

INFORME 3/1996, de 23 de julio, sobre la necesidad de efectuar propuesta de adjudicación por la Mesa de contratación en los suministros de bienes homologados.

I. ANTECEDENTES.

1.- La Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales ha formulado, con fecha 11 de octubre de 1995, consulta sobre si resulta exigible en los procedimientos de contratación de los suministros de bienes homologados la intervención de la Mesa de contratación, elevando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación. La solicitud de informe es del siguiente tenor literal:

"Con ocasión del trámite de determinado expediente, se han planteado en este órgano de contratación algunas cuestiones de carácter general relativas a las propuestas de adjudicación en el caso de los suministros de bienes homologados, respecto de las cuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1 del Decreto 54/1987, de 25 de febrero, se solicita informe por parte de esa Comisión:

En apariencia, la propuesta de adjudicación para el caso de los bienes homologados -cuyo suministro quedó realmente adjudicado a cada empresa por el Excmo. Sr. Consejero de Economía y Hacienda desde el momento en que resolvió el correspondiente concurso de determinación de tipo, tramitado por la Comisión Central de Compras a través de la Dirección General de Patrimonio (artículo 10 Decreto 110/1992) - es un documento tan redundante que llegaría a suponerse innecesario.

Confirmaría esta impresión el hecho de que la "Guía de Fiscalización y Control" ni siquiera lo mencione entre los documentos que deben obrar en el expediente.(III. A.1)

Nótese también que, desde el momento del inicio del expediente, cuando el servicio proponente identifica en la memoria justificativa el bien a adquirir citando incluso la referencia con que figura en el catálogo (así debe ser conforme lo que establece el punto III. A.1.2. de la "Guía de Fiscalización y Control"), está "proponiendo" al único adjudicatario posible: el del catálogo.

En la práctica sólo se opondría a concluir superfluo *el documento formal de propuesta de adjudicación, el hecho de que el Sistema Integrado de Gestión Contable sí demanda como dato a cumplimentar en el "AD" (también cuando se trata de este tipo de expedientes) la fecha en que la propuesta de adjudicación se formuló.

Tras la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP) en el procedimiento negociado -que es el que el artículo 183.g) prescribe para los suministros de bienes homologados- "... la propuesta de adjudicación será elevada al órgano de contratación por la Mesa de contratación ..." (artículo 93.2).

Siendo de este modo, admitir la necesidad de que se formule una propuesta de adjudicación con cada expediente para el contrato de bienes homologados sería tanto como admitir la necesidad de que, para cada uno de tales casos, se convoque una Mesa de contratación (o reunión de la Comisión de Compras actuando como Mesa, a los efectos es igual) que proponga adjudicar el contrato a aquella empresa que ya resultó adjudicataria del mismo en el correspondiente concurso de determinación de tipos.

No parece desde luego ser tal el procedimiento al que remita el Capítulo III del Decreto 110/1995.

De todo lo anterior se solicita el oportuno informe, con ruego de expreso pronunciamiento respecto a:

- a) ¿Sobra cualquier propuesta de adjudicación en el expediente de un contrato para el suministro de un bien homologado?.
- b) ¿Puede entenderse como suficiente "propuesta de adjudicación" la memoria justificativa del servicio proponente que da origen al expediente, considerando que en la misma figura ya inequívocamente identificado el bien a adquirir?.
- c) ¿Hay que incluir en los expedientes para la contratación de bienes homologados una propuesta de adjudicación en documento expresamente identificado como tal?.
- d) ¿Si hay que formular propuesta de adjudicación para el suministro de bienes homologados, quién ha de suscribirla?."

2.- Igualmente, el 22 de mayo de 1996 ha tenido entrada oficio de la Consejería de Medio Ambiente, en el que solicita informe sobre el mismo asunto, al objeto de homogeneizar futuras contrataciones.

II. INFORME.

1.- La cuestión suscitada parece resuelta, con notable sencillez en aplicación del artículo 82 de la LCAP. En efecto, el citado precepto establece la intervención de la Mesa de contratación en todos los procedimientos y formas de adjudicación, con la única salvedad de los supuestos en los que intervengan las Juntas de

Contratación, a que se refiere el artículo 12.4 LCAP.

