

BIBLIOGRAFIA

SINTESIS BIBLIOGRAFICA

LA SELECCION DE CONTRATISTAS

016: 351.712

Resumimos a continuación el libro de J. M. Boquera Oliver *La selección de contratistas*, «Colección Estudios Administrativos», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, 246 páginas. Este libro—en el que se describen simultáneamente las normas sobre contratación estatal, institucional y local—constituyó la tesis doctoral leída por el autor en la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas. Al hacer el resumen hemos procurado respetar la sistemática adoptada por el autor.

1. Introducción

Este libro se propone averiguar las consecuencias que para un contrato de la Administración tiene la anulación del procedimiento de selección del contratista que le ha precedido. A fin de resolver adecuadamente este problema, parece oportuno analizar

cada uno de los actos fundamentales de los procedimientos de selección de contratistas, pues de este análisis quizá puedan inducirse criterios para una mejor estructuración, desde la perspectiva del contrato, de las subastas, concursos y concurso-subastas.

Nuestra contratación administrativa va conseguirá agilidad si la ordena-

* El tema de la contratación administrativa está hoy en el primer plano de nuestra actualidad jurídica con la aprobación, por Decreto 923/1965, de 8 de abril, del texto articulado de la ley de Contratos del Estado. La lectura del libro cuyo resumen ofrecemos resulta de interés por el análisis minucioso que en él se realiza de los procedimientos de selección de contratistas, siquiera haya que tener presente que fué escrito y publicado con anterioridad a esta nueva legislación.

mos de tal manera que reduzcamos al mínimo los litigios que pueden surgir a propósito de los procedimientos de selección de contratistas y sobre la vida misma del contrato. Con frecuencia se busca la agilidad por una vía más radical: prescindiendo de los procedimientos de selección de contratistas. Pero quien conozca las finalidades que estos procedimientos persiguen no puede conformarse con una solución tan cómoda y simple.

2. Los procedimientos de selección de contratistas

2.1 SU OBLIGATORIEDAD

Las subastas, concursos y concurso-subastas tienen por finalidad individualizar a la persona más idónea para ser contratista. Permiten a la Administración elegir, de entre las personas que voluntariamente se ofrecen para ello, al sujeto más apto para contratar.

Mientras los particulares, por regla general, pueden elegir libremente los sujetos con quienes relacionarse contractualmente, la Administración está obligada a seleccionar sus contratistas a través de procedimientos rígidamente ordenados, y sólo puede prescindir de estos procedimientos de selección y concertar directamente el contrato con quien le plazca, cuando concurren en la situación del mercado, en la necesidad sentida o en la prestación que se busque, condiciones particularísimas expresamente detalladas en las leyes.

¿Por qué los particulares actúan con mayor libertad que la Administración pública cuando pretenden contratar?

G. Jèze, al constatar la distinta

significación de las formalidades en el Derecho privado y en el Derecho público, decía que en el primero aquéllas son excepcionales, porque se tiene en cuenta que el cuidado que las partes ponen en su interés personal garantizará suficientemente a los individuos contra sus imprudencias.

«En Derecho público, por el contrario, las formas son garantías automáticas imaginadas por la Ley para asegurar el buen funcionamiento de los servicios públicos, impidiendo las decisiones poco meditadas, apresuradas, insuficientemente estudiadas.»

El procedimiento administrativo responde siempre a la doble preocupación que destacaba Jèze, el cuidado por el interés público y el interés mismo de los particulares. En los procedimientos de selección de contratistas late también, determinándolos, esta doble preocupación.

2.2 SINGULARIDAD DE ESTOS PROCEDIMIENTOS

Los actos de los procedimientos de selección de contratistas, además de actos de un procedimiento, son el modo de aproximación de una oferta contractual y de su aceptación. Lo cual les da un tinte especial, una singularidad jurídica que no tienen los actos de otros muchos procedimientos administrativos.

2.3 ACTOS ESENCIALES

En todos los procedimientos de selección de contratistas se repiten determinados actos, los cuales son comunes a subastas, concursos y concurso-subastas. Otros son específicos de cada una de estas clases de procedimiento.

Pueden reputarse esenciales: el anuncio de licitación, la presentación de propuestas, la admisión de proposiciones, la adjudicación provisional y la adjudicación definitiva.

2.4 INFLUENCIA DEL CARÁCTER OBLIGATORIO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS SOBRE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

La obligación legal impuesta a la Administración de seleccionar a los contratistas para determinados contratos mediante subasta, concurso o concurso-subasta tiene la consecuencia evidente de que estas relaciones contractuales sean mucho más rígidas que las que se conciertan libremente. Si iniciada, por ejemplo, la construcción de una obra pública, la Administración, de acuerdo con la otra parte contratante, pudiera libremente alterar el precio, el plazo de ejecución, la cantidad de obra u otra cláusula contractual, resultaría fácil y cómodo burlar las finalidades de los procedimientos previos de selección. La inalterabilidad de los contratos de la Administración y el régimen de las excepciones a dicha inmutabilidad por un mutuo acuerdo de las partes tienen su causa en la existencia de los procedimientos de selección.

2.5 EL DERECHO A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN

El legislador, percatado de que los contratos con la Administración son una ventaja para los particulares,

reconoce a éstos la facultad de llegar a ser contratistas.

Por lo que a los españoles se refiere, la facultad de contratar con la Administración pública puede configurarse como manifestación de un derecho fundamental, pues el Fuero de los Españoles (artículo 11) y la ley Fundamental de 17 de mayo de 1958 (principio VIII) proclaman que «todos los españoles tendrán acceso a los cargos y funciones públicas, según su mérito y capacidad». Y quien contrata con la Administración participa, de manera más o menos inmediata y permanente, en una función pública.

