

RECOMENDACIÓN 1/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a la utilización del procedimiento negociado.

I. ANTECEDENTES

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, es el órgano consultivo en materia de contratación pública de la Administración, sus organismos públicos, empresas y fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como de las Universidades Públicas y Entidades Locales radicadas en su territorio. Entre sus funciones de índole consultiva, incluye el artículo 3.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, la de *«Informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa»*. Asimismo, conforme al artículo 4. d) del Reglamento le corresponde *«Formular recomendaciones, tanto generales como particulares, a los órganos de contratación en función de la competencia que le está atribuida»*.

En ejercicio de estas funciones, este órgano consultivo ha considerado oportuno adoptar una Recomendación sobre la aplicación del procedimiento negociado, como cauce para adjudicar un contrato administrativo.

La conveniencia de elaborar esta Recomendación, viene motivada por la necesidad de dar seguridad jurídica a los órganos gestores sobre los supuestos de aplicación del procedimiento negociado y sus requisitos, a la luz del efecto directo de las Directivas de contratación pública aprobadas en 2014, y cuyo plazo de transposición ha finalizado el 18 de abril de 2016, sin que se haya hecho efectiva dicha transposición. Asimismo, parece oportuno dar pautas

sobre la fase de negociación, tramite esencial de este procedimiento, cuya regulación en la normativa española de contratación pública es muy escueta, pero sobre la que existen ya abundantes pronunciamientos de los tribunales administrativos competentes para conocer del recurso especial, y se pueden identificar numerosas buenas prácticas.

Por ello, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su sesión de 20 de abril de 2016, acuerda la adopción de la presente:

II. RECOMENDACIÓN

Primera.- Naturaleza, características y régimen jurídico del procedimiento negociado.

El procedimiento negociado es un procedimiento de adjudicación de los contratos públicos previsto en las Directivas comunitarias, en el que los poderes adjudicadores consultan con los operadores económicos de su elección y negocian las condiciones del contrato con uno o varios de ellos, usando la definición de la Directiva 2004/18/CE.

La negociación en la adjudicación del contrato, es una posibilidad admitida en el Derecho de la Unión. Asimismo, la utilización de negociaciones en los procedimientos de contratación está expresamente admitida en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, siempre que se contemple en el anuncio de licitación; pues, como se recoge en el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea, la negociación puede dar a los poderes adjudicadores una mayor flexibilidad para obtener de la contratación resultados que satisfagan realmente sus necesidades.

Y es que, el procedimiento negociado, siempre que exista publicidad para asegurar concurrencia, es un instrumento muy útil en aquellos contratos que permiten diversos planteamientos de ejecución que pueden desarrollarse mediante la negociación con los proveedores, o en los que su complejidad aconseja que se pueda asegurar durante la negociación que la oferta final se adapta a las necesidades a cubrir. Además por su flexibilidad puede ser un buen instrumento para implementar políticas públicas de desarrollo sostenible, de inclusión social, etc.

La característica esencial de este procedimiento es, por lo tanto, la negociación. Sin negociación efectiva, como ha señalado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (en adelante TACPA), en su Acuerdo 8/2015, el procedimiento resulta ilegal y está viciado de nulidad de pleno derecho. Y es que como indicó el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC), debe afirmarse que en el procedimiento negociado no hay una licitación en sentido estricto, como existe en el procedimiento abierto, ya que las ofertas, a que se refiere el artículo 178 del Texto refundido de la Ley de contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), no son equiparables a las proposiciones del artículo 145 del mismo, dado que las ofertas no tienen el carácter inalterable de las proposiciones.

El procedimiento negociado está regulado en los artículos 169 a 178 TRLCSP, que son transposición de la Directiva 2004/18/CE, y que lo configuran además como un procedimiento no ordinario, aplicable exclusivamente en los supuestos habilitantes que marca la ley, y que admite cierta flexibilidad para diseñar su desenvolvimiento ya que está poco reglado.

El procedimiento negociado tiene dos modalidades, como recoge el artículo 169.2 TRLCSP, el procedimiento negociado con publicidad, en el que es obligatoria la publicación de anuncios y se admite la presentación de ofertas en concurrencia por cualquier empresario interesado; y el procedimiento negociado sin publicidad, en el que no es necesario dar publicidad inicial al

procedimiento, asegurándose la concurrencia mediante la solicitud de ofertas siempre que sea posible, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 178.1 TRLCSP.

Finalizado el plazo de transposición de las nuevas Directivas de contratación pública de 2014 —Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (Directiva 2014/23/UE), y Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (Directiva 2014/24/UE)—, es necesario tener en consideración el efecto, que los preceptos de las mismas que se refieren a este procedimiento, pueden tener sobre la normativa nacional.

La Directiva 2014/24/UE, cuyo periodo de transposición concluyó el 18 de abril de 2016, mantiene los cuatro procedimientos de licitación vigentes con anterioridad (abierto, restringido, negociado y diálogo competitivo), y añade uno más, el procedimiento de asociación para la innovación.

Como hasta ahora, los procedimientos abierto y restringido, se mantienen como los de libre utilización por los poderes adjudicadores. Las modificaciones se encuentran precisamente en los procedimientos que admiten la negociación para su adjudicación: el procedimiento negociado propiamente dicho, el diálogo competitivo y en el nuevo procedimiento de asociación para la innovación.

