



SECRETARÍA GENERAL DEL PLENO

La Comisión Permanente Especial de Vigilancia de la Contratación, en su sesión de fecha 1 de marzo de 2006 ha adoptado un acuerdo por el que se aprueba la Recomendación que seguidamente se transcribe junto con el informe propuesta que le sirve de antecedente y fundamento, elaborado por la Dirección General de Contratación y Régimen Interior del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública:

"RECOMENDACIÓN A LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID Y SUS ORGANISMOS AUTÓNOMOS, SOBRE LAS ACTUACIONES A REALIZAR PARA LA TRAMITACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO NEGOCIADO, EN EL SUPUESTO DE QUE EL CONTRATO NO LLEGARA A ADJUDICARSE EN UN PROCEDIMIENTO ABIERTO O RESTRINGIDO PREVIO DECLARADO DESIERTO.

Por la Comisión Permanente Especial de Vigilancia de la Contratación, se ha realizado el estudio de diversos expedientes de contratación, en los que se adjudica el contrato por procedimiento negociado, previa la tramitación de un concurso, al que no ha concurrido ningún licitador.

De dicho estudio, se han puesto de manifiesto las dificultades interpretativas de los órganos gestores, sobre las actuaciones a realizar para la tramitación de un procedimiento negociado, en los supuestos de concursos o subastas declarados desiertos.

Dado que dichas dificultades interpretativas han dado lugar, en ocasiones, a que se realicen actuaciones incorrectas, e incluso anulables al no ser conformes con la legislación contractual, esta Comisión Permanente Especial de Vigilancia de la Contratación ha entendido conveniente dictar una recomendación, en la que se establezcan unos criterios claros sobre la normativa vigente, para que los expedientes sean tramitados conforme a la misma y a su vez ,ello de lugar a una práctica contractual homogénea.

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de 24 de junio de 2004, se atribuye a la Dirección General de Contratación y Régimen Interior, entre otras, las competencias relativas a la ordenación de los procedimientos de contratación administrativa y a la asistencia a los órganos de contratación para el adecuado cumplimiento de la normativa sobre contratación administrativa.

En virtud de estas atribuciones y dada la trascendencia y al objeto de que se establezcan unos criterios claros sobre la normativa vigente, para que los expedientes sean tramitados conforme a la misma y a su vez , establecer una práctica contractual homogénea, la Dirección General de Contratación y Régimen Interior considera conveniente analizar la disposiciones vigentes



SECRETARÍA GENERAL DEL PLENO

sobre los requisitos para la tramitación de los procedimientos negociados derivados de un concurso o subasta desierto y elevar propuesta a la Comisión Permanente Especial de Vigilancia de la Contratación de acuerdo con las siguientes

CONSIDERACIONES

1.- Como ya señalaba la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su informe 9/97, de 6 de mayo, “*el procedimiento de adjudicación es el elemento esencial y definitorio del expediente de contratación*”.

Dentro del margen de discrecionalidad que la norma contractual permite, la elección del procedimiento de adjudicación ha de justificarse en función de la naturaleza y circunstancias objeto del contrato. Y debe ser valorado por los órganos de contratación para que sea el que “*mejor sirva para seleccionar la oferta más ventajosa y al empresario que mayor asegure su cumplimiento*”.(informe 9/97).

En este sentido, la Ley exige que el expediente de contratación se inicie por el órgano de contratación justificando la necesidad de la misma así como la elección del procedimiento y forma utilizados, (artículos 67.1 y 75.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, regulado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en adelante TRLCAP).

En consecuencia, si no llegase a adjudicarse un procedimiento abierto o restringido, por falta de licitadores o porque los presentados no hayan sido admitidos a licitación o por resultar irregulares o inaceptables las ofertas presentadas, el órgano de contratación debe acordar la finalización del expediente tratado y valorar en ese momento, cual sería el procedimiento contractual más adecuado para la adjudicación del contrato.

2.- Si el órgano de contratación valorase que el más adecuado fuera el procedimiento negociado frente al procedimiento abierto o restringido, deberá acordar, en todo caso, el inicio de un nuevo expediente de contratación en el que deberá incluirse todas las actuaciones y elementos específicos que le son propios y que la Ley regula para dicho procedimiento.

Se redactará siempre un nuevo Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares adecuado a este procedimiento, en el que se determinen los aspectos económicos y técnicos, que en su caso hayan de ser objeto de negociación con las empresas (artículo 92.3 TRLCAP), y, la previa constitución o no de la Mesa de contratación.

Asimismo, cabe recordar que la Ley preceptúa en su artículo 92.1 que “Cuando se utilice el procedimiento negociado será necesario solicitar la oferta



SECRETARÍA GENERAL DEL PLENO

de empresas capacitadas para realizar el objeto del contrato, sin que su número sea inferior a tres, siempre que ello sea posible, fijando con la seleccionada el precio del mismo y dejando constancia de todo ello en el expediente”

Además, según lo dispuesto en el punto 3 del citado artículo 92, “deberá dejarse constancia en el expediente de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo aplicadas por el órgano de contratación”.

En este punto conviene precisar que la regla establecida por el citado artículo 92 se aplicará asimismo a los procedimientos negociados derivados de un concurso o subasta declarado desierto. Por tanto, y sin perjuicio de lo señalado en el último párrafo del punto 3 de esta recomendación para los negociados cuyo presupuesto sea de umbral comunitario, el órgano de contratación podrá invitar a todas aquellas empresas que, cumpliendo los requisitos de capacidad señalados en el pliego, considere conveniente, **sin perjuicio de su participación o no en el procedimiento declarado desierto**.

