

Informe 8/06, de 28 de febrero de 2007

Contratos. Informes técnicos. Interpretación del artículo 81.2 de LCAP.

Antecedentes

Por parte del Viceinterventor General se remite consulta a esta Junta Consultiva, en escrito del siguiente tenor:

“El apartado 2 del artículo 81 del TRLCAP atribuye a la Mesa de contratación la facultad de solicitar, antes de formular su propuesta de resolución, cuántos informes técnicos considere precisos y que se relacionen con el objeto del contrato.

Generalmente, esta facultad se ejerce cuando no figuran en la Mesa vocales técnicos especialistas en la materia objeto del contrato y se acude a órganos técnicos de la Administración para valorar las ofertas de los licitadores, de acuerdo con los criterios de adjudicación que han sido previamente fijados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

No obstante, hay algunos supuestos en que la Administración contratante no cuenta con los medios técnicos y humanos propios, suficientes y adecuados para emitir dichos informes y se recurre a la contratación de una persona física o jurídica de Derecho Privado, apta para la realización de dichos informes.

Las cuestiones aquí planteadas, versan sobre la posibilidad de que la valoración de las ofertas sean realizada por una empresa externa a la Administración y son las siguientes:

PRIMERA.- ¿En qué supuestos y bajo qué condiciones se puede recurrir a personas de Derecho Privado para la emisión de informes técnicos necesarios para la valoración de las ofertas por parte de la Mesa, sin que las garantías de objetividad se vean afectadas?

SEGUNDA.- La valoración de los criterios de adjudicación mediante un informe emitido por un sujeto privado, ¿supone necesariamente la existencia de un posterior informe de la Administración contratante, en el que se haga una valoración o adecuación de las opiniones contenidas al informe valorado por la empresa privada o por el contrario, resulta suficiente que los órganos de contratación de la Administración se limiten a trasladar a la Mesa la opinión de la empresa privada a la cual se le encomendó el informe?

Vista la importancia de la cuestión y visto que resulta necesario obtener un criterio básico que permita pautas de actuación homogéneas a las Mesas de contratación, en uso de las facultades conferidas a esta Intervención General por el artículo 82 g) del Texto refundido de la Ley de

finanzas de la comunidad autónoma de las Illes Balears, aprobado por el Decreto legislativo 1/2005, de 24 de junio y en virtud de lo que establece el artículo 12.1 de su Reglamento de organización y funcionamiento, se solicita informe sobre las cuestiones planteadas.

Se acompaña informe de los Servicios Jurídicos de la Consejería de Economía, Hacienda e Innovación, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 16 de su reglamento.”

Presupuestos de Admisibilidad

1. Dado que la petición de informe la formula el Interventor General, está legitimado para hacerlo de acuerdo con los artículos 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de la Junta Consultiva y 15.1 de su Reglamento de organización y funcionamiento, aprobado por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la CAIB de 10 de octubre de 1997.
2. En esta solicitud se adjunta el informe jurídico sobre la cuestión planteada realizado por el Servicio Jurídico de la Consejería de Economía, Hacienda e Innovación conforme al que prevé el apartado 3 del artículo 16 del mencionado Reglamento.
3. La documentación aportada es suficiente para la emisión del informe solicitado.

Consideraciones Jurídicas

Primera. En primer lugar, hay que decir que el presente informe plantea dos cuestiones jurídicas, la primera es en qué supuesto y en qué condiciones se puede recurrir a personas de derecho privado para la emisión de informes técnicos necesarios para la valoración de las ofertas por parte de la Mesa de contratación, sin que las garantías de objetividad se vean afectadas, la segunda es que la valoración de los criterios de adjudicación mediante un informe emitido por un sujeto privado ¿supone necesariamente la existencia de un posterior informe de la Administración contratante, en el que se haga una valoración o adecuación de las opiniones contenidas en el informe valorado por la empresa privada o por el contrario, resulta suficiente que el órgano de la Administración se limite a trasladar a la Mesa la opinión de la empresa privada a la que se le encargó el informe?

Segunda. El artículo 81 apartado 2 de la LCAP establece textualmente que; “*La Mesa de contratación podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuántos informes técnicos considere necesarios y se relacionen con el objeto del contrato*”.

