

LA CONFIGURACION DE LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 30 DE OCTUBRE DE 2007

MARÍA ASUNCIÓN SANMARTÍN MORA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN EN LA LEY 30/2007, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.— III. ALCANCE DE LA OBLIGATORIEDAD DE CONSTITUIR ÓRGANO DE ASISTENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.— IV. ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ABIERTO.— V. ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO.— VI. ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO.— VII. ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA EN EL DIÁLOGO COMPETITIVO.— VIII. LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA Y EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.

RESUMEN: La entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público, ha supuesto modificaciones importantes en la regulación de los órganos de asistencia al órgano de contratación durante el procedimiento de adjudicación. Este artículo analiza la configuración actual de estos órganos y los problemas que ocasiona una regulación fragmentada e incompleta.

Palabras clave: contratos públicos; contratos administrativos; procedimientos de adjudicación; mesas de contratación.

ABSTRACT: The entry into force of the new Law 30/2007, October 30th 2007, of Public Sector Contracts, has supposed important modifications in the regulation of the organs of attendance to the contracting authority during the procedure for the award of public contracts. This article analyzes the present configuration of these organs and the problems caused by a fragmented and incomplete regulation.

Key words: public procurement; public contracts; procedure for the award of public contracts.

I. INTRODUCCIÓN

El marco normativo aplicable actualmente a los órganos de asistencia al órgano de contratación, denominados tradicionalmente en nuestro derecho

mesas de contratación, se caracteriza por las escasas referencias que les dedica la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP, y por la falta de precisión sobre los preceptos que siguen aplicables del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante RGLCAP. Esto unido a las importantes novedades que ha introducido la LCSP en relación con el procedimiento de adjudicación de los contratos, ha creado una situación confusa en algunos aspectos relacionados con el alcance de la obligatoriedad de constituir mesas, con las funciones que estas deben desarrollar y con sus actuaciones.

El legislador estatal, consciente de esta situación ha elaborado un borrador de proyecto de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP en el que con carácter de urgencia se desarrolla la Ley únicamente en lo que se refiere a la clasificación empresarial y a las actuaciones de las mesas. El documento puede consultarse en la Plataforma de Contratación del Estado (<http://www.contrataciondelestado.es/>).

Este trabajo pretende dar una visión general de la configuración actual de los órganos auxiliares o de asistencia del órgano de contratación y analizar las cuestiones relativas a sus funciones y al desarrollo de sus actos que presentan alguna dificultad o que necesitarían de una mayor precisión, haciendo referencia también a los planteamientos que se recogen en el borrador de desarrollo parcial de la LCSP.

II. LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN EN LA LEY 30/2007, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La LCSP dedica el Libro III a la «Selección del contratista y adjudicación de los contratos» y dentro de este, el Capítulo I del Título I a la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas. La subsección 3ª que incluye los artículos 127 a 133 regula la licitación y la subsección 4ª, artículos 134 a 136, la selección del adjudicatario. En todos estos preceptos las actuaciones están referidas siempre al órgano de contratación de forma que puede dar la impresión de que la LCSP no exige que participe en el procedimiento de adjudicación del contrato, otro órgano que no sea aquel que tiene atribuida la competencia para contratar. Sin embargo el artículo 144, referido al examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación en el procedimiento abierto, sí recoge la necesidad de que intervenga el que denomina «órgano competente para la valoración de las proposiciones». A este órgano le encomienda además de la valoración de las ofertas, la apertura de las proposiciones y la calificación de la documentación aportada por los licitadores para acreditar el cumplimiento de los requisitos previos de capacidad y solvencia. El artículo 144 es un precepto básico que aunque se refiere al proce-

dimiento abierto resulta también aplicable al procedimiento restringido por remisión del artículo 152 y que vincula a las administraciones públicas en todo caso. No resulta aplicable a los poderes adjudicadores no administración pública porque el artículo 176 las exceptiona expresamente.

Los artículos 295 a 298, situados en el Libro V de la LCSP, dedicado a la «organización administrativa para la gestión de la contratación», desarrollan el artículo 144 regulando los que se denominan en el enunciado del capítulo «órganos de asistencia al órgano de contratación» pero a los que después en el articulado se refiere con el nombre de mesas de contratación. Son preceptos que tienen carácter de legislación no básica ya que tratan cuestiones de carácter organizativo.