Por su parte, y en lo que se refiere al procedimiento negociado, el artículo 93.2 LCAP alude a la Mesa en unos términos menos concluyentes que los del precepto anterior, pero sin contemplar expresamente excepción alguna: "La propuesta de adjudicación será elevada al órgano de contratación por la Mesa de contratación, siendo de aplicación lo dispuesto con carácter general en el artículo 82."

Consecuentemente, en los distintos supuestos justificativos de este procedimiento de adjudicación se prescribe que la Mesa de contratación elevará propuesta de adjudicación al órgano de contratación. Por tanto, en virtud de la LCAP en el caso de suministros de bienes homologados, como supuesto especial de procedimiento negociado sin publicidad, la intervención de la Mesa no se encuentra excluida por la nueva Ley y, por tanto, será necesario que ésta emita una propuesta de adjudicación.

En este sentido, la Intervención General ha modificado la "Guía de Fiscalización y Control", en marzo de 1996, incorporando como trámite preceptivo el acta de la Mesa o Junta de Contratación en los expedientes de gastos correspondientes al procedimiento negociado para contratar el suministro de bienes homologados (artículo 183 g) LCAP), en base a los artículos 12.4, 82 y 93 de la citada Ley.

2.- Sin embargo, el artículo 82 y cuantas alusiones se hagan a la Mesa de contratación en otros artículos, es calificado como legislación no básica sobre contratos administrativos por la disposición final primera de la LCAP. Así, la Comunidad Autónoma de Andalucía puede regular la intervención de la Mesa en los procedimientos de adjudicación, mediante una disposición de rango legal o reglamentario -por no existir una reserva legal- y, en su caso, excluir la intervención de este órgano colegiado. Luego, la Mesa de contratación podría no ser un órgano necesario en la contratación administrativa autonómica, salvaguardando así el legislador estatal la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas, que pueden apreciar razones fundadas de eficacia y oportunidad para obviar su participación en la adjudicación negociada de los contratos y, en concreto, en los suministros de bienes homologados, al existir un concurso previo en el cual se han seleccionado los bienes.

A la vista de lo anteriormente expuesto, a juicio de este órgano consultivo, la cuestión merece un examen más detenido. Para ello se va a confrontar la exigencia legal no básica, que se ha expuesto en el apartado anterior, con otras perspectivas de "lege ferenda" desde las que el asunto conviene que sea contemplado. En este sentido, resulta oportuno efectuar un análisis sobre el alcance de los cometidos que la Ley asigna a las Mesas de contratación, así como, los supuestos del procedimiento negociado en los que carece de sentido la participación de la Mesa. Así mismo, el estudio de la cuestión debe efectuarse en el contexto del procedimiento especial de adquisición de bienes homologados, y finalmente, resulta inexcusable relacionar este procedimiento con determinados principios que informan el conjunto de la actividad administrativa y la actividad contractual en particular.

3.- Alcance de las funciones de la Mesa de contratación. El artículo 82.1 LCAP señala que "para la adjudicación de los contratos", el órgano de contratación "estará asistido de una Mesa". Los términos de la Ley, especialmente el empleo de la preposición "para" en la primera de las locuciones entrecomilladas, ponen de manifiesto, no sólo el momento procedimental en el que interviene la Mesa -la adjudicación-, sino la finalidad de su cometido y de su propia existencia: la Mesa asiste al órgano de contratación "para" la adjudicación del contrato.

Efectivamente, del análisis del conjunto de los preceptos de la Ley que se refieren a la Mesa y a las funciones que la misma desarrolla, se concluye que su papel fundamental se concreta en el examen de las ofertas presentadas en los procedimientos concurrentes de licitación y en la formulación de una propuesta de adjudicación al órgano de contratación. Así, los artículos 83.1 y 89.1, relativos a la subasta y el concurso, respectivamente y el artículo 93.2, que se refiere al procedimiento negociado. En los dos primeros preceptos se atribuye a la Mesa las funciones de:

- a) Calificar la documentación presentada por los licitadores,
- b) Abrir en acto público las proposiciones y
- c) Formular la correspondiente propuesta de adjudicación.

