

# LA NUEVA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: EL REAL DECRETO 817/2009, DE 8 DE MAYO, POR EL QUE SE DESARROLLA PARCIALMENTE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

MARÍA JESÚS MADRIGAL ESTEBAN Y MANUEL VÉLEZ FRAGA

Abogados (\*)

## La nueva regulación de la contratación pública: el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, operó en el ordenamiento jurídico español una profunda reforma de la regulación sobre contratación pública. Como un paso más de ese proceso, se ha dictado el Real Decreto 817/2009. El rasgo principal del Real Decreto es su carácter parcial, que deja pendiente un desarrollo reglamentario completo de la Ley. No obstante, el Real Decreto 817/2009 regula aspectos relevantes para posibles licitadores, como son los relativos a su solvencia económica y financiera y a mecanismos que permitan reducir la carga burocrática propia de cualquier licitación. Este artículo aborda esas novedades en el contexto del marco normativo actual de la contratación pública en España.

## The new regulation on public procurement: the Royal Decree 817/2009 of 8 May partially developing the Spanish law on public sector contracts

Law 30/2007 of 30 October on public sector contracts significantly amended Spanish public procurement regulations. Royal Decree 817/2009 was recently passed as an additional step in the amending process. The main characteristic of the Royal Decree is its partiality, therefore leaving a complete development of the law as pending. Nevertheless, Royal Decree 817/2009 regulates relevant matters for bidders such as those regarding economic and financial solvency and ways to reduce the bureaucratic burden associated with bids. This article addresses those innovations in the context of the current framework of public procurement regulations in Spain.

## 1. INTRODUCCIÓN

El pasado 15 de mayo de 2009 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público («Real Decreto 817/2009»). Con él viene a colmarse —parcialmente, como se indica desde su mismo título— la necesidad de desarrollar reglamentariamente la profunda reforma de la contratación pública llevada a cabo por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público («LCSP»).

Desde la entrada en vigor de la LCSP, resultaba preciso que se dictara una disposición reglamentaria que la desarrollase. En particular, la clasificación de las empresas contratistas de obras y servicios era una de las materias en las que ese desarrollo resultaba indispensable como condición para la entrada en vigor del nuevo régimen previsto en la Ley (Cfr. Disposición transitoria quinta de la LCSP). De hecho, las primeras versiones del proyecto de Real Decreto que difundió el Ministerio de Economía y Hacienda contenían una regulación

completa del sistema de clasificación de empresas, que habría sustituido al régimen previsto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre («Real Decreto 1098/2001»). Sin embargo, esa parte del proyecto de Real Decreto fue finalmente excluida de su versión definitiva como consecuencia de las observaciones al texto formuladas durante su tramitación por la Comisión Nacional de la Competencia<sup>1</sup>.

El resultado final es una norma que, según su Exposición de motivos, sólo pretende desarrollar algunos preceptos concretos de la LCSP «habida cuenta de la inmediatez de su aplicación en las licitaciones a convocar». Las restantes materias susceptibles de desarrollo reglamentario quedan, pues, pendientes de un futuro Real Decreto, «sin necesidad de forzar los plazos exigidos por la elaboración de una norma de tanta complejidad técnica como es el Reglamento de desarrollo de la Ley de Contratos del Sector Público», en palabras de nuevo

(\*) Del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid).

<sup>1</sup> Cf. Dictamen del Consejo de Estado n.º 470/2009, de 23 de abril, emitido con ocasión del proyecto de Real Decreto (Antecedente segundo, letra f).

de la Exposición de motivos del Real Decreto 817/2009.

El Real Decreto 817/2009 se limita, en suma, a desarrollar las siguientes materias: (i) la clasificación de empresas, únicamente en los aspectos que conciernen a la determinación de la solvencia económico-financiera a efectos de clasificación; la justificación del mantenimiento de esa solvencia; y los procedimientos de revisión de clasificaciones; (ii) el Registro Oficial de Licitadores y de Empresas Clasificadas; (iii) la composición y funciones de las mesas de contratación previstas en la LCSP, con especial hincapié en la mesa especial del diálogo competitivo; (iv) la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor, en desarrollo del artículo 134.2 de la LCSP; y (v) las comunicaciones al Registro de Contratos del Sector Público.

El carácter parcial del Real Decreto 817/2009 tiene el efecto inmediato de generar una dispersión normativa, especialmente acusada en el caso de la clasificación de las empresas. En concreto, en lo que a la clasificación de las empresas se refiere, conviven a día de hoy las siguientes normas: la LCSP; el Real Decreto 817/2009; el Real Decreto 1098/2001; y el Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre<sup>2</sup>. Al excluirse del Real Decreto 817/2009 la regulación de la clasificación de los contratos de servicios, el artículo 54.1 de la LCSP que, como novedad, incluía el requisito de la previa clasificación para los antiguos contratos de consultoría y asistencia, quedará parcialmente sin aplicación hasta tanto se regulen los grupos, subgrupos y categorías en los que podrán clasificarse los empresarios.