Respecto del procedimiento negociado, hay que poner de relieve, como principales novedades respecto de la normativa anterior, que la Directiva 2014/24/UE se decanta por admitir que el procedimiento negociado con publicidad puede ser utilizado con mayor flexibilidad (artículo 26.4 y considerando 42), mientras que los procedimientos negociados sin publicación previa de anuncio, podrán ser utilizados, pero solo en circunstancias excepcionales (artículo 32 y considerando 50). Además, regula con bastante precisión la tramitación del procedimiento de licitación con negociación (artículo 29).

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (en adelante JCCAE), ha emitido una Recomendación de 15 de marzo de 2016, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública (publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 66 de 17 de marzo de 2016). También los órganos competentes para resolver los recursos contractuales han aprobado el documento de trabajo «*Los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público*». Por su parte, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña ha emitido el Informe 1/2016 sobre el mismo tema.

El efecto directo de las Directivas, afecta sólo a los contratos sujetos a regulación armonizada, de forma que por encima de estos umbrales, únicamente podrían utilizarse el procedimiento de licitación con negociación y el procedimiento negociado sin publicidad previa, exclusivamente en los supuestos previstos por la Directiva, siempre que también se encuentren recogidos como supuestos aplicables en el TRLCSP.

Es decir, los artículos dedicados expresamente al procedimiento negociado en la Directiva 2014/24/UE, los artículos 26.4 relativo a los supuestos de utilización de la licitación con negociación, y 32 que establece los supuestos de uso del procedimiento negociado sin publicación previa, tienen efecto directo, si bien, por aplicación de la prohibición del efecto directo vertical descendente, siguen vigentes los supuestos más restrictivos recogidos en el TRLCSP. Al artículo 29, que regula el procedimiento de licitación con negociación, se le reconoce efecto directo y además la interpretación del TRLCSP «*secundum directiva*», debe tenerse en cuenta en el diseño del desarrollo de la negociación en todos los procedimientos negociados.

La Directiva 2014/23/UE, de concesiones, regula los supuestos de utilización del procedimiento negociado en el artículo 31, y sobre el mismo caben las mismas consideraciones que se han hecho respecto de los supuestos de

utilización de la Directiva 2014/24. También resultan aplicables, con efecto directo, los plazos que establece el artículo 39, apartados 3 y 4 de la Directiva 2014/23/UE.

Segunda.- Supuestos de aplicación del procedimiento negociado.

Aunque, como hemos visto, la Directiva 2014/24/UE flexibiliza la utilización del procedimiento negociado con publicidad, y ya no existe un catálogo cerrado de supuestos que habilite su uso —como ocurría con el artículo 30 de la Directiva 2004/18—, lo cierto es que, como indica el documento de los Tribunales de contratos antes citado, el artículo 26.4 de la Directiva 2014/24/UE, aunque tiene efecto directo, en virtud de la prohibición del efecto directo vertical descendente, no puede ser utilizado por el órgano de contratación hasta su efectiva transposición, de manera que siguen vigentes los supuestos más restrictivos recogidos en el TRLCSP.

Por otro lado, el efecto directo solo operará si nos encontramos ante un contrato de regulación armonizada, y por lo tanto afectado directamente por la Directiva 2014/24/UE.

1) Supuestos de aplicación del procedimiento negociado en contratos armonizados.

La JCCAE entiende en su Recomendación, que el procedimiento negociado solo podrá utilizarse para adjudicar contratos sujetos a regulación armonizada, en aquellos supuestos que estén recogidos en los artículos 170 a 174 del TRLCSP, siempre que además figuren en los artículos 26.4 ó 32 de la Directiva 2014/24/UE, si se trata de contratos de obras, suministros y servicios, o en el artículo 31, apartados 4 y 5 de la Directiva 2014/23/UE, si se trata de contratos de concesión.

Y a modo de ejemplo, recuerda que:

«Que los órganos de contratación ya no podrán ampararse en el artículo 170. b) del TRLCSP (relativo a los contratos en los que no pueda determinarse el precio global) para utilizar el procedimiento negociado en relación con contratos sujetos a regulación armonizada.

Y que el supuesto recogido en el artículo 170.e) del TRLCSP (relativo a casos de imperiosa urgencia) no podrá utilizarse para los contratos de concesión de obra y de gestión de servicio público cuando estén sujetos a regulación armonizada».

De acuerdo con lo anterior, a los contratos de obras, servicios y suministros sujetos a regulación armonizada les resultan aplicables los siguientes supuestos de los artículos del TRLCSP.

Con carácter general:

170 a), relativo a la existencia de un procedimiento anterior abierto o restringido o diálogo competitivo, en el que las proposiciones presentadas han sido irregulares o inaceptables. Este supuesto está amparado por el artículo 26.4 b) de la Directiva 2014/24/UE.

170 c), relativo a la existencia de un procedimiento anterior abierto o restringido, al que no se han presentado ofertas o candidaturas o las ofertas presentadas no eran adecuadas. Supuesto que recoge la Directiva 2014/24/UE en el artículo 32.2 a).

170 d), cuando el contrato solo puede encomendarse a un único empresario. Recogido en la Directiva 2014/24/UE en el artículo 32.2 b).

170 e), por razones de imperiosa urgencia, supuesto al que se refiere el artículo 32.2 c) de la Directiva 2014/24/UE.

170 f), relativo a contratos declarados secretos o reservados, que estaría amparado por el artículo 15.3 de la Directiva 2014/24/UE.

Supuestos específicos para obras:

171 a), obras con fines de investigación. Supuesto incluido en el artículo 26.4 a) ii) de la Directiva 2014/24/UE.