El ejercicio del derecho a ser contratista está condicionado a que la Administración pública declare que la oferta de contrato hecha por el titular del derecho es la más conveniente para satisfacer la necesidad que le ha llevado a solicitar la colaboración de los administrados. Cuando esta declaración tenga lugar, el derecho se expandirá.

El derecho a ser contratista implica el derecho a participar en los procedimientos en virtud de los cuales se valorarán las ofertas y se elegirá la más conveniente para la Administración.

La obligación de la Administración de admitir las proposiciones se corresponde con el derecho del particular a participar en el procedimiento. Si la Administración no satisface esta aspiración, cuando sea legítima, lesionará derechos subjetivos y sus titulares podrán exigir, acudiendo a los órganos jurisdiccionales competentes, la admisión a la licitación o la indemnización de daños y perjuicios si ello no es realmente posible.

3. El anuncio de licitación

3.1 EL ANUNCIO DE LICITACIÓN ACTOS QUE PUBLICA

3.11 *Concepto del anuncio de licitación*

El anuncio de la licitación es la forma de dar a conocer un conjunto de actos de la Administración que inician y ordenan la selección de contratistas. Estos actos son los siguientes:

- 1) El acto de elección del procedimiento de selección;
- 2) El reglamento del procedimiento elegido;
- 3) La invitación a presentar proposiciones; y
- 4) El acto que fija las condiciones que deberán reunir las ofertas.

3.12 *El acto de elección del procedimiento de selección*

En cada caso concreto, la Administración, después de decidir contratar para la adjudicación de un bien o servicio, deberá elegir, si ello le es posible, el procedimiento a emplear para buscar la persona más idónea para ser parte en el contrato.

Esta decisión electiva puede hacerse de acuerdo con la legalidad vigente o separándose de ella. En este último caso podremos afirmar que se trata de un acto viciado de ilegalidad.

Este acto administrativo de elección se publica normalmente en el anuncio de licitación.

3.13 *El reglamento del procedimiento elegido*

Los procedimientos de selección de contratistas están ordenados—cuando es el Estado quien los inicia—por la ley de Administración y Contabilidad, por los pliegos generales de condiciones y por los pliegos particulares de cada subasta, concurso o concurso-subasta; cuando se trata de corporaciones locales, por la ley de Régimen local, el reglamento de Contratación de las Corporaciones locales y por los pliegos particulares de cada procedimiento de selección de licitadores.

Los pliegos generales de condiciones no son normas imperativas, sino permisivas. El pliego de condiciones generales para la contratación de las obras públicas de 13 de marzo de 1903, por ejemplo, no puede equipararse al reglamento de Contratación de las Corporaciones locales de 9 de enero de 1953. Su distinta naturaleza jurídica se patentiza al comparar el artículo 7.º del primero con el artículo 21, 2) del segundo.

Los pliegos particulares pueden aceptar o no las condiciones generales. En nuestro Derecho se supone que son aceptadas mientras expresamente no se manifieste lo contrario. Los pliegos particulares de condiciones se subordinan, pues, única y exclusivamente a las leyes y reglamentos. Los pliegos particulares de condiciones tienen dos partes perfectamente diferenciables: el pliego de condiciones del procedimiento de selección (subasta, concurso o concurso-subasta) y el pliego de condiciones del contrato. El pliego de condiciones del procedimiento es un reglamento;

el pliego de condiciones del contrato anticipa futuras cláusulas contractuales.

3.14 *El acto de invitación a presentar proposiciones*

El anuncio de licitación, en sí mismo, es una invitación de la Administración a los posibles contratistas para que envíen propuestas u ofertas de contrato.

Pero se trata de una invitación condicionada. Dichas condiciones son las que figuran en el pliego de condiciones del contrato. Este pliego se publica en el anuncio de licitación de manera real, diríamos, o mediante la indicación del lugar en que se encuentra y horas durante las que puede consultarse.

3.15 *El acto que fija las condiciones de las ofertas*

El pliego de condiciones del contrato cumple así una doble función. Antes de nacer el contrato indica a los interesados las condiciones que deben reunir sus proposiciones si quieren alcanzar la situación de contratistas. Cuando el contrato nace, se convierte en cláusulas contractuales rectoras de sus efectos jurídicos.

3.2 EFICACIA VINCULANTE

Autorizados tratadistas y algunas declaraciones jurisprudenciales entienden que los anuncios de licitación son verdaderas ofertas de contrato que hace la Administración.

Sin embargo, el análisis que en el apartado anterior se ha hecho de la naturaleza y finalidad de los actos que publica el anuncio de licitación nos permite concluir que la Administración, a través del anuncio, no

ofrece un contrato, sino que pide a los interesados que le presenten sus ofertas.

No conteniendo, en ningún caso, los anuncios de licitación ofertas de contrato, no es necesario averiguar ahora si éstas vinculan a sus autores. Los anuncios de licitación no vinculan a la Administración.

3.3 LA PUBLICACIÓN DEL ANUNCIO DE LICITACIÓN

3.31 *Medios*

Las leyes disponen que los anuncios de licitación se publiquen siempre en *Boletines Oficiales*, en los tablores de anuncios de los departamentos o corporaciones y, en algunos casos, en periódicos no oficiales y mediante emisiones radiofónicas.

3.32 *El incumplimiento de la obligación de publicar los anuncios*

A) Falta de publicación en los *Boletines Oficiales*.—La falta de publicación de un anuncio en el *Boletín Oficial* afecta a su misma existencia.

Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo no suele llegar a tan radical solución. Puede afirmarse que no se muestra muy exigente al enjuiciar la falta de publicación de los anuncios en los *Boletines Oficiales*.

