

Informe 16/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Posibilidad de limitar la participación en la adjudicación de los contratos menores y en la licitación de los procedimientos negociados sin publicidad a empresas ubicadas en un determinado municipio.

I. ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Borja (Zaragoza) se dirige con fecha 25 de junio de 2012, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«El M.I. Ayuntamiento de Borja, en sesión plenaria celebrada el pasado 31 de mayo, trató, entre otras cuestiones, una moción introducida por uno de los Grupos municipales de la oposición (se omite y sustituye su denominación por el genérico “formación política”) del tenor literal siguiente:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Actualmente las empresas locales viven momentos duros y el Ayuntamiento de Borja no puede ni debe cerrar los ojos antes esta situación. Por eso en (formación política) creemos que se debe dar prioridad a todas las empresas que están ubicadas en nuestro municipio y que quieran optar a una obra o servicio ofertado por este ayuntamiento

Además entendemos que todos los grupos políticos de este ayuntamiento deben formar parte del proceso de contratación, demostrándose así la transparencia y legitimidad de la adjudicación.

Por todo ello, el grupo municipal de (formación política) presenta para su debate la siguiente

PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

El Ayuntamiento de Borja se compromete a que, en los contratos menores, tanto de obras como de servicios, así como en los procesos negociados sin publicidad que realice para la realización de obras u otros contratos, se invite a las empresas ubicadas en el municipio de Borja, siempre que existan las mínimas exigidas por ley para cada tipo de contratación y éstas cumplan la solvencia exigida para la capacidad de obrar y la habilitación profesional para realizar la prestación.

Ante las dudas surgidas de que dicha propuesta, en los términos planteados, se ajuste a la normativa sobre contratación pública, europea y española, ya que podría atentar contra los principios de no discriminación e igualdad de trato, al amparo de lo preceptuado en el artículo 6.g) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva, y se aprueba el Reglamento que regula la organización y funcionamiento de la misma.

Esta Alcaldía, en uso de las facultades legalmente conferidas y como representante legal de esta Entidad Local,

SOLICITA

Sea emitido Informe por esa Junta Consultiva sobre la adecuación y conformidad a Derecho de la moción arriba transcrita».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 19 de septiembre de 2012, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos

de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del Sector Público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva, no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación en el ámbito de la contratación pública atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Sr. Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Borja (Zaragoza), para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca de si resulta posible que un Ayuntamiento limite la participación en la adjudicación de los contratos menores, y en la licitación de los procedimientos negociados sin publicidad, de los contratos de obras y servicios, a empresas ubicadas en su término municipal, siempre que existan las mínimas exigidas por ley para cada tipo de contrato y éstas cumplan la solvencia exigida y la habilitación profesional para realizar la prestación.

El Sr. Alcalde de Borja, es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Decreto 81/2006.

II. La naturaleza del contrato menor y del procedimiento negociado sin publicidad.

La respuesta a las cuestiones concretas formuladas por el Ayuntamiento de Borja, exige unas mínimas reflexiones previas sobre la naturaleza del contrato menor y del procedimiento negociado, y su incidencia sobre la cuestión formulada en su consulta sobre el principio de igualdad de trato.

El régimen jurídico del contrato menor en el ámbito local viene recogido en los artículos 23.3, 28.2, 89.2, 111, 138.3, 156.2, y D.A. 2ª del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), además de en el artículo 72 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), y en el artículo 4.2 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante Ley 3/2011), si bien la aplicación de este último precepto a las entidades locales es transitoria hasta la aprobación de su legislación específica sobre contratación del sector público (D.A. 8ª Ley 3/2011).

Del antedicho régimen jurídico resulta que el contrato menor, configurado como un procedimiento simplificado en la propia Exposición de Motivos de la Ley de Contratos del Sector Público, viene definido como aquel contrato de importe inferior a 50.000 €, en el caso de contratos de obras, o a 18.000 € en el resto de contratos, ambos antes de IVA, en los que su precio no puede ser objeto de revisión, ni tener una duración superior a un año ni prorrogarse, cuyo expediente y formalización sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, y, en el caso de las obras además, el presupuesto de las mismas.

Por tanto, la finalidad del contrato menor es posibilitar a las Administraciones Públicas una rápida satisfacción de aquellas necesidades que, por su escasa cuantía y duración temporal, resulte necesario adjudicar de manera directa a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, a través de un procedimiento sencillo y ágil, en el que se excepcionen los principios de publicidad y concurrencia.