171 c), obras repetición de otras anteriores. Supuesto amparado en el artículo 32.5 de la Directiva 2014/24/UE.

Supuestos específicos para suministros:

173 a), adquisición de bienes de especial interés artístico, histórico, etc. Supuesto contemplado en la Directiva 2014/24/UE en el artículo 32.2 b) i).

173 b), productos fabricados con fines de investigación, al amparo del artículo 32.3 a) de la Directiva 2014/24/UE.

173 c), entregas complementarias de acuerdo con el artículo 32.3 b) de la Directiva 2014/24/UE.

173 d), adquisiciones en bolsa de materias primas, previstas en el artículo 32.3 c) de la Directiva 2014/24/UE.

173 e), compras en condiciones especialmente ventajosas de acuerdo con el artículo 32.3 d) de la Directiva 2014/24/UE.

Supuestos específicos para servicios:

174 a), contratos en los que no es posible establecer sus condiciones con la precisión necesaria. Supuesto amparado por el artículo 26.4 a) iii) de la Directiva 2014/24/UE.

174 c), servicios repetición de otros anteriores, supuesto amparado en el artículo 32.5 de la Directiva 2014/24/UE.

174 d), contrato resultado de un concurso de proyectos, de conformidad con el artículo 32.4 de la Directiva 2014/24/UE.

A los contratos de concesión de obra pública y de gestión de servicio público sujetos a regulación armonizada les resultan aplicables los supuestos generales del TRLCSP:

170 c), relativo a la existencia de un procedimiento anterior abierto o restringido, al que no se han presentado ofertas o candidaturas o las ofertas presentadas no eran adecuadas. Supuesto previsto en el artículo 31.5 de la Directiva 2014/23/UE.

170 d), cuando el contrato sólo puede encomendarse a un único empresario, supuesto incluido en el artículo 31.4 de la Directiva 2014/23/UE.

Asimismo es admisible la utilización del supuesto comprendido en el artículo 172 a) TRLCSP, en aquellos casos en que no es posible promover concurrencia en la oferta, que está amparado por el artículo 31.4 b) de la Directiva 2014/23/UE.

En todo caso la aplicación de estos supuestos deberá hacerse según las nuevas Directivas.

2) Supuestos de aplicación del procedimiento negociado en contratos no armonizados, o por debajo de umbrales comunitarios.

Para los contratos no sujetos a regulación armonizada, para los que no tiene efecto directo la nueva Directiva, siguen vigentes los supuestos habilitantes recogidos en los artículos 170 a 175 TRLCSP, incluidos por lo tanto, los supuestos de utilización del negociado por razón de la cuantía —cuya eliminación en cambio estaba prevista en el Anteproyecto de la nueva ley de contratos del sector público, como consecuencia de la transposición de las Directivas— regulados en los artículos 171.d), 173.f), 174.e) y 175 TRLCSP.

Dentro de estos supuestos, es donde quedarían englobados todos los procedimientos negociados que por razón de la cuantía, permite utilizar el TRLCSP de forma excepcional y motivada, dado que todas las cuantías están por debajo de los umbrales europeos.

Lo mismo sucedería con todos los supuestos expresamente previstos en el TRLCSP para la utilización de un procedimiento negociado, por ejemplo para la realización de obras o servicios complementarias, que aun no estando previstos como supuestos concretos en la Directiva, se podrían continuar aplicando siempre que los contratos principales a los que afecten sean de cuantía inferior a la de los contratos sujetos a regulación armonizada.

Siguen siendo aplicables, los supuestos de procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, dado que este supuesto esta previsto para importes inferiores a los umbrales europeos (hasta 200 000 euros en obras, y hasta 60 000 euros en suministros y en servicios), en tanto no sean eliminados por el legislador nacional, pero debe tenerse presente, que como ya puso de relieve esta Junta en su Recomendación 1/2011:

«..el procedimiento negociado sin publicidad, en contratos de obras limitado a tres ofertas hasta una cuantía de 200.000 euros, es un procedimiento, que aunque se comporta como un procedimiento ordinario, representa una importante restricción de la concurrencia que aconseja su uso limitado conforme al principio de buena administración.

Cuando el legislador diseña un catálogo de procedimientos de contratación, y establece unas franjas económicas operativas para cada uno de ellos, está estableciendo una pauta del camino, orientando acerca de la mejor forma de abordar la adjudicación de los contratos públicos, haciendo inoperativo el carácter preferente y ordinario de los procedimientos abierto y restringido. No obstante, y pese al panorama legislativo expuesto, los órganos de contratación en la elección del procedimiento de adjudicación no pueden olvidar uno de los principios generales que deben de inspirar la contratación del sector público, que es la garantía de la mayor concurrencia y publicidad, como de hecho predica el artículo 1 LCSP.»

La elección del procedimiento de adjudicación por el órgano de contratación, no solo debe resultar conforme a la legalidad, sino que tiene que responder al principio de eficiencia que consagra la Constitución Española en el artículo 31, y que acoge el artículo 1 TRLCSP. Eficiencia que se consigue promoviendo la publicidad y la concurrencia. Es por ello que el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía no puede ser utilizado si no concurren otras circunstancias que hagan aconsejable que exista negociación.

3) Consideraciones sobre algunos supuestos de utilización del procedimiento negociado.