Esta doctrina jurisprudencial no parece acertada. En su fondo late una apreciación errónea de la naturaleza jurídica del anuncio de licitación, la de que es un acto de trámite.

El anuncio, repetimos, es la forma de procurar virtualidad jurídica a actos administrativos definitivos que, por su naturaleza, requieren la debida

publicidad: uno (el reglamento), para existir; los otros para su eficacia.

B) Falta de publicación por otros medios.—En principio, la falta de publicación de los anuncios en periódicos no oficiales y por medio de emisiones radiofónicas debe tener consecuencias distintas a la falta de publicación en los *Boletines Oficiales*.

Aquí sí que nos encontraremos ante la simple falta de cumplimiento de una exigencia reglamentaria. Vicio que, indudablemente, repercute sobre el principio de igualdad de los administrados, pero que no parece deba tener como consecuencia ineludible la invalidez de las actuaciones administrativas. Según las circunstancias, acarreará o no la anulación de lo actuado.

3.4 ANULACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LOS ANUNCIOS PUBLICADOS

La Administración puede, en principio, anular o modificar los anuncios de licitación, si bien puede ocurrir que se produzcan otros acontecimientos que afecten a los fundamentos de dicha facultad.

La anulación del anuncio entraña la del acto de elección del procedimiento, la del reglamento de éste y la de la invitación a presentar ofertas. Actos que, por no crear derechos, pueden ser anulados por los mismos órganos que los dictaren y dando a la anulación la misma publicidad conferida a los actos que se anulan para que aquella tenga validez y eficacia.

3.5 IMPUGNACIÓN

Nuestra jurisprudencia opone serias dificultades a quienes lo pretenden. Levanta frente a sus pretensio-

nes dos obstáculos de gran magnitud: la falta de legitimación de los recurrentes y la naturaleza interlocutoria de los anuncios.

4. La presentación de proposiciones

4.1 CONCEPTO

La Administración inicia, de oficio, el procedimiento de selección de contratistas.

En primer lugar, los interesados en contratar solicitarán ser admitidos en el procedimiento de selección. La proposición es una petición, una instancia.

4.2 PLAZO DE PRESENTACIÓN

Entre la publicación del primer anuncio y la apertura de pliegos está comprendido el período de presentación de proposiciones, y entre ambas fechas no podrán mediar nunca menos de veinte días.

El pliego de condiciones que señala los plazos sin sujetarse a las disposiciones legales y reglamentarias expuestas, adolece de un vicio sustancial que lo invalida, e igualmente se anulará la subasta celebrada que se inició con un anuncio que padece vicio de esta naturaleza.

4.3 ORGANO ANTE EL QUE DEBEN PRESENTARSE

La ley de Administración y Contabilidad indica que las proposiciones se dirigirán a la junta que deba

resolver la subasta o concurso. El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales señala que las plicas se entregarán en la casa sede de la entidad interesada, ante el secretario o funcionario que el mismo designe.

La diferencia entre los dos preceptos obedece a la distinta regulación que en la legislación estatal y local se hace del plazo de presentación de proposiciones. En la primera, al suponer que la presentación tiene lugar cuando la junta está ya constituida, se dispone que a ella se entregue la plica; en la segunda, como debe entregarse necesariamente antes de la constitución de dicho órgano, se ordena que la entrega se haga a un funcionario de la corporación.

Pero si llega un pliego a un órgano estatal antes del día de la constitución de la junta, éste debe guardarlo convenientemente de modo que no padezca el principio de secreto de la proposición. La presentación de ofertas por correo, de la que luego nos ocuparemos, requiere que así se haga.

4.4 FORMA

4.41 *Sobre cerrado*

Nuestras leyes exigen a la presentación de propuestas una condición de forma esencial: la proposición deberá ser secreta. Los preceptos legales y reglamentarios materializan y concretan esta exigencia, disponiendo que aquélla se presente en sobre cerrado.

La regla del secreto de la proposición la introdujo en nuestro Derecho, al parecer, el real decreto de 27 de febrero de 1852.

Fué la preocupación por salvaguar-

dar los intereses económicos de la Administración, evitando confabulaciones y proposiciones artificiales de los licitadores, la que llevó a la instauración del requisito de que las ofertas se presenten en sobre cerrado. Pero esta exigencia formal beneficia al mismo tiempo a los licitadores, pues evita los manejos que los funcionarios públicos pudieran intentar en favor de uno de ellos y en perjuicio de los demás. El secreto de la proposición salvaguarda también el derecho a la igualdad de oportunidades el derecho de todos los concurrentes a ser tratados por igual.

Cuando coinciden dos o más proposiciones debe dirimirse el empate por pujas a la llana. En este caso excepcional se prescinde del secreto y de la forma escrita en la formulación de propuestas.

4.42 *Resguardo acreditativo de la constitución de la garantía provisional*

Para participar en un procedimiento de selección, las disposiciones vigentes exigen la constitución de una garantía o depósito a disposición de la Administración pública que lo ha iniciado. El resguardo de la constitución de la garantía o del depósito de la cantidad se presentará dentro del sobre cerrado que contiene la proposición. De esta manera se procura que la Administración no conozca la identidad del titular.

