



**INFORME 3/2018, DE 25 DE MAYO, SOBRE PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD POR RAZÓN DE EXCLUSIVIDAD.**

**ANTECEDENTES**

El Secretario General Técnico de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, ha dirigido escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicitando emisión de informe en los siguientes términos:

*De conformidad con lo dispuesto por el artículo 38.2 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la Secretaria General Técnica de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, somete a la consideración de la Junta Consultiva la siguiente cuestión:*

*Con fecha 20 de febrero de 2015, se suscribe un convenio de colaboración específico entre la Administración General del Estado (Ministerio del interior) y la Comunidad de Madrid en materia de gestión electoral (se adjunta como anexo).*

*En el citado convenio, la Comunidad de Madrid se compromete con el Ministerio del Interior a que el adjudicatario de su contrato de difusión de resultados sea el mismo que el del Ministerio del interior.*

*A tal efecto, la Comunidad de Madrid, una vez adjudicado el contrato del Estado, adjudicó su propio contrato a la misma empresa, dando cumplimiento al convenio, por el procedimiento negociado por exclusividad recogido en el artículo 170 d) del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones.*

*Con la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) se da una nueva regulación de esta modalidad de contrato en su artículo 168 a), punto 2, por lo que se plantea la posibilidad de seguir utilizando la vía del procedimiento negociado, teniendo en cuenta que la prestación que se realiza por parte de la empresa adjudicataria del Estado es de gran complejidad técnica no excluyente, pero su adjudicación a empresa distinta tendría un gran impacto económico.*

*El impacto económico que se produce, que entendemos que da lugar a que no exista*

*alternativa razonable, se produce porque de no adjudicar al mismo empresario se duplicarían los costes del contrato, dado que con el mismo contratista se utilizarían los mismos medios que se utilizan en el contrato estatal, circunstancia que no se produce con ningún otro licitador.*

*De tal manera que para evitar lo anterior se quiere proceder por la vía que se contempla en el artículo 168 a) punto segundo de la LCSP, al entender que dichos trabajos solo pueden ser encomendados a un empresario determinado al existir un impacto económico (incremento sustancial de costes) si se adjudicara a empresario distinto que de por sí tiene la capacidad suficiente para poder ejecutar el objeto del contrato.*

## **CONSIDERACIONES**

1.- La consulta plantea la cuestión de si resulta posible, conforme a la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), utilizar el procedimiento negociado sin publicidad por razón de exclusividad para adjudicar un contrato al mismo contratista que la Administración del Estado, en el marco de un Convenio específico de colaboración entre la Administración General del Estado (Ministerio del Interior) y la Comunidad de Madrid en materia de gestión electoral.

2.- El artículo 170.d) del derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establece, entre otros supuestos generales para poder adjudicar contratos mediante procedimiento negociado, el siguiente: “Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado”. En el mismo sentido, el artículo 168.a).2º de la vigente LCSP determina, entre los supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad: “Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial.”

La LCSP no varía, por tanto, las razones que, por motivos de exclusividad, pueden esgrimirse para utilizar el procedimiento negociado, si bien las desarrolla y, en el párrafo

segundo del citado apartado del artículo 168, establece qué se entiende por no existencia de competencia por razones técnicas y protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial, indicado que únicamente se aplicarán: “cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.”

2.- La existencia de motivos de impacto económico, basados en un convenio de colaboración, mediante el cual una Administración se obliga a contratar con la misma empresa contratada por otra para la prestación de un servicio, no se encuentra entre los supuestos contemplados en la legislación vigente para la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, pues no es una razón de exclusividad por razones artísticas, ni técnicas, ni de protección de derechos exclusivos sino una razón presupuestaria.

No puede alegarse el impacto económico como motivo de no existencia de una alternativa o sustituto razonable pues este supuesto únicamente aparece referido en la LCSP al aludir a las razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, sin que pueda hacerse extensivo a otros supuestos ajenos a los indicados y tasados en la citada ley para poder acudir al procedimiento negociado por razón de exclusividad.

