

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

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

INFORME 14/2021, DE 18 DE FEBRER DE 2022. MESES DE CONTRACTACIÓ EN LES CORPORACIONS LOCALS.

ANTECEDENTS

En data 2 de desembre de 2021, ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa una sol·licitud d'informe de l'Ajuntament d'Ibì, mitjançant la qual es formula una consulta del tenor literal següent:

“De conformitat amb l'article 172 del ROF i les funcions atribuïdes al titular del TAG de secretaria en qualitat de direcció dels serveis de contractació, s'emet l'INFORME següent:

CONSIDERACIONS

1. L'activitat contractual de les administracions locals s'erigeix com un pilar fonamental del compliment dels fins institucionals que els ajuntaments tenen encomanats i a través dels quals serveixen objectivament els interessos generals que els són propis de conformitat amb la Constitució i la resta de l'ordenament jurídic.
2. Aquesta és una activitat multidimensional en la qual intervenen nombrosos agents interns i externs en la interacció reglada dels quals es produeixen efectes de diversa naturalesa: pressupostària, organitzativa, mediambiental, socioeconòmica, etc. Són molts els recursos públics que intervenen en aquesta activitat, ja que s'hi descobreix una vertadera dimensió transversal que implica, preceptivament o idòniament, actors amb diferents perfils en la concurrència dels quals es plasmen estructures tendents a repartir col·legiadament la responsabilitat i a impedir, per això, pràctiques de corrupció enteses des del sentit més ampli al més estricte del concepte.
3. No obstant això, existeixen casos en què aquesta concurrència de recursos públics, entre els quals destaquen en gran manera els humans, s'adverteix ineficient o mancada d'optimització. És notori que secularment s'ha verificat un dèficit estructural en els recursos humans i professionals dels quals disposen les entitats locals per a fer front a les competències i serveis que, en virtut de qualsevol institució jurídica han de prestar obligatòriament.
4. Per tant, en la mesura en què no es veuen reduïdes les garanties estructurals i subjectives a les quals hem adduït en la consideració 2a, s'ha de tendir a optimitzar l'ús dels recursos realment disponibles i de les actuacions que aquests duguen a terme en l'exercici de les seues funcions al servei objectiu dels interessos de la comunitat de veïns.
5. En aquesta corporació es constitueixen nombroses meses de contractació amb una mitjana de 5 integrants específics per a cada procediment de licitació –amb independència de quins siguem– i, per això mateix, independentment del seu import, criteris d'avaluació, complexitat de l'objecte o del mercat de referència, identificació de riscos, etc.

6. Així, durant el temps que es desenvolupen les meses, els integrants es veuen privats, com és normal, de l'execució de les seues comeses ordinàries. Això es verifica sense perjudici que la matèria en la qual l'RPT els atribueix les seues funcions no contemple la participació en les meses; que és un òrgan transversal, i, per això mateix, susceptible d'implicar qualsevol empleat capacitat per la normativa per a formar-ne part, tal com ocorre en els òrgans tècnics de selecció del personal.

7. No obstant això, tenint en compte la normativa existent interpretada sistemàticament sota els pronunciaments del Tribunal Constitucional sobre el sistema de fonts, aquesta direcció considera que l'estatu quo de constitució i intervenció de les meses de contractació és sensiblement modulable en les entitats locals a fi d'alliberar i optimitzar els recursos públics disponibles.

Per tot això, i sense perjudici del que corresponga ordenar, tenint en compte la resposta obtinguda, per a major garantia dels agents implicats, amb el vistiplau del tercer tinent d'alcalde delegat de l'àrea de contractació, turisme i seguretat ciutadana, aquesta direcció proposa a l'alcaldia-presidència que eleve per conducte oportú a la JUNTA CONSULTIVA DE CONTRACTACIÓ DE L'ESTAT i a la JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA de la Generalitat Valenciana la següent

CONSULTA

En el si dels serveis de contractació d'aquesta corporació se suscita el dubte de si en l'activitat contractual de les entitats locals és preceptiva o potestativa la constitució de la mesa de contractació.