4.43 *Conformidad de la propuesta con el modelo que se publique*

Nuestro Tribunal Supremo ha señalado las consecuencias de los defectos de forma en la presentación

de las proposiciones. Tres criterios de significación general establece la sentencia de 20 de junio de 1958. Primero, que las condiciones de la presentación están establecidas en garantía de los derechos e intereses de la Administración, y si ésta, cuando existe deficiencia, hace la adjudicación, entiende que sus derechos están salvaguardados. Segundo, que cuando la Administración admite una proposición defectuosa no actúa contra lo prevenido en leyes prohibitivas, por lo que no es aplicable el artículo 4.º del Código civil, sino que se trata de una mera falta de requisitos no esenciales que a nadie produjo indefensión. Tercero, que a quien le son imputables los defectos no le es dable, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1.302 del Código civil, apoyar en ellos una acción de nulidad.

El primer criterio deberá aplicarse exclusivamente a las condiciones de la presentación que de manera indubitada sean única garantía de los intereses de la Administración. No puede aplicarse, por ejemplo, al secreto de la proposición, que, como antes decíamos, beneficia también a los licitadores. Tendrá, en cambio, plena aplicación al requisito formal que ahora estudiamos, siempre que la falta de conformidad con el modelo no implique falta de sujeción al pliego.

La jurisprudencia considera que no existe infracción del mandato de que la proposición se ajuste al modelo publicado si aquélla presenta diferencias de tan escasa monta que no susciten duda racional acerca de los extremos que las normas legales y reglamentarias prescriben.

En cambio, debe rechazarse la pro-

posición que no ofrece cantidad alguna en concreto, sino un tanto por ciento sobre el precio del pliego más alto, porque no se ajustaba al correspondiente modelo.

4.5 PRESENTACIÓN POR CORREO Y EN LOS GOBIERNOS CIVILES

El artículo 66 de la ley de Procedimiento administrativo no se opone o contradice a las normas que regulan los procedimientos de contratación administrativa ni a las específicas de la Administración local, y vienen a suplir un punto no regulado del procedimiento de las Corporaciones locales.

Nada se opone a que una oficina de Correos reciba y curse la documentación para participar en una licitación. La necesidad de que el escrito se presente en sobre abierto y de que el empleado que reciba el envío estampe el selló de fechas en la cabecera del documento principal no imposibilita el mantenimiento del secreto de la proposición. Ésta se enviará en doble sobre (el primero abierto) y el documento principal que se sellará será el sobre cerrado que contiene la proposición y los documentos que deben acompañarla.

El riesgo de que la propuesta llegue fuera de plazo no está previsto en la legislación actual ni tampoco se dispone nada para evitar o disminuir las probabilidades de que tal cosa ocurra. Al redactar los pliegos particulares de condiciones se puede instrumentar algún medio de previsión de esta eventualidad. Una fórmula adecuada sería la de fijar un plazo más corto (pero no menor de veinte días) para la presentación de

proposiciones por correo que el que se establezca para la presentación ante el mismo órgano o corporación que desee contratar.

4.6 EFICACIA JURÍDICA

Entregada y admitida una proposición no podrá el licitador retirarla.

En este caso, cuando los reglamentos emplean el término «admisión», lo hacen en su sentido ordinario de recepción de documentos y no en el jurídico-administrativo. Para mayor precisión, deberían decir que una vez recibido un sobre conteniendo una propuesta en una dependencia administrativa, aquél ya no puede ser retirado.

La obligación de mantener la proposición no nacerá, pues, del acto de la recepción, pues los actos de trámite, por naturaleza, no crean derechos ni obligaciones.

Además, el artículo 96 de la ley de Procedimiento reconoce a todo interesado, salvo excepciones, la facultad de desistir de su petición o instancia, y a la presentación de proposiciones no es de aplicación ninguna de las excepciones que al principio general establece el artículo 98 de la misma ley. Por tanto, si la proposición no fuera algo más que una solicitud para ser admitido en el procedimiento de selección de contratistas, no habría ninguna razón válida que oponer a que su autor la retirara. El licitador está obligado a mantener su proposición porque ésta es una oferta de contrato.

Para la contratación entre la Administración y los particulares, a impulso de las mismas preocupaciones a las que responden los procedimientos de selección de contratistas,

nuestro Derecho administrativo ha proclamado el principio de la vinculabilidad de las ofertas de contrato. Este es un efecto peculiar, sólo a ella atribuible, de la presentación de propuestas.

5. Recepción de sobres y admisión provisional de propuestas

5.1 RECEPCIÓN DE SOBRES Y ADMISIÓN DE PROPUESTAS

Algunos reglamentos califican de admisión a la simple recepción de los sobres por los órganos administrativos, que únicamente comprueban si aquéllos reúnen las condiciones externas reglamentarias. Pero, como acabamos de decir, esta constatación de formalidades externas y consiguiente recepción de los sobres—o negativa de hacerlo—no es un acto de admisión, sino un puro trámite.

Abiertos los sobres que contienen las proposiciones y los documentos que deben acompañarlas, la junta de licitación examinará la documentación para comprobar si los oferentes son titulares del derecho a ser contratistas y si han cumplido los requisitos exigidos para licitar. Admitirá las propuestas que se conformen con las condiciones de los pliegos y desechará las que de ellas se separen.

El denominado acto de licitación tiene dos fases: apertura de pliegos y valoración de proposiciones. La admisión de propuestas pone fin a la primera fase; la adjudicación provisional, a la segunda.

Debemos advertir que la admisión o inadmisión de propuestas por la

mesa de subasta o el órgano técnico encargado de estudiarlas en los concursos es meramente provisional. El acto definitivo de admisión tiene lugar en el momento de la adjudicación definitiva y en ella queda englobado. Mejor diríamos, la adjudicación definitiva es un acto de admisión y adjudicación definitiva.

La Administración, al admitir las propuestas, no las acepta. No celebra con cada uno de los licitadores una promesa de contrato sometida a la condición resolutoria de que exista una oferta mejor. Únicamente comprueba, repetimos, que concurren en los licitadores y en sus ofertas las condiciones exigidas para poder licitar y convertirse en contratistas.