En ese contexto, el propósito de estas páginas es destacar las novedades más relevantes que incluye la nueva regulación y plantear sucintamente las cuestiones que afectan a la eficacia del Real Decreto 817/2009 con relación al Real Decreto 1098/2001 y las competencias de las Comunidades Autónomas.

<sup>2</sup> Cf. Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la dinamización de la economía y el empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación. En su Disposición adicional sexta, este Real Decreto-ley establece que, a partir de su entrada en vigor (3 de diciembre de 2008), no será exigible la clasificación en los contratos de obras de valor inferior a 350.000 euros.

## **2 · SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA Y JUSTIFICACIÓN DE SU MANTENIMIENTO A LOS EFECTOS DE LA CLASIFICACIÓN (ARTÍCULOS 1 A 3 DEL REAL DECRETO 817/2009)**

El Real Decreto 817/2009 se ocupa en sus artículos 1 a 3 únicamente de la solvencia económica y financiera a efectos de clasificación, sin desarrollar lo relativo a la solvencia técnica y profesional. Ello da lugar, en alguna ocasión, a cierto vacío normativo. Así se produce en la regulación de la declaración responsable anual que han de presentar las empresas clasificadas para justificar el mantenimiento de su solvencia económica y financiera, ya que simultáneamente no se encuentra regulada la documentación que, cada tres años, han de aportar los empresarios para justificar el mantenimiento de su solvencia técnica y profesional. Ese aspecto habrá de ser regulado por el futuro desarrollo reglamentario de la Ley.

### **2.1 · Criterios técnicos de solvencia económica y financiera a los efectos de la clasificación como contratistas de obras o empresas de servicios**

El artículo 1 del Real Decreto 817/2009 concreta los requisitos de solvencia económica y financiera que deben acreditar las empresas que quieran obtener clasificación como contratista de obras o como empresa de servicios.

En primer lugar, para las *sociedades*, se exige que su patrimonio neto sea superior al importe mínimo establecido en la legislación mercantil para no incurrir en causa de disolución y que se alcance el importe mínimo exigido para la categoría de que se trate. El Real Decreto 817/2009 no determina los importes mínimos de patrimonio neto que deben acreditarse para acceder a cada una de las categorías de obras y de servicios, cuestión que, al menos respecto de la clasificación de contratistas de obras, se encontraba regulada en el artículo 35.e) del Real Decreto 1098/2001 por referencia a los fondos propios de la sociedad. Para garantizar la seguridad jurídica, sería deseable que esos mínimos se concretaran en normativa posterior.

Los criterios aplicables en el caso de *empresarios personas físicas y entidades no mercantiles* son semejantes a los expuestos, con ciertas especificidades orientadas a establecer parámetros objetivos que permitan una cierta asimilación entre estas personas y entidades y las sociedades mercantiles.

En segundo lugar, a los efectos de la clasificación como empresas de servicios de *profesionales que no tengan la consideración de empresarios*, en aquellos subgrupos cuyo contenido se ciña al ejercicio de una actividad profesional regulada, la solvencia económica y financiera se acreditará mediante la disposición de un seguro de indemnización por riesgos profesionales cuya cobertura sea de un importe no inferior a la anualidad media de los contratos a los que cada categoría de clasificación permite acceder, o al importe al que por razón de su profesión o actividad esté legalmente obligado, si éste es superior.

En tercer lugar, en todos los casos anteriores se aplican los siguientes criterios: (i) las entidades obligadas a auditar sus cuentas deberán incluir con ellas el correspondiente informe de auditoría; y (ii) los órganos competentes para la tramitación de los expedientes de clasificación podrán, en todo momento, recabar de los correspondientes registros públicos la información relativa a las cuentas anuales.

## 2.2 · Justificación del mantenimiento de la solvencia económica y financiera de las empresas clasificadas

Una de las novedades de la LCSP en materia de clasificación es el carácter indefinido de la clasificación de los contratistas, a diferencia de la regulación anterior que limitaba esa vigencia a dos años<sup>3</sup>. La clasificación indefinida queda condicionada, en el artículo 59.2 de la LCSP, a la justificación anual del mantenimiento de la solvencia económica y a la justificación, cada tres años, del mantenimiento de la solvencia técnica y profesional. Como se ha indicado, el Real Decreto 817/2009 tan sólo regula la justificación del mantenimiento de la solvencia económica y financiera, y no de la solvencia técnica.

Así, a efectos de justificar el mantenimiento de la solvencia económica y financiera, se prevé la presentación de una declaración responsable anual de acuerdo con el modelo que, a tal efecto, ha aprobado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa<sup>4</sup>. El Real Decreto 817/2009 establece ciertas

especialidades en cuanto al contenido de esa declaración en función de cuál sea la naturaleza del sujeto obligado a presentarla. La declaración responsable debe presentarse antes del día 1 de septiembre de cada año, cuando el ejercicio contable coincida con el año natural (o en el noveno mes posterior a la fecha de cierre del ejercicio en otro caso). Correctamente cumplimentada, la presentación de la declaración responsable tendrá el efecto de mantener la clasificación de las empresas. En caso contrario, el órgano competente podrá iniciar un expediente de revisión de las clasificaciones.