Respecto de algunos de los supuestos habilitantes para la utilización del procedimiento negociado, cabe hacer algunas consideraciones que se derivan del efecto directo de las Directivas y de la doctrina sentada por los Tribunales de contratos, y que resultan aplicables a todo tipo de contratos, independientemente de si están o no sujetos a regulación armonizada.

- a) Respecto del supuesto regulado en el artículo 170 a) TRLCSP, hay que tener en consideración que es de aplicación el apartado del artículo 26.4 de la Directiva 2014/24/UE, para considerar una oferta como irregular o inaceptable:

«Se considerarán irregulares, en particular, las ofertas que no correspondan a los pliegos de la contratación, que se hayan recibido fuera de plazo, que muestren indicios de colusión o corrupción o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el poder adjudicador. Se considerarán inaceptables, en particular, las ofertas presentadas por licitadores que no posean la cualificación requerida y las ofertas cuyo precio rebase el presupuesto del poder adjudicador tal como se haya determinado y documentado antes del inicio del procedimiento de contratación».

- b) Respecto de la adjudicación por procedimiento negociado de un contrato que ha quedado desierto, tras haberse seguido un

procedimiento abierto o restringido, en las condiciones que establece el artículo 170 c) TRLCSP, habrán de tenerse en cuenta dos aspectos:

En primer lugar, que el artículo 32 de la Directiva 2014/24/UE dispone qué se debe entender por oferta inadecuada:

«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 poder adjudicador especificados en los pliegos de la contratación. Se considerará que una solicitud de participación no es adecuada si el operador económico de que se trate ha de ser o puede ser excluido en virtud del artículo 57 o no satisface los criterios de selección establecidos por el poder adjudicador con arreglo al artículo 58».

Y en segundo lugar, que la concurrencia del requisito de no introducir modificaciones esenciales, en las condiciones del contrato objeto del procedimiento negociado respecto de la licitación anterior de la que trae causa, conlleva la necesidad de determinar en cada caso concreto el concepto jurídico indeterminado «modificación sustancial». El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en la Resolución 201/2015, entiende que esa determinación debe hacerse de forma estricta, siguiendo el criterio de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de enero de 2005, asunto C-84/03, cuando señala que:

«las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta (sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13). Por tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a las Directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas

Directivas ni dotar a los supuestos expresamente previstos por estas Directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento».

Asimismo señala la citada Resolución, que puede acudirse a los preceptos que regulan la modificación contractual y en concreto al artículo 107.3.e) TRLCSP que dice:

« (...) se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos (...) e) En cualesquiera casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que forma parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas».

- c) La utilización del supuesto regulado en el artículo 170 d) TRLCSP, exige la constatación y acreditación clara e irrefutable, de que concurre una situación de exclusividad —como señala la Resolución 326/2015, de 15 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía—. Exclusividad que, como precisa la Directiva 2014/24/UE en su considerando 50, debe de ser una exclusividad objetiva, que no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación. El artículo 32.2 b) de la Directiva 2014/24/UE, precisa que resultará posible acudir a este supuesto cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto por alguna de las siguientes razones:

«i) que el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única,

ii) que no exista competencia por razones técnicas,

iii) que deban protegerse derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial.

Las excepciones mencionadas en los incisos ii) y iii) solo se aplicarán cuando no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación».

Resulta relevante recordar, que el considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE, advierte que la motivación de que no existen otras alternativas, debe tener en cuenta la utilización de otros canales de distribución, incluso fuera del Estado miembro.

- d) Finalmente, señalar que la posibilidad de utilizar el procedimiento por razones de urgencia del artículo 170 e) TRLCSP, no procederá, según dispone el artículo 32.2 c) de la Directiva 2014/24/UE, cuando la situación de urgencia sea imputable al poder adjudicador.

Tercera.- Preparación del procedimiento.

Tres son los aspectos en los que la preparación del procedimiento negociado presenta características específicas: la justificación de la elección del procedimiento, la delimitación de la materia que va a ser objeto de negociación y la necesidad de establecer criterios de adjudicación.

1) La justificación de la elección del procedimiento.

La tramitación del expediente exige, de acuerdo con el artículo 109 TRLCSP, la justificación de la elección del procedimiento.

El procedimiento negociado, con y sin publicidad, se configura actualmente en la legislación nacional, según se ha explicado en el apartado anterior, como un procedimiento extraordinario, al que los órganos de contratación pueden acudir solamente para los supuestos tasados en el TRLCSP, y siempre, y en todo caso, justificando debidamente en el expediente la decisión de acudir a este procedimiento, en detrimento de los considerados normales u ordinarios

(abierto o restringido), en los que los principios generales de la contratación imperan con toda su intensidad.

Especial hincapié hay que hacer, en la justificación de los supuestos de utilización por razón de la cuantía de los artículos 171.d), 173.f), 174.e) y 175 TRLCSP, pues como ha advertido el TACPA es necesario justificar en cada caso la conveniencia de recurrir a la negociación, no bastando ampararse en la cuantía del contrato. Así en el Acuerdo 8/2015 dice:

«Conviene advertir, además, que aun por la cuantía, no hay libertad de elección de procedimiento, pues debe motivarse por qué se elige frente a otros procedimientos ordinarios (artículo 109.4 TRLCSP). Y como declara la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de octubre de 2010, (C-337/1998) Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa, “las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato [...]”. Por ello, todo procedimiento negociado —con o sin publicidad— debe justificar esta conveniencia de negociación...».

A estos efectos puede servir, como parámetros de justificación, lo dispuesto en el artículo 26. 4 de la Directiva 2014/24/UE.