5.2 LA EFICACIA JURÍDICA DE LA RECEPCIÓN DE LOS SOBRES Y DE LA ADMISIÓN PROVISIONAL DE PROPOSICIONES

El Tribunal Supremo ha declarado que «con posterioridad a la presentación de las proposiciones no puede admitirse que se modifiquen las condiciones para tomar parte en la subasta o concurso o la forma en que deberán acreditarse las mismas». La recepción de la proposición limita, por tanto, la facultad de la Administración de modificar los actos publicados en el anuncio de licitación.

Sin embargo, se admite sin discusión que, en cualquier momento, la Administración puede dejar sin efecto el procedimiento iniciado, indemnizando a quienes hubieran presentado propuestas de los gastos realizados en su preparación y presentación.

El contraste, con apariencias de paradoja, entre aquel límite a la fa-

cultad de modificar lo actuado, nacido para la Administración de la presentación y recepción de las proposiciones, y este su poder de anular totalmente el procedimiento, evidencia la causa de aquella obligación. Se trata de una limitación que se corresponde con el derecho a la igualdad de los licitadores. Si después de recibidas unas plicas se alteran los pliegos, las posibilidades de los licitadores de convertirse en contratistas no serán uniformes. En cambio, si se anula el procedimiento, ninguna desproporción se crea entre las probabilidades de satisfacer las aspiraciones de todos ellos.

Admitido el licitador, la Administración debe tomar en cuenta su proposición al efecto de seleccionar la más conveniente y aceptarla si es la mejor.

La inadmisión de una propuesta significa la declaración de que su autor no tiene la capacidad requerida para ser contratista en el contrato que se trata de adjudicar, o bien la afirmación de que su oferta no cumple todas las condiciones exigidas en el pliego. Negativa y afirmación provisionales cuando es la mesa o junta de licitación quien las hace.

Sin embargo, la inadmisión provisional tiene legalmente reconocido un efecto: libera, al autor de la proposición no admitida, de la obligación de mantener su oferta hasta que sea aceptada una de ellas y se perfeccione el contrato. Los autores de propuestas provisionalmente desechadas pueden retirarlas.

Pero esta facultad, de ser ejercitada, representa para el licitador la renuncia a la posibilidad de convertirse en contratista, pues la autoridad competente para proceder a la adjudicación definitiva podría adju-

dicar el contrato al autor de una proposición desechada que debió admitirse.

Este efecto de la inadmisión provisional nos parece falto de lógica. Ninguna razón parece que pueda aducirse para justificar que los licitadores inicial y provisionalmente no admitidos queden relevados de la obligación de mantener su oferta hasta el momento en que el procedimiento de selección dé su fruto.

5.3 IMPUGNACIÓN DE LA NEGATIVA A RECIBIR SOBRES

El Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales declara que, en el caso de que fueren rechazados los sobres que contienen proposiciones, el portador podrá acudir al presidente de la Corporación o a quien haga sus veces, contra cuya resolución cabrá recurso contencioso-administrativo.

De la negativa del funcionario a recibir el sobre se acudirá, mediante un escrito que con la técnica de la ley de Procedimiento llamaríamos hoy de queja, al presidente de la Corporación, y si éste la confirma podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

El citado reglamento concede de esta forma un medio de defensa al aspirante a licitador que no tienen otros administrados cuando la Administración se niega a recibir sus escritos. Debe entenderse que la negativa a recibir un sobre decide indirectamente sobre la pretensión del autor de la proposición que aquél contiene. Para él pone fin al procedimiento iniciado. De ahí que pueda impugnarla jurisdiccionalmente.

5.4 IMPUGNACIÓN DE LAS INADMISIONES

La inadmisión de propuestas es una declaración provisional, y los actos provisionales no son susceptibles de impugnación.

6. La adjudicación provisional

6.1 LA ADJUDICACIÓN PROVISIONAL, ACTO ESENCIAL DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN

Admitidas las proposiciones, comienza la fase de licitación propiamente dicha. Fase que puede reducirse, en unos casos, a la simple declaración de cuál es la oferta más ventajosa (v. g.: subasta en la que se ha presentado una soia oferta conforme con el pliego o en la que una de ellas es superior a las restantes); en otros casos, esta fase se desarrollará durante un periodo de tiempo generalmente breve y previamente determinado, en el cual los autores de ofertas idénticas pujarán a la llana y al fin de dicho periodo se declarará cual es la propuesta más ventajosa; por último, en los concursos, la valoración de las ofertas (fase de licitación) se hace sin publicidad por un órgano especial (distinto normalmente del que ha procedido a la apertura de las plicas) que debe examinarlas detenidamente antes de manifestar cuál es la mejor.

La declaración de cuál es, entre las admitidas, la propuesta más ventajosa para la Administración, recibe el nombre de acto de adjudicación provisional.

Así entendida, la adjudicación pro-

visional es un acto común a los distintos procedimientos de selección de contratistas. Un acto esencial de los mismos.

Sin embargo, suele afirmarse que en los concursos no existe adjudicación provisional. Esta afirmación se apoya en simples detalles que no pueden alcanzar tanta significación. En las subastas, en los concursos y también en la forma mixta de concurso-subasta existe una declaración sobre cuál es la propuesta más ventajosa. Declaración que se eleva a la autoridad competente para contratar. Esta manifestación sobre cuál es la oferta mejor es lo esencial en este momento del procedimiento. Cuando se haga la declaración, el órgano autor de la misma y su comunicación o no a los interesados, es lo secundario. En los concursos existe, pues, adjudicación provisional, aunque revestida de formas accesorias diferentes a las que el mismo acto tiene en la subasta.

