

La apuesta europea por un mayor recurso a la negociación en la contratación pública

04/23/2012

José Antonio Moreno Molina

La nueva Directiva crea un procedimiento de licitación con negociación que sustituye al procedimiento negociado.

El Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea , planteó como uno de las cuestiones necesitadas de revisión a escala europea la posibilidad de introducir una mayor flexibilidad en los procedimientos de contratación, permitiendo a los poderes adjudicadores que negocien las condiciones del contrato con los licitadores potenciales.

La propuesta tuvo una excelente acogida en la consulta pública abierta por el Libro Verde, de forma que una clara mayoría de los grupos de partes interesadas apoyó la idea de permitir un mayor uso de un procedimiento de licitación con negociación . La negociación podría dar a los poderes adjudicadores más flexibilidad para obtener de la contratación resultados que satisfagan realmente sus necesidades.

La utilización de negociaciones en los procedimientos de contratación está contemplada en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (ACP) , siempre que se contemple en el anuncio de licitación.

Pero esta opción debe estar supeditada a la condición de que se cumplan los principios de no discriminación y procedimiento justo. Las posibles ventajas de una mayor flexibilidad y una posible simplificación deben contraponerse con el aumento de los riesgos de favoritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores en el procedimiento negociado dé lugar a decisiones demasiado subjetivas.

El propio Tribunal europeo de Justicia ha calificado la celebración ilegal de contratos de adjudicación directa como la infracción «más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos» (STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, apartado 37).

Para proteger a los licitadores contra prácticas abusivas o discriminatorias y garantizar además el derecho a una buena administración, sería recomendable residenciar la negociación en un órgano técnico de asistencia, no en un órgano político y dejar constancia del proceso de negociación, para lo cual puede ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos que registren los términos en que se desarrolla la negociación . En este sentido, podría ser útil tomar como referencia el modelo de las subastas electrónicas.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que dar mayor libertad a los poderes adjudicadores solo reportará resultados útiles si estos tienen la experiencia técnica, el conocimiento del mercado y las destrezas necesarios para negociar un buen acuerdo con los proveedores. Por último, debe evaluarse cuidadosamente para qué tipo y tamaño de contratos tendría sentido la negociación. A menudo la negociación sería particularmente apropiada para la adjudicación de contratos pequeños. Por otra parte, podría ser útil también para las licitaciones de grandes proyectos, en

especial mediante asociaciones entre los sectores público y privado. Dada la complejidad de los contratos relativos a estos proyectos, podrían ser incluso más necesarios unos procedimientos especialmente flexibles y grandes márgenes de negociación, así como una mayor experiencia técnica del poder adjudicador para llevar a cabo las negociaciones.

La Directiva de la Unión Europea 2004/18/CE, sobre procedimientos de adjudicación de los contratos público de obras, suministros y servicios, contempla al procedimiento negociado como de utilización rigurosamente excepcional, que se permite sólo en los tasados supuestos establecidos por la propia norma.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, 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 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.

En el procedimiento negociado, las entidades y los poderes adjudicadores consultan a los operadores económicos de su elección y negocian con uno o más de ellos las condiciones del contrato que se va a celebrar. Esta negociación de las condiciones de la oferta no es posible en los procedimientos abierto y restringido.

La Directiva 2004/17/CE, sobre contratos públicos en los sectores de interés general (agua, energía, transportes y servicios postales), prevé una mayor flexibilidad, de tal manera que las empresas de servicio público pueden elegir libremente adjudicar sus contratos mediante procedimiento negociado, siempre que hayan publicado una convocatoria de licitación.

El considerando 15 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública, reconoce que existe una necesidad generalizada de mayor flexibilidad y, en particular, de un acceso más amplio a un procedimiento de contratación pública que prevea negociaciones, como las que prevé el ACP explícitamente para todos los procedimientos. Por ello plantea que, salvo disposición en contrario en la legislación del Estado miembro de que se trate, los poderes adjudicadores deben tener la posibilidad de utilizar un procedimiento de licitación con negociación conforme a lo establecido en la Directiva, en situaciones diversas en las que no es probable que puedan obtenerse resultados satisfactorios de la contratación mediante procedimientos abiertos o restringidos sin negociación.

Ahora bien, este procedimiento debe estar acompañado de salvaguardias adecuadas que garanticen la observancia de los principios de igualdad de trato y de transparencia. Esto dará a los poderes adjudicadores mayor margen para adquirir obras, suministros y servicios perfectamente adaptados a sus necesidades específicas. Al mismo tiempo, debería incrementar también el comercio transfronterizo, ya que la evaluación ha mostrado que los contratos adjudicados mediante procedimiento negociado con publicación previa son obtenidos en un número especialmente elevado de ocasiones por ofertas transfronterizas.

En este sentido, el artículo 24 de la Propuesta de Directiva establece un menú estructurado de cinco tipos de procedimientos de contratación competitivos a disposición de los Estados miembros y las autoridades contratantes. Como regla general se fija la utilización de los

procedimientos abiertos o restringidos.

Pero también se contemplan las denominadas "asociaciones para la innovación", el "procedimiento de licitación con negociación" y el "diálogo competitivo".

En concreto, serán causas que permitan acudir al procedimiento negociado o al diálogo competitivo:

(a) con respecto a las obras, cuando el objeto del contrato de obras sea el proyecto y la ejecución de obras, o cuando sean precisas negociaciones para establecer el carácter jurídico o financiero del proyecto;

(b) con respecto a los contratos públicos de obras, cuando las obras se ejecuten exclusivamente con fines de investigación o innovación, ensayo o desarrollo, y no con el fin de obtener una rentabilidad o de recuperar los costes de la investigación y el desarrollo;

(c) con respecto a los servicios o los suministros, cuando las especificaciones técnicas no puedan establecerse con suficiente precisión por referencia a ninguna de las normas, los documentos de idoneidad técnica europeos, las especificaciones técnicas comunes u otras referencias técnicas;

(d) cuando se reciban ofertas irregulares o inaceptables, en respuesta a un procedimiento abierto o restringido;

(e) cuando, debido a circunstancias específicas ligadas a la naturaleza o la complejidad de las obras, los suministros o los servicios o a los riesgos que conlleven, el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas.

Pero es el artículo 27 el que regula las distintas fases del procedimiento de licitación con negociación, en el que cualquier operador económico podrá solicitar participar en respuesta a una convocatoria de licitación, proporcionando la información solicitada para la selección cualitativa.

En el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, los poderes adjudicadores describirán la contratación y los requisitos mínimos que habrán de cumplirse y especificarán los criterios de adjudicación, para que los operadores económicos puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la contratación y decidir si solicitan participar en las negociaciones. Los poderes adjudicadores indicarán en las especificaciones técnicas qué partes de estas definen los requisitos mínimos.

El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación 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 mínimo para la recepción de las ofertas será de 30 días a partir de la fecha de envío de la invitación.

Solo los operadores económicos invitados por el poder adjudicador tras la evaluación de la información solicitada podrán presentar una oferta por escrito, que será la base de las negociaciones ulteriores. Los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos adecuados a los que invitar a participar en el procedimiento.

Los elementos que en ningún caso se podrán modificar en el transcurso de la negociación son la descripción de la contratación, la parte de las especificaciones técnicas que defina los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación.

Durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban

igual trato. Con ese fin, no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros.

Los poderes adjudicadores no revelarán 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 este. 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.

Los procedimientos de licitación con negociación podrán realizarse en etapas sucesivas, a fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar, aplicando los criterios de adjudicación especificados en el anuncio de licitación, en la invitación a confirmar el interés o en la documentación de la contratación. En el anuncio de licitación, en la invitación a confirmar el interés o en la documentación de la contratación, el poder adjudicador indicará si va a recurrir a esta opción.