El citado artículo indica que; “*La Mesa de contratación podrá solicitar, antes de formular su propuesta...*”, por lo tanto da la posibilidad o no de solicitar este informe, y que esta posibilidad prevista legalmente en la LCAP siempre que se haga de forma adecuada y justificada, no tiene porque vulnerar los principios de la contratación pública reconocidos tanto en la legislación nacional como en la europea. Es más, la filosofía de la actual Directiva Comunitaria 2004/18/CE (considerandos 2,8 y 31) es dar cabida, cada vez más, a la actividad privada en la elaboración de los expedientes de contratación de proyectos particularmente complejos que haga muy difícil a la Administración poder evaluar las ofertas técnicas, financieras o jurídicas que pueda ofrecer el contrato. En este pensamiento es cuando el legislador comunitario a regulado un nuevo procedimiento denominado “Dialogo Competitivo”, en el cual la Administración puede solicitar asesoramiento de empresas privadas para la redacción, incluso, del pliego de condiciones siempre, claro está, que este asesoramiento no tenga como efecto impedir la competencia. Hace falta tener presente que el informe valorado por la empresa privada es una opinión de un sujeto privado y cuya objetividad y imparcialidad no tiene porque ponerse en entredicho, puesto que la finalidad de este informe privado es ayudar a la Mesa de contratación a llegar a la mejor valoración de las ofertas presentadas y que se adecue a la legalidad y a los intereses públicos que persigue la Administración.

Tercera. Abundando en lo anterior hay que traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de la (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 7ª), de 7 de mayo de 2004 que establece en el fundamento segundo que; (...) “se decide, entre otras cosas, encomendar la elaboración del oportuno informe técnico, dirigido a valorar íntegramente las ofertas presentadas y admitidas al concurso, a los Servicios Técnicos de la Secretaría General de Comunicaciones, que podrán emplear para ello a sus propios técnicos o bien contratar una empresa consultora externa.

La Secretaría General de Comunicaciones decide la contratación de una empresa para la consultoría y asistencia de ayuda en el proceso administrativo asociado a la valoración de las ofertas presentadas en el procedimiento (...)

(...) el personal de Inse Raíl, SA. presenta el Informe Técnico elaborado por dicha consultora y realiza una explicación pormenorizada de su contenido.

La Mesa, una vez analizado ese Informe y los criterios de valoración seguidos, considera que estos criterios de valoración se ajustan, íntegramente, al pliego que rige el procedimiento de licitación y asume las puntuaciones contenidas en el informe técnico elaborado por la emprendida consultora externa y, sobre esa base, establece el cuadro expresivo de la puntuación que procede asignar a cada grupo de valoración de los establecidos en la cláusula 16 del pliego para las ofertas presentadas.

En el fundamento cuarto que; (...)“Esos Informes Técnicos cumplen, pues, una función de asesoramiento que está destinada a contribuir a formar la voluntad que debe plasmarse en el

acto de adjudicación, ofreciendo a los órganos administrativos que intervienen en la adopción de esa decisión unos conocimientos especializados que no poseen y les son imprescindibles.

Por todo lo cual, lo relevante para apreciar la validez de esos Informes Técnicos será constatar si fueron emitidos en términos que permitan comprobar que cumplieron esa función de asesoramiento técnico que les correspondía.

Y la respuesta habrá de ser afirmativa para esa validez cuando el tan repetido Informe Técnico haya sido emitido con anterioridad a la actuación de los órganos que habían de considerarlo para su decisión respectiva; cuando se haya ajustado a los patrones o criterios de evaluación que se hayan predeterminado con esa finalidad; y cuando las conclusiones finales que sienten como resultado de la valoración efectuada se vea precedida de una explicación de los datos o extremos considerados en cada oferta y de los criterios con los que todos ellos han sido evaluados”.

Cuarta. Además, la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de diciembre de 2001, ha aceptado la integración de estos tipos de informes en los expedientes de contratación, así se desprende, en primer lugar, del párrafo décimo del fundamento de derecho tercero el cual señala textualmente que; “...La segunda cuestión planteada respecto de la regularidad del citado informe se refiere a la naturaleza de los órganos asesores que lo emiten al tratarse de personal vinculado por medio de un contrato de asistencia técnica, según certifica el Secretario General de la Consellería de Cultura. La presunta irregularidad no aparece como tal toda vez que la LCAP en su artículo 82.2 no impone la exigencia de que el asesoramiento a la mesa de contratación tenga que realizarse por órganos o funcionarios de la administración contratante. (...) Esa tacha sólo podría predicarse en el supuesto de una ausencia real de cualificación de los sujetos que realizan esa función de asesoramiento y, por lo que se deduce del expediente, el informe técnico se realizó por medio de dos ingenieros de telecomunicaciones, con quince años de experiencia, lo que parece a todas luces adecuado si tenemos en cuenta la naturaleza del servicio público cuya gestión indirecta constituía el objeto del contrato concesional que se licitaba, servicio público en el que los parámetros de naturaleza tecnológica revisten singular trascendencia y especial complejidad (...)”

Quinta. Hace falta tener también presente que al informe 13/01, de 3 de julio de la comunidad autónoma de Madrid, en el cual se determina textualmente en la consideración jurídica núm. 3 que; (...) “La segunda cuestión suscitada de si el personal eventual puede emitir los informes técnicos a que se refiere el artículo 81.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y actuar, en su caso, como asesor de las Mesas de contratación.

