Asamblea de Madrid
Registro Asesoría Jurídica
ENTRADA 58. 18/02/2022

ILMA. SRA.:

Dando cumplimiento al oficio de VI relatico a la documentación en relación con el soporte, mantenimiento, derecho de uso y actualización de componentes de la Solución VRS (voto remoto simultáneo) (RESG núm. 108), corresponde a este Letrado trasladar las siguientes

CONSIDERACIONES PREVIAS

Primera.- Que la Asesoría Jurídica analizará la conformidad a Derecho de la propuesta en el expediente de referencia en el momento correspondiente: cuando se remita el pliego de cláusulas administrativas particulares que rijan la contratación a efectos de la emisión del Informe Jurídico preceptivo. En ese momento se realizará el examen de, entre otros aspectos, la conformidad a Derecho del procedimiento elegido.

Segunda.- Que la propuesta se ha de realizar una vez verificados por los servicios técnicos del órgano de contratación la concurrencia de los requisitos exigidos al efecto por la LCSP y la doctrina de los Tribunales y órganos administrativos.

Tercera.- Que existe una regulación en la LCSP (artículos 166 y siguientes) y una doctrina clara del TJUE, y siguiendo la cual, se han manifestado el TACRC y la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Sin perjuicio de lo señalado con anterioridad, a continuación, pasamos a resumir la meritada doctrina, que se ha de tener en cuenta a efectos de seguir el procedimiento de licitación con negociación y con respecto al procedimiento negociado sin publicidad, y que se debe de tener en cuenta a efectos de la conformidad a Derecho de los expedientes de contratación, en la siguiente

NOTA

-FUNDAMENTOS JURÍDICOS.-

I.- Con relación al procedimiento de licitación con negociación.-

Primero.- Interpretación restrictiva en su utilización.- el artículo 168 se refiere a ello cuando señala que se utilizará "únicamente" en los casos que enuncia. A mayor abundamiento, ténganse en cuenta la Resolución del TACRC 151/2016, de 19 de febrero, F.7.

Segundo.- La LCSP articula una serie de cautelas a efectos de la salvaguarda de la libre concurrencia, contenidas en el artículo 169.

II.- Con respecto al procedimiento negociado sin publicidad.-

Con relación al procedimiento negociado sin publicidad, se ha de ponderar:

Primero.- Ha de ser objeto de interpretación estricta y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumben a quien quiera beneficiarse de ellas [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2004, asunto C-385/02, Comisión de las Comunidades Europeas v. República Italiana].

Segundo.- Utilización preferente del procedimiento abierto siempre que puedan existir dudas acerca de la exclusividad en la prestación (Resolución del TACRC 307/2020, de 5 de marzo de 2020, F.8).

A mayor abundamiento, se han de tener en cuenta dos consideraciones: en primer lugar, la única posibilidad de tramitar un expediente de contratación conforme al procedimiento negociado sin publicidad en los supuestos a que se refiere el artículo 168 de la LCSP, y en

segundo lugar, el sometimiento a las reglas generales de procedimiento negociado, establecidas en el artículo 169, con la sola excepción de la publicidad previa (que se circunscribe a los negociados con publicidad).

Tercero.- Justificación debida en el expediente (Resolución del TACRC 151/2016), de 9 de febrero de 2016.

La justificación de la elección del procedimiento negociado sin publicidad ha de observar una serie de requisitos, de acuerdo con la LCSP y la doctrina del TACRC:

- **El TACRC ha señalado que la utilización del procedimiento negociado tiene carácter excepcional y solo procede cuando concurren las causas taxativamente previstas en la Ley, que son de interpretación estricta y han de justificarse "debidamente" en el expediente** (Resolución 151/2016, de 19 de febrero de 2016, F.6.

- **La regla general es que deben concurrir tres empresas**, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 169.2 de la LCSP.
  Sin perjuicio de ello, el propio precepto establece la **excepción de que fuera inferior a tres**.
  En el supuesto de que solo participe un único candidato, se debe establecer con precisión el objeto de la negociación, que será el determinado en el apartado 5 del artículo 169.

- **La doctrina del TACRC acerca de la exclusividad**.- el TACRC ha señalado que la exclusividad se ha de justificar tanto en la forma como en el fondo.
  Con relación a la forma, existen dos requisitos:
    - Desde un plano negativo, es menester que el órgano de contratación, a través de sus servicios técnicos, lleve a cabo una prospección en el mercado tratando de averiguar en qué términos se podrían satisfacer las necesidades objeto del contrato y encontrar respuestas negativas de potenciales licitadores.

- Desde un punto de vista positivo, resulta preciso que la compañía que supuestamente es la única que puede realizar el objeto del contrato declare que solo él puede prestarlo en exclusiva.

Con respecto al fondo, se trata del Informe que se ha de realizar por parte de los servicios técnicos del órgano de contratación que tiene como presupuesto los dos elementos formales referidos en el párrafo anterior (prospección de mercado y certificado) [Resolución 307/2020, de 5 de marzo de 2020, del TACRC, F.7].

- Con relación al meritado "**certificado**".-
  - Tiene que poner de manifiesto de modo indubitado la exclusividad.
    - Esto es, ha de haber correspondencia entre el objeto del contrato y el objeto al que se refiere el certificado.
    - Asimismo, de su literalidad se debe desprender que única y exclusivamente la compañía que pretende ser la única que puede realizar el objeto del contrato, realmente lo es.
      - No lo es cuando de su propia literalidad se infiere que además de la compañía de que se trate, otras compañías o *partners* suyos pueden realizar el objeto del contrato.
      - Tampoco lo es cuando el producto de que se trate puede ser vendido no solo por el fabricante sino por otras compañías.
  - En el supuesto de que se presenten asientos en Registros como el de Propiedad Intelectual, tienen que estar actualizados.
  - Acerca de la gama del servicio o del suministro.- cabe la posibilidad de que se ostente la exclusividad en una gama superior de servicio o suministro y, sin embargo, no concurra la exclusividad con relación a una gama inferior.

En aquellos casos en que el certificado o la documentación aportada por parte de la compañía de que se trate no elimine cualquier atisbo de duda respecto a la exclusividad, se deberá de seguir un procedimiento abierto a la concurrencia y, de modo paradigmático, el procedimiento

abierto, y ello en la medida en que este procedimiento, como señala el TJUE, ha de ser objeto de "*interpretación estricta*" y que el procedimiento abierto, como ha señalado el TACRC, es de utilización preferente siempre que puedan existir dudas acerca de la exclusividad en la prestación (Resolución 307/2020, de 5 de marzo, F.8).

Cuarto.- Acerca de los supuestos planteados ante la Cámara en los que se ha indicado la imposibilidad de seguir la tramitación del procedimiento negociado sin publicidad.-

- En primer lugar, en el caso de la ausencia de una correspondencia del objeto del contrato con el objeto al que se refiere el certificado o bien que a través de la literalidad de éste se infería la existencia de una pluralidad de entidades que podían realizar el objeto del contrato (véase, expediente CPNS 2020/02).

- En segundo lugar, la presentación de datos del Registro de Propiedad Intelectual no actualizados, por lo que no se podía conocer la realidad de la exclusividad en el momento de la contratación (véase, expediente CPNSU 2021/01).

Es cuanto tiene el honor de informar el Letrado que suscribe la presente Nota, sin perjuicio de cualquier mejor opinión fundada en Derecho.

Sede de la Asamblea de Madrid,

EL LETRADO

[redacted]

ILMA. SRA. SECRETARIA GENERAL DE LA ASAMBLEA