Como bien se comprende, las dos primeras funciones no son sino auxiliares de la tercera y más importante: formular la propuesta de adjudicación. Hay que hacer notar, así mismo, que en el procedimiento negociado nada dice la Ley acerca de las dos primeras funciones, sin embargo, las Mesas de contratación en principio se tienen que constituir también en los procedimientos negociados, aunque la apertura de pliegos para estos casos no tiene necesariamente carácter público, a diferencia de los procedimientos abiertos y restringidos.

Por otro lado, hay que decir que, de acuerdo con la Ley, la Mesa no valora las razones de interés público que motivan la contratación, ni juzga la conveniencia de utilizar una u otra formas o procedimientos de adjudicación; ni siquiera le corresponde abrir e instruir dicho procedimiento, ya que ésta es una función que la Ley le atribuye al órgano de contratación (artículo 70.1 LCAP).

De acuerdo con los criterios de la LCAP, la Mesa no interviene antes de que existan ofertas en el procedimiento, ni después de haber formulado la correspondiente propuesta de adjudicación, criterio éste

que no tiene en la Ley ninguna excepción.

Como correlato necesario de todo lo dicho se concluye fácilmente que la Mesa no podrá, ni negarse a intervenir en un procedimiento válidamente instruido por el órgano de contratación, ni enmendar las actuaciones practicadas hasta ese momento, solicitando nuevas ofertas o rechazando las válidamente presentadas por los licitadores o solicitadas por el órgano de contratación en los procedimientos negociados.

4.- Los supuestos justificativos del procedimiento negociado en los que carece de sentido la participación de la Mesa.- Como se razonó anteriormente, la intervención de la Mesa adquiere sentido en aquellos procedimientos y formas de contratación en los que se promueve concurrencia entre licitadores, circunstancia que no se produce en ciertos supuestos justificativos de este procedimiento en los que existe una única oferta. En estos casos de oferta única en el procedimiento negociado sin publicidad, la intervención de la Mesa deviene absurda, al carecer por completo de contenido su función.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que el artículo 74.4 LCAP prevé la posibilidad de la consulta y negociación con uno o varios empresarios y en el contrato de obras el propio artículo 93.1 impone la consulta de al menos tres empresas, "siempre que ello sea posible". En tal caso, basta con determinar en el contrato de suministros en qué supuestos la consulta a tres o más empresas es exigible y en qué casos no. Para ello podemos acudir a lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 247 del Reglamento General de Contratación del Estado (en adelante RGCE), ya por entenderlo vigente por mor de lo que establece el apartado 1º, b) de la disposición derogatoria LCAP, ya por considerarlo criterio idóneo de interpretación de la nueva Ley, como antecedente normativo.

El citado artículo 247 RGCE regula las formas de adjudicación del contrato de suministro y señala expresamente los supuestos de contratación directa en los que se "deberá interesar la oferta de tres o más presuntos empresarios relacionados con el objeto del contrato". De acuerdo con el texto del citado Reglamento, no será preceptiva la consulta a tres o más empresas en los siguientes casos:

- Cuando no sea posible o conveniente promover concurrencia en la oferta; cuando verse el contrato sobre productos amparados por patentes, derechos de autor o que constituyan modelos de utilidad; o sobre cosas de las que haya un solo productor o poseedor.
- Los que sean declarados secretos o estén protegidos por otras medidas de seguridad y protección.
- La adquisición de bienes homologados.
- Las entregas complementarias.

De acuerdo con este criterio interpretativo, los supuestos de procedimiento negociado de la LCAP referidos al contrato de suministro en los que no resultaría preceptiva la consulta a tres o más empresas serían los siguientes:

- El artículo 183, c) en el contrato de suministro prevé el supuesto de la existencia de un único proveedor. De acuerdo con las consideraciones expuestas anteriormente, a la Mesa no le corresponde valorar si la elección del supuesto de procedimiento negociado ha sido efectuada correctamente, pues ésta es una cuestión que le corresponde al órgano de contratación. En consecuencia, siendo único el suministrador, la intervención de la Mesa carece de sentido en orden a emitir una propuesta de adjudicación.
- Una consideración similar merece el supuesto del artículo 183, e), que permite contratar al proveedor inicial las entregas complementarias con los requisitos previstos legalmente.
- En análogo sentido, el artículo 183, f) se refiere a "las adjudicaciones derivadas de un acuerdo o contrato marco".
- El artículo 183, g) viene referido a los suministros de bienes previamente declarados de necesaria uniformidad.
- El artículo 183, h), permite la utilización del procedimiento negociado en los suministros reservados o secretos y en otros supuestos análogos. Aunque nada dice el precepto al respecto, parece desprenderse de su espíritu que, si no en todos, sí al menos en determinados casos, el carácter secreto o reservado exigirá la ausencia de concurrencia, en cuyo caso, el papel de la Mesa vuelve a resultar innecesario.
- El artículo 183, j) autoriza el procedimiento negociado sin publicidad para la adquisición de bienes muebles que integran el Patrimonio Histórico Español; supuesto en el que la intervención de la Mesa es, una vez más, innecesaria, al no existir concurrencia.

En vista de todo ello, a pesar de la prescripción legal que otorga a las Mesas de contratación la competencia para proponer las adjudicaciones al órgano de contratación, en el contrato de suministro se ha podido comprobar que la intervención de la Mesa carece de contenido en la mayoría de los supuestos de procedimiento negociado sin publicidad, afirmación igualmente trasladable a los supuestos análogos de los restantes tipos de contratos.

5.- El procedimiento de adquisición de bienes homologados. Expuesto de modo esquemático, este procedimiento especial, que ya preveía la legislación anterior, consiste en lo siguiente:

- Una vez declarada la necesaria uniformidad de determinados bienes, se procede a la homologación de los mismos a través de un concurso, en el que se adopta el tipo al que deberán sujetarse todos los órganos de contratación de una Administración Pública.

- Adoptado el tipo de una clase determinada de bienes, su adquisición podrá llevarse a cabo por el procedimiento negociado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 183, g) LCAP. En este caso, una vez expuesta la necesidad de adquirir el bien por el servicio correspondiente, el órgano de contratación adoptará el acuerdo de iniciación del expediente, en el que normalmente, constará ya el bien a adquirir, con su importe. De este modo, virtualmente, casi puede decirse que, en este procedimiento, en un solo acto se acuerda la iniciación y la adjudicación del contrato.

La finalidad de este procedimiento especial es múltiple: por una parte, se pretende conseguir la homogeneidad de determinados bienes de utilización común; de otro lado, se persigue la obtención de mejores precios, como consecuencia de unas perspectivas de venta más amplias por parte de las empresas; finalmente, y aunque no menos importante, este procedimiento especial se justifica por la agilidad que se logra con la eliminación de la fase de licitación, dentro de las actuaciones preparatorias del contrato de suministro de estos bienes.

Centrándonos en la última de las finalidades referidas, debe tenerse en cuenta que, en este procedimiento especial, la licitación pública tiene lugar en el concurso para la determinación del tipo, momento en el que se da debido cumplimiento a los principios de publicidad, igualdad y libre concurrencia y se comprueba la capacidad general para contratar con la Administración de las personas que optan a la homologación. A partir de ese momento, en la actuación administrativa adquiere preeminencia el principio de eficacia, eficacia que se obtiene a través de la agilidad que procura la simplificación de trámites del procedimiento negociado sin concurrencia. Por tanto, una vez determinado el tipo, no es posible establecer una nueva y posterior concurrencia entre las diferentes empresas homologadas, pues resultaría incompatible con la esencia de este procedimiento especial. Es decir, tras la adopción del tipo, en los casos en que sean más de una las empresas homologadas, el órgano de contratación podrá escoger discrecionalmente entre cualquiera de ellas, pues cualquier elección es igualmente válida. No hay aquí, por tanto, un procedimiento de concurrencia, que exija evaluar distintas ofertas y seleccionar entre ellas la más conveniente, lo que justificará la no intervención de la Mesa.

Este supuesto de procedimiento negociado no exige, por tanto, la consulta a tres empresas, al menos, como indica el artículo 93.1 LCAP, lo que confirma la conclusión que se obtuvo anteriormente, acudiendo al artículo 247 RGCE.