2) Delimitación de la materia objeto de negociación.

El elemento diferenciador del procedimiento negociado, respecto de los procedimientos abierto y restringido, es la exigencia de negociación. Debe fijarse previamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), cual será el objeto de la negociación, o como señala el artículo 176 TRLCSP, los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación, como por ejemplo, la calidad, las cantidades, las cláusulas comerciales y los aspectos sociales, medioambientales e innovadores, en la medida en que no constituyan requisitos mínimos.

No es posible negociar sobre los requisitos mínimos establecidos en el PCAP, como ha determinado la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 5

de diciembre de 2013, asunto c-561/12), y establece expresamente el artículo 29 de la Directiva 2014/24/UE:

«En los pliegos de cláusulas administrativas particulares, los poderes adjudicadores determinarán el objeto de la contratación facilitando una descripción de sus necesidades y de las características exigidas para los suministros, las obras o los servicios que hayan de contratarse, indicarán asimismo qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todas las ofertas».

El mismo artículo 29 precisa también, que no pueden ser objeto de negociación los criterios de adjudicación. Por lo tanto, no es posible variar, mediante la negociación, la enumeración de los criterios que van a ser valorados, ni su existencia o forma de valoración. Pero si cabe que sean a la vez aspectos a negociar.

Una cuestión, respecto de la que no existe unanimidad, es la posibilidad de utilizar como único elemento sobre el que verse la negociación el precio. No existe un precepto que expresamente lo prohíba, y viene siendo admitida — Resolución del TACRC 50/2011—, pero no parece que responda a la verdadera naturaleza de este procedimiento. Un procedimiento negociado, en el que la negociación verse únicamente sobre el precio, es dudoso que cumpla con la finalidad de este procedimiento que es adaptar el contrato a las necesidades y objetivos del órgano contratante. Por ello, no es aconsejable recurrir al precio como único criterio de negociación.

Como ya se ha expresado en el apartado anterior cabe utilizar como criterios de adjudicación aspectos que también son objeto de negociación.

3) Necesidad de establecer criterios de adjudicación.

Aunque una de las características del procedimiento negociado es su flexibilidad, y el TRLCSP no exige expresamente que el PCAP determine los criterios de adjudicación para identificar la oferta económicamente

más ventajosa, la JCCAE, dijo en su Informe 48/09, de 1 de febrero de 2010, que:

«para poder aplicar el procedimiento negociado han de cumplirse de manera justificada alguno de los supuestos (...) y que para la elección de cual será la mejor oferta se han de fijar los criterios de adjudicación que considere aplicables el órgano de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 134 de la Ley [150 TRLCSP] que, como es bien sabido, se aplica en todos los procedimientos de adjudicación, fijando uno varios criterios, pero señalando en el pliego de cláusulas administrativas particulares los aspectos económicos y técnicos del contrato sobre los que versará la negociación».

Es decir, el carácter flexible y la existencia de negociación, no elimina la obligación de incluir criterios de adjudicación. Esta interpretación resulta avalada por el artículo 22.4 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009), cuando señala, entre las funciones de la Mesa de contratación en los procedimientos negociados en que se constituya, la valoración de las ofertas después de la negociación. También las previsiones del artículo 178.2 TRLCSP, y 43 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad, van en la línea de exigir la valoración de las ofertas en los procedimientos negociados.

Finalmente, la redacción de la nueva Directiva 2014/24/UE, no deja lugar a dudas, ya que en su artículo 29 dispone que:

«En los pliegos de la contratación, los poderes adjudicadores determinarán el objeto de la contratación facilitando una descripción de sus necesidades y de las características exigidas para los suministros, las obras o los servicios que hayan de contratarse, y especificarán los criterios de adjudicación del contrato. Indicarán asimismo qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todas las ofertas».

Cuarta.- Invitaciones a presentar oferta.

En el procedimiento negociado, el órgano de contratación invita a presentar ofertas a aquellos candidatos que lo hayan solicitado como respuesta a un anuncio, cuando se trata de un procedimiento con publicidad, o que son invitados directamente por el órgano de contratación en los supuestos sin publicidad.

1) Procedimiento negociado con publicidad.

El procedimiento negociado con publicidad admite dos tipos de supuestos, los que exigen publicidad en diarios y boletines oficiales, en la forma prevista en el artículo 142 TRLCSP, y aquellos en los que es suficiente la publicación en el Perfil de contratante, que son los supuestos a que se refieren los artículos 142.2 y 177.2 TRLCSP.

En ambos casos, la publicación del anuncio abre un plazo para presentar solicitudes de participación. El artículo 29 de la Directiva 2014/24/UE, hace hincapié en que la información facilitada sea lo suficientemente precisa como para que los operadores económicos puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la contratación, y decidir si solicitan participar en el procedimiento. Después de un proceso de selección, basado en criterios de solvencia, se invita a los candidatos seleccionados a presentar su oferta, siendo posible que el órgano de contratación limite el número de candidatos aptos que hayan de ser invitados a participar en el procedimiento, estableciéndolo en el PCAP.

A estos trámites, les resultan aplicables las normas contenidas en los artículos 163 a 166 TRLCSP sobre el procedimiento restringido. No obstante, en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a negociar, el número mínimo será de tres conforme lo señalado en el apartado 1 del artículo 178 TRLCSP.