## 2.3 · ¿Es posible beneficiarse de la solvencia económica y financiera de las empresas del grupo a los efectos de clasificación?

La tramitación del proyecto de Real Decreto que ha cristalizado en el Real Decreto 817/2009 ha dado lugar a que se planteen ciertas dudas al respecto. La LCSP prevé en su artículo 56.3 que, a efectos de clasificar a personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades, se podrá tener en cuenta a las restantes sociedades del grupo, siempre que se acredite que la empresa clasificada tendrá efectivamente a su disposición los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución de los contratos durante los plazos establecidos para justificar el mantenimiento de la solvencia.

En los borradores previos al Real Decreto 817/2009 se establecían los aspectos de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional que se podían tomar en consideración de otras empresas del grupo a los efectos de clasificación. En concreto, se preveía que sería posible beneficiarse de la solvencia económica y financiera y de los medios materiales de las empresas del grupo (excluyendo así la experiencia y los medios personales). Al haberse suprimido esa previsión en la norma finalmente aprobada, cabe plantearse si el artículo 56.3 de la LCSP puede ser aplicado conforme a la regulación que contiene. La respuesta, a nuestro juicio, debe ser necesariamente afirmativa. De un lado, el precepto no remite al desarrollo reglamentario los concretos supuestos en que sí será posible beneficiarse de la solvencia de las empresas del grupo y, de otro, contiene un mandato claro e inequívoco dirigido a

<sup>3</sup> Cf. artículo 29 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

<sup>4</sup> El modelo fue aprobado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado con fecha 29 de junio de 2009 y puede consultarse en su página web. También la Junta Consul-

tiva de Contratación Administrativa de Islas Baleares ha aprobado unos modelos a estos efectos, mediante Acuerdo de su Comisión Permanente de 30 de julio de 2009.

los órganos competentes que han de otorgar esa clasificación. Sin embargo, en la práctica, su aplicación resulta sumamente compleja.

### **3 · REVISIÓN DE OFICIO DE LAS CLASIFICACIONES (ARTÍCULOS 4 A 7 DEL REAL DECRETO 817/2009)**

El artículo 59.3 de la LCSP establece el carácter revisable de la clasificación «*en cuanto varíen las circunstancias tomadas en consideración para concederla*». Esto es, cuando dejen de cumplirse las condiciones establecidas para el acceso a la clasificación o no se cumplan las obligaciones de justificación asociadas a ella, los órganos competentes podrán revisarla con el fin de dejarla sin efecto o, eventualmente, reducir las categorías otorgadas.

#### **3.1 · Supuestos en los que puede iniciarse un procedimiento de revisión de oficio de las clasificaciones otorgadas**

El artículo 4 del Real Decreto 817/2009 establece que procederá iniciar un expediente de revisión de oficio de las clasificaciones en tres supuestos vinculados al incumplimiento de la obligación de presentar la declaración anual responsable relativa a la acreditación del mantenimiento de la solvencia económica y financiera o a la insuficiencia o defectos de la información aportada con esa declaración responsable.

Surge, sin embargo, la duda de si es posible iniciar un expediente por disminución notoria de la solvencia técnica o profesional. El artículo 4.4 del Real Decreto 817/2009 dispone, al igual que lo hacía el artículo 48 del Real Decreto 1098/2001, que el órgano competente para la tramitación de los expedientes de clasificación «*podrá iniciar de oficio el expediente de revisión en cuanto tenga conocimiento de la existencia de circunstancias que puedan disminuir las condiciones de solvencia que sirvieron de base a la clasificación concedida*». Sin embargo, el artículo 4.4 del Real Decreto 817/2009 está únicamente referido a la solvencia económica y financiera, ya que este Real Decreto no regula la solvencia técnica. En relación con la revisión de las clasificaciones por disminución de la solvencia técnica debería entenderse vigente el artículo 48 del Real Decreto 1098/2001. Por tanto, parece razonable concluir que será posible iniciar un expediente de revisión de oficio (i) en cualquier momento, cuando se tenga conocimiento de la

existencia de circunstancias que puedan disminuir las condiciones de solvencia (económica y financiera y técnica o profesional) que sirvieron de base para obtener la clasificación; y (ii) en el procedimiento de justificación anual de mantenimiento de la solvencia económica y financiera, en los casos previstos en el citado artículo 4 del Real Decreto 817/2009.

Por otra parte, si durante la tramitación del expediente de revisión de oficio la empresa acredita su solvencia en los términos previstos en el artículo 1.1 del Real Decreto 817/2009, pero su patrimonio neto no alcanza los umbrales exigidos para la obtención de alguna de las categorías que ostenta, se acordará la revisión de sus clasificaciones, reduciendo sus categorías a las máximas correspondientes al patrimonio neto acreditado por la empresa. En este procedimiento no será posible examinar o revisar los factores relativos a su solvencia técnica o profesional.

