

## Informe 9/2008 de 30 de xaneiro de 2009, sobre consulta sobre a procedencia de acto de apertura pública nos procedementos negociados sen publicidade.

### ANTECEDENTES

Polo Excelentísimo Concello de Pontevedra dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

*Polos servizos xurídicos deste Concello estase a traballar na elaboración duns pregos tipo aplicables aos diferentes procedementos de contratación que a cotío se levan a cabo, pregos entre os que se inclúen os relativos ao procedemento negociado sen publicidade.*

*Dado que o fin perseguido é acadar a máxima axilidade administrativa posible, sempre sen detrimento dos principios e garantías esixibles na contratación administrativa, faise uso da posibilidade contemplada no art. 295 da Lei 30/2007, de Contratos do Sector Público (LSCP), e non se constitúe Mesa de Contratación, senón que as súas funcións son asumidas por un órgano específico creado ao efecto e cunha composición máis sinxela (2 concelleiros, funcionario técnico xurídico e funcionario da Intervención), que poden pedir os asesoramentos oportunos.*

*Polo mesmo motivo, a apertura da documentación presentada polos invitados a participar efectúase en unidade de acto, isto é, tanto en xeral como as propostas ou ofertas, a non ser que procedese requirirles de subsanación ou complemento. En todo caso, non se prevé a apertura nun acto público previamente convocado.*

*Esta última posibilidade basease nos seguintes preceptos:*

- *O art. 144 da LCSP, que obriga a esta apertura pública, tan só se prevé respecto ao procedemento aberto (sección 2ª) ou restrinxido por remisión do art. 152).*
- *A posibilidade de que polo órgano de contratación se negocien os termos do contrato (art. 162) podería supor que, cada vez que os invitados a presentar ofertas melloren as propias, debera de realizarse un acto de apertura pública, o que contradín o dinamismo confesado deste procedemento.*
- *O art. 92 do RD 1098/2001 sinala os contidos mínimos das invitacións para formular ofertas, incluíndo a determinación do lugar, data e hora de apertura das proposicións, polo que evidentemente han de ser públicas. Máis este contido mínimo só se predica respecto dos procedementos abertos e negociado con publicidade, co que cabe entender, a contrario sensu, que non é obrigado nos negociados sen publicidade.*

*Finalmente, o procedemento articúlase en base ás ofertas que formulen os invitados, facendo o órgano encargado da súa análise unha primeira proposta, e déixase aberta a posibilidade de que o órgano de contratación pode negociar con ofertantes nos termos do art. 162 da LCSP, salvo que o único criterio a considerar sexa económico, en cuxo caso a adxudicación procederá ao mellor ofertante.*

*Xa que logo, solicítase de esa Xunta Consultiva e en atención ás súas competencias, a emisión de ditame sobre a corrección do exposto e, especialmente, a non previsión de acto público de apertura nos procedementos negociados sen publicidade.*

## CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS

Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, de 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle á este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan á súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1 entre as que figuran as entidades locais, caso do concello petionario.

Cabe sinalar en primeiro lugar que, respecto á presente solicitude, este órgano consultivo debe reiterar o reflectido no informe 1/2008, entendendo que non lle corresponde suplir as funcións que, en virtude da lexislación vixente en materia de contratación, competen a outros órganos da actividade contractual. En efecto, a aprobación dos pregos de cláusulas administrativos particulares e dos modelos redactados para determinadas categorías de contratos de natureza análoga, require, nas entidades Locais, informe previo do/a Interventor/a e do/a Secretario/a ou, no seu caso, do titular do órgano que teña atribuída a función de asesoramento xurídico da Corporación (Disp. Adicional 2ª LCSP en relación co art. 129 da Lei 7/1985, de bases de réxime local e lei galega 4/2004 de aplicación do réxime de organización dos municipios de gran poboación).

Non obstante o anterior sí cabe proceder o análise e estudo de varias das cuestións suscitadas.

1.- Respecto á constitución da mesa de contratación nos procedementos negociados, cómpre facer mención á súa diferente regulación no texto da derogada Lei 13/1995, de 18 de maio, de contratos das administracións Públicas (en adiante LCAP), no -tamén derogado- Texto Refundido Lei Contratos Administracións Públicas (en adiante TRLCAP), aprobado polo Real Decreto Lexislativo 2/2000, de 16 de xuño, o e na vixente Lei 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos do Sector Público (en adiante LCSP).

O artigo 82.1 da LCAP prescribía que nos procedementos negociados a constitución da mesa de contratación era obrigatoria. Pola contra, no artigo 81 do TRLCAP, a constitución da mesa de contratación nos procedementos negociados pasou a ser potestativa para o órgano de contratación, volvéndose ao criterio previsto pola Lei de Contratos do Estado de 1965 en canto á non necesidade de mesa de contratación na “contratación directa” (Informe 7/2006, do 20 de outubro, sobre *actuación da mesa de contratación no procedemento negociado, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid*).

Na vixente LCSP, o seu artigo 295, dispón que “... **nos procedementos negociados con publicidade .... os órganos de contratación das Administracións Públicas estarán asistidos por unha Mesa de Contratación**”, pero engade “*nos procedementos negociados nos que non sexa necesario publicar anuncios de licitación, a constitución da Mesa será potestativa para o órgano de contratación*”. Adopta respecto dos procedementos negociados, un dobre criterio en relación coa precedente normativa, por unha banda, a esixencia de mesa de contratación nos procedementos negociados que requiran publicidade, e por outra, determina o carácter non preceptivo para os casos en que se inste un procedemento negociado sen publicidade.

