

Comentario sobre la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento negociado sin publicidad en el que se invite únicamente al licitador del anterior procedimiento declarado desierto, a la vista de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2022, dictada en el asunto C-376/2021

Cristina Recarte Llorens (Letrada de la Comunidad de Madrid)¹

Sobre el procedimiento negociado sin publicidad, el artículo 170 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, señala:

“1. Los órganos de contratación únicamente harán uso del procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación cuando se dé alguna de las situaciones que establece el artículo 168 y lo tramitarán con arreglo a las normas que establece el artículo 169, en todo lo que resulten de aplicación según el número de participantes que concurran en cada caso, a excepción de lo relativo a la publicidad previa.

2. Cuando únicamente participe un candidato, la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, siempre y cuando sea posible, deberá negociar con él en los términos que se señalan en el apartado 5 del artículo 169”.

El artículo 168, donde se indican los supuestos en los que procede este procedimiento, dispone:

“Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los siguientes casos:

a) En los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en los casos en que:

¹ En la actualidad ocupa el puesto de Letrada Jefe del Servicio Jurídico en la Consejería de Vivienda, Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid.

1.º No se haya presentado ninguna oferta; ninguna oferta adecuada; ninguna solicitud de participación; o ninguna solicitud de participación adecuada en respuesta a un procedimiento abierto o a un procedimiento restringido, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente, sin que en ningún caso se pueda incrementar el presupuesto base de licitación ni modificar el sistema de retribución, y que se envíe un informe a la Comisión Europea cuando esta así lo solicite”.

En último término, a efectos de su tramitación, el artículo 169.2 LCSP indica:

“1. Cuando se acuda al procedimiento de licitación con negociación por concurrir las circunstancias previstas en el artículo 167, el órgano de contratación, en todo caso, deberá publicar un anuncio de licitación en la forma prevista en el artículo 135.

2. Serán de aplicación a la tramitación del procedimiento de licitación con negociación, las normas contenidas en el apartado 1 del artículo 160, y en los artículos 161, 162, 163 y 164.1 relativos al procedimiento restringido. No obstante, en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a negociar, el órgano de contratación y los servicios dependientes de él, en todo caso, deberán asegurarse de que el número mínimo de candidatos invitados será de tres. Cuando el número de candidatos que cumplan con los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnen las condiciones exigidas, sin que pueda invitarse a empresarios que no hayan solicitado participar en el mismo, o a candidatos que no posean esas condiciones”.

De la lectura conjunta de estos preceptos cabe concluir que, efectivamente, no existiendo oferta –pues el sobre del único licitador que debía contener la oferta económica estaba vacío- es dable tramitar un procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio, conforme a lo señalado por el artículo 168.a).1º LCSP.

II.- Determinado lo anterior, y si bien, de la lectura del artículo 169.2 LCSP transcrito parece que la regla general es la invitación, al menos, a tres empresarios,

procede traer a colación la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2022, dictada en el asunto C-376/21. En esta sentencia se lee lo siguiente:

“... un órgano de contratación puede dirigirse, en el marco de un procedimiento negociado sin publicación previa, a un único operador económico cuando dicho procedimiento recoge, sin modificaciones sustanciales, las condiciones iniciales del contrato mencionadas en un procedimiento abierto anterior al que se puso fin debido a que la única oferta presentada era inadecuada, a pesar de que el objeto del contrato controvertido no presente objetivamente ninguna particularidad que justifique confiar su ejecución exclusivamente a dicho operador.

A tenor del artículo 32, apartado 2, letra a), párrafo primero, de la Directiva 2014/24, el recurso a este procedimiento está admitido, en particular, para contratos públicos de suministro cuando no se haya presentado ninguna oferta u oferta adecuada en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente y que se envíe un informe a la Comisión cuando esta lo solicite. (...)