La normativa aragonesa en materia de contratos impone, además, la obligación que recoge el artículo 4 Ley 3/2011, la necesidad de consulta al menos a tres empresas, siempre que ello sea posible, utilizando para ello preferentemente medios telemáticos, cuando su cuantía antes de IVA sea superior a 30.000 € en el supuesto de obras, o 6.000 € en los suministros y servicios.

Por su parte, y como ya se puso de manifiesto en el informe 7/2008 de esta Junta Consultiva, el procedimiento negociado sin publicidad tiene carácter

excepcional (puesto que constituye una excepción a los principios de publicidad y concurrencia) de aplicación en supuestos tasados y que deben interpretarse de forma estricta. Así, los motivos que permiten acudir a este procedimiento son —al margen del supuesto del importe— de carácter extraordinario, circunstancias que abocan al órgano de contratación de forma natural o necesaria a negociar con uno o varios empresarios: la existencia de un único empresario que pueda ejecutar el objeto contractual, la extrema urgencia, procesos de licitación previos que no han prosperado y en los que se recupera el contacto con los licitadores que se hubieran presentado anteriormente. En el supuesto de no existir publicidad —supuesto sobre el que ahora se pregunta— deberá consultarse al menos a tres empresas. En cualquier caso, el número de candidatos seleccionados deberá tener en cuenta la necesidad de garantizar una competencia suficiente y conseguir la máxima eficiencia de fondos públicos ex artículo 1 TRLCSP.

La razón de ser de su utilización, es la selección del contratista mediante una negociación entre el órgano de contratación y las empresas invitadas o candidatas, proceso que va delimitando las condiciones del contrato a partir de una primera oferta presentada por cada licitador.

Lo que diferencia a este procedimiento del abierto y el restringido es que en este procedimiento, la selección de la oferta económicamente más ventajosa se realiza mediante la negociación con los licitadores, tal y como se explicita en el artículo 178.4 TRLCSP al afirmar que *«los órganos de contratación negociarán con los licitadores las ofertas que éstos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados»*.

Así lo ha entendido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 48/09, de 1 de febrero de 2010, al afirmar que:

«De cuanto se expone se ha de obtener una clara conclusión como es que el elemento diferenciador del procedimiento negociado respecto de los procedimientos abierto y restringido es que mientras que en estos no existe posibilidad de entrar en negociación sobre la propuesta presentada por cada licitador, en el procedimiento negociado se exige que previamente se ha señalado cuál será el objeto de la negociación y que, una vez verificada ésta, se han de fijar los términos del contrato, o dicho de otra manera se cerrará el contenido de los pliegos como soporte en el que se fijan los derechos y

obligaciones de las partes y se definen los pactos y condiciones propios del contrato, como consecuencia de tal negociación y de manera consecuente con la adjudicación provisional, como dispone el citado artículo 135.3. Si en el pliego y, en su caso, en el anuncio no se fija cual será el objeto de la negociación o como señala el artículo 160, los aspectos técnicos y económicos del contrato, se deja sin cumplir el elemento caracterizador del procedimiento y en consecuencia estaremos ante un supuesto claro de aplicación del procedimiento abierto o del procedimiento restringido».

La singularidad de la aceptación de la negociación en la contratación pública adquiere relevancia si se considera que, efectivamente, en los procedimientos abierto y restringido está prohibida cualquier negociación con los licitadores que entregan sus proposiciones en contenedores cerrados (sobre cerrado, sobre electrónico) y ya no tendrán más contacto ni relación con el órgano de contratación hasta el acto público de apertura de proposiciones y tampoco luego, en absoluto, durante todo el proceso valorativo de sus ofertas.

Obviamente, y a efectos de garantizar el principio de igualdad de trato, el TRLCSP establece que antes de negociar con los licitadores, el órgano de contratación tiene que haber establecido previamente en el pliego de cláusulas administrativas los elementos sobre los que se piensa negociar. Así se expresa el artículo 176 TRLCSP, rubricado «*delimitación de la materia objeto de negociación*», con la finalidad de dar a conocer a los licitadores cuáles son los elementos de las ofertas, correspondientes con aspectos de la ejecución futura del contrato, que el órgano de contratación está dispuesto a negociar y perfilar con los licitadores.

III. La participación en los contratos menores y procedimientos negociados únicamente de empresas locales y su compatibilidad con los principios generales de la contratación pública.

Visto el marco jurídico y definitorio de los contratos menores y del procedimiento negociado sin publicidad, procede analizar si la limitación en la adjudicación de los contratos menores y en la licitación de los procedimientos negociados sin

publicidad a empresas ubicadas en un determinado municipio resulta compatible con los principios rectores de la contratación pública.