3.- No obstante, es necesario precisar, que la utilización del procedimiento negociado derivado de un concurso o subasta declarado desierto, procederá únicamente en los supuestos tasados por el TRLCAP y con las limitaciones que para cada tipo de contrato regula el citado Texto Refundido.

En este sentido para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios, la Ley de Contratos prevé dos supuestos:

- a) Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos o restringidos sean irregulares e inaceptables.
- b) Cuando el contrato no llegara a adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido por falta de licitadores o porque los presentados no hayan sido admitidos a licitación, por ejemplo en el supuesto de falta de apoderamiento, clasificación insuficiente...

En el primer supuesto los artículos 140,1 a), 181.1 y 209. 1 a) del TRLCAP, determinan que en todo caso, no se pueden modificar sustancialmente las condiciones iniciales u originales del contrato. Por condiciones esenciales del contrato se ha venido interpretando entre otras el objeto, el precio, el plazo, condiciones de solvencia y particularidades esenciales de las condiciones de ejecución del contrato.



SECRETARÍA GENERAL DEL PLENO

Además, si la cuantía del contrato es igual o superior a los límites señalados para la publicidad comunitaria, se deberá publicar un anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea y el plazo de recepción de solicitudes de participación no podrá ser inferior a 37 días a partir de la fecha de envío, que se reduce a 15 en caso de urgencia.

No obstante, si se incluyen en el procedimiento negociado **a todos** los licitadores que, con ocasión del anterior procedimiento abierto o restringido, hubiesen sido admitidos a licitación, no será necesario el anuncio de licitación anteriormente señalado.

4.- El segundo supuesto (falta de licitadores o porque los presentados no hayan sido admitidos a licitación) se encuentra regulado en los artículos 141 a), 182 a) y 210 a) del TRLCAP.

La redacción de dichos artículos ha sido recientemente modificada por el *Real Decreto Legislativo 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública*. Con esta reforma se da cumplimiento a la Sentencia del TJUE de 13 de enero de 2005, “(...) que obliga a España a reformar su normativa referente a la adjudicación de contratos públicos, además de derivarse de la correcta adaptación al derecho español de los principios y criterios jurídicos en materia de contratación pública.”, tal y como señala el propio Real Decreto Legislativo 5/2005, en su parte expositiva.

La legislación anterior permitía en los supuestos en que el contrato no llegaba a adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido por falta de licitadores o porque los presentados no habían sido admitidos a licitación, acudir al procedimiento negociado siempre que no se modificaran las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que podía ser aumentado hasta un máximo del diez por ciento del presupuesto inicial.

Tras la modificación operada por el citado *Real Decreto Legislativo 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública*, desaparece esta última posibilidad, al considerar la sentencia europea que el precio del contrato es un elemento esencial del mismo y por tanto, según la regulación de las directivas comunitarias, no puede ser alterado: “*En efecto, una condición de este tipo no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato*”(STJUE de 13 de enero de 2005).

La regulación actual establece que en ningún caso se podrán modificar sustancialmente las condiciones originales del contrato, sin que se haga mención alguna a la posible modificación del precio, que por tanto deberá permanecer inalterable, según el criterio mantenido por el TJUE.



SECRETARÍA GENERAL DEL PLENO

En este supuesto cuando los contratos por su cuantía estén sujetos a publicidad comunitaria bastará remitir un informe a la Comisión de las Comunidades Europeas a petición de esta.

5.- Para los contratos de gestión de servicios públicos la Ley de Contratos establece una regulación específica. El artículo 159.2 e) del TRLCAP establece que los contratos anunciados a concurso que no llegaren a adjudicarse por falta de licitadores o porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles, siempre que no se modifiquen en forma sustancial las condiciones originales del contrato y la adjudicación se efectúe por precio no superior al que haya sido objeto de la licitación primera, sin perjuicio de lo establecido, en la propia norma para los supuestos de imperiosa urgencia.

Por todo lo anterior, esta Comisión Permanente Especial de Vigilancia de la Contratación, acuerda la adopción de la siguiente

RECOMENDACIÓN

1- En el supuesto de que un contrato no llegara a adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido, por falta de licitadores, o porque los presentados no hayan sido admitidos a licitación, o por resultar irregulares o inaceptables las ofertas presentadas, el órgano de contratación debe acordar la finalización del expediente tramitado y valorar en ese momento, cual sería el procedimiento contractual más adecuado para la adjudicación del contrato o en su caso el desestimiento del mismo.

2- Si se optase por incoar un nuevo procedimiento y este fuese el negociado por haberse entendido que es el más adecuado para la adjudicación del contrato, por los órganos gestores se tramitará un nuevo expediente de contratación, en el que se incluirán todas las actuaciones y elementos específicos que le son propios y que la Ley regula para dicho procedimiento.

3.- La utilización del procedimiento negociado derivado de un concurso o subasta declarado desierto, procederá únicamente en los supuestos tasados por el TRLCAP y con las limitaciones que para cada tipo de contrato regula el citado texto refundido.

En este sentido para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios, la Ley de Contratos prevé dos supuestos:

- c) Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos o restringidos sean irregulares e inaceptables.



SECRETARÍA GENERAL DEL PLENO

- d) Cuando el contrato no llegara a adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido por falta de licitadores o porque los presentados no hayan sido admitidos a licitación, por ejemplo en el supuesto de falta de apoderamiento, clasificación insuficiente...

4.- Los órganos gestores deberán tener en cuenta en el caso anterior, las limitaciones que para cada tipo de contrato establece la ley en cuanto a la variación de las condiciones del contrato. En ningún caso, pueden ser modificadas sustancialmente las condiciones originales del mismo. La variación del precio, tras la reciente modificación de la Ley de Contratos operada por el Real Decreto Legislativo 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, debe considerarse, en todo caso, modificación sustancial de una condición original del contrato.”