



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de..., mediante escrito de fecha 26 de junio pasado y registro de entrada en Diputación el día 2 de julio, y en relación con la contratación de los festejos taurinos a celebrar en la localidad durante el presente año, se ha dirigido al Departamento de Asistencia a Municipios para recabar nuestra opinión sobre la propuesta de adjudicación del contrato de los aludidos festejos taurinos, interesándose por saber si ésta se ajusta a Derecho en la forma en que ha sido acordada por la mesa de contratación del Ayuntamiento.

Con dicha finalidad, el Sr. Alcalde nos remite sendas copias, tanto del Pliego de Condiciones Económico Administrativas aprobado al efecto, como del Acta de la Mesa de Contratación en la que se propone al órgano de contratación la adjudicación del mencionado contrato a una de las tres empresas invitadas a la licitación, así como, de las respectivas ofertas presentadas por cada una de éstas.

Pues bien, con tales antecedentes y a la vista de los documentos remitidos, una vez estudiado y analizado su contenido, así como, la legislación que consideramos de aplicación al caso, que, en su momento, se citará, se procede a emitir el siguiente,

INFORME

PRIMERO

Vamos a referirnos, en primer lugar, a la normativa aplicable al procedimiento negociado, como procedimiento específico y diferenciado del resto de procedimientos regulados en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP, en adelante), que, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, es la norma que resulta de aplicación al caso; advirtiendo, no obstante, que en relación con el mencionado procedimiento nos vamos a limitar a comentar aquellos aspectos que de forma más directa tienen que ver con el objeto concreto de la consulta.

En este sentido, cabe empezar recordando que, como su propio nombre indica, la negociación es un elemento singular y característico del procedimiento de adjudicación de los contratos tramitados al amparo del denominado procedimiento



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



negociado, hasta el punto de poder afirmar, como hacía ya la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal en su Informe 9/1998, de 9 de junio, que en el procedimiento negociado no existe una verdadera licitación, en el sentido estricto del término, sino una negociación, pues, el legislador, al contrario de lo que ocurre en otros procedimientos o formas de adjudicación de los contratos públicos, ha considerado dicha técnica como la mejor forma de seleccionar al contratista en los supuestos legalmente tasados.

Es por eso, tal vez, que el procedimiento negociado tiene un carácter excepcional y extraordinario, resultando aplicable solo en los supuestos expresamente previstos en los diferentes textos legales que desde 1995 lo han venido reconociendo. Supuestos recogidos hoy en los artículos 170, con carácter general, y 174 del TRLCSP, con carácter específico para los contratos de servicios. A este respecto, el artículo 169.1 del TRLCSP lo caracteriza diciendo 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”*. Es decir, el procedimiento negociado aparece configurado legalmente como el cauce formal de la negociación, que entablada entre la Administración actuante y los diferentes oferentes, pretende determinar y concretar el objeto del contrato.

Como forma singular de adjudicación de los contratos, actúa, en realidad, otorgando a la Administración un amplio margen de discrecionalidad para la concreción de aquellos, desde el momento en que solo le exige la motivación o justificación de la elección finalmente realizada, sin sujetar a ésta a posibles criterios objetivos de adjudicación. Es claro, a este respecto, lo dispuesto en el artículo 178.4 del TRLCSP, *“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”*; añadiendo, a continuación, el apartado 5 del mismo precepto legal citado que, *“En el expediente deberá dejarse constancia de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo”*.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



Por lo demás, y en lo que a la tramitación del concreto procedimiento negociado se refiere, el artículo 176 del TRLCSP 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”*. Por tanto, antes de negociar con los licitadores, el órgano de contratación tiene que haber establecido previamente en el pliego de cláusulas administrativas los elementos sobre los que se piensa negociar.

