

JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
Carrer d'Amadeu de Savoia, 2-5a Planta
46010-VALÈNCIA
Telf. 96 1613072

Ref.: SUB/SJSCA/mvt
Asunto: Informe 14/2021

INFORME 14/2021, DE 18 DE FEBRERO DE 2022. MESAS DE CONTRATACIÓN EN LAS CORPORACIONES LOCALES.

ANTECEDENTES

En fecha 2 de diciembre de 2021, ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Ibi, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“De conformidad con el artículo 172 del ROF y las funciones atribuidas al titular del TAG de Secretaría en calidad de jefatura de los servicios de contratación, se emite el siguiente INFORME:

CONSIDERACIONES

1. La actividad contractual de las administraciones locales se erige como un pilar fundamental del cumplimiento de los fines institucionales que los ayuntamientos tienen encomendados y a través de los cuales sirven objetivamente los intereses generales que les son propios de conformidad con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.
2. Se trata esta de una actividad multidimensional en la que intervienen numerosos agentes internos y externos en cuya interacción reglada se producen efectos de diversa naturaleza: presupuestaria, organizativa, medioambiental, socioeconómica, etc. Son muchos los recursos públicos que intervienen en esta actividad por cuanto se descubre en ella una verdadera dimensión transversal que implica, preceptiva o idóneamente, actores con distintos perfiles en cuya concurrencia se plasman estructuras tendentes a repartir colegiadamente la responsabilidad y a impedir, por ello, prácticas de corrupción entendidas desde el sentido más lato al más estricto del concepto.
3. No obstante, existen casos en que esta concurrencia de recursos públicos, entre los que destacan sobremanera los humanos, se advierte ineficiente o falta de optimización. Es notorio que secularmente se ha verificado un déficit estructural en los recursos humanos y profesionales de los que disponen las entidades locales para hacer frente a las competencias y servicios que, en virtud de cualquier institución jurídica han de prestar obligatoriamente.
4. Por tanto, en la medida en que no se vean reducidas las garantías estructurales y subjetivas a las que hemos aducido en la consideración 2ª, se ha de tender a optimizar el uso de los recursos realmente disponibles y de las actuaciones que estos lleven a cabo en el ejercicio de sus funciones al servicio objetivo de los intereses de la comunidad de vecinos.
5. En esta corporación se constituyen numerosas mesas de contratación con una media de 5 integrantes específicos para cada procedimiento de licitación, con independencia de cuáles sean estos y, por lo mismo,

independientemente de su importe, criterios de evaluación, complejidad del objeto o del mercado de referencia, identificación de riesgos, etc.

6. Así, durante el tiempo que se desarrollan las mesas, los integrantes se ven privados, como es normal, de la ejecución de sus cometidos ordinarios. Ello se verifica sin perjuicio de que la materia en la que la RPT les atribuye sus funciones no contemple la participación en las mesas, que es un órgano transversal y, por lo mismo, susceptible de implicar a cualquier empleado capacitado por la normativa para formar parte, tal y como ocurre en los órganos técnicos de selección del personal.

6. No obstante, a la luz de la normativa existente interpretada sistemáticamente bajo los pronunciamientos del Tribunal Constitucional acerca del sistema de fuentes, esta jefatura considera que el statu quo de constitución e intervención de las mesas de contratación es sensiblemente modulable en las entidades locales en aras de liberar y optimizar los recursos públicos disponibles.

Por todo lo anterior, y sin perjuicio de lo que a la luz de la respuesta obtenida proceda ordenar para mayor garantía de los agentes implicados, con el visto bueno del tercer teniente de alcalde delegado del área de contratación, turismo y seguridad ciudadana, esta jefatura propone a la Alcaldía-Presidencia que eleve por conducto oportuno a la JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO y a la JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA de la Generalitat Valenciana la siguiente

CONSULTA

En el seno de los servicios de contratación de esta corporación se suscita la duda de si en la actividad contractual de las entidades locales es preceptiva o potestativa la constitución de la mesa de contratación.

Son diversos los procedimientos previstos para que las entidades locales, según circunstancias de diversa naturaleza que huelga determinar, puedan instrumentar la adjudicación de un contrato cuyo régimen jurídico también resultará variable atendiendo, entre otros elementos, a su objeto.

En estos procedimientos llevados a cabo por ayuntamientos es habitual que intervenga una mesa de contratación, órgano que en tal caso realiza las funciones atribuidas por la normativa de contratación de conformidad con su regulación esencial contenida en la disposición adicional segunda de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

En el ámbito del estado no cabe duda cuándo y en qué procedimientos resulta preceptiva la constitución e intervención de la mesa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 326.1 LCSP.

No obstante, según lo contemplado en la disposición final primera LCSP, el artículo 326 LCSP no se dicta al amparo de ningún título competencial que lo convierta en aplicable a las entidades locales. Esta circunstancia ha de interpretarse, además, a la luz de la todavía reciente Sentencia 68/2021, de 18 de marzo, del Pleno del Tribunal Constitucional.