El artículo 295 establece el alcance de la obligatoriedad de constituir mesas de contratación y la composición de las mismas, el artículo 296 regula para el ámbito estatal la mesa especial del diálogo competitivo, el 297 regula la mesa de contratación del sistema estatal de contratación centralizada y por último el artículo 298 establece que en los concursos de proyectos la mesa se constituirá en Jurado.

La LCSP no aborda una regulación pormenorizada de las actuaciones de los órganos de asistencia en cada procedimiento de adjudicación como hacía el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante TRLCAP. El artículo 81 TRLCAP regulaba las mesas de contratación en general y otros artículos se referían concretamente a la forma de actuación de la mesa en cada procedimiento, así en el artículo 82 se regulaba la forma de actuación de la mesa en la subasta, el 88 en el concurso y el artículo 92 en los procedimientos negociados, además el artículo 184 contenía una referencia específica a la actuación de la mesa en determinados contratos para el tratamiento de la información. La única mención en la LCSP a las actuaciones del órgano de asistencia además de las citadas anteriormente, está en el artículo 71, que prevé que el «órgano auxiliar» del órgano de contratación pueda recabar aclaraciones sobre la documentación acreditativa de los requisitos previos.

La escueta regulación de los órganos de asistencia en la LCSP debe completarse con la contenida en el RGLCAP que dedica a las mesas de contratación el artículo 79 y que regula aspectos relacionados con las actuaciones de las mesas en los artículos 22, 51 y 81 a 87. Estos preceptos siguen vigentes en lo que no se opongan a la LCSP, en virtud de la Disposición Derogatoria Única de la misma. Tienen carácter de legislación básica los artículos 51, 81, salvo el apartado 2 en lo que se refiere al plazo de tres días y a la publicidad en tablones de anuncios, 85 y 86. Por el contrario los artículos 22, 79, 83, 84 y 87 y en general todas las referencias a las mesas de contratación no tienen carácter básico.

En este punto hay que recordar que la aplicación supletoria de los preceptos no básicos de la LCSP y del RGLCAP al ámbito autonómico en virtud del artículo 149.3 de la Constitución debe hacerse de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional manifestada en las Sentencias 118/1996 y 61/1997, que básicamente considera que «la cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal llene, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de un vacío normativo detectado como tal por el aplicador del derecho». En consecuencia, la aplicación supletoria no es automática sino que corresponde al aplicador del derecho autonómico determinar si existe un vacío normativo y si es necesario encontrar una norma jurídica que lo llene para en ese caso integrar ese vacío con el derecho supletorio pertinente.

III. ALCANCE DE LA OBLIGATORIEDAD DE CONSTITUIR ÓRGANO DE ASISTENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

No hay ninguna duda de la obligación para todas las administraciones públicas de constituir órgano de asistencia en los procedimientos abiertos y restringidos por aplicación del artículo 144 que como ya hemos dicho exige con carácter de legislación básica, la intervención de un «órgano competente para la valoración de las proposiciones» y que resulta aplicable al procedimiento restringido por remisión del artículo 152 LCSP.

Este órgano auxiliar o de asistencia al órgano de contratación se denominará en las Administraciones Públicas estatales Mesa de contratación. Las Administraciones autonómicas podrán configurar sus propios órganos y si no lo hicieran se les aplicarán supletoriamente los preceptos de la LCSP y del RGLCAP de conformidad con el artículo 149.3 CE.

Distinta es la cuestión de la necesidad de constituir órgano de asistencia en el procedimiento negociado y en el diálogo competitivo, pues en ambos casos las referencias que se hacen a la actuación de un órgano de asistencia en la LCSP, artículos 295 y 296, tienen carácter de legislación no básica.

Para las Administraciones Públicas estatales resulta obligatorio constituir mesa de contratación en los procedimientos negociados con publicidad en los supuestos fijados por el artículo 295.1 LCSP. Este precepto resulta aplicable a las administraciones autonómicas en tanto no dispongan de norma específica, las cuales por tanto deberán constituir mesa en los mismos términos.

La redacción del artículo 295.1 resulta confusa y provoca dudas sobre el alcance de esta obligatoriedad de constituir mesa pues admite diversas interpre-

taciones. El artículo 295.1 dispone que la mesa de contratación se constituirá obligatoriamente en los procedimientos abierto, restringido y negociado del artículo 161.1, para después añadir que en los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación la constitución de la mesa será potestativa para el órgano de contratación. El artículo 161 en su primer apartado establece como procedimientos sujetos a publicidad los supuestos de los artículos 154 a) y b), 155 a) y 158 a), aunque después añade que podrá prescindirse de la publicación del anuncio cuando se acuda al procedimiento negociado por haberse presentado ofertas irregulares o inaceptables en los procedimientos antecedentes, siempre que en la negociación se incluya a todos los licitadores que en el procedimiento abierto o restringido, o en el procedimiento de diálogo competitivo seguido con anterioridad hubiesen presentado ofertas conformes con los requisitos formales exigidos, y solo a ellos. Por otro lado en el apartado segundo del artículo 161 se establece la necesidad de publicar anuncios en los contratos no sujetos a regulación armonizada que puedan adjudicarse por procedimiento negociado por razón de la cuantía cuando su valor estimado sea superior a 200.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 60.000 euros, cuando se trate de otros contratos. El artículo 126 permite que en estos contratos la publicidad se realice únicamente en el perfil de contratante.

Por lo tanto se puede entender que la referencia del artículo 295.1 a la constitución potestativa de la mesa en los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios está relacionada con el párrafo primero del artículo 161 o considerar que se refiere en general a los procedimientos negociados sin publicidad. En el primer caso solo en los supuestos recogidos en el párrafo primero del artículo 161 sería necesario constituir mesa, e incluso dentro de estos, en los supuestos del artículo 154 a) si no resulta necesario publicar anuncios, la constitución de la mesa será potestativa, mientras que en los procedimientos negociados por razón de la cuantía en los que es necesario publicar anuncios, los supuestos del artículo 161.2, la constitución de la mesa sería potestativa. La segunda interpretación, por el contrario, implicaría que en que todos los procedimientos negociados con publicidad incluidos los supuestos del artículo 161.2, sería necesario constituir mesa de contratación.

Es esta última opción la que parece seguir el borrador de proyecto de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP cuando en el artículo 42 dice: «Los órganos de contratación estarán asistidos en los procedimientos de adjudicación abierto, restringido y negociado con publicidad por una mesa» y es la interpretación que ha realizado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 43/2008 al considerar que no existen razones de fondo para diferenciar entre los supuestos de procedimiento negociado con publicidad del artículo 161.1 y los del artículo 161.2.

Sin embargo cabe defender que la LCSP ha diseñado para los procedimientos negociados con publicidad por razón de la cuantía del artículo 161.2 un procedimiento «simplificado» tanto en la publicidad que solo se exige en el perfil de contratante y no en boletines oficiales, como en la necesidad de constituir mesa que sería opcional.

El artículo 296 regula para el ámbito estatal la Mesa especial del diálogo competitivo. Será obligatorio que las Administraciones Públicas estatales en estos procedimientos constituyan mesa de contratación con la composición señalada en el artículo 295 a la que se incorporarán personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo. La aplicación de la obligatoriedad de constituir mesa en el diálogo competitivo a las administraciones autonómicas de forma supletoria si no tienen normativa específica resulta muy dudosa puesto que el artículo 296 es un precepto claramente organizativo

IV. ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ABIERTO

El artículo 144 LCSP como hemos visto exige la participación en el procedimiento abierto de órgano de asistencia al órgano de contratación al que atribuye las siguientes funciones:

- La apertura y calificación de la documentación administrativa.
- La apertura de proposiciones.
- La valoración de las ofertas.
- Formular la propuesta de adjudicación.

Sin embargo, a pesar de denominarlo «órgano competente para la valoración de las ofertas», la LCSP ha introducido una importante alteración en el alcance de sus funciones de valoración, puesto que al establecer la participación necesaria en algunos supuestos determinados de un órgano distinto, sea un comité de expertos o un organismo técnico especializado, le sustrae la valoración de los criterios sometidos a juicio de valor en esos casos.

El artículo 137 LCSP exige que en el caso de que en una licitación que se siga en un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité de expertos al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado. En ambos casos el informe evacuado resulta vinculante para el «órgano competente para la valoración» según el artículo 144.1.

Esta es una novedad de la LCSP que no solo no viene exigida por las Directivas comunitarias sino que no tiene precedentes en el derecho de los países de nuestro entorno. Es cierto que parece querer reforzar la objetividad de las adjudicaciones al exigir que el comité de expertos esté integrado por personas con la cualificación apropiada y no integradas en el órgano proponente del contrato y que por lo tanto actuarían con total independencia, cualificación e independencia que también se presuponen en un organismo técnico especializado. Pero este requerimiento resulta excesivo puesto que tanto el órgano competente para la valoración como el comité de expertos y el organismo técnico especializado son designados por el órgano de contratación, por lo tanto quizás habría sido más adecuado optar por que sin necesidad de constituir un comité de expertos o de designar un organismo técnico especializado, el órgano de contratación designara como vocales del órgano de valoración a expertos en número suficiente como para constituir una ponencia técnica dentro del mismo.

El borrador de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP, en el artículo 44.4 dispone que los miembros del comité aunque no integrados en el órgano proponente del contrato, deben ser personal al servicio del departamento Ministerial u organismo contratante siempre que sea posible, esto indica que no está pensando en la posibilidad de que se nombren expertos externos, lo que hace aún más innecesario configurar este comité como figura independiente del órgano de valoración.

El desarrollo de los actos de apertura de proposiciones y valoración de ofertas también ha sido modificado sustancialmente por la LCSP respecto de la configuración anterior. En primer lugar, al distinguir entre criterios evaluables automáticamente y criterios que exigen un juicio de valor y someterlos a valoración separada y en segundo, al introducir como novedad la posibilidad de realizar subastas electrónicas.

El artículo 134 LCSP establece que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios cuya valoración exija un juicio de valor, dejándose constancia documental de ello y remite a las normas de desarrollo de la Ley para determinar los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.

La primera cuestión que plantea la aplicación del artículo 134 es si es necesario haber valorado los criterios que no son valorables automáticamente antes de abrir la oferta económica. Es cierto que la ley no lo dice expresamente pero si atendemos al fin de esta previsión que no puede ser otra que garantizar la máxima objetividad en la valoración de los criterios que por no

ser evaluables automáticamente exigen un juicio de valor, deberíamos concluir que el órgano competente para la valoración no debe conocer con anterioridad a esa valoración cuales son las propuestas de los licitadores en cuanto a los criterios de evaluación automática y por tanto no solo la oferta económica sino toda la parte de valoración automática de las propuestas se tendría que abrir con posterioridad a esa primera valoración.

Esta tesis, sin embargo, no encuentra fácil acomodo con la regulación que hace la LCSP de los plazos para la apertura de la oferta económica y para realizar la adjudicación provisional. El plazo que establece el artículo 144 para realizar el acto público de apertura de la oferta económica es en todo caso de un mes desde la finalización del plazo para presentar ofertas, por lo tanto el plazo máximo para recontar las proposiciones presentadas, calificar la documentación administrativa y evaluar los criterios de selección es de un mes. El plazo que fija el artículo 145 LCSP para realizar la adjudicación provisional es con carácter general en los supuestos en los que existen varios criterios de adjudicación, de dos meses desde la apertura de proposiciones. Si en el momento de la apertura de la oferta económica hubiera que tener valorada la parte más compleja de las ofertas como es la que se refiere a criterios no automáticos, el plazo de un mes para la apertura de la oferta económica puede resultar insuficiente y sin embargo el plazo de dos meses para realizar la adjudicación provisional claramente excesivo.

Admitida la obligatoriedad de valorar los criterios que exigen un juicio de valor antes del acto público de apertura de ofertas habrá que dar un nuevo tratamiento a la cuestión de la publicidad del resultado de la calificación administrativa y de la valoración de los criterios de solvencia. En la regulación del RLCAP al resultado de la calificación de la documentación administrativa y de la valoración de los criterios de selección se le da publicidad en el acto público de apertura de proposiciones, antes de abrir las propuestas de las empresas admitidas. Como la LCSP exige acto público solo para la apertura de la oferta económica, si esta va a tener lugar con posterioridad a la evaluación de las propuestas en cuanto a los criterios no valorables automáticamente y por tanto antes del acto público ya se habrán abierto en parte las propuestas de los licitadores, será necesario que exista un mecanismo para dar publicidad al resultado de la calificación administrativa y a la valoración de los criterios de solvencia antes de dicha apertura informal.

El borrador de proyecto de Real Decreto de Desarrollo parcial de la LCSP dedica un artículo al que quiere dotar de carácter básico, el 44, a la «Valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor». En el mismo se establece en relación al desarrollo de los actos de apertura que se celebrará un primer acto, que podrá no ser de carácter público, para la apertura de la documentación relativa a los criterios que dependan de un juicio de valor pro-

curando hacerlo coincidir con el de apertura de la documentación administrativa. Este es un planteamiento erróneo puesto que en ningún caso deben abrirse las propuestas de los licitadores antes de que se haya calificado la documentación administrativa y una vez comprobada la capacidad y solvencia se les haya declarado admitidos. Sobre la publicidad del resultado de la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor indica que se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, salvo que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se disponga otra cosa.

El borrador no aclara la cuestión de la publicidad del resultado de la calificación de la documentación administrativa.

Otra novedad de la LCSP que va a afectar al desarrollo de la valoración de las ofertas es la posibilidad que regula el artículo 132 de introducir en la licitación de un procedimiento abierto o restringido una subasta electrónica.

La subasta electrónica es un proceso iterativo, que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren, basado en dispositivos electrónicos que permitan su clasificación a través de métodos automáticos de evaluación. Por lo tanto antes de proceder a la subasta electrónica será necesario realizar una primera evaluación completa de las ofertas que sin duda realizará el órgano auxiliar y a continuación el órgano de contratación invitará simultáneamente por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, a todos los licitadores que hayan presentado ofertas admisibles a que presenten nuevos precios revisados a la baja o nuevos valores que mejoren la oferta. La fórmula matemática que se utilizará para la reclasificación automática de las ofertas en función de los nuevos precios o de los nuevos valores que se presenten incorporará la ponderación de todos los criterios fijados para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Una vez concluida la subasta electrónica, el contrato se adjudicará en función de sus resultados.

Así pues la actuación del órgano de asistencia en los supuestos en que se realice una subasta electrónica no finalizará en esa primera valoración completa de las ofertas sino que deberá realizar una propuesta de adjudicación en base a los resultados de la subasta electrónica, por lo tanto parece aconsejable que las normas de desarrollo de la ley aborden cuáles son las funciones que le corresponden en relación con el desarrollo de la subasta. El borrador de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP no contiene ninguna referencia a este tema.

Por último la LCSP no contempla una cuestión que ya no estaba totalmente clara con la anterior normativa y que es la actuación en caso de empate

de ofertas más bajas en los supuestos de aplicación del único criterio precio o de ofertas económicamente más ventajosas en supuestos de aplicación de varios criterios, si en los pliegos no se ha establecido ningún criterio de desempate. La única referencia al respecto se contenía y se contiene en el artículo 87 RGLCAP que establece que en las subastas, si se presentasen dos o más proposiciones iguales que resultasen ser las de precio más bajo, se decidirá la adjudicación de éstas mediante sorteo. Este precepto se declara expresamente inaplicable al concurso por el artículo 90 RGLCAP.

Ante la duda de si la previsión del artículo 87 RGLCAP es aplicable a los procedimientos en los que existe un único criterio de adjudicación, el precio y dada la ausencia de previsión alguna respecto de los procedimientos con varios criterios de adjudicación resulta recomendable que en los pliegos de cláusulas administrativas se contemple esa eventualidad, a tal efecto hay que recordar la Disposición Adicional Sexta de la LCSP sobre preferencia en la adjudicación en base a criterios sociales. En cualquier caso sería conveniente que en el desarrollo de la ley se fijara un criterio supletorio para estos casos en ausencia de previsión específica en los pliegos.

El borrador de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP tampoco se refiere a esta cuestión.

V. ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO

El artículo 152 LCSP dispone la aplicación al procedimiento restringido del artículo 144 «salvo en lo que se refiere a la calificación de la documentación administrativa». Por lo tanto está clara la obligatoriedad para todas las administraciones públicas, de constituir órgano de asistencia en estos procedimientos pero la redacción del artículo 152 puede suscitar dudas sobre si las funciones del «órgano competente para la valoración de las ofertas» en este procedimiento comprenden la calificación de la documentación administrativa y la valoración de los criterios de selección

El borrador de proyecto de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP, aclara esta cuestión y concreta en el artículo 43.2 que en el procedimiento restringido, la mesa de contratación examinará la documentación administrativa en los mismos términos previstos para el procedimiento abierto lo que supone que calificará las documentaciones de carácter general y determinará los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos.

En este punto sería aconsejable que se tuviesen en cuenta las peculiaridades del procedimiento restringido y se concretara que en los procedimientos res-

tringidos en los que se haya limitado el número de candidatos a invitar, la determinación de los licitadores admitidos y excluidos comprende la evaluación y ponderación de los criterios de selección. Recordemos que el artículo 147 LCSP dispone que los criterios de selección utilizables en el procedimiento restringido son los criterios objetivos de solvencia señalados en los artículos 64 a 68, de forma que al órgano auxiliar le corresponde proponer al órgano de contratación los solicitantes que deben de ser invitados a presentar oferta por ser los que han obtenido mayor puntuación en esa evaluación. También resulta conveniente que se concrete que dicha selección debe quedar formalizada en una resolución específica del órgano de contratación que además de dar lugar a cursar las invitaciones deberá ser notificada a los candidatos no seleccionados.

El borrador establece como novedad que la selección de los solicitantes que corresponde al órgano de contratación, podrá ser delegada en la mesa haciéndolo constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares

Las cuestiones tratadas en relación con las funciones y desarrollo de los actos del órgano auxiliar en el procedimiento abierto resultan aplicables al procedimiento restringido.

VI. ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO

La LCSP no define con claridad, como tampoco lo habían hecho ni la LCAP ni el RGLCAP, el alcance de las funciones de la mesa en los procedimientos negociados y por ello cabe plantearse si a la mesa le corresponde alguna actuación en la negociación de los términos del contrato.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado abordó la cuestión de la intervención de la mesa en los procedimientos negociados en el informe 21/1997, concluyendo que a la misma le corresponde pronunciarse sobre si el adjudicatario reúne los requisitos positivos de capacidad y solvencia y el negativo de no estar incurso en prohibición de contratar y que este pronunciamiento debe producirse antes de la adjudicación, pero no necesariamente antes de la negociación. La negociación queda claro que corresponde al órgano de contratación, el cual informará del resultado de la negociación a la mesa, y esta elevará una propuesta que no será sino un simple informe manifestando que no existe obstáculo legal una vez examinada la documentación presentada, para contratar a la empresa seleccionada por el órgano de contratación.

Dado que la LCSP ha suprimido la obligatoriedad de que en los procedimientos negociados la mesa eleve una propuesta de adjudicación, recordemos que el artículo 92 del TRLCAP si lo exigía, el criterio de la Junta Consultiva se ha visto reforzado y hay que concluir que la negociación corresponde

únicamente al órgano de contratación. En los procedimientos negociados con publicidad la actuación de la mesa se producirá una vez presentadas las solicitudes de participación, pronunciándose sobre si los solicitantes reúnen los requisitos positivos de capacidad y solvencia y el negativo de no estar incurso en prohibición de contratar, en base a ello propondrá al órgano de contratación los candidatos que deben de ser seleccionados para negociar. En los procedimientos negociados sin publicidad bastara con que la mesa se pronuncie sobre si el candidato seleccionado por el órgano de contratación cumple los requisitos positivos de capacidad y solvencia y el negativo de no estar incurso en prohibición de contratar en cualquier momento antes de la adjudicación provisional. No habrá en ningún caso propuesta de adjudicación.

El borrador de proyecto de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP introduce confusión en este tema pues aunque deja claro que la mesa no interviene en la negociación le atribuye la valoración de las ofertas. Así al regular en el artículo 43.3 las funciones de la mesa de contratación dice: «En el procedimiento negociado, la mesa, en los casos en que intervenga, calificará la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refiere el artículo 130 de la Ley y, una vez concluida la fase de negociación, valorará las ofertas presentadas por los licitadores, a cuyo efecto podrá pedir los informes técnicos que considere precisos, y propondrá al órgano de contratación la adjudicación provisional».

VII. ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA EN EL DIÁLOGO COMPETITIVO

El artículo 296 regula para el ámbito estatal la Mesa especial del diálogo competitivo con la composición señalada en el artículo 295 a la que se incorporarán personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo, también designadas por el órgano de contratación y en número igual o superior a un tercio de los componentes de la Mesa que participarán en las deliberaciones con voz y voto.

El artículo 296 atribuye a la Mesa especial del diálogo competitivo funciones que resultan novedosas respecto de la regulación tradicional de las mesas de contratación. Es a ella a la que le corresponde la elaboración del documento de evaluación previa en los contratos de colaboración sector público-sector privado al que se refiere el artículo 118. Este es un documento en el que se debe justificar que dada la complejidad del contrato la administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato y realizar un

análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifique en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden esta forma de contratación. Por lo tanto la mesa se convierte en un órgano proponente de la forma que debe adoptar la contratación y ya no solo circunscribe su actuación a la fase de adjudicación sino que participa también en la preparación del contrato.

De cualquier forma la actuación de la mesa en el diálogo competitivo deberá ser objeto de desarrollo reglamentario. Ninguna duda cabe en cuanto a su intervención en la selección de candidatos, pero recordemos que en este procedimiento no solo se valoran proposiciones sino que se elige la solución técnica para el objeto del contrato y por lo tanto cabe plantearse si la mesa debe participar en la elección de la o las soluciones adecuadas.

El borrador de proyecto de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP en el artículo 43 ya citado prevé que durante el diálogo con los licitadores los miembros de la mesa con competencia técnica en la materia sobre la que versa el contrato podrán asistir al órgano de contratación, a petición de éste.

Además le encomienda las siguientes actuaciones:

Declarar el fin del diálogo una vez que el órgano de contratación, determine la solución o soluciones que hayan de ser adoptadas para la última fase del proceso de licitación.

Una vez haya valorado las proposiciones, clasificándolas, 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.

VIII. LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA Y EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Por último abordaremos como afecta a los actos de los órganos de asistencia la introducción en el artículo 37 LCSP del recurso especial en materia de contratación.

Como ya hemos visto la configuración de los órganos de asistencia al órgano de contratación es una cuestión organizativa que la LCSP no regula de forma general. Únicamente se establece la composición de las mesas de contratación en el artículo 295 con el carácter de legislación no básica y por tanto aplicable a las administraciones públicas estatales y con carácter supletorio al resto de las administraciones públicas.

La mesa de contratación es un órgano colegiado nombrado por el órgano de contratación. Sus decisiones no ponen fin a la vía administrativa y conforme al artículo 144 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pueden ser recurridas en alzada ante el órgano de contratación.

Esta situación puede verse afectada para los contratos sujetos a regulación armonizada y los de servicios de categorías 17 a 27 con valor estimado igual o superior a 206.000 euros, por la regulación del recurso especial que hace el artículo 37 LCSP, ya que dicho recurso cabe ante los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que éstos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

El recurso especial es obligatorio antes del recurso contencioso-administrativo y elimina la posibilidad de interponer recursos administrativos ordinarios.

La mesa de contratación en el procedimiento abierto, restringido y negociado con publicidad, califica la documentación administrativa y posteriormente, una vez subsanados en su caso los defectos u omisiones, procede a determinar las empresas que se ajustan a los criterios de selección con pronunciamiento expreso sobre los admitidos, los rechazados y las causas de su rechazo, como dispone el artículo 82 RGLCAP. En el procedimiento abierto las ofertas que corresponden a proposiciones rechazadas quedarán excluidas del procedimiento de adjudicación del contrato y los sobres que las contienen no podrán ser abiertos (artículo 83 RLCAP). En los procedimientos restringido y negociado estas empresas no podrán ser seleccionadas a participar en la fase posterior del procedimiento.

Se plantea cuáles son las posibilidades de defensa que tienen los licitadores contra estas decisiones de la mesa pues no cabe duda de que la exclusión de una empresa del procedimiento de adjudicación del contrato tiene unos efectos decisivos para la misma.

En el procedimiento restringido, en el negociado con publicidad y en el diálogo competitivo ya hemos dicho que convendría que la selección de candidatos se hiciera por resolución expresa del órgano de contratación y este acto podría ser sin duda recurrido en base al artículo 37 LCSP.

En el procedimiento abierto sin embargo no existiría un acto del órgano de contratación sino un simple acto de la mesa por lo que cabe plantearse si la única defensa posible contra el mismo es el recurso de alzada o esperar a interponer el recurso especial contra la adjudicación provisional o si por el contrario cabe el recurso especial contra ese acto de la mesa.