6.2 SU NATURALEZA JURÍDICA

6.21 *Aceptación provisional de una oferta*

En nuestro Derecho, es evidente que la autoridad competente para adjudicar definitivamente el contrato puede aceptar la oferta del licitador a quien se le ha adjudicado provisionalmente el contrato, o rechazarla y aceptar alguna de las ofertas que la junta, mesa u órgano técnico rechazó. Lo cual es otra prueba de que la adjudicación definitiva no es el acto de aprobación de la adjudicación provisional y que ésta, por consiguiente, no es la aceptación provisional de la oferta más conve-

niente pero necesitada de aprobación para producir efectos jurídicos.

6.22 *Un dictamen*

El órgano encargado de efectuar la adjudicación provisional valora las propuestas de los licitadores y manifiesta cuál de ellas le parece mejor. La adjudicación provisional es, pues, un dictamen. Se dictamina sobre cuáles son las ofertas más ventajosas.

Al adjudicar definitivamente el contrato, la autoridad competente tiene libertad para seguir o no el parecer del órgano que lo adjudicó provisionalmente.

En este punto la regulación de los procedimientos de selección de contratistas difiere radicalmente de la actual ordenación de los procedimientos de selección de funcionarios. Las propuestas de los tribunales calificadoros de oposiciones y concursos de funcionarios vinculan a la Administración. Este principio constituye una exigencia de las garantías estimadas en los sistemas de selección denominados de oposición y concurso. En el sistema de concurso para la selección de contratistas la misma razón de garantía aconseja convertir en vinculantes los dictámenes, digámoslo así, de los órganos técnicos encargados de valorar las ofertas. En la subasta, por la misma mecánica del procedimiento, no se requiere esta innovación, pero en los concursos sí parece necesario.

6.3 RENUNCIA A LA ADJUDICACIÓN

La adjudicación provisional, repetimos, no vincula al órgano competente para decretar la adjudicación definitiva.

Quien presenta una oferta de contrato a la Administración está obligado a mantenerla durante el plazo de tiempo necesario para que produzca efectos (en los procedimientos de selección que nos ocupan hasta la adjudicación definitiva). Lo lógico sería, pues, que el adjudicatario provisional no pudiera retirar su oferta y renunciar a su nueva situación.

Pero ya hemos dicho que, según disposiciones vigentes, los autores de propuestas desechadas pueden renunciar expresamente a sus posibles derechos sin pérdida de la garantía provisional, e igualmente se permite renunciar a la adjudicación provisional, aunque con pérdida de la fianza.

6.4 RECLAMACIONES

Las adjudicaciones provisionales, por ser actos de trámite, no son impugnables mediante recursos administrativos y contencioso-administrativos.

Algunas disposiciones reglamentarias conceden un plazo de cinco días, siguiente al en que se hubiere celebrado cualquier licitación, para que los licitadores expongan, por escrito, ante la autoridad que tenga que aprobarla, cuanto estimen conveniente respecto a los preliminares y desarrollo del acto licitatorio, capacidad jurídica de los demás optantes y adjudicación definitiva.

6.41 Posibles reclamantes

Los licitadores, para reclamar en las subastas, es preciso que se muestren disconformes (en el acto de apertura) con la adjudicación provisional y que no retiren la garantía que hubieren constituido para licitar.

6.42. Consecuencia de la falta de reclamación

La falta de reclamación contra la adjudicación provisional no puede tener la consecuencia de hacer perder la posibilidad de impugnar la adjudicación definitiva. La pasividad de los interesados no tiene por qué significar el consentimiento de un acto que todavía no existe, ni tampoco ser una prueba de su legalidad.

El licitador que no reclama demuestra que tiene confianza en la autoridad competente para adjudicar definitivamente el contrato.

La negativa a reconocer legitimación para impugnar la adjudicación a quien no ha reclamado sólo estaría justificada si se equiparara la reclamación al recurso. Pero esta equiparación, imposible desde el punto de vista lógico-jurídico, es claramente contraria al artículo 121 de la ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958.

7. La adjudicación definitiva

7.1 LA EFICACIA DE LA ADJUDICACIÓN DEFINITIVA

Todo procedimiento administrativo prepara una decisión de la Administración. El acto administrativo es el objetivo del procedimiento administrativo.

La adjudicación definitiva es el resultado que persiguen los procedimientos de selección de contratistas. Como tal es un acto de admisión (de los licitadores) y de elección (del licitador más idóneo para ser contratista).

Pero la adjudicación perfecciona el

vínculo contractual porque con ella la Administración acepta la oferta del licitador seleccionado para contratista. La adjudicación, como acto administrativo, produce unilateralmente consecuencias jurídicas y, además, por ser la aceptación de una oferta, origina un contrato.

Podemos decir que se trata de un acto con tres efectos, pero quizá mejor, que bajo un solo nombre existen tres actos. Los dos primeros son efectos o actos jurídico-administrativos; el tercero, un simple efecto o acto jurídico.

Estos actos se producen sucesivamente: primero, admisión de licitadores; segundo, elección del considerado más idóneo; finalmente, aceptación de la oferta del licitador elegido. Pero aparecen en la vida jurídica de tal manera que recibimos la impresión de que sólo hay un acto y de que todos los efectos jurídicos de la adjudicación definitiva se deben a la aceptación de la oferta del licitador, o más bien, del contrato que esta aceptación origina.

7.2 PLAZO PARA PODER PROCEDER A LA ADJUDICACIÓN

La ley de 20 de diciembre de 1952, que modifica el capítulo V de la ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda pública, no señala plazo, a partir de la adjudicación provisional, en el cual la Administración estatal debe proceder a efectuar la adjudicación definitiva.