#### **3.2 · Singularidades en la tramitación del expediente de revisión de oficio**

El expediente de revisión de oficio de las clasificaciones otorgadas se tramitará con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 47 del Real Decreto 1098/2001, con las siguientes particularidades:

- (i) Los expedientes abarcarán la totalidad de los subgrupos en los que figuren con clasificación en vigor, tanto de obras como de servicios.
- (ii) Los expedientes con causa en la disminución de la solvencia económica y financiera podrán tramitarse teniendo en cuenta, además de los documentos que obren en el expediente, los datos adicionales que el órgano instructor considere necesario incorporar.
- (iii) Cuando la causa origen del expediente sea la no presentación en plazo de la declaración responsable anual relativa al mantenimiento de la solvencia económica y financiera o, cuando habiéndola aportado, no quede acreditada la presentación de las cuentas anuales, con carácter previo a la iniciación del expediente, deberá requerirse al empresario para que la aporte en un plazo de diez días junto con las cuentas presentadas y el justificante de presentación en el Registro que corresponda. Si en ese plazo no se produce la subsanación, se iniciará el expediente de revisión.



(iv) Con carácter previo a redactar la propuesta de resolución deberá otorgarse al empresario audiencia por plazo de quince días.

(v) Cuando un expediente de revisión afecte a clasificaciones de obras y servicios de una misma empresa, la resolución deberá ser adoptada conjuntamente por la Comisión de Clasificación de Contratistas de Obras y por la Comisión de Clasificación de Empresas de Servicios.

### **3.3 · Recursos que cabe interponer contra los acuerdos relativos a la clasificación de las empresas (artículo 7 del Real Decreto 817/2009)**

Con carácter general, los acuerdos en esta materia (otorgamiento o revisión de clasificaciones) se adoptan por órganos cuyas resoluciones no agotan la vía administrativa, por lo que el procedente es el recurso de alzada, según lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común («LRJPAC»).

## **4 · LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA (ARTÍCULOS 8 A 20 Y 31 DEL REAL DECRETO 817/2009)**

La LCSP establece dos registros administrativos distintos: el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas y el Registro de Contratos del Sector Público. Ambos son objeto de atención por el Real Decreto 817/2009. La utilidad y finalidad de cada uno de ellos es diferente. El Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas cumple una función *ex ante* a la adjudicación del contrato (pues sirve para facilitar el cumplimiento de la obligación de acreditar tanto la personalidad y capacidad de obrar de los licitadores, como su solvencia económica y financiera) y supone una reducción de la carga administrativa que pesa sobre los órganos de contratación y sobre los propios licitadores. Por otra parte, el Registro de Contratos del Sector Público cumple una función *ex post* a la adjudicación del contrato (al tratarse de un órgano administrativo que garantiza la transparencia de los contratos ya adjudicados y facilita el estudio y análisis de esa materia, tanto a efectos estadísticos, como para la continuada revisión y mejora de los procedimientos y de las prácticas administrativas).

### **4.1. Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas**

Con anterioridad a la LCSP, la legislación de contratación administrativa contemplaba desde el año 2002 la constitución potestativa de un registro de licitadores en cada órgano de contratación. Como era previsible, ese sistema dio lugar a la aparición de múltiples registros en todas las Administraciones Públicas. En ese contexto, no se satisfacía adecuadamente el objetivo fundamental de esta figura, que es simplificar y aligerar la carga burocrática de las empresas licitadoras, pues se veían forzadas a aportar la misma documentación ante cada órgano de contratación. Distinta ha sido la fórmula seguida por la LCSP, que ha optado por crear para toda la Administración estatal un registro único, cuyos certificados tendrán validez frente a todos los órganos de contratación del sector público. Respecto a las Comunidades Autónomas, como no podía ser de otro modo, se reconoce su potestad autoorganizadora, que les deja libertad para decidir si crean un registro que tenga esa función y, en caso de hacerlo, establecer su estructura y funciones, habiéndose creado diversos registros en la práctica.

El paso de la antigua a la nueva regulación ha sido abordado por el régimen transitorio tanto de la LCSP como del Real Decreto 817/2009. La Disposición final octava del Real Decreto 817/2009 prevé que la regulación relativa al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas entrará en vigor a partir de la publicación de la Orden Ministerial que acuerde la puesta en funcionamiento de la aplicación informática desarrollada al efecto. Hasta entonces, subsisten los registros voluntarios creados al amparo de la normativa anterior. A partir de la puesta en funcionamiento del nuevo Registro Oficial, se abre un periodo transitorio de seis meses en el que la capacidad de los empresarios podrá seguirse acreditando ante la Administración General del Estado mediante los certificados expedidos por esos registros voluntarios (Disposición transitoria cuarta de la LCSP y Disposición transitoria segunda del Real Decreto 817/2009).

El Real Decreto 817/2009 articula la regulación del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado en torno a dos tipos de inscripciones: las inscripciones obligatorias y las inscripciones voluntarias.

Son *inscripciones obligatorias* las relativas a la clasificación otorgada a cada empresario, incluyendo sus modificaciones y, eventualmente, su revocación; así

como las inscripciones relativas a las prohibiciones de contratar reguladas en los artículos 49 y siguientes de la LCSP. En ambos casos, la inscripción se practica de oficio por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Como regla general la inscripción de la prohibición para contratar es declarativa. Excepcionalmente, el Real Decreto 817/2009 dispone que la inscripción registral tendrá carácter constitutivo en algunos casos. Esos supuestos son los de las prohibiciones para contratar aplicables a todas las Administraciones Públicas (artículo 49.2 de la LCSP) y algunas de las prohibiciones para contratar aplicables a todos los sujetos del sector público (artículo 49.1 de la LCSP).