El Derecho europeo persigue, como uno de sus objetivos básicos, asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, y así se recoge en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE, en los siguientes términos:

«Artículo 2 Principios de adjudicación de contratos

Los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia».

La finalidad de estos principios es garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada; esta prohibición de discriminación por razón de nacionalidad (artículo 12 del Tratado) es considerada por el Tribunal como el fundamento de todo el sistema de contratación pública a nivel comunitario (Sentencia del TJCE de 22 de junio de 1993, Asunto C-243/89).

De igual modo en doctrina consolidada, de la que es buen ejemplo la Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/03, (Parking Brixen GMBH), se ha señalado que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no sólo a los contratos que entran dentro del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las Directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal.

Con el fin de orientar a los distintos operadores económicos sobre cómo interpretar esta jurisprudencia comunitaria, la Comisión dictó la Comunicación interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos, o sólo parcialmente cubiertos, por las Directivas sobre

contratación pública (DOC 179 de 1/8/2006), la cual, en su Base jurídica 1.2, señala que:

«1.2 Criterios básicos para la adjudicación de contratos

El TJCE ha desarrollado una serie de criterios básicos para la adjudicación de contratos públicos, que se derivan directamente de las normas y principios del Tratado CE. Los principios de igualdad de trato y no discriminación por razones de nacionalidad implican una obligación de transparencia que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, “consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación». Estos criterios se aplican en la adjudicación de contratos de concesiones de servicios, los contratos cuyo importe es inferior a los umbrales establecidos y los contratos de servicios enumerados en el anexo II B de la Directiva 2004/18/CE y en el anexo XVII B de la Directiva 2004/17/CE por lo que respecta a los casos no contemplados en estas Directivas. El TJCE afirmó explícitamente que «aunque algunos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias que regulan los contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebran están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado”».

Ello significa que según el TJCE, los principios de igualdad de trato y de no discriminación implican una obligación de transparencia que consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir el mercado a la competencia.

La obligación de transparencia exige que las empresas establecidas en cualquier Estado miembro tengan acceso a una información adecuada sobre dicho contrato antes de su adjudicación, de forma que, si lo desean, estén en condiciones de manifestar su interés por obtener ese contrato.

Si bien las normas comunitarias derivadas del Tratado CE solo se aplican en la adjudicación de contratos que guarden suficiente relación con el mercado interior, así la jurisprudencia comunitaria (Sentencia de 21 de julio de 2005 Asunto C-231/03 CONAME, considerando 20) ha sentado el criterio de que en los contratos de escasa trascendencia económica su adjudicación carecerá de interés para los operadores económicos del resto de Estados miembros, correspondiendo a las entidades adjudicadoras la decisión de si su adjudicación encierra un potencial interés para los operadores económicos de otros Estados miembros.

Por este motivo el legislador nacional estableció la posibilidad de adjudicar directamente aquellos contratos de escasa cuantía (los umbrales del contrato menor), entendiéndose con ello que carecían de interés para el mercado interior, ya que de otro modo la obligación de publicar todos los contratos independientemente de su cuantía supondría unas rigideces excesivas que incidirían negativamente en la eficacia de las entidades adjudicadoras.

En todo caso, por su aparente escaso impacto en los aspectos macroeconómicos propios del objetivo de un mercado interior, en tanto su uso no fuera lo ordinario, ni en un gran volumen presupuestario, ni se utilizara para fragmentar el mercado, el TRLCSP admite la simplificación procedimental en el contrato menor en contratos de pequeño importe económico. De ello se desprende que el legislador ha otorgado cierta flexibilidad de actuación a los órganos de contratación para que por debajo de los umbrales establecidos puedan adjudicar los contratos menores que tengan previsto a empresas ubicadas en su término municipal, siempre que éstas dispongan de plena capacidad de obrar, no se encuentren incursas en prohibición de contratar y cuenten con la correspondiente habilitación empresarial o profesional, en su caso, si bien, en el supuesto de que su cuantía supere los 30.000 € en el caso de obras y los 6.000 € en suministros y servicios, ambas antes de IVA, deberán consultar al menos a tres empresas, siempre que fuera posible. Obviamente si no existiera ese número en el municipio, deberán cumplimentar esta exigencia fuera de éste. Pero el motivo en ningún caso puede ser el del carácter local de la empresa, al ser éste un motivo incompatible tanto con las reglas del derecho comunitario como con el principio de objetividad exigible a toda Administración Pública y que, sin matices, puede ocasionar una evidente quiebra del principio de unidad de mercado contemplado por el artículo 139 CE.