Así o manifesta a *Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado* no seu Informe 43/08, de 28 de julio de 2008, ao determinar que “*nos procedementos negociados en que non sexa necesario publicar anuncios de licitación, a constitución da mesa será potestativa, o que interpretado “a sensu contrario” pode interpretarse no sentido de que a constitución da mesa é obrigatoria en todos os procedementos negociados con publicidade, é dicir non só nos do artigo 161.1, senon tamén nos do 161.2*”.

En definitiva, cando non se constituía mesa de contratación nos procedementos negociados sen publicidade, as diferentes actuacións realizaránse de conformidade co que estableza o órgano de contratación no prego de cláusulas administrativas que rexirá a contratación administrativa.

2.- No relativo a cuestión formulada sobre a unidade de acto para a apertura da documentación xeral e as ofertas, cómpre dicir que, cando para a adxudicación dun contrato polo procedemento negociado sen publicidade non se tivera constituído mesa de contratación, de conformidade co disposto no artigo 162.1 da LCSP, segundo o que, “... *será necesario solicitar ofertas a empresas capacitadas para a realización do obxecto do contrato...*”, debe entenderse que a LCSP prevé un orde na sucesión das diferentes actuacións, sendo indispensable proceder a valoración previa da capacidade das empresas antes de entrar no contido técnico e económico das ofertas.

3.- Respecto da cuestión sobre si as ofertas no procedemento negociado sen publicidade deben abrirse en acto público, resulta preciso examinar a forma en que a LCSP regula a actuación das mesas de contratación no proceso de adxudicación dos contratos.

Tal e como determina o artigo 144 da LCSP a obriga da apertura da oferta económica en acto público, está prevista para o procedemento aberto (Sección II) e o procedemento restrinxido (de conformidade coa remisión expresa do artigo 152 da LCSP). Pero a Lei, non contén un pronunciamento expreso de cómo deba realizarse a apertura de ofertas nos procedementos negociados, regulando no artigo 161.3 da LCSP, que serán de aplicación ao procedemento negociado nos casos en que se proceda á publicación de anuncios de licitación, as normas contidas nos artigos 147 a 150.

Esta remisión normativa permite afirmar, que a apertura da oferta económica no procedemento negociado con publicidade realizárase en acto público, ao establecer o artigo 150.1, a necesidade da determinación do lugar, día e hora da apertura de proposicións, como un dos contidos das invitacións que se remitirán aos candidatos. Polo tanto a lei limita aos procedementos negociados con publicidade, non

só a intervención preceptiva da mesa de contratación (artigo 295.1 LCSP) senón tamén, a apertura da oferta económica en acto público (artigos 161.3 e 150.1 LCSP).

Como se pode deducir do exposto, a LCSP admite como especialidade a ausencia de acto público para a apertura da oferta económica no procedemento negociado sen publicidade. Pódese argumentar esta característica no principio de flexibilidade derivado da negociación ( así mesmo conclúe o Informe 9/1997, de 6 de maio, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid, ao entender que o procedemento negociado non debe someterse as mesmas formalidades dos demais procedementos de adxudicación, posto que debe concebirse como se facía respecto de contratación directa da lei de contratos do Estado, como un instrumento que outorgue maior axilidade e flexibilidade á contratación administrativa...”).

4.- No procedemento negociado a consulta e a negociación constitúen os elementos esenciais e definidores deste procedemento de adxudicación, así o determina a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, no Informe 21/1997, de 14 de xullo de 1997, sobre actuación da mesa de contratación e características e aplicación do procedemento negociado, reproducido parcialmente, no seu Informe 9/98, de 11 de xuño.

A LCSP coñecedora da importancia do proceso de negociación neste procedemento, regula con detalle o sistema de negociación así como a documentación sobre a que se negociará. O artigo 153.1 LCSP, sinala que na contratación tramitada a través dese procedemento “... a adxudicación recaerá no licitador xustificadamente elixido polo órgano de contratación tras efectuar consultas con diversos candidatos e negociar as condicións do contrato con un ou varios deles”, atendendo aos aspectos económicos e técnicos que, previstos no prego de cláusulas administrativas particulares que rixe a contratación, podan ser obxecto de negociación (artigo 160 LCSP).

A Administración determinará qué aspectos poden ser sometidos a reconsideración, podendo ser obxecto de negociación non só o prezo do contrato, senon tamén outras condicións do mesmo que deberán concretarse no prego de cláusulas administrativas particulares, e que deberán xustificar a motivación da resolución de adxudicación.

O respecto a lei marca as pautas de actuación do órgano de contratación na fase de negociación debendo actuar asegurando o cumprimento dos principios de igualdade, confidencialidade, non discriminación, e en particular, dispoñendo de medidas tendentes a velar para que todos os licitadores reciban igual trato (artigo 162.3 LCSP).

## **CONCLUSIÓN**

Non obstante o anterior, ante as cuestións formuladas polo Excelentísimo Concello de Pontevedra, a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa entende que non debe realizar un pronunciamento expreso o corresponderlle redactar o informe previo á aprobación dos pregos de cláusulas

administrativos particulares, ao/a Interventor/a e ao/a Secretario/a ou, no seu caso, ao titular do órgano que teña atribuída a función de asesoramento xurídico da Corporación (Disp. Adicional 2º LCSP en relación co art. 129 da Lei 7/1985, de bases de réxime local e lei galega 4/2004 de aplicación do réxime de organización dos municipios de gran poboación).