Las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, establecen como novedad plazos mínimos de presentación de las solicitudes de participación y de

las ofertas, que resultan aplicables desde el 18 de abril de 2016, dado que el TRLCSP no regula estos extremos.

Para contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada, el artículo 29.1 de la Directiva 2014/24/UE, establece un plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación, que será de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación o, en caso de que se utilice un anuncio de información previa como medio de convocatoria de la licitación, de la invitación a confirmar el interés.

El plazo de presentación de ofertas iniciales será de 30 días, a contar desde la fecha de envío de la invitación, resultando de aplicación el régimen de reducción de plazos que establece el artículo 28, apartados 3, 5 y 6, letra a) de la Directiva 2014/24/UE.

Como detalla la JCCAE en su Recomendación de 15 de marzo de 2016:

- a) Cuando el órgano de contratación hubiera publicado un anuncio de información previa, el plazo mínimo de presentación de ofertas será de 10 días siempre y cuando: (i) en el anuncio de información previa se hubiera incluido toda la información exigida en el anexo VBI, en la medida en que dicha información estuviera disponible en el momento de publicarse el citado anuncio y, además, (ii) el mismo hubiera sido enviado para su publicación en el «Diario Oficial de la Unión Europea» entre 35 días y 12 meses, antes de la fecha de envío del anuncio de convocatoria de licitación.
- b) Cuando el órgano de contratación acepte que las ofertas puedan presentarse por medios electrónicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 22, apartados 1, 5 y 6, de la Directiva 2014/24/UE, el plazo mínimo de 30 días podrá reducirse en 5 días. Cuando el plazo mínimo de 30 días sea impracticable, como consecuencia de una situación de urgencia debidamente justificada, el órgano de contratación podrá fijar otro siempre y cuando éste no

sea inferior a 10 días contados a partir de la fecha de envío de la invitación.

- c) No podrá aplicarse la reducción del plazo de presentación de solicitudes de participación de hasta 10 días por envío del anuncio de convocatoria de licitación por medios electrónicos, informáticos o telemáticos que establece el artículo 112.2.b), segundo párrafo TRLCSP. Ello es debido a que de conformidad con los artículos 28.6.a) y 29.1, cuarto párrafo, último inciso de la Directiva 2014/24/UE, la reducción que se haga por una situación de urgencia debidamente justificada, no podrá dar como resultado, un plazo para la presentación de solicitudes de participación inferior a 15 días contados a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación. Ante esta diferencia entre el TRLCSP (10 días) y la Directiva 2014/24/UE (15 días) debe aplicarse el plazo mínimo más amplio, esto es, el establecido en la Directiva.

Para los contratos de gestión de servicios y de concesión de obra pública sujetos a regulación armonizada, resultan de aplicación los plazos que establece la Directiva 2014/23/UE en su artículo 39, apartados 3 y 4 que la Recomendación de la JCCAE resume así:

- a) El plazo mínimo de presentación de solicitudes de participación es de 30 días a contar desde la fecha de envío del anuncio de convocatoria de licitación.
- b) El plazo mínimo de presentación de ofertas es de 30 días a contar desde la fecha de envío del anuncio de convocatoria de licitación. Cuando se trate de procedimientos de licitación que se sustancien en varias etapas sucesivas, como por ejemplo aquéllos procedimientos negociados con publicidad que se acojan a lo dispuesto en el artículo 178.2 TRLCSP, el plazo mínimo para la recepción de las ofertas iniciales será de 22 días a contar desde la fecha en que se envió la convocatoria de ofertas.

- c) De acuerdo con el apartado 5 del artículo 39 de la Directiva 2014/23/UE, los plazos mínimos de presentación de ofertas podrán reducirse en 5 días cuando el órgano de contratación acepte que su presentación se realice por vía electrónica.

2) Procedimiento negociado sin publicidad.

En el procedimiento negociado sin publicidad, será necesario solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible. Las Administraciones públicas pueden elevar este umbral mínimo de solicitudes, como hizo el Gobierno de Aragón en su Plan de racionalización de 2011, que exige la consulta al menos a cuatro empresas.

Ahora bien, como señaló la JCCAE en el Informe 33/2009:

«La solicitud de participación y la presentación de ofertas en un procedimiento negociado sin publicidad por parte de empresarios no invitados previamente por el órgano de contratación, obliga a éste a formular invitación, en el primer caso, y a aceptar la oferta en el segundo, siempre que las mismas hayan sido presentadas en tiempo hábil, considerado el estado del procedimiento, y reúnan los demás requisitos precisos para ser tomadas en consideración».

Este criterio se asumió ya por esta Junta en el informe 16/2012, y por tanto, no se podrá rechazar una oferta presentada por un interesado en el procedimiento, por el mero hecho de no haber sido inicialmente invitado por la unidad gestora del contrato, siempre que dicha oferta se haya presentado dentro del plazo señalado y cumpla con los requisitos establecidos.

Quinta.- La constitución de Mesa de contratación.

La constitución de Mesa de contratación, es obligatoria en el procedimiento negociado con publicidad, y potestativa en el procedimiento negociado sin publicidad, según el artículo 320 TRLCSP.

Esta Junta, comparte el criterio sentado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, en el Informe 11/2011, que aconseja la asistencia de la Mesa en el caso de que el órgano de contratación, teniendo en cuenta las características específicas del objeto contractual y/o por las circunstancias concurrentes, haya estipulado en el PCAP la necesidad de que las empresas presenten la documentación relativa a sus ofertas en tres sobres independientes, dada la vinculación existente entre esta forma de presentación de las ofertas y el régimen de actos públicos celebrados por las Mesas de contratación, aunque hay que considerar que estos supuestos serán extraordinarios.

