

Informe 65/09, de 23 de julio de 2010. «Procedimiento negociado; empresas capacitadas».

Clasificación de los informes: 14. Procedimientos de adjudicación. 14.2. Procedimiento negociado

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Ferrol se formula consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los términos que a continuación se exponen:

"En el artículo 162.1 de la ley 30/2007 de Contratos del Sector Público se establece que en el procedimiento negociado será necesario solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible. Este artículo será de aplicación en los casos en los que el procedimiento negociado no es objeto de publicidad previa (los previstos en el artículo 161).

Cuando se sigue el procedimiento del Art. 162.1 (negociado sin publicidad), se ha planteado en este Concello lo siguiente:

1. En relación con la capacitación de las empresas: ¿Cómo se puede acreditar en el expediente que se ha solicitado oferta a empresas capacitadas?. En principio estamos entendiendo que queda acreditado si consta el objeto del contrato en el objeto social de la empresa o están dados de alta en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato en el Impuesto de Actividades Económicas.

2. En relación con el número de ofertas con las que se contará para adjudicar el contrato: ¿Es suficiente que conste en el expediente que se han solicitado ofertas a tres empresas capacitadas para la realización del objeto de contrato, aunque sólo presente oferta una de ellas?."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La consulta formulada plantea dos cuestiones. La primera de ellas se refiere a la forma en que debe acreditarse la capacitación de las empresas para la ejecución de un contrato, a que se refiere el artículo 162.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

El mencionado precepto establece que "en el procedimiento negociado será necesario solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible". Se trata, así pues, de una norma que establece dos requisitos para la tramitación del procedimiento negociado. En primer lugar que se solicite oferta de al menos tres empresas y, en segundo lugar, que las empresas a las que se solicite oferta estén capacitadas para la realización del objeto del contrato.

Ninguna duda puede ni debe plantear el primero de los requisitos, pero el segundo, efectivamente, como pone de manifiesto el escrito de consulta suscita la cuestión de cómo debe considerarse cumplido de forma adecuada el requisito de que las empresas estén capacitadas para la realización del objeto del contrato.

Para determinar el alcance del requisito de capacitación es preciso acudir a la interpretación finalista del precepto. Así, debe ponerse de manifiesto que la exigencia de este requisito no tiene otra finalidad que la de evitar que el mínimo de concurrencia que la Ley exige para este caso resulte desvirtuado mediante la solicitud de oferta a empresas dedicadas a actividades no relacionadas con el objeto del contrato. De esta forma sería posible excluir la competencia solicitando la oferta a tres empresas, de las cuales una sola estuviera en condiciones de ejecutar el contrato. Se cumpliría el requisito del número, pero no se habría producido una concurrencia real. Para evitar este efecto, la Ley exige que la solicitud de oferta se dirija a empresas que, objetivamente, estén capacitadas para la ejecución del contrato.

De esta forma no cabe invitar a cualquier empresa, sino sólo a aquellas que puedan ejecutar el contrato y, por tanto, competir realmente en la licitación.

2. Plantea, a tenor de esta misma cuestión, el escrito de consulta en qué forma debe determinarse la capacitación de las empresas para poder dirigir hacia ellas la solicitud de oferta.

Ante todo, debe decirse que no es posible interpretar este precepto en el sentido de que el órgano de contratación sólo puede solicitar oferta a aquellas empresas que reúnan los

requisitos de solvencia que, con carácter general, exige la Ley para contratar con las Administraciones Públicas, pues este requisito sólo puede ser conocido y valorado una vez que se haya producido la invitación a participar en el procedimiento de adjudicación y las empresas hayan presentado la documentación a que se refiere el artículo 130 de la Ley.

En consecuencia, la apreciación de esta cualidad de capacitación debe hacerse mediante un simple juicio de valor tomando en consideración la trayectoria conocida de las propias empresas o, como bien indica en su consulta, el Alcalde Presidente de El Ferrol, considerando que están capacitadas las empresas que incluyan en su objeto social la actividad a que se refiera el objeto del contrato. En cualquier caso, cabe decir que cualquier elemento de juicio utilizado al efecto es válido siempre que el resultado sea que la solicitud de oferta se dirija a empresas capacitadas para ejecutar el contrato.

3. La segunda cuestión se refiere a si basta con solicitar las tres ofertas a empresas capacitadas, o si es necesario en obtener la prestación de oferta por todas ellas.

A este respecto, es necesario establecer con claridad el principio de que todo procedimiento de adjudicación tiene como finalidad fundamental permitir el acceso a la contratación pública de todas las empresas que estén en condiciones de formular una oferta. Por ello, las sucesivas Directivas comunitarias han puesto énfasis en la publicidad de las licitaciones y, por ello, el legislador español, yendo más allá incluso de aquello a lo que le obligaba la norma comunitaria, exigió que, al menos se solicitaran tres ofertas en el procedimiento negociado. No hace falta una lectura detenida de la Ley para comprender hasta qué punto este principio constituye el fundamento de la regulación que la Ley de Contratos del Sector Público hace de los diferentes procedimientos de adjudicación. Basta con recordar el contenido de los artículos 1 y 123 para entenderlo de este modo.

Lo anterior supone que un procedimiento de adjudicación se adecuará más al espíritu de la norma cuanto más garantizado esté el principio de libre concurrencia. Ello tratándose del procedimiento negociado se cumple a través del requisito de publicidad, cuando proceda, y, en otro caso, mediante la solicitud de ofertas a empresas capacitadas. Sin embargo es principio general del Derecho que nadie está obligado a hacer lo imposible ("ad impossibilia nemo tenetur"), razón por la cual, si, solicitadas las ofertas que la Ley exige, solo se hubieran presentado dos o, incluso, una, el órgano de contratación no está obligado seguir solicitando más hasta conseguir que se presenten tres.

Dicho esto, sin embargo, resulta obligado dejar constancia de que la buena práctica desde el punto de vista de la gestión exige que se insista en la búsqueda de ofertas de un modo razonable, en caso de que alguna o algunas de las primeras solicitudes no hubieran dado resultado.

CONCLUSIONES.

1. La determinación de cuándo una empresa está capacitada o no para la ejecución de un contrato debe hacerse utilizando todos los elementos de juicio que puedan servir de base para llegar a conocer esta circunstancia, siendo el objeto social uno de los elementos que pueden resultar más resolutorios desde este punto de vista.

2. Una vez solicitadas ofertas a tres empresas capacitadas, si no presentan oferta las tres no es necesario seguir formulando solicitudes, si bien es aconsejable para una buena gestión tratar de conseguir el mayor número de ofertas posible.