Ante la pasividad de la Administración, el particular interesado, de acuerdo con las normas en vigor sobre silencio administrativo, podrá instar una resolución tácita. Sin embargo, este remedio parece poco conve-

niente e inadecuado al supuesto especial del retraso en proceder a la adjudicación definitiva. Como se sabe, el plazo mínimo para que se produzca la denegación por silencio es de seis meses. Aun suponiendo que los licitadores que no retiran sus propuestas y el adjudicatario provisional pidan tácitamente que se proceda a la adjudicación definitiva y que, a partir de la adjudicación provisional comienza a correr el plazo de silencio, éste resulta excesivamente largo.

Debería, pues, señalarse un plazo para la adjudicación definitiva y, también, regular los efectos del transcurso de dicho plazo sin que la Administración resuelva.

En la Administración local, el reglamento de 9 de enero de 1953 (artículo 44, 4 y 5) establece un plazo para que tenga lugar la adjudicación definitiva y señala las consecuencias que tiene no proceder a la adjudicación en este lapso de tiempo.

7.3 LA ADMISIÓN DE LICITADORES Y LA ELECCIÓN DEL MÁS IDÓNEO PARA CONTRATAR

La lectura de textos y sentencias produce la impresión de que los derechos nacidos de la adjudicación son contractuales. Esta impresión es falsa. La adjudicación coadyuva al nacimiento del contrato y nada más que a este nacimiento. La aceptación perfecciona el vínculo contractual, del cual nacerán derechos y obligaciones; pero de la declaración de aceptación nace única y exclusivamente el contrato. No podemos, en cambio, señalar la aceptación como fuente única (unilateral) de derechos y obligaciones.

La adjudicación, por sí sola, produce, efectivamente, consecuencias jurídicas: la admisión de licitadores y la elección entre los admitidos.

7.31 Efectos de la admisión definitiva

Es ahora, al proceder a la adjudicación definitiva, cuando la Administración decide, con respecto a los licitadores, si éstos tienen derecho a ser contratistas, si sus ofertas se conforman o no con los pliegos y, en consecuencia, toma en consideración sus propuestas. Pero ocurre que este acto de admisión definitiva no es notificado a los interesados. Sólo el licitador elegido puede tener la seguridad de que antes ha sido admitido. Esta falta de notificación contribuye a enmascarar el acto de admisión definitiva y sus efectos.

7.32 Efectos de la elección

La elección no es más que condición para el ejercicio del derecho a ser contratista. Sólo quien ha sido elegido puede ejercitar este derecho. El acto de elección niega a los licitadores admitidos, pero no elegidos, el disfrute de su derecho a ser contratistas. Puede, pues, lesionar los derechos que legalmente tienen reconocidos los licitadores a convertirse en contratistas. Sus consecuencias se proyectan sobre la esfera jurídica de los no elegidos restringiendo su capacidad de obrar.

7.33 Vicios de la admisión y de la elección

La admisión de licitadores y la elección de uno de ellos para contratista de la Administración son ac-

tos que pueden padecer vicios de forma y de fondo. Ninguna peculiaridad ofrece esta cuestión dentro de la teoría general de los vicios de los actos administrativos.

7.4 LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO

7.41 Sistemas de contratación

Se denominan sistemas de contratación las formas tipo mediante las que ha de entenderse reconocida la existencia jurídica de éstos.

Los sistemas de contratación son, fundamentalmente, tres: el formalista, el espiritualista y el ecléctico. El primero, exige determinadas formas externas para la existencia del contrato. El segundo, atiende exclusivamente al consentimiento, sea cualquiera la forma en que se exprese. Según el tercero, por regla general, el consentimiento de las partes basta para formar el contrato. Por excepción, ciertos contratos exigen, además, del consentimiento, otro requisito; ya una prestación (en cuyo caso se llaman reales), ya una forma determinada (en cuyo caso se denominan solemnes). En el último supuesto, unas veces la forma es simple requisito *ad probationem*; otras, es *ad solemnitatem*, y afecta a la existencia del contrato. El Código civil español sigue el sistema ecléctico. ¿Cuál es el sistema de contratación impuesto por nuestras leyes a la Administración pública?

7.42 El sistema de contratación de la Administración pública

A) *Administración estatal*.—El artículo 64 de la ley de Administración

y Contabilidad se corresponde con el artículo 1.280 del Código civil. Pero en los contratos de los que es parte la Administración, el problema estriba en averiguar si, como en los celebrados entre particulares, el criterio que debe regir es el de que la falta de escritura no afecta a su validez (artículo 1.279 del Código civil), pues en la ley de Administración y Contabilidad falta una norma que señale taxativamente cuáles son los efectos de la falta de formalización en escritura pública de los contratos. En otras palabras, el problema es saber si la escritura pública es forma *ad solemnitatem* o *ad probationem* de los contratos de la Administración estatal.

La solución al problema nos la ofrece el artículo 65 de la propia ley de Administración y Contabilidad, que nos remite a las disposiciones y normas del Derecho común para suplir las lagunas del ordenamiento específico de los contratos de la Administración. Por tal camino se aplicará el artículo 1.279 del Código civil.

En resumen, la escritura pública no es, en ningún caso, requisito para la validez de los contratos de la Administración, y éstos se perfeccionan con la adjudicación definitiva.

B) *Administración local*.—Las normas que regulan la contratación de las Corporaciones locales señalan claramente el momento en el que los contratos se perfeccionan.

«El contrato se perfeccionará—según declara el artículo 45 del reglamento de 9 de enero de 1953—por la adjudicación definitiva, en virtud de la cual los licitadores y la Corporación quedarán obligados a su cumplimiento.»

