

Informe 48/09, de 1 de febrero de 2010. «Procedimiento negociado. Determinación de los aspectos que serán objeto de negociación y de los criterios de adjudicación que se servirán de base para la adjudicación del contrato. Improcedencia de aplicación cuando no se han fijado».

Clasificación de los informes: 14. Procedimientos de adjudicación. 14.2. Procedimiento negociado.

ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Córdoba se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa por medio de un escrito con el siguiente texto:

«Como órgano consultivo en materia de contratación administrativa, y en cumplimiento del artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, de Régimen Orgánico Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, dirijo la siguiente petición de informe, cuyos antecedentes son los siguientes:

Por parte del Departamento de Recursos Internos se ha redactado un pliego de cláusulas administrativas particulares relativo a un contrato administrativo de obras. El importe del contrato es de 115.632,82.-€ + IVA 18.501,25.-€ Total: 134,134,07.-€.

Como quiera que se trata de contrato de obras cuyo valor estimado es inferior a 200.000.-€ se propuso para su adjudicación el procedimiento negociado sin publicidad, en base al artículo 155 d) y 161.2 de la LCSP.

Redactado el pliego se somete a la Asesoría Jurídica de conformidad con la Dis. Ad. Segunda de la LCSP. El citado informe -de fecha 29 de mayo de 2009- concluye, a los efectos de esta consulta "que no existen razones justificativas para que el procedimiento no sea el abierto y que no puede sostenerse que estamos en presencia de un contrato que ha de seguirse por procedimiento negociado cuando el pliego no solo no establece los criterios y bases de negociación, sino que solo contempla como criterio para efectuar la adjudicación el precio".

La Intervención General Municipal sostiene la tesis de la Asesoría jurídica según informes de fecha 2 de julio y 23 de julio de 2009.

Por otro lado, el Jefe del Departamento de Recursos Internos ha redactado 2 informes de fechas 26 de mayo y de 23 de junio 2009 argumentando la viabilidad jurídica de tramitar el citado contrato mediante el procedimiento negociado sin publicidad, en contra de las posturas de la Asesoría Jurídica y de la Intervención General Municipal.

A la vista de estos antecedentes y los informes que se acompañan a esta consulta se formulan las siguientes cuestiones:

a) ¿Es suficiente argumentar el criterio del valor estimado de un contrato para justificar una adjudicación por el procedimiento negociado sin publicidad, o bien es necesario aportar más argumentos para destruir la regla general del abierto?

b) ¿Es posible fijar en un procedimiento negociado sin publicidad un solo criterio objetivo de adjudicación que sea el precio o necesariamente tenemos que fijar criterios y bases de negociación en los pliegos?

A los efectos de una mayor comprensión del asunto se le adjuntan fotocopias de los informes que se indican en los antecedentes».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La cuestión que plantea el Alcalde de Córdoba se circunscribe a delimitar la aplicación del procedimiento negociado, en este caso sin publicidad, la determinación de los aspectos que serán objeto de negociación así como de los criterios de adjudicación que se servirán de base para la adjudicación del contrato.

2. Para resolver la cuestión habrá de hacerse, en primer lugar, la necesaria referencia a las normas que regulan tales aspectos para, a continuación, extraer las consideraciones que derivan de su aplicación.

El primer aspecto que debemos señalar es que en todos los contratos se deben determinar los criterios de adjudicación conforme dispone el artículo 134 de la Ley de Contratos del Sector

Público, especialmente en su apartado 2, "los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación".

El segundo aspecto, relativo a la configuración del procedimiento negociado, sobre el que se han pronunciado anteriores informes de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se refiere a que el procedimiento negociado, ya sea con o sin publicidad, es un procedimiento de adjudicación de contratos excepcional que sólo es de aplicación en los supuestos determinados en la Ley y sólo en esos, y que, precisamente por esa excepcionalidad, su régimen difiere de las reglas de los procedimientos abiertos y restringidos. Ello no obstante, cuando el órgano de contratación constata que concurren los requisitos establecidos para optar por su aplicación, puede, si así lo desea, optar por la aplicación alternativa del procedimiento abierto o del procedimiento restringido.

En la consulta se aprecia que el supuesto que se plantea cumple los requisitos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad establecido en la Ley de Contratos del Sector Público para los contratos de obras en el artículo 155, letra d), y en el artículo 161, pero no determina los aspectos sobre los que versará la negociación, limitándose a establecer el criterio de adjudicación.

3. En cuanto se refiere a las normas concretas reguladoras de tal procedimiento de adjudicación, debemos exponer las normas concretas que lo regulan con especial referencia a la negociación del contrato.

En el artículo 135.3 se advierte que en los procedimientos negociados la adjudicación provisional concretará y fijará los términos definitivos del contrato, precepto que exige, como más adelante citaremos, que han de haberse establecido previamente cuál será el objeto de la negociación, norma que se reitera en el artículo 153.1 cuando señala que en el procedimiento negociado la adjudicación recaerá 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. A continuación el artículo 160, bajo el epígrafe delimitación de la materia objeto de negociación, dispone que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas, precepto que se reitera en el artículo 67.2, letra l), del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por último el artículo 162, que se refiere a la negociación de los términos del contrato, en su apartado 3 describe las reglas que se seguirán durante la negociación y en el apartado 4 indica que 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. De toda la negociación se dejará constancia en el expediente advierte el apartado 5.

4. De cuanto se expone se ha de obtener una clara conclusión como es que elemento diferenciador del procedimiento negociado respecto de los procedimientos abierto y restringido es que mientras que en estos no existe posibilidad de entrar en negociación sobre la propuesta presentada por cada licitador, en el procedimiento negociado se exige que previamente se ha señalado cuál será el objeto de la negociación y que, una vez verificada ésta, se han de fijar los términos del contrato, o dicho de otra manera se cerrará el contenido de los pliegos como soporte en el que se fijan los derechos y obligaciones de las partes y se definen los pactos y condiciones propios del contrato, como consecuencia de tal negociación y de manera consecuente con la adjudicación provisional, como dispone el citado artículo 135.3.

Si en el pliego y, en su caso, en el anuncio no se fija cual será el objeto de la negociación o como señala el artículo 160, los aspectos técnicos y económicos del contrato, se deja sin cumplir el elemento caracterizador del procedimiento y en consecuencia estaremos ante un supuesto claro de aplicación del procedimiento abierto o del procedimiento restringido.

5. El cumplimiento de estas reglas se eluden en el pliego de cláusulas administrativas particulares, lo que motiva que se recomiende acudir al procedimiento abierto como se indica en el informe acompañado, en el que no se requiere tales aspectos, ya que la referencia al precio para nada puede justificar tal requisito, habida cuenta de que en el pliego se configura como un criterio de adjudicación y no se ha fijado como uno de los elementos del contrato que se pueden negociar.

6. Respondiendo a las cuestiones concretas planteadas por el Alcalde de Córdoba debe responderse que para poder aplicar el procedimiento negociado han de cumplirse de manera

justificada alguno de los supuestos establecidos al efecto, según cada tipo de contrato, en la Ley 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 que, como es bien sabido, se aplica en todos los procedimientos de adjudicación, fijando uno o varios criterios, pero señalando expresamente el pliego de cláusulas administrativas particulares los aspectos económicos y técnicos del contrato sobre los que versará la negociación.

CONCLUSIÓN

De cuanto se expone la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que pueda aplicarse el procedimiento negociado, pero para ello deberá hacerse constar previamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares los aspectos del contrato sobre los que debe versar la negociación.