Por otro lado, en el caso de la adquisición de bienes homologados, la calificación de la documentación administrativa de los licitadores en lo fundamental, a excepción de las garantías definitivas de las concretas adquisiciones, tiene lugar en el concurso de homologación, pues, en los pliegos de cláusulas administrativas del concurso de homologación que se convocará próximamente se incluirá como obligación del contratista la renovación periódica de los certificados acreditativos de estar al corriente en las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, de conformidad con la validez atribuida a estas certificaciones en el artículo 10.3 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la LCAP. Además, en virtud del pliego de cláusulas administrativas particulares las empresas seleccionadas vienen obligadas a comunicar a la Dirección General de Patrimonio cualquier modificación que se produzca en su capacidad de obrar y de contratar, luego queda garantizado cualquier requisito de la capacidad de los suministradores en el momento en que se les adjudiquen los contratos de suministros de bienes homologados.

Abundando en todo ello, no podemos dejar de advertir que cuando el artículo 184 LCAP se refiere a la contratación de bienes de utilización común por la Administración, remite al desarrollo reglamentario para la fijación de las peculiaridades organizativas y procedimentales de este tipo de adquisiciones. Es decir, aunque el artículo 183 ha incluido este supuesto dentro del procedimiento negociado sin publicidad, el artículo siguiente parece estar configurando un supuesto especial de organización de la contratación.

Al propio tiempo, y como quiera que el párrafo segundo de la letra g) del artículo 183 y el referido artículo 184 no tienen carácter básico, de acuerdo con la Disposición Final Primera de la LCAP, al afectar esencialmente a formas organizativas, su desarrollo reglamentario tampoco tendrá tal carácter.

Por ello, y hasta tanto la Comunidad Autónoma de Andalucía desarrolle reglamentariamente el citado precepto, en nuestro ámbito es aplicable, en lo que no se oponga a la LCAP, el Decreto 110/1992, de 16 de junio, por el que se regula el régimen de adquisición centralizada de determinados bienes en la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, norma en la que tampoco se prevé la intervención de la Mesa al dictarse en el marco de la derogada Ley de Contratos del Estado.

Resumiendo lo más importante de lo dicho en esta consideración, en los contratos de suministro de bienes previamente homologados, por el procedimiento negociado sin publicidad, no resulta procedente la promoción de concurrencia ni es preceptiva la consulta a más de una empresa; por ello mismo, tampoco existen proposiciones secretas que deban ser abiertas en un acto público, ni documentación de licitadores que requiera de un acto de calificación. En consecuencia, la intervención de la Mesa de contratación carece

de contenido y habrá que reputarla, no sólo innecesaria, sino improcedente.

Finalmente, resulta inevitable realizar una mención expresa al principio de eficacia, reconocido, hay que entender que no en vano, el primero de entre los enunciados en el artículo 103.1 de la Constitución. Se trata de un principio aplicable al conjunto de la actividad administrativa, que se deja sentir con mayor fuerza en el ámbito de la actividad contractual de las Administraciones Públicas. En la tramitación de los diferentes procedimientos, el principio de eficacia actúa, entre otras técnicas, a través de los diferentes instrumentos legales que persiguen la agilidad procedimental.

En este sentido y como ya se razonó anteriormente, el procedimiento especial de adquisición de bienes homologados tiene, como una de sus finalidades, la agilidad procedimental que se obtiene con la eliminación de la fase de licitación, que ya quedó cumplida en el concurso para la determinación del tipo. Desde esta perspectiva, la intervención de la Mesa de contratación en estos procedimientos quedaría convertida en un mero rito carente de contenido, incompatible, no sólo con la eficacia que debe presidir la actuación administrativa, sino con la propia racionalidad del procedimiento.

En virtud de todo cuanto ha sido expuesto, la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa.

ACUERDA:

Primero.- Informar que en los contratos de suministros de bienes homologados, como supuesto justificativo del procedimiento negociado sin publicidad, previsto en el artículo 183, g) de la LCAP, por mandato del artículo 93 de la misma, es necesaria la actuación de la Mesa de contratación, que habrá de elevar propuesta de adjudicación al órgano de contratación.

Segundo.- Recomendar la modificación del Decreto 110/1992, de 16 de junio, regulador del régimen de adquisición centralizada, en orden a eximir la obligatoria intervención de la Mesa en los suministros de bienes homologados, adaptación posible en virtud de la disposición final primera de la LCAP, que califica de legislación no básica todas las referencias que la Ley contiene sobre las Mesas de contratación.