Són diversos els procediments previstos perquè les entitats locals, segons circumstàncies de diversa naturalesa que no cal determinar, puguen instrumentar l'adjudicació d'un contracte el règim jurídic del qual també resultarà variable atenent, entre altres elements, el seu objecte.

En aquests procediments duts a terme per ajuntaments és habitual que intervinga una mesa de contractació; òrgan que en aquest cas realitza les funcions atribuïdes per la normativa de contractació de conformitat amb la seua regulació essencial continguda en la disposició addicional segona de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP).

En l'àmbit de l'estat no hi ha dubte de quan i en quins procediments resulta preceptiva la constitució i intervenció de la mesa de conformitat amb el que es disposa en l'article 326.1 LCSP.

No obstant això, segons el que preveu la disposició final primera de l'LCSP, l'article 326 de l'LCSP no es dicta a l'empara de cap títol competencial que el convertisca en aplicable a les entitats locals. Aquesta circumstància ha d'interpretar-se, a més, tenint en compte l'encara recent Sentència 68/2021, de 18 de març, del Ple del Tribunal Constitucional.

En aquest sentit, no es dubta en aquesta corporació sobre la potencial aplicació supletòria de l'article 326 de l'LCSP en virtut de l'article 149.3 de la Constitució Espanyola. Ara bé, entesa com a tècnica d'autointegració, «la clàusula de supletòrietat no permet que el dret estatal satisfaga, sense cap motiu, la falta de regulació autonòmica en una matèria. El pressupost d'aplicació de la supletòrietat que la Constitució estableix no és l'absència de regulació, sinó la presència d'una llacuna detectada com a tal per l'aplicador del dret». Així ho estableix l'FJ 9 de l'STC 68/2021, que porta a col·lació l'FJ 8 de l'STC 118/1996. Pel que fa a aquesta alcaldia-presidència, *prima facie* no es detecta una llacuna en seu d'aplicació que es referisca al caràcter preceptiu o no de la constitució i intervenció de la mesa en tots o alguns dels tipus de procediment d'adjudicació.



La raó consisteix en el fet que aquest òrgan d'assistència es troba regulat per a l'especialíssim subjecte que són les entitats locals en la disposició 2a de l'LCSP. En aquesta disposició no s'estableix el caràcter preceptiu de la seua constitució ni intervenció per a alguns o tots els procediments d'adjudicació. Per això, *a priori* no es pot col·legir que, de conformitat amb l'abast de la doctrina constitucional prèviament exposada, haja de tindre caràcter preceptiu i que, en aquest cas, com que manca de regulació, haja d'aplicar-se supletòriament l'article 326 de l'LCSP. Tenint en compte el que s'ha formulat anteriorment, i sense perjudici de qualssevol altres indicacions i reconduccions que la Junta considere procedents per la seua íntima connexió o incidència en el que es planteja, aquesta alcaldia-presidència trasllada les consultes següents:

- a. En les entitats locals, la constitució i intervenció de meses de contractació és preceptiva o potestativa?
- b. En cas de resultar preceptiva, en quins procediments?
- c. En cas de resultar facultativa i que s'opte per constituir-la, exerceix les funcions previstes en l'article 326.2 de l'LCSP per aplicació supletòria davant de llacuna jurídica?
- d. En cas de resultar facultativa i que s'opte per no constituir-la, qui exerceix aquestes funcions? Els serveis administratius de l'òrgan o el mateix òrgan de contractació?

De la qual cosa s'informa als efectes oportuns. No obstant això, vosté resolrà el que considere procedent segons el seu superior criteri.

El TAG de secretaria, Iván García Mut.– Vist i plau del tercer tinent d'alcalde, Rubén Barea Martínez”

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

1. Consideracions prèvies

En primer lloc, no deixa de cridar l'atenció d'aquesta junta la consulta formulada. Efectivament no existeix controvèrsia sobre la matèria en la qual s'enquadra l'LCSP, això és, la contractació administrativa o contractació del sector públic la legislació bàsica de la qual és competència de l'Estat, d'acord amb l'esmentat article 149.1. 18a de la Constitució, sense perjudici que les comunitats autònomes puguen assumir la competència de desplegament legislatiu i execució; per això, seguint antecedents doctrinals del mateix Tribunal Constitucional en l'STC 68/21, de 18 de març, s'analitzen alguns criteris d'ordre material que aquest ha destacat com a característics de la legislació bàsica en matèria de contractació i la doctrina sobre la noció de bases com a límit a la potestat autonòmica d'autoorganització.