En este sentido, no se duda en esta corporación acerca de la potencial aplicación supletoria del 326 LCSP en virtud del artículo 149.3 de la Constitución Española. Ahora bien, entendida como técnica de autointegración, «la cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, 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 una laguna detectada como tal por el aplicador del derecho». Así lo establece el FJ 9 de la STC 68/2021, que trae a colación el FJ 8 de la STC 118/1996.



En lo que a esta Alcaldía-Presidencia se refiere, prima facie no se detecta una laguna en sede de aplicación que venga referida al carácter preceptivo o no de la constitución e intervención de la mesa en todos o algunos de los tipos de procedimiento de adjudicación.

La razón estriba en que este órgano de asistencia se encuentra regulado para el especialísimo sujeto que son las entidades locales en la DA 2.ª LCSP. En esta disposición no se establece el carácter preceptivo de su constitución ni intervención para algunos o todos los procedimientos de adjudicación. Por ello, a priori no cabe colegir que, de conformidad con el alcance de la doctrina constitucional previamente expuesta, deba tener carácter preceptivo y que, en tal caso, al carecer de regulación, deba aplicarse supletoriamente el artículo 326 LCSP. A la luz de lo anteriormente formulado, y sin perjuicio de cualesquiera otras indicaciones y reconducciones que la Junta estime procedentes por su íntima conexión o incidencia en lo que se plantea, esta Alcaldía-Presidencia traslada las siguientes consultas:

- a. En las entidades locales, ¿la constitución e intervención de mesas de contratación es preceptiva o potestativa?
- b. En caso de resultar preceptiva, ¿en qué procedimientos?
- c. En caso de resultar facultativa y se opte por constituirla, ¿ostenta las funciones previstas en el artículo 326.2 LCSP por aplicación supletoria ante laguna jurídica?
- d. En caso de resultar facultativa y se opte por no constituirla, ¿quién ostenta dichas funciones? ¿Los servicios administrativos del órgano o el propio órgano de contratación?

De lo cual se informa a los efectos oportunos. No obstante, usted resolverá lo que estime procedente según su superior criterio.

El TAG de secretaría, Iván García Mut VºBº del tercer teniente de alcalde, Rubén Barea Martínez”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1.- Consideraciones previas.

En primer lugar no de ja de llamar la atención de esta Junta la consulta formulada. Efectivamente no existe controversia sobre la materia en la que se encuadra la LCSP, esto es, la contratación administrativa o contratación del sector público cuya legislación básica es competencia del Estado de acuerdo con el citado artículo 149.1. 18ª de la Constitución, sin perjuicio de que las comunidades autónomas puedan asumir la competencia de desarrollo legislativo y ejecución por ello siguiendo antecedentes doctrinales del propio Tribunal Constitucional en su STC 68/21, de 18 de marzo se analizan algunos criterios de orden material que el mismo ha destacado como característicos de la legislación básica en materia de contratación y la doctrina sobre la noción de bases como límite a la potestad autonómica de auto organización.

Al efecto de concretar qué debe entenderse por básico en materia de contratación pública examinaremos en primer lugar cómo se articula el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en la materia. La «contratación administrativa» aparece diferenciada en el art. 149.1.18 CE, si bien forma parte del amplio haz de competencias recogidas en el mismo precepto constitucional, que tienen diverso alcance y naturaleza, y cuya heterogeneidad impide un tratamiento unívoco (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 11). Estamos, pues, ante una materia que se rige por un título competencial específico, que atribuye al

Estado la competencia en la legislación básica, y que prevalece, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, sobre el genérico, sin perjuicio de que no se puede atribuir a este criterio un valor absoluto [STC 56/2014, de 10 de abril, FJ 3 a)]. Esto es así porque existen aspectos de la contratación pública que pueden ser integrados en el marco de la organización administrativa o del procedimiento administrativo. Dentro del respeto a la legislación básica estatal, las comunidades autónomas han podido asumir la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de contratación pública (STC 237/2015, de 19 de noviembre, FJ 2).

De este modo, se ha de considerar bases o legislación básica el “común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias” o bien el “marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional”.

La dimensión formal de las bases se sustenta en que su “finalidad esencial es la de excluir la incertidumbre jurídica que supondría que el Estado pueda oponer como norma básica a las comunidades autónomas cualquier clase de precepto legal o reglamentario, al margen de cuál sea su rango o estructura”.

Igualmente, la definición de lo básico ha de permitir a las comunidades propias, de forma que la legislación básica no agote completamente la materia, cosa que sucederá si una regulación es excesivamente minuciosa o detallada, salvo que sea imprescindible para el ejercicio efectivo de competencias establecidas.

