

ACORDO DO CONSELLO DA XUNTA DE GALICIA POLO QUE SE APROBAN OS MODELOS DE CLÁUSULAS QUE SE INCLUIRÁN NOS PREGOS DOS PROCEDIMENTOS NEGOCIADOS DO SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO.

De acordo co Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos do sector público, os contratos que celebren as administracións públicas adxudicaranse utilizando, como procedementos ordinarios, o procedemento aberto ou o procedemento restrinxido.

Non obstante, nos supostos enumerados nos artigos 170 a 175, ambos incluídos, poderase seguir o procedemento negociado, e nos casos previstos no artigo 180 poderá recorrerse ao diálogo competitivo.

O artigo 169 do citado texto legal dispón que no procedemento negociado a adxudicación recaerá no licitador xustificadamente elixido polo órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos e negociar as condicións do contrato con un ou con varios deles. Nos correspondentes pregos determinaranse os aspectos económicos e técnicos que, se é o caso, deban ser obxecto de negociación por parte das empresas.

A nova Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, sobre contratación pública e pola que se derroga a Directiva 2004/18/CE sobre contratación pública dá un novo pulo aos procedementos de licitación con negociación sinalando que *“é realmente necesario que os poderes adxudicadores gocen de maior flexibilidade á hora de elixir un procedemento de contratación pública que prevexa negociacións”*.

Así mesmo, destaca que *“Os Estados membros deben poder prever que se recorra ao procedemento de licitación con negociación ou ao diálogo competitivo en situacións diversas nas cales non é probable que se poidan obter resultados satisfactorios da contratación mediante procedementos abertos ou restrinxidos sen negociación”* (considerando 42).

E insiste en que *“o procedemento de licitación con negociación debe ir acompañado de salvaguardas adecuadas que garantan a observancia dos principios de igualdade de trato e de transparencia. En particular, os poderes adxudicadores deben indicar con antelación os requisitos mínimos que caracterizan a natureza do procedemento, os cales non deben ser alterados nas negociacións. Os criterios de adxudicación e a súa ponderación deben permanecer estables durante todo o procedemento e non deben ser obxecto de negociación, para garantir a igualdade de trato para todos os operadores económicos. As negociacións deben tender a mellorar as ofertas con obxecto de lles permitir aos poderes adxudicadores adquiriren obras, subministracións e servizos perfectamente adaptados ás súas necesidades específicas. As negociacións pódense referir ao conxunto de características das obras, subministracións e servizos adquiridos, con inclusión, por exemplo, da calidade, das cantidades, das cláusulas comerciais e dos aspectos sociais, ambientais e innovadores, na medida en que non constitúan requisitos mínimos”* (considerando 45).

O procedemento negociado configúrase como un procedemento flexible caracterizado basicamente pola negociación con vistas a encontrar a mellor oferta coa mellor relación calidade-prezo.

Dado o escaso aproveitamento, en moitas ocasións, por parte do sector público da virtualidade deste procedemento para lograr a mellor oferta debido á falta de modelos estandarizados de negociación, propóñense a través do presente acordo diversos exemplos de articulación de desenvolvemento da negociación garantindo, en todo caso, a igualdade de trato dos licitadores e a transparencia no procedemento.

Nese sentido, a normativa comunitaria subliña que a esencia do procedemento de licitación con negociación debe tender a mellorar as ofertas presentadas polos licitadores co obxecto de permitir adquirir bens e servizos adaptados ás necesidades específicas do sector público e con isto mellorar a eficiencia e eficacia da contratación pública.

O Plan de mellora da contratación pública 2014-2016 prevé como medida 2.4 no eixe 2 (Acceso e concorrencia) a “mellora da negociación nos procedementos negociados” co obxectivo de intentar lograr ofertas coa mellor relación calidade/prezo.

O Código ético institucional da Xunta de Galicia, aprobado polo Acordo do Consello da Xunta de Galicia do 24 de xullo de 2014 e publicado pola Resolución do 8 de setembro de 2014, conxunta da Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa e da Dirección Xeral da Función Pública (DOG núm. 179, do 19 de setembro), salientaba a importancia de negociar nos procedementos negociados ao determinar que “nos procedementos negociados fixarase a realización dunha fase de negociación dos termos contractuais coas empresas convidadas para alcanzar a oferta coa mellor relación calidade/prezo”.