En consecuencia, la lógica del contrato menor puede aconsejar que se consulten a las empresas cercanas a la unidad contratante, siempre que el motivo sea siempre una mayor eficacia y eficiencia. Por ello no puede establecerse una regla general, pues la propia prestación demandada por el órgano de contratación será la que posibilite —o no— la opción de consultar solo a

empresas de la localidad. Empresas que, en todo caso, deberán tener la solvencia necesaria para cumplir adecuadamente el contrato.

Por lo que se refiere al procedimiento negociado sin publicidad, el legislador nacional incorporó un supuesto de utilización de este procedimiento excepcional por razón de su importe, que no venía recogido en las normas comunitarias, entendiéndose que aquellos contratos de obras cuyo valor estimado no supere los 200.000 €, y los 60.000 € en el resto de contratos (artículo 177 TRLCSP), pueden adjudicarse mediante el procedimiento negociado sin publicidad, al no tener aparente trascendencia en el objetivo del mercado interior.

Ello supone que la Entidad Local, cuando de forma motivada decide la utilización de este procedimiento, dispone de la facultad y la obligación que le reconoce el 178.1 TRLCSP de invitar a participar en el procedimiento al menos a tres empresas en disposición de cumplir el contrato que cumplan los requisitos señalados en el artículo 54 TRLCSP de plena capacidad de obrar, solvencia económica financiera y técnica y contar, en su caso, con una determinada habilitación empresarial o profesional, radiquen donde radiquen. Y la consulta a empresas de la localidad cuenta con los mismos límites expuestos anteriormente.

Otra cosa distinta es el supuesto en el que un licitador, enterado de la necesidad del Ayuntamiento, manifieste su interés en participar en el procedimiento negociado sin publicidad, o presente una oferta en el plazo indicado para ello, en cuyo caso la entidad deberá atenderla, toda vez que si no fuera así se estaría dando un trato no igualitario y discriminatorio, y así lo ha considerado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 33/2009, de 1 de febrero de 2010, estableciendo como criterio, que esta Junta comparte, que:

«...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».

En conclusión, el factor de empresa local no puede ser utilizado como estrategia de reserva de contratos, y debe justificarse en aras a conseguir la eficiencia de fondos públicos y la no distorsión del principio de unidad de mercado. Por ello, y con el fin de garantizar una competencia suficiente y conseguir la máxima eficiencia de fondos públicos ex artículo 1 TRLCSP, se deberá procurar que el número de candidatos seleccionados sea lo más amplio posible.

Por último, quiere recordarse por esta Junta la necesidad de determinar con

claridad el objeto del contrato en cualquier procedimiento, de modo que no se produzcan fraccionamientos de contratos con el fin de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan (artículo 86.2 TRLCSP).

III. CONCLUSIONES

- I. Las Entidades Locales pueden adjudicar los contratos menores y consultar en los procedimientos negociados sin publicidad a empresarios o profesionales locales, siempre que éstos cuenten con plena capacidad de obrar, solvencia suficiente y no se encuentren incurso en prohibición para contratar, al tratarse de contratos de escasa cuantía que no tienen incidencia en el mercado interior, y siempre previo cumplimiento de la obligación de consulta al menos a tres empresas que establece el artículo 4 de la Ley 3/2011 y el artículo 178.1 TRLCSP.
- II. La lógica del contrato menor puede aconsejar que se consulten a las empresas cercanas a la unidad contratante, siempre que el motivo sea siempre una mayor eficacia y eficiencia. Por ello no puede establecerse una regla general, pues la propia prestación demandada por el órgano de contratación será la que posibilite —o no— la opción de consultar solo a empresas de la localidad.
- III. Cuando una Entidad Local decide, de forma motivada, la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, dispone de la facultad y la obligación que le reconoce el 178.1 TRLCSP de invitar a participar en el procedimiento al menos a tres empresas en disposición de cumplir el contrato que cumplan los requisitos señalados en el artículo 54 TRLCSP de plena capacidad de obrar, solvencia económica financiera y técnica y contar, en su caso, con una determinada habilitación empresarial o profesional, radiquen donde radiquen. Y la consulta a empresas de la localidad cuenta con los mismos límites expuestos en el cuerpo de este informe.

- IV.** La solicitud de participación en un procedimiento negociado sin publicidad por un empresario no invitado inicialmente por el órgano de contratación, o la presentación de una oferta dentro del plazo límite marcado, obliga a éste a formularle invitación a participar en el procedimiento en el primer caso y a aceptar la oferta en el segundo, siempre y cuando reúna los requisitos de capacidad de obrar, solvencia y no estar incurso en prohibición para contratar.

Informe 16/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 19 de septiembre de 2012.