Es en relación con las *inscripciones voluntarias* donde la regulación del Real Decreto 817/2009 desarrolla la más importante funcionalidad de este Registro, que es la de aligerar la carga burocrática de los licitadores a los efectos de acreditar su solvencia en cada procedimiento de contratación. Así, se prevé que, con carácter voluntario, cualquier empresario o profesional pueda solicitar la inscripción de los siguientes actos: (i) los correspondientes a su personalidad y capacidad de obrar; (ii) los relativos a la extensión de las facultades de los representantes o apoderados con capacidad para actuar en nombre del interesado y obligarle contractualmente; (iii) los referentes a las autorizaciones o habilitaciones profesionales y a los demás requisitos que resulten necesarios para actuar en su sector de actividad; y (iv) los datos relativos a la solvencia económica y financiera, que se reflejarán de forma independiente si el empresario carece de clasificación.

La solicitud de que se inscriban esos actos debe acompañarse de cierta documentación que se detalla en los artículos 16 y 17 del Real Decreto 817/2009. Si la inscripción no se practica en el plazo de tres meses a contar desde la solicitud del interesado, se entenderá desestimada por silencio administrativo<sup>5</sup>.

A partir de la inscripción, surge para el empresario un conjunto de obligaciones cuyo incumplimiento puede dar lugar a la cancelación de los asientos registrales afectados. Adicionalmente, el incumpli-

miento de estas obligaciones podría hacer incurrir al empresario en una causa de prohibición para contratar prevista en el artículo 49.1.e) de la LCSP, que podría aplicarse a todo el sector público.

Esas obligaciones se encuentran, en algunos casos, redactadas en términos genéricos en el artículo 18 del Real Decreto 817/2009 por referencia a deberes de proporcionar información veraz, exacta y actualizada. Sin embargo, el artículo 18.1.d) del Real Decreto 817/2009 viene a establecer la obligación de todos los empresarios inscritos, se encuentren o no clasificados, de presentar una declaración responsable anual que justifique el mantenimiento de su solvencia económica o financiera, cuando hubiesen promovido y obtenido la inscripción de las circunstancias relativas a ella.

En cuanto a los *efectos jurídicos de la inscripción en el Registro*, de conformidad con el artículo 19 del Real Decreto 817/2009, ésta acreditará, frente a todos los órganos de contratación del sector público, de acuerdo con lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera y clasificación, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones para contratar que deban constar en él. En consecuencia, en lugar de aportar toda la documentación relativa a la capacidad y solvencia en cada procedimiento selectivo en el que el licitador participe, para acreditar el cumplimiento de esos requisitos, bastará con aportar una certificación acreditativa de la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, acompañada de una declaración responsable, en la que el licitador manifieste que las circunstancias reflejadas en el certificado no han experimentado variación. Por regla general, y salvo que los pliegos o el anuncio del contrato dispongan lo contrario, el certificado de inscripción en el registro puede ser expedido electrónicamente.

El Registro Oficial de Licitadores y de Empresas Clasificadas es público, y pueden acceder a él todos aquellos que tengan interés legítimo en conocer sus inscripciones, en la forma prevista en el artículo 37 de la LRJPAC.

<sup>5</sup> En su Dictamen n.º 470/2009, de 23 de abril, sobre el proyecto de Real Decreto, el Consejo de Estado informó favorablemente que, mediante norma reglamentaria, se estableciese la regla del silencio negativo en el procedimiento, con base en la ordenación de fuentes contenida en la Disposición final octava de la LCSP.

#### 4.2 · El Registro de Contratos del Sector Público

El Registro de Contratos del Sector Público, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, tie-

ne las finalidades señaladas al comienzo de este epígrafe en relación con el principio de transparencia. Este Registro debe facilitar el acceso telemático para el conocimiento de los datos inscritos a los órganos de la Administración que los precisen para el ejercicio de sus competencias legalmente atribuidas, y, en particular, a los órganos en materia de fiscalización del gasto o inspección de tributos. Asimismo, y con las limitaciones que imponen las normas sobre protección de datos de carácter personal, el Registro de Contratos del Sector Público debe facilitar el acceso público a los datos (que no tengan carácter confidencial y que no hayan sido previamente publicados) de modo telemático y a través de Internet.

Los órganos de contratación de todas las Administraciones Públicas y demás entidades y sujetos sometidos a la LCSP deben comunicar al Registro de Contratos del Sector Público, para su inscripción, los datos básicos de los contratos adjudicados, así como, en su caso, sus modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, su importe final y extinción.

## **5 · LAS MESAS DE CONTRATACIÓN (ARTÍCULOS 21 A 24 Y DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA DEL REAL DECRETO 817/2009)**

Junto a la figura tradicional de las mesas de contratación, la LCSP introduce dos nuevas mesas de contratación especiales: la mesa especial del diálogo competitivo y la mesa de contratación del sistema estatal de contratación centralizada. El Real Decreto 817/2009 desarrolla la regulación contenida en la LCSP respecto a todas ellas.

