



ASUNTO: LA REGULACIÓN DE LA EXCLUSIVIDAD EN LA LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

I.- INTRODUCCIÓN.

La nueva **Ley de Contratos del Sector Público** contempla, en el marco de los procedimientos con negociación, el tradicionalmente conocido como procedimiento negociado sin publicidad por razón de exclusividad, procedimiento que tiene su base justificativa en el hecho de que sólo un empresario puede ejecutar la prestación en que consiste el objeto del contrato.

Con todo, la nueva norma da un paso más allá y es que, a diferencia del **Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público**, define cuándo se entiende que no existe competencia por razones técnicas o cuando procede la protección de derechos exclusivos como causas que permiten la puesta en marcha del procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad, esto es, define la exclusividad a efectos de la viable puesta en marcha de un Procedimiento Negociado Sin Publicidad por Exclusividad.

La reciente **Resolución Nº 195/2017**, de 2 de octubre de 2017, del **Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía**¹, ya refiere interpretaciones cercanas al nuevo concepto de exclusividad y es que, aunque la controversia sobre la que versa el recurso se resuelve en el marco normativo del **Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público**, el Tribunal se basa en el contenido de la **Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública** y, por tanto, indirectamente, en la nueva **Ley 9/2017** que la transpone.

II.- LA EXCLUSIVIDAD EN EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN ANUNCIO PREVIO.

El **artículo 168.a).2º** de la **Ley 9/2017**, concreta:

«Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los siguientes casos:

2.º Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes

1

http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/resolucion_tarc/17/10/Resolucion%20a%20publicar%20195_17_RCT_180_17.pdf



CIRCULAR INFORMATIVA Nº 619/2017

*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.

La justificación de la puesta en marcha de un Procedimiento Negociado Sin Publicidad requiere, por tanto, que el órgano de contratación justifique – esa justificación será publicada –:

- (I) Que procede la puesta en marcha del mismo por cuando no hay alternativa o sustituto razonable en el mercado para con el objeto del contrato y que,
- (II) Como indica la **Resolución Nº 195/2017** a la que nos referíamos, la exclusividad no se debe a *razones* generadas por la propia Administración contratante en la configuración del procedimiento de contratación, esto es, que la competencia en el mercado no se está restringiendo artificialmente.

¿Cómo se justifica que en el mercado no hay una alternativa o sustituto razonable a aquello en que consiste el objeto del contrato?

Estos conceptos, ambiguos e interpretables, habrán de ser individualizados por la Administración sanitaria cuando se pretenda contratar medicamentos, productos sanitarios o tecnología sanitaria por medio del Procedimiento Negociado Sin Publicidad por Exclusividad y es que, desde luego, el uso de este procedimiento se somete a un aumento de las exigencias en la justificación y ello ha de ser conectado con el hecho de que la publicidad y la transparencia, que implican el acceso a la motivación del procedimiento y a la *prueba* de que media la exclusividad, permiten una fiscalización ejecutada por el mercado para con la validez de estos procedimientos.



III.- CONCLUSIONES.

La definición de la exclusividad de que prevé la nueva Ley de Contratos del Sector Público y las implicaciones de la misma, previsiblemente, cambiará la forma en que el Procedimiento Negociado Sin Publicidad por Exclusividad ha servido a la contratación de medicamentos, productos sanitarios y tecnología sanitaria ya que, como hemos visto, la acreditación de la exclusividad se endurece y, del mismo modo, el principio de no injerencia en la competencia en el mercado se presenta como capital en este procedimiento en el que ha de motivarse adecuadamente por qué se usa de un procedimiento extraordinario que, a la postre, no promueve concurrencia y permite la no publicación de anuncio previo.

La no publicación de anuncio previo en el Procedimiento Negociado Sin Publicidad no comporta que el mismo, indirectamente, no vaya a tener publicidad y es que serán públicos los informes que motivan y justifican la puesta en marcha del procedimiento y, con ello, la acreditación misma de que media la exclusividad; así, es esta publicidad indirecta lo que va a permitir a los operadores de mercado fiscalizar el actuar de la Administración y, en su caso, impugnar convocatorias de procedimientos negociados sin anuncio previo.

En la citada Resolución, consideraba el Tribunal,

«En definitiva, pues, para acudir al supuesto legal de procedimiento negociado previsto en el artículo 170 d) del TRLCSP, es necesario que el órgano de contratación justifique y acredite que es imposible promover la concurrencia porque objetivamente solo existe una empresa que pueda encargarse de la ejecución del contrato, no concurriendo una razón técnica determinante de la exclusividad cuando, además de existir alternativas razonables en el mercado, la exclusividad fuera consecuencia de una restricción artificial de los parámetros de la contratación al exigirse en los pliegos unos requisitos técnicos que solo puede cumplir una empresa determinada».