Se pretende con ello, proporcionar un conocimiento previo a los licitadores sobre cuáles son los elementos de las ofertas que, relacionados con aspectos de la ejecución futura del contrato, el órgano de contratación está dispuesto a negociar y perfilar con ellos. En ocasiones, la concreción de las cuestiones objeto de negociación solo resultará posible una vez realizada una primera comparativa de las ofertas que los licitadores hayan depositado ante el órgano de contratación. En cualquier caso, recibidas las ofertas por el órgano de contratación o la mesa, y evaluadas en una primera lectura, y, en su caso, debidamente ponderadas o puntuadas, se iniciará la negociación respecto los elementos o aspectos previamente identificados.

En cuanto a los requerimientos formales y procedimentales a cumplir durante la negociación, conviene recordar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 178.3 del TRLCSP, *«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»*; así como, reiterar lo dispuesto en su apartado 5, citado más arriba. Principios de actuación todos ellos, cuya aplicación práctica puede requerir, en ocasiones, el levantamiento de actas de las reuniones celebradas con los diferentes oferentes, así como, el reflejo en ellas de las negociaciones y exclusiones realizadas en el ámbito del indicado procedimiento negociador.

SEGUNDO

Entrando ya en el fondo del asunto objeto de consulta, esto es, el examen de las distintas actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento de contratación tramitado



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



por el Ayuntamiento de..., analizado éste exclusivamente a través del contenido de los documentos remitidos junto con el escrito de petición de informe, lo que se aprecia, en primer lugar, es una cierta parquedad y falta de claridad en la redacción de alguna de las cláusulas del Pliego de Condiciones, que, de haberse producido en un supuesto más complejo que el que es objeto de la contratación, podría haber sido cuestionado. En segundo lugar, se echa en falta también la apertura de una fase de negociación que, ante la evidente falta de homogeneidad entre lo recogido en el referido Pliego –en especial, en su cláusula segunda– y lo ofertado finalmente por los respectivos licitadores, permitiera concretar con precisión el alcance y extensión de los respectivos derechos y obligaciones de las partes. A este respecto, es oportuno recordar que recientes pronunciamientos de organismos administrativos especializados en materia de contratación, como son la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de reciente creación, han llegado a considerar nulo el procedimiento negociado en el que, finalmente, no se llega a negociar con los licitadores.

Esa es, al menos, la posición mantenida por ambos organismos, el primero en su Informe 48/2009, de 1 de febrero de 2010, y el segundo en la resolución 50/2011, de 24 de febrero, en la que puede leerse lo siguiente: *“(...) se ha incumplido un trámite esencial del procedimiento negociado, como es la negociación de las ofertas presentadas por los licitadores, en este caso del precio que es el único aspecto de negociación previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, debiéndose anular la adjudicación del contrato acordada por el Gerente del Consejo de Administración de Patrimonio Nacional y consiguientemente debiendo de retrotraerse las actuaciones hasta el momento de la negociación de los términos del contrato con las empresas licitadoras (...)”*.

En definitiva, a la vista de cuanto ha quedado dicho y, en especial, del régimen legal que configura el procedimiento negociado finalmente utilizado, nuestra opinión es que, antes de cerrar el proceso licitatorio mediante la adjudicación definitiva del contrato a la empresa propuesta por la mesa, debería el órgano de contratación acordar la retroacción del mismo abriendo un periodo breve de negociación, en el que –pese a que el Pliego de Condiciones no prevé de forma clara y expresa los aspectos concretos



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



sobre los que ésta habría de girar, aunque se haga alguna mención a ello de pasada— se terminaran por concretar aquellos aspectos que deducidos de las diferentes ofertas presentadas resultara conveniente precisar en orden a la mejor y más beneficiosa ejecución del contrato. En este sentido, ya hemos visto cómo la negociación es, precisamente, la esencia del procedimiento negociado, que puede alcanzar, incluso, a la oferta económica presentada por los licitadores, sin que, por otra parte, el órgano de contratación pueda verse constreñido tras la negociación recomendada por otras limitaciones que las derivadas de la necesaria justificación o motivación de su decisión.

Es cuanto me corresponde informar al respecto, advirtiendo expresamente a los destinatarios del presente Informe que las opiniones vertidas en el mismo se someten a cualesquiera otras mejor fundadas en derecho, ya que no pretenden, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente deban emitirse para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo, 6 de julio de 2012