

CONSULTA

Adjudicación mediante procedimiento negociado sin publicidad de un contrato que quedó desierto, exigencia de inscripción en ROLECE

 **CONTRATACIÓN** 20/12/2021

El Ayuntamiento realiza un procedimiento abierto simplificado en plataforma de contratación del Estado, que se declara desierto porque no se presentan ofertas. Se opta, en aplicación del art. 168 de la Ley de Contratos del Sector Público, por realizar un negociado sin publicidad por la plataforma invitando a tres empresas. En el pliego, se establece la obligación de estar en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (ROLECE), siendo el criterio de negociación el precio más económico.

En este procedimiento negociado sin publicidad, ¿se puede exigir el ROLECE de las tres empresas que se quiere invitar? Hay una que no está inscrita en el ROLECE, ¿es obligatorio estarlo en un procedimiento negociado sin publicidad?

RESOLUCIÓN

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Efectivamente, tramitado todo el expediente de contratación, y no presentada oferta alguna, queda desierto el contrato tras su licitación. Y por ello, puede plantearse la posibilidad de acudir al PNSP. Ello es posible, mientras no se modifique ninguna de las condiciones iniciales del Pliego.

El artículo 168 a) 1º LCSP, relativo a los Supuestos de aplicación del Procedimiento Negociado Sin Publicidad, se refiere a que los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el Procedimiento Negociado Sin Publicidad únicamente en los siguientes casos: En los contratos de concesión de servicios en los casos en que: *«No se haya presentado ninguna oferta;... (en)un procedimiento abierto..., siempre que **las condiciones iniciales** del contrato no se modifiquen sustancialmente, sin que en ningún caso se pueda incrementar el presupuesto base de licitación...»*.

En definitiva, el legislador ha previsto expresamente la situación sometida a consideración —la posibilidad de adjudicar mediante un Procedimiento Negociado Sin Publicidad, para un procedimiento que previamente ha quedado desierto— siempre que no se modifiquen las condiciones iniciales del contrato, sustancialmente; y sin que, en ningún caso, se pueda incrementar el presupuesto base de licitación.

La segunda cuestión planteada se refiere a que, en los Pliegos, se establezca la obligación de estar inscrito en ROLECE. Y el criterio de negociación que será utilizado será el precio más económico. Por ello, se duda de si, para este PNSP, se puede exigir el ROLECE de las tres empresas; por cuanto una de las empresas no está inscrita en el mismo.

Pues bien, sobre esta cuestión, la Sentencia núm. 182/2021, 12 julio, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo, núm. 6 de Valencia, vincula la exigencia de tal requisito de inscripción en el ROLECE con la concurrencia de otros licitadores competidores. *«De esta forma indica que: Tratándose de una infracción de la norma que, como hemos dicho, afecta al control de la solvencia de los licitadores, la inexistencia en los mismos de prohibiciones de contratar, y singularmente posibilita la simplificación de los trámites, que es el núcleo fundamental del procedimiento abierto simplificado, la misma acarrea la nulidad de pleno derecho de dicha cláusula y con ella de los pliegos, y al afectar a la posibilidad de concurrencia de otros licitadores competidores del hoy recurrente, su derecho se ve afectado por dicha norma, teniendo por ello legitimación para recurrir».*

Si bien la Sentencia tenía por objeto unos Pliegos que rigen un Procedimiento Abierto Simplificado, no es menos cierto, que el artículo 168 a) 1º LCSP exige para acudir al PNSP, que *«las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente».*

Por otra parte, si los Pliegos siguen siendo los mismos, no podemos olvidar que el Tribunal Supremo, en reiterada Jurisprudencia, atribuye a los Pliegos el carácter de Ley del contrato, entre otras, en su Sentencia de 23 de junio de 2003, así como en la Sentencia de 27 de mayo de 2009, que viene a establecer que *«el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo por ende fuerza de ley entre las partes».*

Y en el mismo sentido, el Tribunal Supremo Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencia de 7 de febrero de 2006, ya señaló que *«los pliegos de cláusulas administrativas son el documento principal del contrato con arreglo al cual el mismo debe ser cumplido. Es un principio básico de la contratación administrativa que **los términos de un contrato no pueden quedar a la libre discrecionalidad de una de las partes** (sentencias del Tribunal Supremo de 10 Marzo de 1999, de 10 Marzo de 1982, de 18 Abril de 1979 y de 11 Marzo de 1980)».*

Por tanto, aunque la inscripción en el ROLECE es propia del Contrato que se vaya adjudicar mediante Procedimiento Abierto Simplificado; entendemos que la exclusión de este requisito supone una modificación en las condiciones iniciales del contrato, que debe calificarse como sustancial por cuanto tal y como aprecia la Sentencia núm. 182/2021, 12 julio, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo, núm. 6 de Valencia, la exigencia de tal requisito afecta al control de la solvencia de los licitadores, a la inexistencia en los mismos de prohibiciones de contratar y, singularmente, posibilita la simplificación de los trámites; al tiempo que afecta a la posibilidad de concurrencia de otros licitadores competidores.

CONCLUSIÓN

Primera. El artículo 168 a) 1º LCSP expresamente permite adjudicar, mediante un Procedimiento Negociado Sin Publicidad, un contrato previamente licitado en abierto que haya quedado desierto, mientras no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato, y no suponga un incremento de su Presupuesto Base de Licitación.

Segunda. Aunque la inscripción en el ROLECE es propia del Contrato que se vaya adjudicar mediante Procedimiento Abierto Simplificado; entendemos que la exclusión de este requisito supone una modificación en las condiciones iniciales del contrato, que debe calificarse como sustancial por cuanto tal y como aprecia la Sentencia núm. 182/2021, 12 julio, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo, núm. 6 de Valencia, la exigencia de tal requisito afecta al control de la solvencia de los licitadores, a la inexistencia en los mismos de prohibiciones de contratar y, singularmente, posibilita la simplificación de los trámites; al tiempo que afecta a la posibilidad de concurrencia de otros licitadores competidores.

Salvo mejor criterio fundado en Derecho.