

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Poden participar en un procediment negociat sense publicitat empreses no convidades?

07-12-2021

L'article 168 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), detalla en quins supòsits els òrgans de contractació poden adjudicar contractes utilitzant el procediment negociat sense la publicació prèvia d'un anunci de licitació, i només quan concorri alguna de les circumstàncies que detalla l'article se'n podrà fer ús.

En aquest procediment, com que no hi ha publicitat de la licitació, l'òrgan de contractació és qui ha de fer arribar a les empreses una invitació a participar.

En alguns d'aquests supòsits que disposa l'article per poder adjudicar mitjançant procediment negociat sense publicitat, la identificació de les empreses que s'han de convidar a negociar ja està predeterminada:

- Contractes en els quals les obres, els subministraments o els serveis només poden ser encomanats a un empresari/ària determinat, quan el contracte té per objecte la creació o l'adquisició d'una obra d'art o representació artística única (no integrada en el patrimoni cultural espanyol), quan no hi ha competència per raons tècniques, o quan cal protegir drets exclusius, incloent-hi els drets de propietat intel·lectual i industrial (art. 168.a.2).
- Contractes de subministraments quan l'objecte són lliuraments addicionals efectuats pel proveïdor inicial o en el supòsit que els subministraments es puguin concertar en condicions especialment avantatjoses amb un proveïdor que cessa definitivament en les activitats comercials, o amb els administradors d'un concurs, o a través d'un acord judicial o un procediment de la mateixa naturalesa (art 168.c.2 i 4).
- Contractes de serveis en els quals el contracte en qüestió és la conseqüència d'un concurs de projectes i s'ha d'adjudicar al guanyador i, en cas que hi hagi diversos guanyadors, s'ha de convidar a tots a participar en les negociacions (art. 168.d).

Com podem veure hi ha contractes que podem escollir adjudicar-los per procediment negociat sense publicitat pel fet de trobar-nos en algun dels supòsits que estableix la LCSP, però les empreses a convidar ja estan predeterminades pel mateix supòsit que ens habilita a utilitzar l'esmentat procediment.

Ara bé, per a la resta de casos en els quals no hi hagi un empresari/ària o uns empresaris ja predeterminats que han de ser convidats al procediment, l'òrgan de contractació pot escollir a qui convidar i, d'acord amb l'article 169.2, s'ha d'assegurar que el nombre mínim de candidats convidats sigui de tres.

En aquests casos, què passa amb les empreses que no havent estat convidades al procediment presentin o sol·licitin presentar oferta? Es pot admetre la seva participació en el procediment tot i que no han estat convidades?

En primer lloc, refresquem els principis de contractació pública: llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments i no discriminació i igualtat de tracte entre licitadors. Si prenem en consideració aquests principis per respondre els dubtes que se'ns plantegen no trobem, al meu parer, cap fonament legal ajustat als principis esmentats per no admetre la participació d'una empresa a un procediment negociat sense publicitat al qual no ha estat convidada.

I, en segon lloc, analitzem amb quin objectiu la LCSP disposa un procediment com aquest, un procediment en el qual no hi ha publicitat tot i ser un principi rector en la contractació pública. El procediment negociat sense publicitat té per finalitat simplificar i donar celeritat a determinats contractes que per les característiques de l'objecte o pels seus antecedents o pel mercat actual requereixen aquesta simplificació que exclou la publicitat de la licitació, i és substituïda per la invitació a licitar, invitació que té per intenció fer arribar la licitació al coneixement dels empresaris que pensem que poden estar interessats.

En aquest sentit, cal consultar l'[Informe de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat 33/09, d'1 de febrer de 2010](#), que, tot i ser de fa anys, inclou uns arguments vàlids en el moment actual, i que estableix en relació amb el fet de convidar empreses en el procediment negociat el següent:

"Es tracta, per tant, d'una càrrega imposada als òrgans de contractació amb la finalitat de suplir l'efecte produït per la publicació de l'anunci en relació amb la difusió del propòsit de subscriure el contracte, atès que si no s'imposés l'obligació de convidar els empresaris, podria resultar impossible la celebració del contracte. No és, per tant, una prerrogativa concedida a l'òrgan de contractació perquè en determinats casos restringeixi el nombre de licitadors a només tres, sinó, com diem, una càrrega imposada a aquest perquè la licitació pugui ser coneguda pels interessats."

Seguint aquesta línia, si empreses no convidades es presenten a la licitació, tant si presenten sol·licitud com si presenten oferta quan els terminis de la licitació encara ho permeten, l'òrgan de contractació hauria d'acceptar aquesta participació dels no convidats.

Corroborar el mateix l'[Acord 26/2015, de 5 de maig, del Tribunal Administratiu de Contractes Públics de Navarra](#), que esmenta el principi *favor participationis* definint-lo com l'interès que en les licitacions participi el nombre més elevat d'empreses per garantir una competència més gran, i aquest principi determina que en els procediments negociats sense publicitat, sens perjudici del tràmit de consultes a mínim tres empreses capacitades per executar el contracte, s'hagi d'admetre la presentació d'ofertes per altres interessats que assabentats del procediment d'adjudicació així ho manifestin, tenint en compte que això, a més de no afectar la simplificació procedimental i la flexibilitat inherents a aquest tipus de procediment, possibilita una concurrència més gran i en conseqüència més possibilitats en la fase de negociació de la qual resultarà l'oferta seleccionada.

A últim, més propera en el temps, hi ha la [Resolució 248/2021, de 17 de juny de 2021, del Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de la Junta d'Andalusia](#), que conclou en relació amb l'admissió o no de l'oferta d'una empresa no convidada en un procediment negociat sense publicitat: "Ni hi ha base legal per arribar a aquesta solució, ni la naturalesa excepcional del procediment negociat enfront de l'obert o restringit podria avalar una restricció a la participació."

En conclusió, s'ha d'entendre que les invitacions a licitar substitueixen l'obligació de publicitat que tenen tots els procediments d'adjudicació i l'obligació de convidar un mínim de tres empreses és la mínima difusió admesa per la Llei, i per això res no impedeix que qualsevol altra empresa que tingui coneixement de l'existència del procediment també pugui sol·licitar ser convidada o directament presentar proposta.

Sens perjudici que l'adjudicació es faci mitjançant procediment negociat sense publicitat, si un licitador que no ha estat convidat per l'òrgan de contractació manifesta el seu interès a presentar oferta o la presenta directament, sempre que es produeixi en un estat de la tramitació que així ho permeti, n'hauria de ser acceptada la participació o l'oferta.



Èlia Vilaseca Arquès

Responsable del programa temporal de seguiment de l'Estratègia catalana de millora de la compra pública