Este principio, como ocurre en la

contratación civil, tiene, según la jurisprudencia, excepciones, pues algunos contratos requieren para nacer escritura pública.

7.5 LA IMPUGNACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN

7.51 Teorías

Las personas que se consideren lesionadas por la adjudicación pueden, en aplicación de los principios sobre los que descansa nuestro régimen jurídico-administrativo, acudir, primero, ante las autoridades administrativas, y después, ante los órganos jurisdiccionales del Estado, con la pretensión de que aquélla sea anulada por considerarla viciada en su fondo o en su forma.

Pero no resulta fácil lograr que los órganos jurisdiccionales del Estado admitan las demandas de anulación contra adjudicaciones definitivas. Puede decirse que suelen adoptar dos aptitudes con respecto a los recursos ante ellos interpuestos contra las adjudicaciones definitivas.

El juez ha considerado, unas veces, teniendo en cuenta que el acto impugnado concurre a la formación del contrato, que el recurrente pedía la anulación de la aceptación de la oferta de licitador seleccionado; en definitiva la anulación del contrato. Otras veces, el juez ha entendido que el recurrente contra una adjudicación insta la anulación del acto final del procedimiento de selección de contratistas, o sea, la resolución en virtud de la cual se admiten los licitadores y se elige para contratista a uno de ellos. Pudiendo también solicitar la anulación de un acto administrativo anterior a la adjudicación definitiva.

Estas actitudes dieron origen a dos corrientes jurisprudenciales que fueron bautizadas en Francia con los nombres de teorías del *tout indivisible* y de los *actes détachables*, respectivamente.

A) *Teoría del todo indivisible de procedimiento y contrato*.—La idea fundamental de esta teoría es la de que, desde el momento en que el contrato se perfecciona, los actos que le han precedido, los del procedimiento de selección de contratistas, se incorporan a él.

La teoría del «todo indivisible» restringe extraordinariamente el círculo de los legitimados para discutir la validez de los procedimientos de selección. Las partes contratantes serán las únicas legitimadas para ello, y lo harán ante el juez del contrato. Pero, normalmente, las partes son las menos interesadas en sostener la invalidez del procedimiento que les ha conducido a la meta de sus aspiraciones. Por el contrario, los licitadores que deseaban ser contratistas y no lo consiguieron, si estiman ilegal el procedimiento y su resultado, estarán verdaderamente interesados en su anulación.

B) *Teoría de los «actos separables»*.—Esta teoría permite disociar del contrato todos los actos que concurren a su formación, o, como se dice otras veces, que le sirven de sostén, de soporte, y volviéndole a dar cierta individualidad jurídica, permite impugnarlos mediante el recurso por exceso de poder, incluso cuando el contrato se ha perfeccionado.

La concepción del acto separable hace posible que los terceros al contrato, si demuestran interés en la anulación, impugnen, mediante el recurso por exceso de poder, los actos administrativos separables de la

convención. En cambio, por no ser partes en la relación, y carecer de un posible derecho lesionado, no pueden ejercitar acciones ante el juez del contrato.

7.52 *Actitud de nuestra jurisprudencia*

El Tribunal Supremo ha adoptado ambos puntos de vista para resolver los problemas de legitimación que presentaban quienes recurrían contra adjudicaciones definitivas. Pero una actitud no ha sustituido a la otra, sino que, según los casos, y sin poder distinguir periodos en el tiempo, ha considerado los actos del procedimiento de selección incorporados al contrato o separables de él a efectos de impugnación.

7.53 *La solución más adecuada*

La Administración debe celebrar sus contratos con licitadores regularmente seleccionados. La solución ideal sería que cuando el contrato naciera se hubieran corregido ya los posibles vicios del procedimiento de selección que le precede.

La presunción jurídica está en favor de la legalidad del acto administrativo. Por esto mismo, para hacer posible la anterior solución, será necesario que, en los casos en que se intente destruir dicha presunción, se declare jurisdiccionalmente la legalidad del acto impugnado, o se subsanen sus vicios, antes de la perfección del contrato.

El X Congreso Internacional de Ciencias Administrativas—después de estudiar los remedios propuestos a la ineficacia de la teoría de los actos separables—estimó que la mejor fór-

mula sería que antes de que se perfeccione el contrato, la jurisdicción contencioso-administrativa conozca y resuelva los recursos presentados contra los actos del procedimiento de selección del contratista que estimen viciados.

A la anterior solución se le suele oponer una objeción fundamental: el largo periodo de tiempo que deberá transcurrir antes de que se dicten sentencias en los litigios surgidos como consecuencia del desarrollo del procedimiento de selección y el consiguiente retraso en el comienzo de la ejecución del contrato. Sin embargo, el obstáculo no parece insalvable. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, según disponen nuestras leyes, los contratos para la ejecución de obras y servicios «de reconocida urgencia, incompatible con las formalidades de subasta o con-

curso», pueden ser concertados directamente por la Administración. En los casos de urgencia se prescinde de los procedimientos de selección de contratistas y el problema que tratamos de resolver ni siquiera se plantea.

En segundo lugar, los procedimientos clásicos de selección de contratistas, sin perder sus características fundamentales, pueden estructurarse con la preocupación de reducir al mínimo la posibilidad de que cuando finalicen se encuentren viciados.

Finalmente, cabe ensayar un proceso contencioso-administrativo de urgencia para resolver los recursos contra los actos finales de los procedimientos de selección. De esta forma, cuando el contrato nazca, la jurisdicción contencioso-administrativa habrá podido decidir sobre la regularidad de aquéllos.

FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO