Informe 6/11, de 28 de octubre de 2011. "Consulta relativa a la problemática en la que se encuentran las empresas licitadoras ante los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.
Clasificación de los informes**.** 2.1.7 Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. Contratos administrativos. Contratos de colaboración pública – privada. 14.4 Procedimientos de contratación. Dialogo competitivo. 15.4 Formas de adjudicación. Notificaciones

ANTECEDENTES

Se ha recibido en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el siguiente escrito procedente del Presidente de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (en anagrama AMI), en el que se formula la siguiente consulta:

"Me dirijo a Usted, como Presidente de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (en anagrama AMI), por ser intención de la Patronal a la que represento, plantear formalmente a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa una consulta relativa a la problemática con la que se encuentran las Empresas licitadoras, ante los Contratos de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado; y más en concreto, de la situación jurídica que se crea una vez la admisión de las empresas al diálogo competitivo, para aquellas que por el motivo que sea, no son finalmente elegidas para formar parte de dicho diálogo.

En concreto, hacemos referencia a que previamente a dicho diálogo competitivo, el Órgano de Contratación dirige una invitación a aquellos empresarios que, a su solicitud, y en atención a su solvencia, son seleccionados para participar en la preselección de candidatos.

Aún el trato igualitario a todos los licitadores, y la facilitación en idéntica forma de la información que se establece en el anuncio de la licitación, sobre los criterios objetivos de solvencia en virtud de los cuales el Órgano de contratación elegirá a los invitados a formar parte del diálogo competitivo; lo cierto es que, existe una más que importante opacidad sobre la información de los candidatos seleccionados y los candidatos excluidos, así como de la valoración otorgada a cada uno de ellos.

Se da la circunstancia de que en la Ley de Contratos del Sector Público, s.e.u.o., no se dispone normativa acerca de dicho hecho, lo que genera una cierta falta de trasparencia entre las empresas precandidatas que desearían conocer quienes han acudido al Proceso, y su puntuación.

Por lo expuesto, nuestra consulta es la siguiente:

En el Procedimiento de Contratos de Colaboración Público Privado (CCPP), y en la fase de selección de candidatos invitados al diálogo competitivo:

¿Tiene obligación el Órgano de Contratación de facilitar a los licitadores intervinientes, todas las valoraciones practicadas?"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos, a través de su Presidente plantea la consulta relativa a si en el procedimiento de diálogo competitivo aplicable a los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, de acuerdo con el artículo 164.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), en la fase de selección de candidatos a invitar a la fase de diálogo competitivo, tiene obligación el órgano de contratación de facilitar a los licitadores intervinientes las valoraciones que han servido de base a esa selección.

Como se sabe el procedimiento de diálogo competitivo es un procedimiento de selección nuevo, que se incorpora a la LCSP para trasponer lo dispuesto en la Directiva 2004/18, de 31 de marzo. Se trata de un procedimiento previsto para "el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato" (artículo 164.1 LCSP) y en particular para el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (artículo 164.3 LCSP).

En este procedimiento, tras la publicación del correspondiente anuncio de licitación, se abre una fase de selección de los candidatos para tomar parte en la fase competitivo, para lo cual el artículo 165.2 de la LCSP

se remite a los artículos 147 a 149 de la misma Ley aplicables al procedimiento restringido, para a continuación proceder a cursar las correspondientes invitaciones a participar en el procedimiento a los candidatos seleccionados de acuerdo con el artículo 165.3 de la LCSP. La respuesta a la cuestión planteada debe realizarse a la vista de los citados preceptos legales y los que regulan la actividad de los órganos de contratación en los procedimientos de licitación.

2. La cuestión de la confidencialidad ha sido objeto de pronunciamiento por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de de 14 de febrero de 2008, asunto C 450/06, conocida como sentencia Varec SA., cuyas consideraciones versan sobre las Directivas sobre contratos públicos (apartados 29, 30 y 31), tanto sobre procedimiento de adjudicación como sobre recursos que fueron interpuestos, vigentes al momento que precisa entre diciembre de 2001 y enero de 2002, es decir la Directiva 92/50/CEE y la Directiva 93/36/CEE.

Es importante destacar este aspecto en tanto en cuanto las sentencias del citado Tribunal interpretan las Directivas aplicables en materia de contratación pública, y con ello tal interpretación se extiende a la norma que en cada Estado miembro de la Unión Europea las transpone como así resulta del considerando primero de las Directiva 2004/17/CE y 2004/18/CE cuando advierte que la Directiva se basa en la doctrina del Tribunal de Justicia. De ahí que por lo novedoso de la cuestión planteada las consideraciones que a continuación se vierten han de ser ponderadas en función del contenido de la citada sentencia Varec.

3. De acuerdo con el artículo 147 de la LCSP, "*Con carácter previo al anuncio de la licitación, el órgano de contratación deberá haber establecido los criterios objetivos de solvencia, de entre los señalados en los artículos 64 a 68, con arreglo a los cuales serán elegidos los candidatos que serán invitados a presentar proposiciones*" (apartado 1), criterios que deberán ser "*objetivos y no discriminatorios*" y "*se indicarán en el anuncio de licitación*" (apartado 4), aspectos sobre los cuales se ha pronunciado esta Junta Consultiva en anteriores dictámenes (vid. Informe 19/1993, de 29 de octubre).

Sobre la base de estos criterios, de acuerdo con el artículo 149 "*1. El órgano de contratación, una vez comprobada la personalidad y solvencia de los solicitantes, seleccionará a los que deban pasar a la siguiente fase, a los que invitará, simultáneamente y por escrito, a presentar sus proposiciones…".* Dicha función podrá ser delegada en la mesa de contratación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23.2.2ª y 22.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007. El órgano de contratación, o en su caso la Mesa, deberá realizar una valoración de las solicitudes de participación y resolver determinando aquellos con los que procede continuar el procedimiento. La cuestión se plantea, en consecuencia, respecto a la posibilidad de los solicitantes de acceder a la valoración efectuada que ha motivado el juicio de admisión o exclusión de los candidatos, aspecto sobre el cual la LCSP guarda silencio en estos artículos.

4. Para resolver esta cuestión debemos tener en cuenta por una parte, los principios de actuación de los órganos de contratación en esta materia, y en particular el de transparencia, previstos en el artículo 123 de la LCSP, que establece que "*Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia*";

En segundo lugar, ha de considerarse el carácter de acto impugnable de la decisión de exclusión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 310.2.b) de la LCSP, en cuanto dicho acto determina la imposibilidad de continuar el procedimiento con los candidatos excluidos.

Además, el acceso a la información contenida en un procedimiento de adjudicación se encuentra limitada por el deber de confidencialidad establecido en el artículo 124.1 de la LCSP, y concretado para las distintas fases del procedimiento en diversos artículos de la Ley, como el 135.4, tercer párrafo, 137, 138.4 y 316.5 de LCSP.

De acuerdo con lo que antecede, si el acto por el que se acuerda la selección de los candidatos es, como se ha señalado, recurrible conforme al artículo 310.2.b), debe ser adecuadamente motivado sobre la base de los criterios fijados en el pliego, y ha de ser notificado, tanto a los candidatos seleccionados (para lo cual se prevé la correspondiente invitación), como a los rechazados, debiendo contener dicha notificación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 135.4 de LCSP para la adjudicación, la información necesaria para que el candidato

excluido o descartado en esta fase del procedimiento pueda interponer el correspondiente recurso. En su virtud, debe contener las razones por las que se haya desestimado la candidatura (artículo 135.4,a)) así como, en el caso de que la selección resultara de un proceso concurrencial por existir un número limitado de candidatos a invitar de acuerdo con el pliego, la justificación de la selección de los candidatos elegidos con preferencia al excluido.

No obstante, la notificación a efectuar y, sobre todo, sobre el acceso a la información de la documentación presentada por los demás candidatos, además de restringirse a los aspectos relacionados con la aplicación de los criterios objetivos de solvencia, con arreglo a los cuales, y de conformidad con lo dispuesto en el pliego debe resolverse en esta fase, está sometida a los límites el deber de confidencialidad del artículo 124 de la LCSP, por que cabe en principio aplicar para el acceso a la información en esta fase los criterios acuñados por esta Junta Consultiva respecto a la fase de adjudicación en su informe 46/2009, de 26 de febrero, referido a la interpretación del artículo 137.1 en la versión anterior a su modificación por la Ley 34/2010:

La finalidad de este precepto al establecer la obligación de notificar los extremos citados, previa solicitud de los interesados, no es otra que [dar a] *conocer de forma suficiente los motivos por los cuales se ha efectuado la adjudicación. Sin embargo, de ello no se deduce ni que todos los extremos de la proposición vencedora deban ser notificados, ni que se deba entregar copia de todos los documentos que la componen. Por el contrario ha de tenerse en cuenta que la exigencia de motivación de la resolución, incluso en la forma más amplia que prevé el artículo 137.1, cuando lo soliciten los interesados, solo puede ser interpretada en el sentido de que si alguno de los licitadores o candidatos deseara conocer en toda su extensión el contenido de las proposiciones, el órgano de contratación está obligado a ponerlo de manifiesto, lo que conlleva la posibilidad de examinar el expediente e incluso tomar notas respecto de él, pero en absoluto puede ser interpretado en el sentido de que se entregue copia de todo lo presentado por los demás licitadores, especialmente si se trata de proyectos u otros documentos similares respecto de los cuales pueda existir un derecho de propiedad intelectual o industrial a favor del licitador.*

Sobre esta última cuestión debe insistirse particularmente, puesto que como ha señalado el Tribunal de Justicia en su sentencia Varec, para alcanzar el objetivo de no falsear la competencia perseguido por la normativa comunitaria en materia de contratación, "*es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores*" (apartado 35).

Estas cautelas respecto a la publicidad de la información las extiende el Tribunal incluso al procedimiento de recurso, señalando a este respecto que "*en un procedimiento de recurso en materia de adjudicación de un contrato público, el organismo responsable de este procedimiento debe poder decidir que no se transmita a las partes ni a sus abogados una información contenida en el expediente relativo a tal adjudicación cuando sea necesario para garantizar la protección de la competencia leal o de los intereses legítimos de los operadores económicos que persigue el Derecho comunitario".*

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende

1. En el procedimiento de diálogo competitivo, el acto por el que se acuerda la selección de los candidatos que van a ser objeto de invitación a participar en el mismo debe ser adecuadamente motivado sobre la base de los criterios fijados en el pliego, y debe ser notificado, tanto a los candidatos seleccionados (para lo cual se prevé la correspondiente invitación), como a los rechazados, debiendo contener dicha notificación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 135.4 para la adjudicación, la información necesaria para que el candidato excluido o descartado en esta fase del procedimiento pueda interponer el correspondiente recurso.
2. La notificación efectuada y el acceso a la información que pudiera realizarse a los efectos de preparar un recurso, debe limitarse a los aspectos relacionados con la aplicación de los criterios objetivos de solvencia, con arreglo a los cuales, y de conformidad con lo dispuesto en el pliego, debe resolverse esta fase de selección, y ha de tener en cuenta el deber de confidencialidad del artículo 124 de la LCSP.