Castilla-La Mancha

Procedimiento negociado sin publicidad. Revisión de precios

CONSULTA

"Desde las distintas Delegaciones de la Junta Comunidades Castilla la Mancha en XXX, se está iniciando un proceso de contratación de la calefacción de sus edificios conectando con la Red de Calor de XXX, cuya fuente de energía es biomasa, en la lucha con el cambio climático y el cumplimiento de los objetivos de Desarrollo Sostenible que contempla la Agenda Europea 2030.

Al respecto han surgido a los Órganos de contratación de esta Provincia distintas cuestiones:

1º El tipo de contrato sería Negociado sin Publicidad, dada la exclusividad del mismo.

Ya que no existe competencia por razones técnicas, y solo XX S.L es capaz de cumplir los condicionantes técnicos.

Solicito modelo de pliegos de Contrato Negociado sin publicidad.

2º Duración del contrato 4 años.

3º Se propone un precio el cual "se actualizará anualmente con IPC del año anterior incrementado en un punto (IPC+1)"

Este punto nos lleva a varias cuestiones:

1º) ¿Sería mejor aceptar un precio fijo a 4 años, o anualmente referenciado? Si optamos por un precio fijo la empresa haría una estimación de precio al alza que tal como está la inflación en este instante podría perjudicarnos.

2º) Si optamos por precio estable el primer año, y referenciado los siguientes, no parece aceptable la propuesta de actualización anual con el IPC+1, pues puede interpretarse como una revisión encubierta que la propia Ley 2/2015 de 30 de marzo de desindexación de la economía española quiere evitar.

Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas
Secretaría General
C/ Real, 14
45071 Toledo

Tel.: 925 266 500
e-mail: secretariageneral.hacienda@jccm.es

www.castillalamancha.es

3º) ¿Cuál es el índice de referencia que debemos aplicar? Resulta complejo a las unidades de contratación de nuestras Delegaciones fijar cual por la indeterminación en los índices de referencia aplicables.

Por ello solicito que desde el Área de Contratación Centralizada nos orienten sobre estos extremos.

RESPUESTA

En la consulta se plantea la necesidad de contratar la calefacción de los edificios de las distintas Delegaciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, indicando que la intención es que el suministro se realice conectando con la Red de Calor de XXX, cuya fuente de energía es biomasa. Indican también que el procedimiento de adjudicación del correspondiente contrato sería el negociado sin publicidad, dada la exclusividad del mismo. En este punto, y sin que haya sido planteada la cuestión, este servicio considera importante reseñar que el procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad se regula en el apartado 2º del artículo 168.a) de la 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, en adelante), que precisa:

"2º 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 e industrial.*

La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial ***solo 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****".*

Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas
Secretaría General
C/ Real, 14
45071 Toledo

Tel.: 925 266 500
e-mail: secretariageneral.hacienda@jccm.es

www.castillalamancha.es

En este sentido, la propia Directiva 2014/24/UE, en su considerando 50 destaca el carácter excepcional de este procedimiento cuando señala que:

"En razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en ***circunstancias muy excepcionales****. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al poder adjudicador, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación* ***no generaría más competencia o mejores resultados de contratación****, por ejemplo porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. (…). La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación.*

Los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción deben ***motivar por qué no existen otras alternativas*** *(…).*

Cuando la situación de exclusividad se deba a razones técnicas, estas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular. Entre estas razones cabe citar la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico. También pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse a fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse"

En relación con esta cuestión, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución nº 205/2022, recuerda la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, recogida en el informe 52/06, de 11 de diciembre que concluye:

«Como se aprecia claramente ***lo decisivo para la utilización del procedimiento negociado****, por esta causa* ***es que exista un solo empresario*** *al que pueda encomendarse la ejecución de la obra, siendo motivo indirecto y remoto el que ello sea por razones técnicas, artísticas o de exclusividad de derechos».*

Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas
Secretaría General
C/ Real, 14
45071 Toledo

Tel.: 925 266 500
e-mail: secretariageneral.hacienda@jccm.es

www.castillalamancha.es

Advertida pues la necesidad de que la elección del procedimiento negociado sin publicidad se encuentre debidamente justificada, y continuando con el escrito de consulta, en el que se solicita la remisión de un modelo de pliegos de contrato negociado sin publicidad, hemos de señalar que, en la actualidad no existen modelos de pliegos del tipo solicitado que hayan sido aprobados mediante resolución de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas; no obstante, ponemos a su disposición dos borradores de pliegos de contratos de suministros y de servicios, tramitados desde la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, por si pudiera servirle de ayuda para la tramitación del futuro contrato.