“A l'efecte de concretar què ha d'entendre's per bàsic en matèria de contractació pública, examinarem, en primer lloc, com s'articula el repartiment de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes en la matèria. La «contractació administrativa» apareix diferenciada en l'article 149.1.18 CE, si bé forma part de l'ampli feix de competències recollides en el mateix precepte constitucional, que tenen divers abast i naturalesa, i l'heterogeneïtat del qual impedeix un tractament unívoc (STC 61/1997, de 20 de març, FJ 11). Estem, doncs, davant d'una matèria que es regeix per un títol competencial específic, que atribueix a l'Estat la competència en la legislació bàsica, i que preval, d'acord amb la jurisprudència constitucional, sobre el genèric, sense perjudici que no es pot atribuir a aquest criteri un valor absolut [STC 56/2014, de 10 d'abril, FJ 3.a]. Això és així perquè existeixen aspectes de la contractació pública que poden ser integrats en el marc de l'organització administrativa o del procediment administratiu. Dins del respecte a la legislació bàsica

estatal, les comunitats autònomes han pogut assumir la competència de desplegament legislatiu i execució en matèria de contractació pública (STC 237/2015, de 19 de novembre, FJ 2)."

D'aquesta manera, s'ha de considerar bases o legislació bàsica el "comú denominador normatiu necessari per a assegurar la unitat fonamental prevista per les normes del bloc de la constitucionalitat que estableixen la distribució de competències" o bé el "marc normatiu unitari d'aplicació a tot el territori nacional".

La dimensió formal de les bases se sustenta en el fet que la seua "finalitat essencial és la d'excloure la incertesa jurídica que suposaria que l'Estat puga oposar com a norma bàsica a les comunitats autònomes qualsevol classe de precepte legal o reglamentari, al marge de quin siga el seu rang o estructura".

Igualment, la definició del bàsic ha de permetre a les comunitats pròpies, de manera que la legislació bàsica no esgoti completament la matèria, cosa que succeirà si una regulació és excessivament minuciosa o detallada, llevat que siga imprescindible per a l'exercici efectiu de competències establides.

"Si es parteix que aquells preceptes de l'LCSP que directament s'encaminen a dotar d'una efectivitat pràctica els principis de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments; igualtat de tracte i no discriminació entre licitadors; integritat i eficient utilització dels fons públics, plasmats en l'article 1.1 de l'LCSP, han de ser raonablement considerats com a normes bàsiques; en sentit contrari, no tindran aquesta condició "aquelles altres prescripcions de detall o de procediment que, sense minvament de l'eficàcia d'aquests principis bàsics, puguen ser substituïdes per altres regulacions així mateix complementàries o de detall, elaborades per les comunitats autònomes amb competència per a això". (El subratllat és nostre)

Corresponen a les comunitats autònomes en aquesta matèria el desplegament legislatiu i d'execució, si bé el legislador autonòmic ha d'ajustar-se als condicionaments normatius que resulten de la funció estatal establint la legislació bàsica.

Relacionat això amb l'article 326, que estableix per a les administracions públiques un òrgan d'assistència tècnica especialitzada a l'òrgan de contractació és indiscutible la seua existència. Ara bé, poden ser regulades per les comunitats autònomes complementàriament o amb major detall en honor al poder d'autoorganització i funció pública.

Així la disposició final primera de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (d'ara en avant, LCSP) determina els títols competencials, i en l'apartat 4 disposa:

"Les previsions d'aquesta llei seran aplicables a les comunitats autònomes d'acord amb el que s'estableix en els apartats 1, 2 i 3 de la disposició final primera, sense perjudici de les posicions singulars que en matèria de sistema institucional, i pel que fa a les competències exclusives i compartides, en matèria de funció pública i d'acte organització, en cada cas resulten aplicables en virtut del que es disposa en la Constitució Espanyola i en els estatuts d'autonomia".