En ningún caso corresponde a la Mesa de contratación negociar las ofertas, aun cuando se constituya, pues tal como dispone el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, relativo a las funciones de las Mesas de contratación, en el procedimiento negociado la Mesa, en los casos en que intervenga, tiene que calificar la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y, una vez concluida la fase de negociación, tiene que valorar las ofertas de los licitadores y proponer al órgano de contratación la adjudicación correspondiente.

Sexta.- La negociación.

1) Exigencia de negociación. Consecuencia de no negociar: causa de nulidad.

En el procedimiento negociado, la adjudicación debe recaer en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos (artículo 169.1 TRLCSP).

Que la negociación es elemento sustancial del procedimiento negociado, y su elemento diferenciador, es una cuestión harto reiterada por nuestros órganos consultivos y tribunales administrativos de contratos. Sin

embargo, lo cierto es que una mala praxis administrativa ha venido utilizando indebidamente este procedimiento, desvirtuando su carácter «negociado» al prescindir de un trámite esencial y definitorio del mismo, cual es la negociación, realizándose exclusivamente la solicitud de ofertas y adjudicación a la considerada mejor oferta en su conjunto.

Probablemente, aquella mala praxis sea consecuencia de que en sus orígenes, este procedimiento tuvo una escasa regulación que condujo a asimilar, en cierta manera, el procedimiento negociado con la antigua adjudicación directa, confusión que ha perdurado en el tiempo y que ha acarreado un uso indebido y abuso de este procedimiento.

Superada esa confusión, nadie duda ya, que la esencia del procedimiento negociado, la razón de ser de su utilización, es la selección del contratista mediante una negociación entre el órgano de contratación y las empresas invitadas, proceso que va delimitando las condiciones del contrato a partir de una primera oferta presentada por cada licitador.

Conviene señalar, no obstante, que el artículo 29.4 de la Directiva 2014/24, permite prescindir de la negociación, cuando establece que *«los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos sobre la base de las ofertas iniciales sin negociación cuando hayan indicado en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés que se reservan dicha posibilidad»*. En todo caso, esta opción requeriría justificar la razón que motiva la ausencia de la negociación.

Los órganos competentes para conocer de los recursos contractuales han sido unánimes al considerar que la ausencia de negociación conlleva la nulidad de pleno derecho del procedimiento negociado (Resolución del TACRC 50/2011, Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra 10/2013).

El TACRC, en la citada Resolución 50/2011, indicó que la presentación de ofertas no puede ser considerada como una fase de negociación, que ha de existir posteriormente a la presentación de ofertas. También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, en su Acuerdo de 21 de julio de 2010, anuló la adjudicación de un contrato pues analizado el expediente, advirtió que *«no consta que se haya producido ningún tipo de negociación con los candidatos, sino que simplemente se han valorado las ofertas presentadas de acuerdo con los criterios de adjudicación contenidos en el Pliego, como si se tratase de un procedimiento abierto (...) se ha omitido el trámite correspondiente a la negociación, esencial en este tipo de procedimiento.»*

2) Principios que rigen la negociación.

El artículo 178 TRLCSP, en los apartados 3,4 y 5 regula la fase de negociación:

«3. Durante la negociación, los órganos de contratación velarán porque todos los licitadores reciban igual trato. En particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto.

4. Los órganos de contratación negociarán con los licitadores las ofertas que éstos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa.

5. En el expediente deberá dejarse constancia de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo».

Se refuerzan por tanto, para este procedimiento, los principios que el artículo 1 TRLCSP establece para todos los contratos: transparencia e igualdad de trato y no discriminación de los candidatos. Por ello, la negociación ha de ir acompañada de ciertas cautelas, dado que las posibles ventajas de una mayor flexibilidad y una posible simplificación, conllevan un aumento de los riesgos de favoritismo.

Se considera una exigencia del principio de transparencia, y una buena práctica a seguir, que el PCAP detalle la forma en que se va a realizar la negociación: número de rondas previstas, si la negociación se realizará presencialmente, por escrito o por vía telemática, etc. La Comisión Nacional de la Competencia, en la «Guía sobre contratación pública y competencia» de 2010, sugiere que para la realización de la negociación, las Administraciones Públicas elaboren “protocolos de funcionamiento que identifiquen los criterios utilizados para la selección de los candidatos” y en los que se desarrolle “tanto el procedimiento de negociación como los aspectos sobre los que ésta versará y el momento exacto en que se llevará a cabo”.

Como ya se ha expuesto, a la Mesa de contratación aun cuando se constituya, no le corresponde negociar las ofertas, por ello, es recomendable residenciar la negociación en una unidad de asistencia, unipersonal o colegiada, distinta al órgano de contratación, y que las personas encargadas de tramitar la negociación tengan la experiencia técnica, el conocimiento del mercado y las destrezas necesarias para negociar un buen acuerdo con los proveedores o contratistas. También es recomendable dar publicidad a la composición de esa unidad que va a realizar la negociación.

Asimismo, se recomienda la profesionalización en general de los gestores de contratación, como factor para promover el principio de integridad, y en mayor medida respecto de las personas en las que recae la labor de la negociación del contrato.

En todo caso, es necesario dejar constancia documental del proceso de negociación en el expediente administrativo, para lo cual puede ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos, que registren los términos en que se desarrolla la negociación.