59. Así pues, (...) un órgano de contratación puede recurrir a un procedimiento negociado sin publicación previa cuando se cumplan tres requisitos acumulativos. En primer lugar, debe demostrar que no recibió ninguna oferta o, al menos, ninguna oferta adecuada en el marco de un procedimiento abierto o restringido de contratación anterior al que se puso fin por esa razón. En segundo lugar, el procedimiento negociado sin publicación previa ulterior no debe modificar sustancialmente las condiciones iniciales del contrato tal como aparecían en el anuncio de licitación publicado en el marco del procedimiento abierto o restringido anterior. En tercer y último lugar, el órgano de contratación debe poder enviar un informe de situación a la Comisión si esta lo solicita. (...)

67. Además, cuando un órgano de contratación decide dirigirse a un único operador económico en el marco de un procedimiento negociado sin publicación previa, que se organiza a raíz del fracaso de un procedimiento abierto o restringido y que recoge, sin modificaciones sustanciales, las condiciones que figuraban inicialmente en el anuncio de licitación publicado en el marco del

procedimiento abierto o restringido anterior, tal actitud sigue siendo compatible con los principios de contratación pública enunciados en el artículo 18, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2014/24, aun cuando el objeto del contrato de que se trate no imponga objetivamente la necesidad de dirigirse a ese operador. En este contexto, el procedimiento abierto o restringido anterior, por una parte, y el procedimiento negociado sin publicación previa posterior, por otra, forman, en efecto, un conjunto indisociable, de modo que la circunstancia de que los operadores económicos potencialmente interesados en dicho mercado tuvieron la oportunidad de manifestarse y de competir entre sí no puede ignorarse. (...)

71. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 32, apartado 2, letra a), de la Directiva 2014/24, en relación con el artículo 18, apartado 1, de esta, debe interpretarse en el sentido de que un órgano de contratación puede dirigirse, en el marco de un procedimiento negociado sin publicación previa, a un único operador económico cuando dicho procedimiento recoge, sin modificaciones sustanciales, las condiciones iniciales del contrato mencionadas en un procedimiento abierto anterior al que se puso fin debido a que la única oferta presentada era inadecuada, a pesar de que el objeto del contrato controvertido no presente objetivamente ninguna particularidad que justifique confiar su ejecución exclusivamente a dicho operador”.

Así las cosas, en el supuesto previsto en el artículo 168.a)1º LCSP, parece compatible con los principios de la contratación pública la invitación a un solo licitador, aunque ello no esté justificado por cuestiones técnicas, siempre que se cumplan los requisitos enumerados en el mencionado precepto.

III.- Debe advertirse, sin embargo, que, si bien es suficiente con invitar a un licitador, en el caso que otro u otros sean conocedores de la tramitación de este procedimiento negociado sin publicidad, deberán ser admitidos a la licitación, bien con la sola presentación de la oferta o bien tras requerir de invitación al órgano de contratación, siendo esta doctrina consolidada tanto por la jurisprudencia como por los órganos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación.

Así, podemos traer a colación la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía de 17 de junio de 2021, en la que se lee:

“... procede examinar ya la controversia y discernir si, en efecto, el procedimiento negociado sin publicidad al amparo del artículo 168 a) 1º de la LCSP, cuando no se haya presentado ninguna oferta adecuada en respuesta a un previo procedimiento abierto, queda circunscrito a quienes presentaron ofertas inadecuadas en el procedimiento inicial; de ser así, solo cabría cursar invitación a estas, pero en caso contrario, nada obstaría a que licitadores no invitados pudieran concurrir.

Pues bien, el artículo 26.4 b) de la Directiva 2014/24/UE dispone que, tratándose de obras, suministros y servicios en los que solo se hayan presentado ofertas irregulares o inaceptables en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, “los poderes adjudicadores no estarán obligados a publicar un anuncio de licitación si incluyen en el procedimiento a todos los licitadores, y solo a ellos, que cumplan los criterios contemplados en los artículos 57 a 64 y que, con ocasión del procedimiento abierto o restringido anterior, hayan presentado ofertas conformes con los requisitos formales del procedimiento de contratación”. (...)

