Informe 15/11, de 15 de diciembre de 2011. "Órgano a quien corresponde realizar la comprobación documental aportada por candidatos y licitadores"

Clasificación de los informes. 16.5 Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. Mesas de contratación.

ANTECEDENTES.

El Ayuntamiento de Leganés, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991 plantea ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa la siguiente consulta:

VISTOS:

1. El Artículo Veintidós de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 30/2007, modifica la redacción del artículo 135 en los siguientes términos:

"1. El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo siguiente…"

"2. El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa…"

2. El artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, establece que son Funciones de las mesas de contratación

a. Calificará las documentaciones de carácter general acreditativas de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores y demás requisitos a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, así como la garantía provisional en los casos en que se haya exigido, comunicando a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación. A tal fin se reunirá con la antelación suficiente, previa citación de todos sus miembros.

b. Determinará los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

c. Abrirá las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto Publico, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 182.4 de la Ley de Contratos del Sector Público.

d. Cuando el procedimiento de valoración se articule en varias fases, determinará los licitadores que hayan de quedar excluidos por no superar el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

e. Valorará las distintas proposiciones, en los términos previstos en los artículos 134 y 135 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, clasificándolas en orden decreciente de valoración, a cuyo efecto podrá solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 144.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

f. Cuando entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitará el procedimiento previsto al efecto por el artículo 136.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, y en vista de su resultado propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del mismo artículo.

g. Fuera del caso previsto en la letra anterior propondrá al órgano de contratación la adjudicación provisional a favor del licitador que hubiese presentado la proposición que contuviese la oferta económicamente más ventajosa según proceda de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares que rija la licitación. Tratándose de la adjudicación de los acuerdos marco, propondrá la adjudicación a favor de los licitadores que hayan presentado las ofertas económicamente más ventajosas. En aquellos casos en que, de conformidad con los criterios que figuren en el pliego, no resultase admisible ninguna de las ofertas presentadas propondrá que se declare desierta la licitación. De igual modo, si durante su intervención apreciase que se ha cometido alguna infracción de las normas de preparación o reguladoras del procedimiento de adjudicación del contrato, podrá exponerlo justificadamente al órgano de contratación, proponiéndole que se declare el desistimiento.

3. Y el informe 31/05, de 29 de junio de 2005, sobre "Inicio del expediente de contratación" en el que se observa la diferencia entre el término de que el expediente de contratación "se iniciará por el órgano de contratación" y no por "acuerdo del órgano de contratación…" lo que parece identificar que "esta nueva redacción implica que, si bien el órgano de contratación competente en

su caso, Alcalde o Pleno, debe dictar y firma las resoluciones y actos de trámite que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, no es necesaria dicha resolución para la simple iniciación del expediente de contratación"

En aras a cuestiones de índole práctico y de simplificación procedimental, pues tal y como dispone la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de aplicación supletoria en los procedimientos de contratación administrativa, el expediente ha de tramitarse de acuerdo con los principios de economía, celeridad y eficacia, y ante las discrepancias en la interpretación de la norma surgidas entre la Intervención General de este Ayuntamiento y la Jefe de Servicio del Departamento de Contratación, se SOLICITA a esa Junta Consultiva,

1º) Informe en cuanto al sentido de la norma precitada, respecto a qué debe entenderse por órgano de contratación, indicando si es preceptivo o no acuerdo expreso del órgano de contratación en sentido estricto (en nuestro caso la Junta de Gobierno Local, por tratase de municipio de gran población, al haberse acogido a lo establecido en el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril) para el ejercicio de las acciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 135 de la Ley 30/2007, en su nueva redacción dada por la Ley 34/2010, o las mencionadas acciones pueden llevarse a cabo por órgano distinto a la Junta de Gobierno Local y, en su caso, determine qué órgano es el competente para su ejecución.

Si el competente para clasificar las ofertas y requerir al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa se atribuye a la Junta de Gobierno Local, ¿puede ésta delegar dicha competencia en la Mesa de Contratación o en cualquier otro órgano?