### **5.1 · Supuestos en los que debe existir una mesa de contratación**

El Real Decreto 817/2009 establece la constitución obligatoria de mesas de contratación en los procedimientos abiertos, restringidos y negociados con publicidad. Sin embargo, el artículo 295 de la LCSP, en relación con los procedimientos negociados con publicidad, sólo establece la constitución obligatoria de la mesa de contratación en determinados supuestos (los previstos en el artículo 161.1 de la LCSP). De esta redacción puede razonablemente interpretarse que la LCSP no ha establecido la constitución obligatoria de la mesa de contratación para todos los supuestos de

utilización del procedimiento negociado con publicidad, sino que se ha limitado a los establecidos en el citado artículo 161.1 de la LCSP, que son los casos en los que se acude al procedimiento negociado con publicidad por razón de causas objetivas tasadas y no por razón de la cuantía del contrato.

En los procedimientos de diálogo competitivo, la asistencia al órgano de contratación corresponderá siempre a la mesa especial del diálogo competitivo.

Para la contratación a través del sistema de adquisición centralizada existirá una mesa de contratación del sistema estatal de contratación centralizada. Si bien la LCSP y el Real Decreto 817/2009 no establecen nada al respecto, debe entenderse que la constitución de esta mesa será preceptiva en todos los procedimientos de adjudicación que celebre (i.e., acuerdo marco, sistema dinámico de contratación).

Finalmente, debe tenerse en cuenta que esta norma no tiene carácter básico, por lo que las Comunidades Autónomas podrían establecer una regulación diferente en relación con los supuestos en que será preceptiva la constitución de una mesa de contratación en sus procedimientos de adjudicación.

### **5.2. La mesa de contratación «ordinaria»**

La *composición* de la mesa de contratación ordinaria está reglada. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 295 de la LCSP y 21 del Real Decreto 817/2009, siempre deberá estar compuesta por un presidente, un secretario y, al menos, cuatro vocales. Los miembros de la mesa serán nombrados por el órgano de contratación.

Se ha suscitado en la práctica la cuestión relativa a la calidad en virtud de la cual el interventor o el abogado del Estado asisten a la mesa de contratación, cuando actúan como vocales. Sobre este particular se ha manifestado tanto la Intervención General de la Administración del Estado en su informe de 25 de noviembre de 1997, como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe de 10 de noviembre de 1997, señalando que la participación del interventor en la mesa de contratación es en calidad de vocal, independientemente del ejercicio de la función de control financiero y presupuestario atribuida por la normativa vigente.

La composición de la mesa de contratación debe publicarse siempre en el perfil del contratante, con una antelación mínima de siete días a la reunión

para la calificación de la documentación administrativa. Además, si la mesa es de carácter permanente o se le atribuyen funciones para una pluralidad de contratos, deberá publicarse su composición en el boletín oficial correspondiente.

En cuanto a las *reglas de constitución de la mesa*, el artículo 21.7 del Real Decreto 817/2009 establece que es necesaria la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros y, en todo caso, del presidente, el secretario y los dos vocales que tengan atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico y al control económico-presupuestario del órgano. El Consejo de Estado (Dictamen n.º 35.326) y el Tribunal Supremo (Sentencia de 20 de abril de 1971) han calificado de esencial para el procedimiento de contratación la correcta constitución de la mesa. No obstante, los defectos en la composición de la mesa no provocan siempre y en todo caso la nulidad absoluta de lo actuado. En particular, no se producirá esa nulidad, por ejemplo, si se ratifica y subsana el procedimiento por una nueva mesa correctamente constituida, todo ello antes de que hubiera recaído el acto final del procedimiento (Dictamen del Consejo de Estado n.º 46.211, de 7 de junio de 1984).

En lo que se refiere a las *reglas de funcionamiento de la mesa*, el Real Decreto 817/2009 prevé que todos los miembros de la mesa tendrán voz y voto, salvo el secretario, que sólo tiene voz. Asimismo, se establece que a las reuniones de la mesa podrán incorporarse los funcionarios o asesores especializados que resulten necesarios, que actuarán con voz pero sin voto. En los restantes aspectos, regirán para las mesas de contratación las reglas generales de los órganos colegiados establecidas en los artículos 22 a 27 de la LRJPAC.

Las *funciones de la mesa de contratación* se encuentran reguladas en el artículo 22 del Real Decreto 817/2009. La novedad del precepto reside en la enumeración de cuáles son esas funciones específicas contenidas en el artículo citado.

La propuesta de la mesa de contratación no crea derecho alguno a favor del empresario y tampoco vincula al órgano de contratación. Sin embargo, cuando este órgano no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada por la mesa de contratación deberá motivar su decisión (art. 144.2 de la LCSP). Se desprende de ello que la intervención de la mesa de contratación en el procedimiento afecta de manera fundamental a la formación de la voluntad del órgano de contratación, por cuanto la propuesta incluye la valoración de las pro-

posiciones de los licitadores. Aunque no tenga carácter vinculante, constituye la motivación fundamental de la resolución de adjudicación cuando se acomoda a la propuesta y, en caso contrario, exige una motivación específica que justifique la razón de la adjudicación no conforme con la propuesta (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2004).

La mesa de contratación es, pues, la protagonista en lo relativo a la calificación de la documentación administrativa presentada por los licitadores y la que determina su exclusión en el caso de que la documentación contenga defectos que no sean subsanados en plazo o que sean insubsanables. La noción de «defecto subsanable» es un concepto jurídico indeterminado que da lugar a una gran casuística. Es unánime la opinión de que para considerar el error o defecto material como subsanable, no han de afectar al cumplimiento del requisito en sí, sino a su acreditación<sup>6</sup>. No sucede lo mismo con las proposiciones económicas. En ellas, de conformidad con el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, han de cumplirse determinados requisitos que, en caso contrario, conducirán al rechazo de plano de la proposición<sup>7</sup>.

### 5.3. La mesa especial del diálogo competitivo

La composición de la mesa especial del diálogo competitivo es la prevista para las mesas de contratación «ordinarias», con la singularidad de que también formarán parte de ella otras personas con competencia técnica en la materia a que se refiera el contrato que haya de ser objeto de licitación. Estas personas, designadas adicionalmente por el órgano de contratación, deben conformar, al menos, la tercera parte de la mesa, en número no inferior a tres, y participarán en las deliberaciones con voz y voto.

Con la *regulación de la composición y funciones* de esta mesa especial (artículo 23 del Real Decreto 817/2009) se avanza notablemente en la configuración del procedimiento del diálogo competitivo. Las funciones que se le atribuyen son, en algún caso, paralelas a la previstas para las mesas «ordina-

6 Cf. Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 56/96, de 18 de octubre de 1996; 37/97 y 44/97, ambos de 10 de noviembre de 1997; y 6/00, de 11 de abril de 2000.

7 No obstante lo anterior, la posibilidad de subsanar determinados defectos de las ofertas económicas ha sido reconocida en algunos supuestos por la Recomendación 4/2001 de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía.



rias», pero incluyen, como es lógico, aspectos propios del procedimiento de diálogo competitivo y del contrato de colaboración entre el sector público y privado, al servicio del cual está diseñado principalmente este procedimiento de adjudicación:

(i) Previamente a la iniciación del expediente del contrato de colaboración entre el sector público y privado, la mesa debe elaborar el documento de evaluación previa, que justifique la necesidad de acudir a este procedimiento de contratación.

(ii) Los miembros de la mesa que tengan competencia técnica en la materia podrán asistir al órgano de contratación, a petición de éste, en el diálogo con los empresarios. Con arreglo a lo previsto en los artículos 163 y 166 de la LCSP corresponde al órgano de contratación (y no a la mesa) dirigir el diálogo con los candidatos seleccionados.

(iii) La mesa determinará el número de soluciones susceptibles de ser examinadas en cada fase, si se articula el procedimiento en varias fases, siguiendo los criterios del anuncio de licitación o del documento descriptivo.

(iv) Tras la determinación de la solución o soluciones que han de ser adoptadas, propondrá al órgano de contratación que se declare el fin del diálogo, o lo declarará directamente, si tiene delegada la competencia.

(v) Por último, la mesa puede requerir al licitador cuya oferta se considere económicamente más ventajosa para que aclare o ratifique determinados aspectos de la oferta, siempre que no se produzca una modificación sustancial de la oferta ni se discrimine entre licitadores.

#### **5.4 · La mesa de contratación del sistema estatal de contratación centralizada**

El artículo 24 del Real Decreto 817/2009 regula con detalle la composición de esta mesa. En cuanto a su funcionamiento, prevé que a las reuniones de la mesa podrán incorporarse los funcionarios o asesores especializados que resulten necesarios, que actuarán con voz, pero sin voto. Podrán incorporarse también, con voz y voto, representantes de los departamentos ministeriales u organismos interesados en el procedimiento de contratación.

El Real Decreto 817/2009 no regula las funciones encomendadas a la mesa de contratación del sistema

estatal de contratación centralizada, por lo que, en principio, debe entenderse que resultará de aplicación analógica lo previsto para la mesa de contratación «ordinaria», teniendo en cuenta las singularidades del procedimiento de contratación centralizada en el que actúa (artículo 190 de la LCSP).

#### **5.5 · Mesas de contratación constituidas en el momento de la entrada en vigor del Real Decreto 817/2009**

Las mesas de contratación actualmente constituidas (ya porque tengan carácter permanente, o bien porque tengan atribuida competencia respecto de una pluralidad de contratos) mantienen las mismas competencias que les hayan sido atribuidas. No obstante, en cuanto a su régimen de actuación, estas mesas deberán cumplir con las reglas contenidas en la LCSP y en el Real Decreto 817/2009 (Disposición transitoria tercera).