Débase engadir a todo o xa sinalado o incremento das exixencias de motivación da actuación administrativa en xeral e, en particular, en materia de contratación, en liña coas exixencias derivadas dos principios de igualdade e non discriminación e transparencia (artigo 18 da directiva, en relación co seu considerando 82 e co artigo 84; artigo 139 do TRLCSP e artigo 19 en relación co artigo 33 da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico de Galicia), que xa era evidente na xurisprudencia comunitaria (véxase, exclusivamente a título de exemplo, a Sentenza do 15.01.2013 do TXUE (Sala Terceira), caso España contra Comisión Europea, asunto T-54/11; ECLI:EU:T:2013:10). Pode destacar a nivel interno, dado que se refire especificamente á materia de contratos públicos, a Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo do 24 de setembro de 2014; recurso de casación núm. 1375/13: “discrecionalidade que para ser controlada xurisdicionalmente e respectar a interdicción da arbitrariedade esixe a oportuna motivación”).

En liña con estas exixencias de motivación cómpre recordar que, de acordo co artigo 33 da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público, será preciso xustificar adecuadamente o procedemento de adxudicación elixido, ao que se deben sumar as exixencias do artigo 23 da mesma lei en relación coa necesidade de deixar constancia no expediente “das invitacións cursadas, das ofertas recibidas e das razóns para a súa aceptación ou rexeitamento”.

Partindo destas consideracións, xúlgase oportuno aprobar uns modelos de cláusulas para mellorar as prácticas en relación cos procedementos negociados, coa finalidade de garantir un adecuado estándar de calidade da contratación administrativa autonómica e o cumprimento dos principios básicos que rexen a contratación pública, referidas en particular ao desenvolvemento da negociación, así como á motivación e documentación no expediente das decisións adoptadas en relación con estes aspectos.

Para os efectos de regular o procedemento de negociación que se debe seguir nos procedementos negociados do sector público autonómico de Galicia, inclúense dous modelos de cláusula, un ordinario e outro simplificado, con dúas variantes en función de que exista ou non mesa de contratación no procedemento. Así, deberanse incluír no prego o modelo e a variante que proceda en función da complexidade do contrato que se vaia adxudicar por procedemento negociado, así como de que exista ou non mesa de contratación no dito procedemento.

A aprobación destas cláusulas non impedirá que os órganos de contratación poidan aprobar outras adaptadas ás especificidades de cada contrato e, en particular, a realización dun procedemento de negociación por fases regulado no texto refundido da Lei de contratos do sector público.

I. Modelo ordinario de negociación:

Procedemento de negociación que se incluírá de ordinario nos pregos dos procedementos negociados do sector público autonómico:

Cláusula [número]: fase de negociación

O órgano encargado da negociación será [identificación do órgano, subdirección, servizo ou comisión negociadora que se encargará da negociación][O prego debe precisar a composición do órgano de negociación. Con carácter xeral, recoméndase que forme parte do órgano de negociación o subdirector ou xefe de servizo que se exprese no prego, un técnico competente na materia e un secretario. Os membros do órgano de negociación poderán ser á vez membros da mesa].

O órgano encargado da negociación procederá da seguinte forma:

- Preparará un informe inicial de valoración en que se analicen as proposicións económicas e técnicas presentadas en relación cos criterios de adxudicación e se expresen as características e vantaxes de cada unha delas.

O informe inicial realizarase de tal forma que non recolla información facilitada polos empresarios que estes designasen como confidencial e, en particular, segredos técnicos ou comerciais.

Non se convidarán a negociar as empresas que formulasen proposicións que incumpran as prescricións do prego non susceptibles de negociación.

- A fase de negociación terá por obxectivo intentar lograr a mellora das proposicións, de acordo cos aspectos obxecto de negociación precisados no prego [indíquese a cláusula ou a epígrafe da folla de especificacións] e desenvolverase da seguinte forma:

- O órgano negociador convidará por escrito os licitadores a negociar, indicando os aspectos obxecto de negociación recollidos no presente prego e pondo no seu coñecemento as características e vantaxes da súa proposición e do resto das proposicións presentadas de acordo co informe inicial antes citado.

Nesta comunicación non se identificarán os empresarios que presentaron o resto das proposicións.

As invitacións enviaranse por escrito ou por medios electrónicos, informáticos ou telemáticos, de acordo co expresado na folla de especificacións do presente prego. Os medios electrónicos, informáticos ou telemáticos deberán cumprir o establecido nas disposicións adicionais décimo quinta e décimo sexta do texto refundido da Lei de contratos do sector público.

- Os licitadores poderán entón presentar nun prazo de tres días a súa contestación, por escrito en sobre pechado dirixido ao órgano encargado da negociación, no rexistro do órgano de contratación, ou por medios electrónicos, informáticos ou telemáticos, de acordo co expresado na folla de especificacións do presente prego.

- A contestación do licitador poderá reformular ou mellorar os termos da súa oferta inicial ou indicar que se mantén nos termos orixinais.

- As novas ofertas que se presenten deberán estar sempre orientadas globalmente á mellora das súas condicións iniciais.

- As novas ofertas deberán sempre concretar a mellora que se ofrece, polo que non se admitirá o ofrecemento xeral de igualar os termos da oferta máis vantaxosa doutro licitador no criterio ou criterios considerados.

Opción de establecemento dunha fase de negociación presencial:

Os pregos poderán optar, segundo as características do contrato e os aspectos obxecto de negociación, por introducir unha fase de negociación presencial. Neste caso introduciranse os seguintes parágrafos:

“Á vista do resultado da presentación das novas ofertas, o órgano negociador convocará todos os licitadores a un acto presencial no cal se poderán formular aclaracións das ofertas presentadas e realizar unha última rolda de negociación coa posibilidade de efectuar novas melloras. Os representantes dos licitadores que asistan ao acto deberán acreditar que dispoñen de poderes suficientes para mellorar as proposicións presentadas.

Aberta a rolda de negociación presencial, o órgano negociador convidará os representantes dos licitadores asistentes á mellora, nese acto e oralmente, das ofertas presentadas. A rolda de negociación pecharase unha vez que se constate que os licitadores non realizan novas melloras.

Do resultado deste acto levantarase a acta que deberá ser asinada polos compoñentes do órgano negociador e polos licitadores. As melloras recollidas na acta vincularán os licitadores que as formulasen.”

De forma optativa, tamén se poderá recoller esta cláusula para os casos de empate:

“En caso de que o resultado da negociación produza un empate na puntuación total dos criterios de adxudicación, o órgano negociador convocará todos os licitadores a un acto presencial no cal se poderán formular aclaracións das ofertas presentadas e realizar unha última rolda de negociación coa posibilidade de efectuar novas melloras. Os representantes dos licitadores que asistan ao acto deberán acreditar que dispoñen de poderes suficientes para mellorar as proposicións presentadas.

Aberta a rolda de negociación presencial, o órgano negociador convidará os representantes dos licitadores asistentes á mellora, nese acto e oralmente, das ofertas presentadas. A rolda de negociación pecharase unha vez que se constate que os licitadores non realizan novas melloras.

Do resultado deste acto levantarase a acta que deberá ser asinada polos compoñentes do órgano negociador e polos licitadores. As melloras recollidas na acta vincularán os licitadores que as formulasen.”

No procedemento darase un trato igual a todos os licitadores e non se facilitará, de forma discriminatoria, información que poida dar vantaxes a determinados licitadores con respecto ao resto. En particular, non se lles poderá revelar aos demais participantes as solucións propostas por un participante ou outros datos confidenciais que este lles comunique sen acordo previo dese participante.

No expediente deberase deixar constancia documental desta fase de negociación e, en particular, das ofertas recibidas e das razóns para a súa aceptación ou rexeitamento.

[Para o suposto de que no prego estea prevista a constitución dunha mesa de contratación]:

Unha vez efectuadas as actuacións anteriores, o órgano encargado da negociación declarará concluída a fase de negociación e dará traslado á mesa de contratación dos resultados desta, xunto co expediente correspondente á fase de negociación e un informe técnico coa valoración das ofertas presentadas de acordo cos criterios de adxudicación establecidos no prego.

En particular, daráselle traslado á mesa de contratación das proposicións presentadas que incumprisen as prescricións do prego non susceptibles de negociación, para os efectos de que esta acorde a súa exclusión.

A mesa de contratación valorará as proposicións dos licitadores. Para este efecto, poderá pedir os informes técnicos que considere precisos e proporalle ao órgano de contratación a adxudicación.

[Para o suposto de que non estea prevista a constitución dunha mesa de contratación]:

Unha vez efectuadas as actuacións anteriores, o órgano encargado da negociación declarará concluída a fase de negociación e dará traslado ao órgano de contratación dos resultados desta, xunto co expediente correspondente á fase de negociación e un informe técnico coa valoración das ofertas presentadas de acordo cos criterios de adxudicación establecidos no prego.

En particular, daráselle traslado ao órgano de contratación das proposicións presentadas que incumprisen as prescricións do prego non susceptibles de negociación, para os efectos de que este acorde a súa exclusión.

O órgano de contratación valorará as proposicións dos licitadores. Para este efecto, poderá pedir os informes técnicos que considere precisos e procederá de acordo co establecido para a adxudicación do contrato no artigo 151 do texto refundido da Lei de contratos do sector público.

II) Modelo simplificado de negociación: negociación nunha rolda.

Este procedemento de negociación prevese para a súa inclusión nos pregos dos procedementos negociados do sector público autonómico nos casos en que o proceso de valoración non sexa complexo debido a que todos os criterios de adxudicación que se utilicen fagan referencia a características do obxecto do contrato que se poidan valorar mediante cifras ou porcentaxes obtidas a través da simple aplicación das fórmulas establecidas nos pregos (criterios avaliábeis de forma automática por aplicación de fórmulas e que non dependan dun xuízo de valor).

Nestes casos, o prego deberá incorporar un modelo de oferta suficientemente descritivo como anexo onde aparezan os aspectos obxecto da negociación e no cal os licitadores poidan precisar de forma clara as magnitudes que van valorar, sen prexuízo doutra documentación xustificativa ou técnica que se deba xuntar ás proposicións de acordo cos pregos.

Poden existir dúas modalidades de negociación, en rolda presencial ou escrita, segundo se opte nos pregos.

Modalidade de negociación en rolda presencial

Cláusula [número]: fase de negociación

O órgano encargado da negociación será [identificación do órgano, subdirección, servizo ou comisión negociadora que se encargará da negociación]. [O prego debe precisar a composición do órgano de negociación. Con carácter xeral, recoméndase que forme parte do órgano de negociación o subdirector ou xefe de servizo que se exprese no prego, un técnico competente na materia e un secretario. Os membros do órgano de negociación poderán ser á vez membros da mesa].

O órgano encargado da negociación procederá da seguinte forma:

- Convocará todos os licitadores admitidos conxuntamente a un acto presencial de negociación. [Será tamén posible para abreviar trámites e comunicacións que, de acordo co prego, as invitacións iniciais aos candidatos prevexan xa un día no cal se celebrará o acto de negociación].

As invitacións enviaranse por escrito ou por medios electrónicos, informáticos ou telemáticos, de acordo co expresado na folla de especificacións do presente prego. Os medios electrónicos, informáticos ou telemáticos deberán cumprir o establecido nas disposicións adicionais décimo quinta e décimo sexta do texto refundido da Lei de contratos do sector público.

- Os representantes dos licitadores que asistan ao acto deberán acreditar que dispoñen de poderes suficientes para mellorar as proposicións presentadas.

- No acto presencial indicaranse as proposicións presentadas e admitidas e darase lectura dos modelos de oferta para negociar presentados.

- Aberta a rolda de negociación presencial, o órgano negociador convidará os representantes dos licitadores asistentes á mellora, nese acto e oralmente, das ofertas presentadas. A rolda de negociación pecharase unha vez que se constate que os licitadores non realizan novas melloras.

Do resultado deste acto levantarase a acta que deberá ser asinada polos compoñentes do órgano negociador e polos licitadores. As melloras recollidas na acta vincularán os licitadores que as formularsen.

No procedemento daráselles un trato igual a todos os licitadores e, en particular, non se facilitará, de forma discriminatoria, información que poida dar vantaxes a determinados licitadores con respecto ao resto. En particular, non se lles poderá revelar aos demais participantes as solucións propostas por un participante ou outros datos confidenciais que este lles comunique sen acordo previo dese participante.

[Para o suposto de que no prego estea prevista a constitución dunha mesa de contratación]:

Unha vez efectuadas as actuacións anteriores, o órgano encargado da negociación declarará concluída a fase de negociación e dará traslado á mesa de contratación dos resultados desta, xunto co expediente correspondente á fase de negociación e un informe técnico coa valoración das ofertas presentadas de acordo cos criterios de adxudicación establecidos no prego.

En particular, daráselle traslado á mesa de contratación das proposicións presentadas que incumprisen as prescricións do prego non susceptibles de negociación, para os efectos de que esta acorde a súa exclusión.

A mesa de contratación valorará as proposicións dos licitadores. Para este efecto, poderá pedir os informes técnicos que considere precisos e proporalle ao órgano de contratación a adxudicación.

[Para o suposto de que non estea prevista a constitución dunha mesa de contratación]:

Unha vez efectuadas as actuacións anteriores, o órgano encargado da negociación declarará concluída a fase de negociación e dará traslado ao órgano de contratación dos resultados desta, xunto co expediente correspondente á fase de negociación e un informe técnico coa valoración das ofertas presentadas de acordo cos criterios de adxudicación establecidos no prego.

En particular, daráselle traslado ao órgano de contratación das proposicións presentadas que incumprisen as prescricións do prego non susceptibles de negociación, para os efectos de que este acorde a súa exclusión.

O órgano de contratación valorará as proposicións dos licitadores. Para este efecto, poderá pedir os informes técnicos que considere precisos e procederá de acordo co establecido para a adxudicación do contrato no artigo 151 do texto refundido da Lei de contratos do sector público.

Modalidade de negociación en rolda escrita

Cláusula [número]: fase de negociación

O órgano encargado da negociación será [identificación do órgano, subdirección, servizo ou comisión negociadora que se encargará da negociación]. [O prego debe precisar a composición do órgano de negociación. Con carácter xeral, recoméndase que forme parte do órgano de negociación o subdirector ou xefe de servizo que se exprese no prego, un técnico competente na materia e un secretario. Os membros do órgano de negociación poderán ser á vez membros da mesa].

O órgano encargado da negociación procederá da seguinte forma:

- Preparará un informe inicial de valoración no cal apliquen ás proposicións económicas e técnicas presentadas os criterios de adxudicación previstos no prego.*
- O órgano negociador convidará por escrito os licitadores a negociar, indicando os aspectos obxecto de negociación recollidos no presente prego e pondo no seu coñecemento o informe inicial antes citado.*

Nesta comunicación non se identificarán os empresarios que presentaron o resto das proposicións.

As invitacións enviaranse por escrito ou por medios electrónicos, informáticos ou telemáticos, de acordo co expresado na folla de especificacións do presente prego. Os medios electrónicos, informáticos ou telemáticos deberán cumprir o establecido nas disposicións adicionais décimo quinta e décimo sexta do texto refundido da Lei de contratos do sector público.

- Os licitadores poderán entón presentar nun prazo de tres días a súa contestación, por escrito en sobre pechado dirixido ao órgano encargado da negociación, presentado no rexistro do órgano de contratación, ou por medios electrónicos, informáticos ou telemáticos, de acordo co expresado na folla de especificacións do presente prego.*

- A contestación do licitador poderá reformular ou mellorar os termos da súa oferta inicial ou indicar que se mantén nos termos orixinais.

- As novas ofertas que se presenten deberán estar sempre orientadas globalmente á mellora das súas condicións iniciais.

- As novas ofertas deberán sempre concretar a mellora que se ofrece, polo que non se admitirá o ofrecemento xeral de igualar os termos da oferta máis vantaxosa doutro licitador no criterio ou criterios considerados.

No procedemento daráselles un trato igual a todos os licitadores e, en particular, non se facilitará, de forma discriminatoria, información que poida dar vantaxes a determinados licitadores con respecto ao resto. En particular, non se lles poderán revelar aos demais participantes as solucións propostas por un participante ou outros datos confidenciais que este lles comunique sen acordo previo dese participante.

No expediente deberase deixar constancia documental desta fase de negociación e, en particular, das ofertas recibidas e das razóns para a súa aceptación ou rexeitamento.

[Para o suposto de que no prego estea prevista a constitución dunha mesa de contratación]:

Unha vez efectuadas as actuacións anteriores, o órgano encargado da negociación declarará concluída a fase de negociación e dará traslado á mesa de contratación dos resultados desta, xunto co expediente correspondente á fase de negociación e un informe técnico coa valoración das ofertas presentadas de acordo cos criterios de adxudicación establecidos no prego.

En particular, daráselle traslado á mesa de contratación das proposicións presentadas que incumprisen as prescricións do prego non susceptibles de negociación, para os efectos de que esta acorde a súa exclusión.

A mesa de contratación valorará as proposicións dos licitadores. Para este efecto, poderá pedir os informes técnicos que considere precisos e proporalle ao órgano de contratación a adxudicación.

[Para o suposto de que non estea prevista a constitución dunha mesa de contratación]:

Unha vez efectuadas as actuacións anteriores, o órgano encargado da negociación declarará concluída a fase de negociación e dará traslado ao órgano de contratación dos resultados desta, xunto co expediente correspondente á fase de negociación e un informe técnico coa valoración das ofertas presentadas de acordo cos criterios de adxudicación establecidos no prego.

En particular, daráselle traslado ao órgano de contratación das proposicións presentadas que incumprisen as prescricións do prego non susceptibles de negociación, para os efectos de que este acorde a súa exclusión.

O órgano de contratación valorará as proposicións dos licitadores. Para este efecto, poderá pedir os informes técnicos que considere precisos e procederá de acordo co establecido para a adxudicación do contrato no artigo 151 do texto refundido da Lei de contratos do sector público.