta categoría a todos los tipos contractuales. Esta es la cuestión que se somete a consideración: si con la nueva Ley la categoría de los contratos menores ha quedado abierta a toda clase de contratos que celebren las Administraciones Públicas, y no sólo a los tradicionales administrativos típicos o nominados (obras, gestión de servicios públicos, suministros y servicios), sino incluso a los administrativos especiales del artículo 19.1.b) LCSP y a los privados del artículo 20.1, apartado 2, cuando en este caso el contratista de la Administración tenga la condición de empresario.

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 propio y específicamente reconocido como tal a ser llamado al procedimiento de adjudicación.

III. La tercera consulta que queremos plantear hace referencia a la impugnación de las adjudicaciones definitivas en los contratos sujetos a regulación armonizada.

El artículo 37.1 LCSP prevé la impugnación de la adjudicación provisional de estos contratos mediante el recurso especial en materia de contratación, que configura como un recurso siempre previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo.

Si consideramos que, como dice esta Junta Consultiva en su Dictamen 48/08, de 29 de enero de 2009, entre la adjudicación provisional y la definitiva no existe ningún acto administrativo, sino el mero transcurso de un plazo, ¿podríamos afirmar que la resolución de la adjudicación definitiva es un acto confirmatorio de la provisional, contra la que no cabría, pues, recurso?. Máxime, teniendo en cuenta que, cuando se adjudica definitivamente un contrato está todavía abierta la vía contenciosa, porque no se habrán agotado aún los dos meses desde la desestimación del recurso especial.

No tendría sentido, a nuestro parecer, que la adjudicación definitiva de los contratos armonizados pudiera ser impugnada mediante los recursos ordinarios del artículo 107 de la Ley 30/1992, cuando el artículo 37 LCSP excluye su aplicación para la impugnación de las adjudicaciones provisionales de estos mismos contratos.

¿No deberíamos considerar que para impugnar la adjudicación definitiva en vía contenciosa debería haberse interpuesto previa y obligatoriamente el recurso especial contra la adjudicación provisional?».».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Tres son las cuestiones sometidas al criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa por el Presidente de la Diputación de Tarragona. En primer lugar la referente a si la calificación de contratos menores debe considerarse referida de modo exclusivo a los contratos administrativos típicos o si por el contrario puede ser atribuida también a los contratos administrativos especiales e incluso a los privados que celebren las Administraciones Públicas.

A este respecto debe indicarse que, como se señala en el texto de la consulta, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas restringía el concepto de contrato menor a los contratos administrativos pues sólo en las normas propias de cada uno de ellos preveía la existencia de la figura, mientras que la Ley de Contratos del Sector Público contiene una norma de carácter general, en el artículo 122.3, para caracterizarlos.

Precisamente este artículo es el que enumera los distintos procedimientos de adjudicación admitidos por la Ley, incluyendo entre ellos el procedimiento de adjudicación directa, que sólo es aplicable en el supuesto de los contratos menores. Ello significa que en el artículo mencionado se les contempla como el único supuesto de adjudicación directa admitido por la Ley, fundándose este trato de excepción precisamente en la escasa cuantía de los mismos. De esta circunstancia se deriva necesariamente que la amplitud del concepto mismo de contrato menor deberá estar referida al propio ámbito de aplicación de los diferentes procedimientos de adjudicación regulados.

Es decir, si las normas del Libro III de la Ley, reguladoras de los procedimientos de adjudicación, son de aplicación no sólo a los contratos típicos, sino también a los administrativos especiales y, en ausencia de disposiciones propias, a los contratos privados, es evidente que la disposición del apartado 3 del artículo 123, deberá tener el mismo ámbito de aplicación, lo cual supone que la categoría de contratos menores es aplicable a los contratos administrativos, tanto típicos como especiales, y a los privados celebrados por una Administración Pública siempre que éstos no estén sujetos a normas especiales que les sean de aplicación.

2. Plantea la consulta en segundo lugar 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.

3. La tercera cuestión que se plantea en la consulta se refiere a si, tomando en consideración la regulación que del recurso especial en materia de contratación hace el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público, debe entenderse que el acto de adjudicación definitiva del contrato no es susceptible de recurso administrativo.

Ante todo, debe ponerse de manifiesto que el acto de adjudicación definitiva no es susceptible de recurso por la vía del recurso especial regulado por el artículo 37 de la Ley, pues no se encuentra entre los actos contra los cuales puede interponerse este recurso (art. 37.2: *"Serán susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que éstos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos"*).

Ahora bien, sostener que no cabe tampoco la interposición de los recursos de alzada o reposición que regula la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, carece de fundamento legal. Y ello porque con carácter general el artículo 107 de la mencionada Ley, sienta como principio general que *"contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad"*, principio que, sin lugar a dudas debe ser de aplicación en relación con el acto administrativo que analizamos teniendo en cuenta, en primer lugar, que el acto por el que se resuelve sobre la adjudicación definitiva de un contrato es evidentemente una resolución administrativa y, en segundo, que las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre son de aplicación supletoria a la materia contractual (Vid. Disposición Final Octava de la Ley de Contratos del Sector Público: *"Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias"*).

Abundando en esta idea, el dictamen 48/08 de esta Junta manifestó de modo claro que *"el carácter genérico de la proclamación hecha por este artículo unido al amplio ámbito subjetivo de aplicación de la Ley reguladora del Procedimiento Administrativo, atribuye al precepto mencionado el carácter de principio general aplicable en todas las materias propias del Derecho administrativo. Ello significa que no puede entenderse que existe una excepción a esta regla si la tal excepción no es expresa... Tal es la fuerza expansiva del precepto que examinamos que el mismo legislador se ha visto obligado al regular el recurso especial en materia de contratación a establecer una norma que de manera expresa excluya la posibilidad de acudir al recurso de alzada o al de reposición, según los casos, cuando estemos ante figuras contractuales incluidas en la enumeración de contratos contra los que puede interponerse el recurso especial que regula el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público. En efecto, a tal fin el artículo 37.1 establece que 'las decisiones a que se refiere el apartado 2 del presente artículo que se adopten en los procedimientos de adjudicación de contratos... deberán ser objeto del recurso especial en materia de contratación que se regula en este artículo con anterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo, sin que proceda la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los mismos..."*.

En este mismo informe la Junta sentaba el criterio de que entre la adjudicación provisional y la definitiva *"no existe ningún acto administrativo propiamente dicho, sino el mero transcurso de un plazo que en los casos contemplados en este informe no tiene más finalidad que permitir la presentación de la documentación complementaria"*, lo que no puede interpretarse en el sentido de que la adjudicación definitiva es un acto meramente confirmatorio o repetitivo de la adjudicación provisional, pues, muy al contrario, resuelve sobre las incidencias que se hayan podido producir en la presentación de la documentación complementaria y, en tal sentido, debe ser susceptible de recurso de alzada o de reposición, según los casos.

CONCLUSIONES

1. La categoría de contratos menores es aplicable a los contratos administrativos, tanto típicos como especiales, y a los privados celebrados por una Administración Pública, siempre que éstos últimos no estén sujetos a normas especiales que les sean de aplicación.

2. 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.

3. El acto de adjudicación definitiva de un contrato es susceptible de recurso de conformidad con lo establecido en los artículos 107 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.