Este es un aspecto muy reforzado en la nueva Directiva, que obliga a los Estados a utilizar medios electrónicos a más tardar el 18 de abril de 2018. Dispone en este sentido el artículo 22.1 de la nueva norma que los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información se lleven a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos, y, en particular, la presentación electrónica de ofertas y solicitudes.

3) La oferta inicial.

El proceso de negociación comenzara en todo caso con la presentación de una oferta inicial.

El Informe 11/2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, antes citado, concluye que en los procedimientos negociados no resulta aplicable la obligación de presentar la documentación relativa a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor, en caso de que se hayan previsto, en un sobre independiente del resto de documentación de la oferta. Asimismo, aun en los casos en que se haya constituido Mesa de contratación, no es obligatoria la realización de los actos públicos de apertura de las proposiciones previstos en el Real Decreto 817/2009.

Cabe recordar, que el artículo 80.6 RGLCAP admite que en estos procedimientos las ofertas se presenten ante el órgano de contratación en los plazos y en la forma que se determine en el PCAP.

4) Desarrollo de la negociación.

Presentadas las ofertas iniciales, habrá que efectuar una o varias rondas de negociación. El desarrollo de la negociación admite múltiples configuraciones, que como ya se ha adelantado, deberá recoger el órgano de contratación en el PCAP.

Los órganos de contratación podrán articular el procedimiento negociado en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en el PCAP, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta facultad. El número de soluciones que lleguen hasta la fase final, deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados.

En esta fase, se velará especialmente porque todos los licitadores reciban igual trato y por salvaguardar el principio de confidencialidad. Con ese fin, no se podrá facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros.

En especial, los poderes adjudicadores no deben revelar a los demás participantes en la negociación las soluciones propuestas por uno de los participantes, u otros datos confidenciales que este les comunique, sin el acuerdo previo de éste. Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de soluciones específicas u otra información confidencial.

Asimismo, si como consecuencia de la negociación, se modifican las especificaciones técnicas, u otra documentación de la contratación que no sea la que establece los requisitos mínimos, será necesario informar por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido eliminadas, tal y como exige el artículo 29 de la Directiva 2014/24/UE.

En cada ronda de negociación se trasladará a todos los candidatos cuyas ofertas no hayan sido eliminadas la información necesaria para continuar la negociación - como la posición de su oferta en el conjunto de la negociación, la valoración de la misma, o la mejor oferta recibida

en cada uno de los aspectos a negociar- según se haya previsto en el PCAP.

Dicha información será adecuada para que los licitadores puedan conocer su situación en la negociación y puedan realizar nuevas ofertas, sin que en ningún caso pueda mencionar o identificar al resto de los candidatos. Asimismo, se determinarán las condiciones que permitan considerar como inviables las ofertas durante la negociación.

En el Acuerdo 33/2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, se estudiaba una reclamación en que se denunciaba el modo de negociar la mejor oferta económica por el órgano de contratación. Después de haber recibido las ofertas de los licitadores, sólo dos, la unidad gestora del contrato, mediante correo electrónico, procedió a comunicarles cuál había sido el menor precio sin ocultar quienes eran los destinatarios, invitándoles en el mismo acto a presentar una mejora de su oferta inicial. El Tribunal concluyó que el hecho de que se revelen todas las ofertas y quiénes son los licitadores vicia el procedimiento:

«(...) la inaplicación a las ofertas de un procedimiento negociado la exigencia de secreto impuesta a las proposiciones debe serlo a los solos efectos de entender que no resulta preceptivo que las ofertas se presenten en sobre cerrado y separadas de la documentación administrativa, ni que todas las ofertas recibidas sean abiertas en acto único y simultáneo, ya que nada impide que se vayan examinando a medida que se van recibiendo para, con base en dicho examen, el órgano de contratación proceda a iniciar la negociación prescrita.

Es más, las ofertas en el procedimiento negociado también deben considerarse afectadas por el carácter reservado o secreto que se impone a los datos que los interesados presentan ante las Administraciones Públicas, con lo que si bien las ofertas pueden ser utilizadas por el órgano de contratación, no pueden ser públicas frente al resto de los licitadores, carácter reservado que debe ser mantenido durante toda la fase de negociación como garantía de que todos los

licitadores que participen en la negociación reciban igual trato y ninguno de ellos se encuentre en posición ventajosa respecto del resto».

En todo caso, en cada ronda se otorgará a los candidatos tiempo suficiente para que puedan volver a presentar nuevas ofertas modificadas.

Aunque el desarrollo de la negociación exige unas formalidades por escrito, no hay inconveniente a que se establezca la posibilidad de realizar reuniones, en las que la negociación se realice de forma presencial. Los resultados de estas reuniones se plasmarán en una nueva oferta por escrito.

5) La oferta final.

Cuando el poder adjudicador piense concluir las negociaciones, la Directiva 2014/24/UE establece que se informará a los licitadores que continúen en el procedimiento, y se establecerá un plazo común para la presentación de las ofertas finales.

Presentadas las ofertas definitivas, se verificará que se ajustan a los requisitos mínimos, y se evaluarán con arreglo a los criterios de adjudicación, clasificando con arreglo a estos las ofertas finales, de manera que quede justificada en el expediente la que se considera la oferta más ventajosa para la Administración, conforme a los criterios de adjudicación establecidos y la negociación realizada.

Recomendación 1/2016, adoptada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su sesión del día 20 de abril de 2016.