En el supuesto examinado, (...) el supuesto legal en que se incardina el procedimiento negociado elegido por el órgano de contratación es el previsto en el artículo 168 a) 1º de la LCSP, no el recogido en el artículo 167 e) de dicho texto legal.

Por tanto, la primera consecuencia es que el postulado legal de incluir a todos los licitadores del procedimiento antecedente en la negociación -y solo a estos según mandata la Directiva en su artículo 26.4 b)- únicamente es predicable del procedimiento negociado previsto en el artículo 167 e), como forma de evitar la publicidad obligatoria del anuncio y solo cuando se trate de contratos de obras, suministros y servicios.

Llegados a este punto, hemos de señalar que el supuesto legal de procedimiento negociado sin publicidad previsto en el artículo 168 a) 1º de la LCSP, al que ha

acudido el órgano de contratación, se rige por lo dispuesto en el artículo 170.1 de la LCSP “Los órganos de contratación únicamente harán uso del procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación cuando se dé alguna de las situaciones que establece el artículo 168 y lo tramitarán con arreglo a las normas que establece el artículo 169, en todo lo que resulten de aplicación según el número de participantes que concurran en cada caso, a excepción de lo relativo a la publicidad previa” y, en particular, por lo establecido en el artículo 169.2 de dicho cuerpo legal conforme al cual “Serán de aplicación a la tramitación del procedimiento de licitación con negociación, las normas contenidas en el apartado 1 del artículo 160, y en los artículos 161, 162, 163 y 164.1 relativos al procedimiento restringido. No obstante, en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a negociar, el órgano de contratación y los servicios dependientes de él, en todo caso, deberán asegurarse de que el número mínimo de candidatos invitados será de tres. Cuando el número de candidatos que cumplan con los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnen las condiciones exigidas, sin que pueda invitarse a empresarios que no hayan solicitado participar en el mismo, o a candidatos que no posean esas condiciones”.

Pues bien, el órgano de contratación ha decidido invitar a todos los licitadores que participaron en el inicial procedimiento abierto cuyo número supera el mínimo legal de tres previsto en el precepto legal, pero ello no puede entenderse en el sentido de que solo y exclusivamente aquellos sean los que pueden participar en el procedimiento y menos aún, en el sentido de que si un candidato no invitado solicita participar e incluso presenta oferta, como es el caso, esta deba ser rechazada o inadmitida.

Ni hay base legal para llegar a esta solución, ni la propia naturaleza excepcional del procedimiento negociado frente al abierto o restringido (artículo 131.2 de la LCSP) podría avalar una restricción a la participación de dicho tenor.

Es más, el supuesto legal de procedimiento negociado sin publicidad que ha utilizado el órgano de contratación acudiendo al artículo 168 a) 1º de la LCSP,

no solo está previsto para el caso de que no haya habido ninguna oferta o solicitud de participación adecuadas en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, sino también para cuando no existan ofertas o solicitudes de participación; es decir, cuando convocado el procedimiento abierto o restringido, estos queden desiertos por falta de concurrencia. Y es de ver que, en este último caso, resultaría de imposible aplicación la solución de entender que el meritado precepto circunscribe el ámbito del procedimiento negociado sin publicidad a quienes presentaron ofertas inadecuadas en el inicial procedimiento abierto.

Cuanto se ha argumentado nos lleva a concluir que resulta de aplicación al caso enjuiciado las reglas comunes del procedimiento negociado sin publicidad, no siendo posible inadmitir la oferta en plazo de un licitador no invitado al procedimiento.

En este sentido, el Informe 33/2009, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Pública, bajo un marco legal anterior pero con argumentos igualmente válidos en el vigente, señala que:

«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, solo se pretende simplificar los trámites en determinados contratos por sus propias características (...).

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 (...).

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 (...). No es, por tanto, una prerrogativa concedida al órgano de contratación para que en determinados casos restrinja el número de licitadores a solo tres sino, como decimos, una carga impuesta a esta para que la licitación pueda ser conocida por los interesados.»
(...)

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”.

Junio de 2024.