

Dr. D. Fernando González Botija

Catedrático Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

Introducción

Al igual que para dictar un acto administrativo la Administración precisa seguir un procedimiento administrativo, para concluir un contrato también debe seguir un procedimiento ad hoc, a diferencia de los particulares que contratan sin sujeción a procedimiento alguno con quien quieren. En ese procedimiento se deben respetar una serie de reglas estrictas con objeto de que se preserven dos principios fundamentales

1º) el de igualdad de oportunidades. Opera en el momento de convocarse el contrato, es decir, cuando las AAPP desean buscar a alguien con quien contratar. Las AAPP no pueden contratar con quien quieran, por tanto, hay que dar la oportunidad de que puedan optar a los contratos públicos todos los sujetos que tengan capacidad y cumplan unos mínimos requisitos de solvencia que antes hemos estudiado.

2º) el de objetividad. Una vez que se ha dejado presentarse a todo el mundo capaz y solvente la Administración no puede seleccionar a cualquiera de los presentados. Debe escoger al mejor, que será siempre el que se presta a ejecutar el objeto del contrato al mejor precio o con la mayor relación calidad/precio.

Para cubrir estos principios el procedimiento de contratación se desarrolla básicamente en tres fases:

1º) Preparación del contrato

2º) Procedimiento de adjudicación

3º) formalización del contrato.

Vamos a ver el contenido preciso de cada una de ellas.

La preparación del contrato.

Para preparar el contrato las AAPP deben tramitar lo que se denomina el *“expediente de contratación”*.

El expediente de contratación lo iniciará el órgano de contratación. En dicho expediente deberá constar lo siguiente:

1º) la justificación de la necesidad de contratar. 1. Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. 2. Los entes, organismos y entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley.

2º) la incorporación de un documento que se denomina *“pliego de cláusulas administrativas particulares”*. En él se incluyen los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato concreto que se vaya a celebrar. De esta manera el contrato público se asemeja bastante a lo que en el ámbito privado se denominan contratos de adhesión. Los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los respectivos contratos.

Estos pliegos deberán aprobarse:

a) **¿Cuándo?** previa o conjuntamente a la autorización del gasto y siempre antes de la perfección y, en su caso, licitación del contrato,

b) **¿Por quién?** por el órgano de contratación competente, el cual podrá asimismo establecer modelos tipo de pliegos particulares de general aplicación a los contratos de naturaleza análoga.

En el ámbito de la AGE se requerirá para su aprobación el informe previo del Servicio Jurídico respectivo, que en el caso de pliegos de modelos tipo hará innecesario el del pliego particular correspondiente.

Las Administraciones Públicas facilitarán las copias de los pliegos o condiciones de los contratos a todos los interesados que lo soliciten.

Estos pliegos particulares hay que distinguirlos de los denominados “Pliegos de cláusulas administrativas generales”. Estos pliegos generales, como su propio nombre indica, se aplican a todos los contratos que celebre una Administración pública. Constituyen, por tanto, un marco general de regulación de la contratación pública de cada Administración. En el ámbito de la AGE corresponde la competencia para su aprobación al Consejo de Ministros, a iniciativa de los Ministerios interesados y a propuesta del Ministro de Hacienda.

Como es fácil imaginar los Pliegos particulares deben respetar los Pliegos generales. Así, (Cláusulas contrarias a los pliegos generales), se estipula que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa informará con carácter previo todos los pliegos particulares en que se proponga la inclusión de estipulaciones contrarias a lo previsto en los correspondientes pliegos generales.

3º) la inclusión de los denominados Pliegos de prescripciones técnicas particulares que hayan de regir el contrato, que hayan de regir la ejecución de la prestación, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la

presente Ley. La diferencia entre estos Pliegos y los Pliegos de cláusulas administrativas reside en el contenido puramente que poseen. Se regulan conforme al siguiente régimen:

a) Serán elaborados con anterioridad a la autorización del gasto

b) corresponde su aprobación al órgano de contratación competente, que en el caso de la AGE es, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro correspondiente.

c) sin perjuicio de las instrucciones o reglamentos técnicos nacionales obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el Derecho comunitario, las prescripciones técnicas serán definidas por referencia a normas nacionales que transpongan normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos o especificaciones técnicas comunes, fijándose reglamentariamente los casos en que puede prescindirse de los mismos. A falta de los anteriores, las prescripciones técnicas podrán definirse por referencia a normas nacionales que transpongan normas internacionales, a normas nacionales o a otras normas.

Salvo que esté justificado por el objeto del contrato, no podrán incluirse en el pliego especificaciones técnicas que mencionen productos de una fabricación o procedencia determinada o procedimientos especiales que tengan por efecto favorecer o eliminar determinadas empresas o determinados productos. Especialmente no se indicarán marcas, patentes o tipos, ni se aludirá a un origen o producción determinado. Sin embargo, cuando no exista posibilidad de definir el objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles, se admitirá tal indicación si se acompañan las palabras "o equivalente".

d) En los contratos sometidos a esta Ley no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas relativas a dichos contratos siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre competencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

4º) se indicará con precisión del plazo de duración del contrato y, cuando estuviere prevista, de su posible prórroga y alcance de la misma que, en todo caso, habrá de ser expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes

5º) Al expediente se incorporarán, siempre que el contrato origine gastos para la Administración, el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, la fiscalización de la Intervención y la aprobación del gasto, en los términos previstos en la Ley General Presupuestaria. Este requisito es imprescindible para la validez del contrato pues no se puede contratar si no hay dinero previsto para pagar al contratista aunque luego en la práctica esto se incumple muy habitualmente.