Si se parte de que aquellos preceptos de la LCSP que directamente se encaminen a dotar de una efectividad práctica a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos; igualdad de trato y no discriminación entre licitadores; integridad y eficiente utilización de los fondos públicos, plasmados en el artículo 1.1 de la LCSP, deben ser razonablemente considerados como normas básicas, en sentido contrario, no tendrán tal condición “aquellas otras prescripciones de detalle o de procedimiento que, sin merma de la eficacia de tales principios básicos, pudieran ser sustituidas por otras regulaciones asimismo complementarias o de detalle, elaboradas por las comunidades autónomas con competencia para ello”. (El subrayado es nuestro)

Corresponden a las comunidades autónomas en esta materia el desarrollo legislativo y de ejecución, si bien el legislador autonómico de ajustarse a los condicionamientos normativos que resulten de la función estatal estableciendo la legislación básica.

Relacionado ello con el art. 326, que establece para las Administraciones Públicas un órgano de asistencia técnica especializada al órgano de contratación es indiscutible su existencia, ahora bien, pudiendo ser reguladas por las Comunidades autónomas complementariamente o con mayor detalle en aras al poder de auto organización y función pública.

Así la Disposición final Primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) determina los títulos competenciales y en su apartado 4 dispone:

Las previsiones de esta Ley serán de aplicación a las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo establecido en los apartados 1, 2 y 3 de la disposición final Primera , sin perjuicio de las posiciones singulares que en materia de sistema institucional, y en lo que respecta a las competencias exclusivas y compartidas, en materia de función pública y de auto organización, en cada caso resulten de aplicación en virtud de lo dispuesto en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía

A mayor abundamiento el propio art. 326 q en su apartado 7 establece:



Las Leyes de las Comunidades Autónomas y la legislación de desarrollo podrán establecer que las mesas de contratación puedan ejercer también aquellas competencias relativas a la adjudicación que esta Ley atribuye a los órganos de contratación.

Ahora bien el caso concreto que nos ocupa en el presente informe se refiere a la Mesas de contratación en las Corporaciones Locales, a quien también el art. 326 remite a la Disposición adicional Segunda.

“7. La Mesa de contratación estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Los miembros electos que, en su caso, formen parte de la Mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación.

En las Entidades locales municipales, mancomunidades y consorcios locales, podrán integrarse en la Mesa personal al servicio de las correspondientes Diputaciones Provinciales o Comunidades Autónomas uniprovinciales.

En ningún caso podrá formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas, personal eventual. Podrá formar parte de la Mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente.

La composición de la Mesa se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente. Se podrán constituir Mesas de Contratación permanentes.”

Atendiendo a la Disposición final Primera, ya citada, en su apartado 3 indica qué preceptos de la Ley de Contratos no se consideran básicos, y entre ellos no está la Disposición adicional Segunda. Por tanto, composición y funcionamiento de las mesas de contratación en las corporaciones locales es y debe ser conforme a un precepto de carácter básico.

2.- Los procedimientos en los que será preceptiva la Mesa de contratación son los indicados en el art. 326.1

En los procedimientos abiertos, abierto simplificado, restringidos, de diálogo competitivo, de licitación con negociación y de asociación para la innovación, los órganos de contratación de las Administraciones Públicas estarán asistidos por una mesa de contratación, añadiríamos además los procedimientos negociados con publicidad.

La mesa de contratación que intervenga en el procedimiento abierto simplificado regulado en el artículo 159 de la presente Ley se considerará válidamente constituida si lo está por el Presidente, el Secretario, un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un funcionario que tenga atribuidas las funciones relativas a su control económico-presupuestario.

La mesa en el diálogo competitivo viene regulada en el art. 327 de la LCSP.

Es potestativa la constitución de Mesa de contratación en los procedimientos negociados sin publicidad y en el procedimiento simplificado abreviado del art. 159.6 de la LCSP Ello a tenor de lo dispuesto al citado apartado 1 del citado precepto.

En estos casos en que es potestativa y no se constituye, corresponderán sus facultades al órgano de contratación, si bien obviamente debemos pensar que sean los servicios dependientes del órgano configurando un símil a comisión técnica para examinar la documentación y tramitar el procedimiento electrónicamente, entre ellos personal del órgano proponente. No obstante debe quedar bien patente que es al órgano de contratación a quien le corresponde las facultades que expresamente se contemplan para las mesas de contratación donde esta es preceptiva

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La existencia de las Mesas de contratación en el art. 326 no es el objeto de debate pues es indiscutible y se dicta al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas.

SEGUNDA.- Ahora bien las previsiones de esta Ley serán de aplicación a las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo establecido en los apartados 1, 2 y 3 de la disposición final Primera , sin perjuicio de las posiciones singulares que en materia de sistema institucional, y en lo que respecta a las competencias exclusivas y compartidas, en materia de función pública y de auto organización, en cada caso resulten de aplicación en virtud de lo dispuesto en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía.

TERCERA.- En cuanto a las corporaciones locales rige en la materia la Disposición adicional Segunda, que con carácter básico establece la organización y funcionamiento de las Mesas de contratación.

El resto de cuestiones quedan resueltas a lo largo del presente Informe.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 9 del Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y tendrá carácter no vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA

Vº Bº DEL PRESIDENTE
SUBSECRETARIO DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO.

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 18 DE FEBRERO DE 2022

