

La innecesidad de invitar a tres empresas en el negociado sin publicidad tras un desierto por ofertas inaceptables.

Fco. Javier Vázquez Matilla. Doctor en Derecho. Abogado/Consultor en contratación pública.

El **artículo 168 LCSP** permite **acudir al procedimiento negociado sin publicidad**, entre otros supuestos, cuando:

a) En los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en los casos en que:

**1º**

No se haya presentado ninguna oferta; ninguna oferta adecuada; ninguna solicitud de participación; o ninguna solicitud de participación adecuada en respuesta a un procedimiento abierto o a un procedimiento restringido, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente, sin que en ningún caso se pueda incrementar el presupuesto base de licitación ni modificar el sistema de retribución, y que se envíe un informe a la Comisión Europea cuando esta así lo solicite.

Se considerará que una oferta no es adecuada cuando no sea pertinente para el contrato, por resultar manifiestamente insuficiente para satisfacer, sin cambios sustanciales, las necesidades y los requisitos del órgano de contratación especificados en los pliegos que rigen la contratación. Se considerará que una solicitud de participación no es adecuada si el empresario de que se trate ha de ser o puede ser excluido en virtud de los motivos establecidos en la presente Ley o no satisface los criterios de selección establecidos por el órgano de contratación.

Hasta la **sentencia** que se va a dar cuenta y por **aplicación del artículo 170 (169) LCSP** había que **invitar a tres ofertas a participar**.

Además parecía que sí, por ejemplo, **un procedimiento abierto queda desierto** porque solo hay una propuesta y ésta es inaceptable hay que invitarla en el negociado sin publicidad futuro.

**Pues bien, la sentencia es muy importante porque rompe estas dos reglas lo que tiene una aplicación inmediata en nuestra práctica diaria.**

No es necesario invitar a 3 se puede invitar a 1 operador al negociado sin publicidad.

No es obligado invitar al licitador cuya oferta fue declarada inaceptable.

(Hizo una oferta por el doble del valor estimado...)

[Pincha aquí para acceder a la:](#)

## [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2022](#)

Y es que la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2022](#) que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Bulgaria en que justamente se alude a los previsto en los artículos 26.b) y 32.2.a) de la Directiva 2014/24/UE que recoge el supuesto citado, incorporando en nuestra legislación española en el artículo 168.a LCSP.

Se trató de un contrato, financiado con fondos europeos, en que se adjudicó directamente mediante negociado sin publicidad solo a un operador porque el anterior contrato quedó desierto por inadecuación de la oferta (básicamente, en el procedimiento abierto la empresa presentó una oferta por un precio mucho más elevado que de licitación).

Se preguntó al TJUE **si un órgano de contratación vulnera** los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de libre competencia cuando dirige una invitación a celebrar un contrato público a un único operador económico en el marco de un procedimiento negociado sin publicación previa que, por una parte, se inicia después de que se haya puesto fin a un procedimiento abierto infructuoso y, por otra parte, recoge, sin modificarlas, las condiciones iniciales del contrato, y ello a pesar de que el objeto del contrato no presente una especificidad que justifique la adjudicación de su ejecución al operador invitado.

### **El TJUE considera que SÍ es posible acudir ÚNICAMENTE a un único operador**

#### **67**

Además, cuando un órgano de contratación decide dirigirse a un único operador económico en el marco de un procedimiento negociado sin publicación previa, que se organiza a raíz del fracaso de un procedimiento abierto o restringido y que recoge, sin modificaciones sustanciales, las condiciones que figuraban inicialmente en el anuncio de licitación publicado en el marco del procedimiento abierto o restringido anterior, tal actitud sigue siendo compatible con los principios de contratación pública enunciados en el artículo 18, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2014/24, aun cuando el objeto del contrato de que se trate no imponga objetivamente la necesidad de dirigirse a ese operador. En este contexto, el procedimiento abierto o restringido anterior, por una parte, y el procedimiento negociado sin publicación previa posterior, por otra, forman, en efecto, un conjunto indisoluble, de modo que la circunstancia de que los operadores económicos potencialmente interesados en dicho mercado tuvieron la oportunidad de manifestarse y de competir entre sí no puede ignorarse.

#### **68**

En estas circunstancias, los operadores económicos que no hayan actuado de manera diligente al no presentar una oferta adecuada en un procedimiento abierto o restringido no pueden obligar al órgano de contratación, en el marco del procedimiento negociado sin publicación previa ulterior, a negociar con ellos. En efecto, tenían la posibilidad de presentar una oferta en el marco del procedimiento abierto o restringido anterior y, por tanto, de beneficiarse plenamente en el marco de dicho procedimiento de los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad.

#### **69**

No obstante, para poder demostrar que el contrato de que se trata no fue concebido con la intención de excluirlo del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 o de limitar artificialmente la competencia, como requiere el artículo 18, apartado 1, párrafo segundo, de esta, el órgano de contratación debe poder probar que el precio que acordó con el adjudicatario corresponde al precio del contrato y que no excede del valor estimado de este, calculado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 de dicha Directiva. De este modo, el órgano de contratación respeta el principio según el cual incumbe a quien pretende alegar una excepción prevista en el artículo 32 de la citada Directiva la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias excepcionales que justifican tal excepción.

Véanse, en este sentido, las **sentencias** de 10 de marzo de 1987, Comisión/Italia, 199/85, EU:C:1987:115, apartado 14, y de 8 de abril de 2008, Comisión/Italia, C-337/05, EU:C:2008:203, apartado 58.

Conclusión:

**Un órgano de contratación puede dirigirse, en el marco de un procedimiento negociado sin publicación previa, a un único operador económico cuando dicho procedimiento recoge, sin modificaciones sustanciales, las condiciones iniciales del contrato mencionadas en un procedimiento abierto anterior al que se puso fin debido a que la única oferta presentada era inadecuada, a pesar de que el objeto del contrato controvertido no presente objetivamente ninguna particularidad que justifique confiar su ejecución exclusivamente a dicho operador.**