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su Resolución N° 195/2017, de 2 de octubre de 2017, destaca la necesidad de que el órgano de contratación justifique adecuadamente la imposibilidad de promover concurrencia porque únicamente una empresa pueda hacerse cargo de la ejecución de un contrato, no siendo admisible como razón técnica determinante de la exclusividad la restricción artificial de la competencia al exigirse en los pliegos unos requisitos que solo puede cumplir una empresa determinada. Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la Resolución 504/2014, de 4 de julio, establece que es necesario incorporar al expediente de los contratos adjudicados por procedimiento negociado por razones de exclusividad un certificado emitido por un técnico independiente de la empresa adjudicataria, en el cual se acredite efectivamente que esta es la única que puede realizar el objeto del contrato.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 11/04, de 7 de junio, considera que “la utilización del procedimiento negociado tiene carácter excepcional y sólo procede cuando concurren las causas taxativamente previstas en la Ley, que son de interpretación estricta y han de justificarse “debidamente” en el expediente”. En la misma línea se manifiesta la Junta Consultiva de Contratación

Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que en su Recomendación 1/2016, de 20 de abril, insiste en que el procedimiento negociado se configura como un procedimiento extraordinario, al que los órganos de contratación pueden acudir solamente para los supuestos tasados en la ley, y siempre, y en todo caso, justificando debidamente en el expediente la decisión de acudir a este procedimiento.

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, en su Informe 2/2016, de 6 de abril, señala que la adjudicación de un contrato por procedimiento negociado fundamentado en la concurrencia de razones artísticas o técnicas, procede cuando es imposible promover la concurrencia porque objetivamente existe una única empresa o profesional que pueda encargarse de la ejecución del contrato, lo cual se tiene que justificar y acreditar por el órgano de contratación en el expediente, y considera que no concurrirá una razón técnica cuando existan alternativas razonables en el mercado y la exclusividad fuera consecuencia de exigir unos requisitos técnicos que ya se conoce que solo se pueden cumplir por una empresa determinada.

Igualmente, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, este supuesto de utilización del procedimiento negociado debe ser objeto de una interpretación estricta y, en todo caso, su aplicación está sujeta a dos requisitos acumulativos: por una parte, que existan razones técnicas, artísticas o de derechos de exclusividad y, por otra parte, que estas razones hagan “absolutamente necesaria” la adjudicación del contrato a una empresa determinada (Sentencias de 3 de mayo de 1994 (asunto C-328/92); de 14 de septiembre de 2004 (asunto C-385/02), y de 2 de junio de 2005 (asunto C394/02).

Por tanto, para poder aplicar el procedimiento negociado por la causa del artículo 168.a).2º de la LCSP, ha de existir una única empresa capacitada para realizar la prestación objeto del contrato, ya sea por una razón técnica, artística o de derechos de exclusiva, de manera que sea innecesaria la licitación del contrato, al no existir posibilidad de promover la concurrencia, sin que puedan alegarse motivos distintos a los tasados en dicha ley.

3.- En el supuesto objeto de consulta, podría aplicarse lo dispuesto en el artículo 31 de la LCSP, relativo a la potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal, que permite que las entidades del sector público puedan acordar la realización conjunta de contrataciones específicas, en el marco de una cooperación vertical u horizontal, que no tendrá carácter contractual, en este último caso mediante la celebración de convenios.

Asimismo, si resulta conveniente para los intereses públicos que una misma empresa realice prestaciones para dos Administraciones públicas distintas, podría acudirse a la formalización de un acuerdo marco, conforme a lo previsto en el artículo 219 de la LCSP, que establece que uno o varios órganos de contratación del sector público podrán celebrar acuerdos marco con una o varias empresas con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, en particular respecto a los precios y cantidades previstas.

### **CONCLUSIONES**

- 1.- La posibilidad de acudir al supuesto contemplado en el artículo 168.a) 2º de la LCSP, únicamente resulta posible en los supuestos tasado por la ley e indicados en dicho artículo, sin que puedan aducirse para ello motivos económicos.
- 2.- Las entidades del sector público podrán acordar la realización conjunta de contrataciones específicas, en el marco de una cooperación vertical u horizontal, que no tendrá carácter contractual, en este último caso mediante la celebración de convenios.

Asimismo, uno o varios órganos de contratación del sector público podrán celebrar acuerdos marco con una o varias empresas con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, en particular respecto a los precios y cantidades previstas.