6.3.Procedimientos de adjudicación.

a) Concepto y Tipología.

Es el procedimiento mediante el cual se selecciona al contratista.

Los procedimientos tradicionales de adjudicación son:

1º) En el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores

2º) En el procedimiento restringido sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación. En este procedimiento estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos.

La adjudicación se realizará ordinariamente utilizando el procedimiento abierto o el restringido.

3º) en el procedimiento de diálogo competitivo, el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta. Podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos. Se considera como tales los de colaboración entre el sector público y el privado.

4º) En el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos.

5º) en el de la asociación para la innovación se busca vincular al procedimiento a empresas que proporcionen una innovación que interesa a la Administración.

Aunque en este procedimiento la Administración goza de una amplia discrecionalidad a la hora de escoger al empresario que va a ejecutar el contrato, esto no significa que pueda hacer lo que quiera. Por ello (art.178,1 TRLCSP), cuando se utilice el procedimiento negociado será necesario solicitar la oferta de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, sin que su número sea inferior a tres siempre que ello sea posible.

De este procedimiento hay que subrayar tres ideas:

1º) que cobra una importancia enorme la motivación que debe hacer la Administración del candidato que ha seleccionado. Pues, aunque sea libre para escoger a quien quiera, no lo es para seleccionar a una empresa manifiestamente incompetente o que va a realizar el objeto del contrato a cambio de un precio disparatado que a la simple vista denota la existencia de un caso de corrupción.

2º) que dados los riesgos importantes que supone aplicar este procedimiento y dada su naturaleza tan peculiar (pues se vulneran con su aplicación los principios de publicidad y objetividad esenciales de la contratación pública a que hacíamos referencia más atrás), su aplicación es excepcional. Por eso en la normativa sólo se admite para una serie de casos tasados y extremos como por ejemplo:

a) cuando existe una imperiosa urgencia y no da tiempo a seguir los trámites de los otros procedimientos,

b) cuando el objeto del contrato afecta a temas de seguridad del Estado,

c) cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo o por incluir valores anormales o desproporcionados

d) cuando, tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente.

e) Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado.

f) Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo.

b) Tramitación del procedimiento de adjudicación.

En cuanto a la tramitación hay que destacar lo siguiente:

El primer paso consiste en el deber a excepción de los negociados que vemos abajo, de anunciarse en el «Boletín Oficial del Estado». No obstante, cuando se trate de contratos de las Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas, se podrá sustituir la publicidad en el «Boletín Oficial del Estado» por la que se realice en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales.

Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea», sin que en este caso la

publicidad efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales pueda sustituir a la que debe hacerse en el «Boletín Oficial del Estado». Cuando el órgano de contratación lo estime conveniente, los procedimientos para la adjudicación de contratos de obras, suministros o servicios no sujetos a regulación armonizada podrán ser anunciados, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

El envío del anuncio al «Diario Oficial de la Unión Europea» deberá preceder a cualquier otra publicidad. Los anuncios que se publiquen en otros diarios o boletines deberán indicar la fecha de aquel envío, de la que el órgano de contratación dejará prueba suficiente en el expediente, y no podrán contener indicaciones distintas a las incluidas en dicho anuncio

Al publicarse el anuncio, el segundo paso es que se abre un plazo para presentar solicitudes. Así, los órganos de contratación fijarán los plazos de recepción de las ofertas y solicitudes de participación teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para preparar aquéllas, atendida la complejidad del contrato, y respetando, en todo caso, los plazos mínimos fijados en esta Ley

Durante ese plazo los interesados presentarán proposiciones que deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública.

Cada licitador no podrá presentar más de una proposición,

Como tercer paso, una vez presentadas las solicitudes hay que pasar a valorarlas para seleccionar al candidato que será contratista. Los criterios de valoración son:

Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo

de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia.

Como cuarto paso se procederá a adjudicar el contrato y notificar el resultado de la adjudicación. Esto se realiza del siguiente modo:

1. El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo siguiente. Para realizar dicha clasificación, atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego o en el anuncio pudiendo solicitar para ello cuantos informes técnicos estime pertinentes. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo.

El precio históricamente, a través del mecanismo de la subasta, fue el único sistema de selección. Pese a su ventaja evidente de poder fijar claramente un ganador presentaba el problema de las ofertas anormalmente bajas que llegaron incluso a ser cero. Este tipo de oferta es ilegal, por ello el precio y la subasta ya nos e consideran el medio adecuado. Otra cosa es que la metodología del concurso donde se valoran otros aspectos pueda no ser la panacea si no se elabora un baremo preciso.

Si se pueden valorar criterios especiales como los de carácter medioambiental o social, como favorecer a personas discapacitadas o a la igualdad de las mujeres. Todo ello siempre que se demuestre que tiene que ver objetivamente con el objeto del contrato.

Recordar que los tribunales han reforzado la exigencia de motivación a la hora de juzgar la discrecionalidad técnica en este terreno.

2. El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de veinte días hábiles.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

El órgano de contratación deberá adjudicar el contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación. En los procedimientos

negociados y de diálogo competitivo, la adjudicación concretará y fijará los términos definitivos del contrato.

No podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego.

La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En particular expresará los siguientes extremos:

a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.