2º) Asimismo, y en el mismo sentido, si es necesario acuerdo expreso del órgano de contratación, para solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información relativa a ellas, siempre que ello no suponga una modificación de sus elementos fundamentales que implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio, o corresponde a la mesa de contratación la solicitud de las referidas aclaraciones para realizar la valoración de las ofertas y clasificarlas en orden decreciente.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. El Ayuntamiento de Leganés plantea dos consultas relacionadas con las funciones del órgano de contratación en relación con las asignadas a las Mesas de contratación: primero, si es preciso acuerdo del órgano de contratación en sentido estricto para el ejercicio de las funciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 135 de la LCSP, relativas a la clasificación de las proposiciones y al requerimiento al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, y acerca de la posibilidad de su delegación; segundo, sobre la competencia para solicitar aclaraciones o precisiones de las ofertas presentadas.

2. Respecto a la primera cuestión, la consulta parte de la aparente contradicción entre los citados apartados 1 y 2 del artículo 135 de la LCSP, tras la redacción dada a los mismos por el artículo 22 de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que atribuyen al órgano de contratación la competencia para la clasificación de las proposiciones y para requerir al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa la presentación de la documentación correspondiente, con la función de valoración de las distintas proposiciones que el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, atribuye a las mesas de contratación en su letra e).

La cuestión se plantea teniendo en cuenta que la Ley 34/2010 ha suprimido la denominada adjudicación provisional, en base a la cual se redactó el citado artículo 22 del Real Decreto 817/2009. Efectivamente, la redacción original del artículo 135 preveía la clasificación de las proposiciones por el órgano de contratación y la adjudicación provisional al que haya presentado la oferta económica más ventajosa (apartados 1 y 3). Antes de su elevación a definitiva el adjudicatario debía presentar la documentación justificativa y constituir la garantía definitiva (apartado 4). Dicha modificación se justifica, en la exposición de motivos de la Ley, en que "*ha sido necesario dar solución a la contradicción aparente que podía suponer para el carácter universal del recurso el hecho de que los actos producidos entre la adjudicación provisional y la definitiva quedaran fuera del ámbito de aplicación del mismo, pues, si bien se trata de actos de cumplimiento prácticamente mecánico en los que la controversia jurídica es apenas imaginable,*

conceptualmente deben ser susceptibles de recurso también para dar plena satisfacción a la configuración que del mismo hace la nueva Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre. Esta circunstancia ha llevado a la necesidad de refundir en uno solo los actos de adjudicación provisional y definitiva haciendo coincidir la perfección del contrato con la formalización del mismo, sin que entre ambos trámites se prevea actuación alguna, salvo, claro está, las que deriven de la posible interposición del recurso."

3. A este respecto, para realizar este análisis debe recordarse el régimen jurídico vigente respecto a estas cuestiones tanto con carácter general como las específicas del ámbito local.

Con carácter general, la LCSP, en la regulación de los procedimiento de adjudicación de las Administraciones Públicas, diferencia entre los órganos de contratación, a los que atribuye en su artículo 135 determinadas competencias, y en particular la de adjudicar el contrato, de los órganos competentes para la valoración de las proposiciones, para las cuales el artículo 144 atribuye determinadas funciones de examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación.

En concreto el artículo 135 señala:

1. El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo siguiente. Para realizar dicha clasificación, atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego o en el anuncio pudiendo solicitar para ello cuantos informes técnicos estime pertinentes. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo.

2. El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 53.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de veinte días hábiles.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

De acuerdo con ello, el artículo 295 de la LCAP (artículo que no tiene la consideración de básico de acuerdo con la disposición final séptima de la LCSP) regula las Mesas de Contratación como órganos de asistencia de las Administraciones públicas competentes para la valoración de las ofertas, remitiéndose a un desarrollo reglamentario.

Dicho desarrollo se contiene en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, cuyo artículo 22, que tampoco tiene carácter básico, detalla las funciones de las mesas de contratación en los distintos de licitación. Entre ellas, el apartado 1, referido a las relativas a los procedimientos abiertos, su letra e) señala que la mesa "*Valorará las distintas proposiciones, en los términos previstos en los artículos 134 y 135 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, clasificándolas en orden decreciente de valoración, a cuyo efecto podrá solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 144.1 de la Ley de Contratos del Sector Público*".

Por su parte, para las entidades locales la disposición adicional segunda prevé unas normas específicas entre las cuales están algunas relacionadas con las mesas de contratación (apartados 4 y 10), manteniéndose en todo caso su consideración como órgano de asistencia para la valoración de las ofertas.

4. Con estas premisas, debe abordarse el examen de la primera de las cuestiones planteadas referido a la interpretación de las competencias del órgano de contratación contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 135.

Dichos artículos atribuyen de forma inequívoca al órgano de contratación para clasificar, por orden decreciente, las proposiciones presentadas (artículo 135.1) y, en consecuencia, requerir al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, para que presente la documentación exigida (artículo 135.2). La atribución al órgano de contratación de estas competencias responde a que estos dos elementos constituyen la base de la adjudicación del contrato que deberá realizar a continuación (artículo 135.3) y que deberá ser adecuadamente motivada de conformidad con el artículo 135.4, a los efectos de posibilitar su impugnación de conformidad con los mecanismos previstos en la Ley,

Primero, mediante la clasificación de las ofertas el órgano de contratación determina el licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa atendiendo a los criterios establecidos en el pliego. Para llevar a cabo esta clasificación, el órgano de contratación podrá "solicitar para ello cuantos informes técnicos estime pertinentes" (artículo 135.1).

Para las Administraciones Públicas, y como órgano de asistencia del órgano de contratación se configuran en la LCSP las mesas de contratación como órganos competentes para la valoración de las proposiciones de conformidad con las normas expuestas, en particular el artículo 295 de la LCSP citado.

Aunque el artículo 22 del Real Decreto señale que la Mesa "*Valorará las distintas proposiciones, en los términos previstos en los artículos 134 y 135 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, clasificándolas en orden decreciente de valoración, a cuyo efecto podrá solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 144.1 de la Ley de Contratos del Sector Público*, ello ha de interpretarse en el marco de las funciones que a los órganos competentes para la valoración de las proposiciones le atribuye el artículo 144 de la LCSP. De acuerdo con éste el resultado de su valoración es una propuesta de adjudicación, que "*no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración*", como señala el artículo 144.2.

Corresponde al órgano de contratación, en consecuencia, la valoración final de las proposiciones presentadas, bien asumiendo los criterios de la mesa, o bien acogiendo otros que estime por conveniente, siempre que lo refleje de forma motivada (artículo 144.2). Con la redacción vigente hasta la Ley 34/2010, esto lo hacía el órgano de contratación en la resolución de adjudicación provisional. Suprimida ésta, cabe plantearse si es necesario un acto expreso antes del requerimiento subsiguiente, que anteriormente se exigía con carácter posterior a este acto.

Efectivamente, a continuación, de acuerdo con la ley, es preciso el cumplimiento por el licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa del requerimiento para acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para contratar con la Administración, tanto las de carácter general como las específicas exigidas por el procedimiento de contratación concreto, que en caso de no cumplimentarse adecuadamente determinará que se entienda que ha retirado su oferta, procediéndose a recabar la documentación del licitador siguiente (párrafo tercero del artículo 135.2).

Este requerimiento supone, implícitamente, la asunción de que el licitador requerido es el que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa atendiendo a los criterios establecidos en el pliego, pues no tendría sentido exigir el cumplimiento de determinados requisitos –en particular la constitución de garantía definitiva-, con la sanción en caso de incumplimiento de su consideración de que ha retirado la oferta, si no se ha formulado un juicio sobre si ha presentado la oferta más ventajosa o no.

Ello justifica que la LCSP en su artículo 135, apartados 1 y 2, atribuya al órgano de contratación tanto la clasificación de las proposiciones como la formulación del requerimiento al licitador clasificado en primer lugar y que sus decisiones deban formalizarse en actos administrativos de trámite en el procedimiento de contratación, sobre la base de las propuestas de la mesa de contratación.

Finalmente, y una vez cumplimentado el requerimiento por el licitador, el órgano de contratación "deberá adjudicar el contrato dentro de los cinco días hábiles", adjudicación que deberá ser debidamente motivada, en los términos previstos en el artículo 135.4 de la LCSP:

"*La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.*

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 310, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos:

a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.…"

Como se desprende de la redacción del artículo esta adjudicación descansa sobre las actuaciones previamente realizadas, que deberán incorporarse al contenido de la motivación.

5. Por todo lo anterior ha de entenderse que el ejercicio de las competencias reconocidas en los apartados 1 y 2 del artículo 135 de la LCSP corresponden al órgano de contratación mediante la adopción del correspondiente acto. Si en una Corporación Local, como la solicitante de informe, el órgano de contratación es la Junta de Gobierno Local, de conformidad con el apartado 3 de la disposición adicional segunda de la LCSP, corresponde a este órgano adoptar los oportunos acuerdos que para el ejercicio de tales competencias les corresponden.

Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de delegar dichas competencias de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y demás regulación aplicable, que no proscriben la posibilidad de delegar estos actos específicos, salvo en los caso que la competencia de la Junta de Gobierno Local se ejerciera a su vez por delegación, caso en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.5 de la Ley 30/1992, la competencia resultaría indelegable.

No obstante, no parece que proceda su delegación en la Mesa de contratación, toda vez que este órgano se configura como una órgano de asistencia del órgano de contratación, para la valoración de las ofertas, órgano que en principio se configura para hacer propuestas sobre la valoración de las ofertas, no resoluciones sobre las mismas.

6. Plantea el Ayuntamiento de Leganés igualmente si es necesario acuerdo expreso del órgano de contratación, para solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información relativa a ellas, siempre que ello no suponga una modificación de sus elementos fundamentales que implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio, o corresponde a la mesa de contratación la solicitud de las referidas aclaraciones para realizar la valoración de las ofertas y clasificarlas en orden decreciente.

La LCSP regula la solicitud de precisiones o aclaraciones en dos artículos:

Por una parte en el artículo 71 que prevé que *"el órgano de contratación o el órgano auxiliar de éste podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores o requerirle para la presentación de otros complementarios",* referido a la acreditación de la aptitud para contratar de los licitadores.

En este caso, de la redacción del artículo queda suficiente claro que dichas aclaraciones pueden solicitarse tanto por el órgano de contratación como por sus órganos auxiliares como la Mesa de contratación, y en tal sentido se prevé en el artículo 22 del Real Decreto 817/2009.

Por otra, en la regulación del procedimiento del diálogo competitivo, en el artículo 167, que no fue modificado por la Ley 34/2010, a tenor del cual:

1. Las ofertas deben incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto.

El órgano de contratación, podrá solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas, siempre que ello no suponga una modificación de sus elementos fundamentales que implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio.

2. El órgano de contratación evaluará las ofertas presentadas por los licitadores en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo y seleccionará la oferta económicamente más ventajosa. Para esta valoración habrán de tomarse en consideración, necesariamente, varios criterios, sin que sea posible adjudicar el contrato únicamente basándose en el precio ofertado.

3. El órgano de contratación podrá requerir al licitador cuya oferta se considere más ventajosa económicamente para que aclare determinados aspectos de la misma o ratifique los compromisos que en ella figuran, siempre que con ello no se modifiquen elementos sustanciales de la oferta o de la licitación, se falsee la competencia, o se produzca un efecto discriminatorio.

Dicho artículo ha sido desarrollado por el artículo 23.7 del Real Decreto 817/2009 cuando prevé que la Mesa especial de diálogo competitivo *"Podrá requerir al licitador cuya oferta se considere económicamente más ventajosa para que aclare determinados aspectos de la misma o ratifique los compromisos que en ella figuran, siempre que con ello no se modifiquen elementos sustanciales de la oferta o de la licitación, se falsee la competencia, o se produzca un efecto discriminatorio."* Dicha función se enmarca sin dificultad en la configuración de esta Mesa especial como órgano de asistencia del órgano de contratación y de valoración de las ofertas, por lo que cabe concluir que tanto el órgano de contratación como la Mesa puede efectuar esta función dentro de este particular procedimiento de contratación.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. No existe contradicción entre los artículos 135 y 295 de la Ley, habida cuenta de que el artículo 135, cuando se refiere al órgano de contratación, debe entenderse en un sentido amplio, esto es, incluyendo la mesa de contratación, que desde un punto de vista laxo forma parte de aquél.

Si en una Corporación Local, como la solicitante de informe, el órgano de contratación es la Junta de Gobierno Local, de conformidad con el apartado 3 de la disposición adicional segunda de la LCSP, corresponde a este órgano adoptar los oportunos acuerdos que para el ejercicio de tales competencias les corresponden.

Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de delegar dichas competencias de acuerdo con lo dispuesto en la Leyes, que no proscriben la posibilidad de delegar estos actos específicos.

2. Que no es necesario acuerdo expreso del órgano de contratación, para solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información relativa a ellas, en los supuestos previstos en la legislación de contratos (artículos 71 y 167 de la LCSP), pudiéndose solicitar las aclaraciones por la correspondiente Mesa de contratación.