La cuestión debe centrarse en la emisión de informes técnicos, ya que y no se concibe otra forma de asesorar a las Mesas de contratación, y debe recibir una respuesta afirmativa, si se tiene en cuenta el carácter genérico de la redacción del apartado 2 del artículo 81 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas - la posibilidad de la Mesa de solicitar cuantos informes técnicos considere precisos y se relacionen con el objeto del contrato - y el régimen jurídico

general de los informes, sin que el precepto examinado, ni ningún otro regulador de la contratación o del procedimiento imponga a las Mesas de contratación la obligación de solicitar informes técnicos a determinados órganos o personas, siendo decisión de la propia Mesa la determinación de la persona u órgano al que solicita informe, debiendo tomar en consideración, en este caso concreto, al tomar su decisión, los conocimientos técnicos de aquél al que se dirige la petición de informe. “ (...)

Sexta. Llegados a este punto del razonamiento, admitida la posibilidad de que la Mesa de contratación, y el propio Organismo de contratación, pueda solicitar cuantos informes técnicos, públicos o privados, considere necesarios para poder formular la propuesta de adjudicación de un contrato, se hace necesario conocer si puede darse alguna limitación a esta potestad de solicitar informes privados que coadyuven a la mesa de contratación a realizar la propuesta de adjudicación. A este respecto, el artículo 196.2,a) encuadra a los contratos que tienen por objeto, entre otros, elaborar informes, dentro de los típicos de consultoría y asistencia, por lo que, en el presente supuesto, cuando deban elaborarse los informes técnicos por personal de derecho privado, el órgano de contratación deberá observar para ello lo establecido en el Título IV del Libro II del TRLCAP, en relación con esta clase de contratos.

Séptima. Como respuesta a la última pregunta del consultante, relativa a si la valoración de los criterios de adjudicación mediante un informe emitido por un sujeto privado, supone necesariamente el que se haga una valoración o adecuación de las opiniones que están contenidas en el informe valorado por la empresa privada o, por el contrario, resulta suficiente que los órganos de la Administración se limiten a trasladar a la mesa de contratación la opinión de la empresa privada a la cual se le encargó el informe, en realidad el TRLCAP da la respuesta, visto que el artículo 89 dispone que “el órgano de contratación, previos los informes técnicos correspondientes adjudicará el contrato” en el plazo que él mismo señala; es decir, que el legislador permite que la Administración pueda instar la elaboración de los informes que considere oportuno, además, de los que haya obtenido la mesa, por tanto, con independencia de los contemplados por esta en el artículo 81 del TRLCAP.

En consecuencia, es clara la intención del legislador de que la resolución de adjudicación de los contratos, se lleven a término con la máxima objetividad y las mejores garantías de imparcialidad. Por esto, la doble cautela o seguridad de que la Administración dictará un auto administrativo no haciendo un uso indiscriminado, arbitrario, e ilimitado de la discrecionalidad que igualmente tiene atribuida por adjudicar los contratos; es decir está estableciendo dos límites claros para que esto no se produzca y son los fijados en los artículos 81 y 89 del TRLCAP.

Octava. Por otra parte, y dicho en términos de puntualización, el artículo 88 del TRLCAP, dispone que la propuesta de la mesa de contratación contenga, en todo caso, la ponderación de los criterios indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Es decir, la mesa, como autora y responsable que es de la propuesta de adjudicación de los contratos, está obligada a incluir en ella la ponderación de estos criterios, y ninguna otra norma obliga a que la ponderación se efectúe por otro órgano o persona diferente de la mesa.

Otro cosa es que ésta, al encargar los informe señalados antes, pida asimismo de los técnicos que los hayan de confeccionar, tal ponderación que, por supuesto, en el ejercicio de su competencia en estas materias, la mesa las hará o no suyas o bien las ignorará.

Incluso en el caso de que la mesa de contratación adoptara automáticamente la ponderación de los criterios hechos por los técnicos, el órgano de contratación, al amparo del que prevé el artículo 88.2 del TRLCAP, podría desmarcarse de esta ponderación.

Conclusión

1. En cualquier caso, y conforme a lo dispuesto el artículo 81.2, la mesa de contratación puede pedir, antes de formular su propuesta, los informes técnicos y de las personas o entidades que considere precisas y que se relacionen con el objeto del contrato.

2. Por las razones señaladas en este informe, la valoración de los criterios de adjudicación mediante un informe emitido por un técnico, a que se refiere el artículo expresado, no implica que ni la mesa ni el órgano de contratación, hayan de elaborar otro informe sobre el contenido de aquél, puesto que resulta suficiente el traslado a la mesa de contratación, del mencionado informe técnico.