#### **6 · CRITERIOS QUE DEPENDEN DE UN JUICIO DE VALOR (ARTÍCULOS 25 A 30 DEL REAL DECRETO 817/2009)**

La LCSP incorpora en su artículo 134.2 una regulación novedosa en relación con la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor, en aquellos casos en que éstos tengan una ponderación superior a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas. Para estos supuestos, la LCSP establece que deberá constituirse un comité de expertos o encomendarse la valoración de estos criterios a un organismo técnico especializado. En todo caso, la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor ha de hacerse separada y previamente a la valoración de los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. El Real Decreto 817/2009 se ha ocupado de regular los aspectos organizativos y procedimentales que se refieren a esa valoración.

##### **6.1 · Aspectos organizativos**

El comité de expertos o el organismo técnico especializado será el encargado, en los supuestos indicados, de examinar los criterios cuya evaluación dependa de un juicio de valor. La valoración de la documentación que se realice mediante la aplicación de fórmulas aritméticas es realizada en todo

caso por la mesa de contratación (artículo 25 del Real Decreto 817/2009).

La decisión de nombrar un comité de expertos o designar los miembros de un organismo técnico especializado corresponde al órgano de contratación, y deberá dejarse constancia de ella en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Si se opta por un comité de expertos, deberán designarse en el mismo pliego o al menos establecerse en él cuál es el procedimiento para su designación. Si solamente se establece el procedimiento de designación, los miembros deberán haber sido designados antes de la apertura del sobre con la documentación de los criterios que deben evaluar. Si se opta por un organismo técnico especializado, la designación deberá constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares y publicarse en el perfil del contratante.

Por otra parte, el Real Decreto 817/2009 prevé, en relación con el comité de expertos, que su composición sea de, al menos, tres miembros. Los miembros del comité deberán ser personal del departamento ministerial u organismo contratante, siempre que sea posible, no podrán estar integrados en el órgano que propone el contrato y deben disponer de la cualificación profesional adecuada por razón de la materia.

## 6.2 · Aspectos procedimentales

El Real Decreto 817/2009 establece en su artículo 26 que la documentación relativa a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor deberá presentarse en sobre independiente del resto de la proposición. La finalidad que ello tiene es evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor.

La apertura de este sobre se producirá en acto público a continuación de la apertura del sobre con la documentación administrativa, en un plazo no superior a siete días. En este acto sólo podrá abrirse el sobre con la documentación de los criterios de valoración que requieren un juicio de valor, entregándose al órgano encargado de su valoración (mesa de contratación o comité de expertos u organismo técnico especializado). El resultado de la valoración de estos criterios deberá también darse a conocer en un acto público.

Si bien el Real Decreto 817/2009 establece que, como regla general, el resultado de la valoración debe hacerse público en el mismo acto de apertura de los sobres que contengan la documentación a

valorar mediante fórmulas aritméticas, permite que el pliego de cláusulas administrativas particulares establezca otra cosa. Para garantizar el espíritu y finalidad del artículo 134.2 de la LCSP, ese acto público de expresión de la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor debería realizarse siempre con carácter previo a la apertura de la documentación que se valora de forma automática.

## 7 · EFICACIA DEL REAL DECRETO 817/2009

### 7.1 · Carácter básico y no básico de los artículos del Real Decreto 817/2009 (Disposición final primera)<sup>8</sup>

La mayoría del articulado del Real Decreto 817/2009 tiene carácter básico, siendo de aplicación general a todas las Administraciones Públicas. Quedan fuera de ese carácter básico, entre otros preceptos, los que regulan (i) la posibilidad de recabar información para la tramitación de los expedientes en registros públicos (artículo 3); (ii) los periodos para la presentación de la declaración responsable anual para mantenimiento de la solvencia económica y financiera (artículo 2.4); (iii) la revisión de la clasificación de los contratistas (artículos 4 a 7); (iv) el régimen organizativo del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (artículo 8); (v) la regulación de las mesas de contratación (artículos 21 a 24); y (vi) las disposiciones transitorias y las disposiciones finales (salvo la Disposición final primera, que regula el carácter básico de la norma).

En cualquier caso, los preceptos de carácter no básico del Real Decreto 817/2009 se aplicarán a todas las Administraciones Públicas del artículo 3.2 de la LCSP, hasta que, en su caso, no exista desarrollo normativo autonómico de estas cuestiones.

### 7.2 · Artículos del Real Decreto 1098/2001 que se ven afectados por el Real Decreto 817/2009 (Disposición derogatoria única y Disposiciones finales quinta y sexta)

Salvo aquellas disposiciones que pudieran ser contrarias al Real Decreto 817/2009, sólo se derogan

<sup>8</sup> Cf. Disposición final primera del Real Decreto 817/2009 tras la corrección de errores publicada en el Boletín Oficial del Estado de 14 de julio de 2009.

expresamente los artículos 79 y 114 a 117 del Real Decreto 1098/2001 y sus anexos 7, 8 y 9. No obstante, habrá de tenerse en cuenta que algunos preceptos del Real Decreto 1098/2001 quedan claramente afectados por la entrada en vigor del Real

Decreto 817/2009. A título de ejemplo, pueden citarse el artículo 35.e) (sobre los límites cuantitativos de fondos propios para obtener cada categoría) o el artículo 48 del Real Decreto 1098/2001 (sobre los expedientes de revisión de las clasificaciones).