Dicho lo anterior, y en relación con el precio del contrato, plantea la consultante si dicho precio debería ser fijo o variable. Indica, asimismo, que establecer un precio fijo el primer año y actualizarlo anualmente podría implicar una revisión encubierta "*que la propia Ley 2/2015 de 30 de marzo de desindexación de la economía española quiere evitar".*

En relación con la revisión de precios hemos de tener en cuenta lo dispuesto en la LCSP que, en su artículo 103, establece lo siguiente:

"1. Los precios de los contratos del sector público solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en este Capítulo.

(…)

2. Previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, ***en los contratos de suministro de energía*** *y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el Real Decreto anteriormente citado.*

(…)

Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas
Secretaría General
C/ Real, 14
45071 Toledo

Tel.: 925 266 500
e-mail: secretariageneral.hacienda@jccm.es

www.castillalamancha.es

3. En los supuestos en que proceda, el órgano de contratación podrá establecer el derecho a revisión periódica y predeterminada de precios y fijará la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo.

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar, en tales casos, la fórmula de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la fecha de formalización del contrato, siempre que la formalización se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses si la formalización se produce con posterioridad.

(…)"

Así pues, para que opere la revisión de precios es preciso que nos encontremos ante uno de los supuestos que permite la LCSP.

Teniendo en cuenta que lo que parece que pretende contratarse es el suministro de energía (biomasa), cabría en este tipo de contrato establecer en el pliego una cláusula de revisión de precios, en el caso de que se optara por establecer un precio variable, sin que ello supusiera ningún tipo de revisión encubierta, pues la propia LCSP la admite en estos casos.

Como cuestión final, se plantea cuál es el índice de referencia que debería aplicarse. Sobre esta cuestión es preciso advertir que este servicio carece de competencias específicas para resolver adecuadamente esta cuestión. Podemos indicar que el IPC general abarca también los productos energéticos, y que existe un tipo de IPC específico de productos energéticos; desconocemos si existe algún tipo más de índice de referencia que podría aplicarse al contrato. En cualquier caso, el índice de referencia que se aplique deberá ser real y conforme con el objeto del contrato; lo cual nos lleva a cuestionar que pretenda establecerse una actualización anual referida al IPC del año anterior "*incrementado en un punto (IPC+1)*", ¿en qué se basa la entidad consultante para añadir un punto al IPC?

De acuerdo con lo expuesto, indicar que este servicio no puede establecer a priori si resulta más conveniente establecer un precio fijo o un precio variable en el contrato, pues ello dependerá de distintas circunstancias que habrá que tener en cuenta, como pueda ser el consumo energético anual, para lo cual deberá llevarse a cabo un estudio económico y técnico que determine cuál sería la opción

Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas
Secretaría General
C/ Real, 14
45071 Toledo

Tel.: 925 266 500
e-mail: secretariageneral.hacienda@jccm.es

www.castillalamancha.es

que mejor se ajuste a las necesidades del órgano de contratación; estudio que deberá asimismo determinar, en el caso de optar por un precio variable, el índice de referencia que habrá que tener en cuenta a la hora de establecer en el pliego la revisión de precios del contrato.

Finalmente indicar que, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la presente respuesta a la consulta planteada tiene carácter meramente informativo y en ningún caso resulta vinculante.

SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y NORMALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas
Secretaría General
C/ Real, 14
45071 Toledo

Tel.: 925 266 500
e-mail: secretariageneral.hacienda@jccm.es

www.castillalamancha.es