

# En el procedimiento negociado sin publicidad puede presentar oferta una licitadora no invitada a participar

## Cuestión planteada

---

### **Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. Resolución 248/2021, de 17 de junio**

El Tribunal resuelve un recurso contra la inadmisión de una oferta en un procedimiento negociado sin publicidad convocado tras haber quedado desierto un procedimiento abierto anterior. La recurrente alega que, pese a no haber sido invitada a presentar oferta, debe ser admitida. El Tribunal estima el recurso y considera que, en los procedimientos negociados sin publicidad se debe invitar a presentar oferta a las empresas que lo soliciten y se debe aceptar la oferta de las empresas que las presenten pese a no haber sido invitadas.

## Consideraciones jurídicas

---

Previamente a resolver el recurso, el Tribunal expone los antecedentes del contrato, algo absolutamente imprescindible para entender la presente resolución. Y es que, previamente a la licitación implicada en la presente Resolución, hubo un previo procedimiento abierto para la adjudicación de un contrato con el mismo objeto que fue declarada desierta por el órgano de contratación. Por ello, al amparo del art. 168.a)1º LCSP, la entidad contratante inició una nueva licitación mediante procedimiento negociado sin publicidad al que resultaron invitadas todas las empresas que presentaron oferta en el procedimiento abierto finalmente declarado desierto. Ante ello, la ahora recurrente, que no participó en el procedimiento abierto, solicitó ser invitada al procedimiento negociado y, al no haber recibido invitación, presentó oferta. Esta oferta fue inadmitida por la mesa de contratación al considerar que en el procedimiento negociado sin publicidad ya se garantiza el principio de igualdad de trato a los licitadores que presentaron oferta en el procedimiento abierto y al entender que en este procedimiento el órgano de contratación no está obligado a publicar anuncio de licitación.

La recurrente considera que el órgano de contratación no puede negar la participación a una empresa no invitada en un procedimiento negociado pues ello supone un trato no igualitario y discriminatorio. También alega que en todo procedimiento se debe respetar el principio de libre concurrencia y que el hecho de que se siga un procedimiento negociado sin publicidad no es óbice para que exista libertad de acceso al que quiera ser invitado.

El órgano de contratación no presenta oposición, pero sí lo hace una de las empresas invitadas a participar en el procedimiento negociado que considera que la recurrente debe impugnar antes el Pliego porque en el mismo se indican claramente las empresas que iban a ser invitadas sin dejar abierta la posibilidad de que se pudieran presentar ofertas sin previa invitación.

El TARCJA en primer lugar estudia el alegato de esta última empresa al decir que la interpretación que la misma hace de los Pliegos es solo una de las posibles pero no la más ajustada a derecho ya que éstos no indicaban expresamente que solo los licitadores invitados pudieran participar y presentar la oferta. Subraya la palabra «solos» para reforzar su argumento.

Resuelto lo anterior, el Tribunal responde a las alegaciones de la recurrente. En primer lugar, aclara que el supuesto de hecho del recurso se subsume no en el art. 168. b) 2º LCSP sino en el 168.a)1º LCSP al tratarse de una concesión de servicios y no de un contrato de obras, servicios o suministros. De esta forma aclara que la obligación de incluir a todos los licitadores del antecedente, y sólo a estos (como exige la Directiva 2014/24/UE en su art. 26.4 b), únicamente es predicable de ellos contratos de obras, suministros y servicios.

Una vez queda claro que el procedimiento negociado aplicable es el previsto en el art. 168.a) 1º LCSP, el Tribunal expone que el mismo se rige por lo dispuesto en el art. 170 y, por remisión de éste, en el art. 169 que exige que se invite a un mínimo de tres empresas. Y entonces afirma que el órgano de contratación ha superado el citado mínimo al invitar a todas las licitadoras que participaron en el inicial procedimiento abierto. Pero añade que ello no puede entenderse en el sentido de que sólo y exclusivamente aquellos sean los que pueden participar en el procedimiento; para llegar a esta afirmación da dos razones:

**a)** La naturaleza excepcional del procedimiento negociado frente al abierto o restringido no puede avalar una restricción a la participación en el mismo.

**b)** El art. 168.a)1º LCSP no solo está previsto para cuando no haya ninguna oferta o solicitud adecuada en un procedimiento abierto o restringido sino también para cuando no existan ofertas o para cuando no existan ni ofertas ni solicitudes de participación. Es decir, para cuando estos procedimientos queden desiertos no por falta de ofertas o solicitudes adecuadas sino por la falta de concurrencia; en este último caso sería imposible la aplicación de la solución de entender que el precepto circunscribe el procedimiento negociado a quienes presentaron ofertas inadecuadas en el inicial procedimiento abierto.

En las páginas siguientes, el Tribunal refuerza su afirmación con cita de la doctrina sentada al respecto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y de Aragón, así como por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por lo que estima el recurso, anula el acuerdo de la mesa de inadmisión de la oferta de la recurrente y ordena que se proceda a la admisión de la misma.

## Opinión

---

Coincidimos con el criterio del Tribunal. En efecto, como dice la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 33/2009, la invitación, en el procedimiento negociado sin publicidad, tiene como sentido el hacer llegar a conocimiento de las empresas el propósito de celebrar el contrato y suplir así el efecto producido por la falta de publicación de anuncio de licitación pero no es una prerrogativa concedida al órgano de contratación para que restrinja el número de licitadores. Y en este sentido, el principio jurisprudencial «favor participationis», como dice el Acuerdo 26/2015, de 5 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, determina que en los procedimientos negociados sin publicidad, debe admitirse la presentación de ofertas por otros interesados diferentes a los invitados