Per si no fora prou l'article 326.g, en l'apartat 7, estableix:

"Les lleis de les comunitats autònomes i la legislació de desplegament podran establir que les meses de contractació puguen exercir també aquelles competències relatives a l'adjudicació que aquesta llei atribueix als òrgans de contractació".

Ara bé, el cas concret que ens ocupa en el present informe es refereix a les meses de contractació en les corporacions locals, a les quals remet també l'article 326 a la disposició addicional segona.



“7. La mesa de contractació estarà presidida per un membre de la corporació o un funcionari d'aquesta, i en formaran part, com a vocals, el secretari o, si és el cas, el titular de l'òrgan que tinga atribuïda la funció d'assessorament jurídic, i l'interventor, o, si és el cas, el titular de l'òrgan que tinga atribuïdes la funció de control economicopressupostari, així com aquelles altres que designe l'òrgan de contractació entre el personal funcionari de carrera o personal laboral al servei de la corporació, o membres electes d'aquesta, sense que el seu nombre, en total, siga inferior a tres. Els membres electes que, si és el cas, formen part de la mesa de contractació no podran suposar més d'un terç del total de membres d'aquesta. Actuarà com a secretari un funcionari de la corporació.

En les entitats locals municipals, mancomunitats i consorcis locals, podran integrar-se en la mesa personal al servei de les corresponents diputacions provincials o comunitats autònomes uniprovincials.

En cap cas podrà formar part de les meses de contractació ni emetre informes de valoració de les ofertes personal eventual. Podrà formar part de la mesa personal funcionari interí únicament quan no existisquen funcionaris de carrera prou qualificats i així s'acredite en l'expedient.

La composició de la mesa es publicarà en el perfil de contractant de l'òrgan de contractació corresponent. Es podran constituir meses de contractació permanents.”

Atenent la disposició final primera, ja esmentada, en l'apartat 3 indica quins preceptes de la Llei de Contractes no es consideren bàsics, i entre aquests no està la disposició addicional segona. Per tant, composició i funcionament de les meses de contractació en les corporacions locals és i ha de ser conforme a un precepte de caràcter bàsic.

2. Els procediments en els quals serà preceptiva la mesa de contractació són els indicats en l'article 326.1

En els procediments oberts, obert simplificat, restringits, de diàleg competitiu, de licitació amb negociació i d'associació per a la innovació, els òrgans de contractació de les administracions públiques estaran assistits per una mesa de contractació. Afegiríem, a més, els procediments negociats amb publicitat.

La mesa de contractació que intervinga en el procediment obert simplificat regulat en l'article 159 de la present llei es considerarà vàlidament constituïda si ho està pel president, el secretari, un funcionari d'entre els qui tinguen atribuït legalment o reglamentàriament l'assessorament jurídic de l'òrgan de contractació i un funcionari que tinga atribuïdes les funcions relatives al seu control economicopressupostari.

La mesa en el diàleg competitiu està regulada en l'article 327 de l'LCSP.

És potestativa la constitució de mesa de contractació en els procediments negociats sense publicitat i en el procediment simplificat abreujat de l'article 159.6 de l'LCSP. Això segons el que es disposa en l'apartat 1 de l'esmentat precepte.

En aquests casos, en què és potestativa i no es constitueix, correspondran les seues facultats a l'òrgan de contractació, si bé òbviament hem de pensar que siguen els serveis dependents de l'òrgan configurant un símil a comissió tècnica per a examinar la documentació i tramitar el procediment electrònicament, entre ells personal de l'òrgan proponent. No obstant això, ha de quedar ben palés que és a l'òrgan de contractació a qui li corresponen les facultats que expressament es contempen per a les meses de contractació on

aquesta és preceptiva.

CONCLUSIONS

PRIMERA. L'existència de les meses de contractació en l'article 326 no és l'objecte de debat perquè és indiscutible i es dicta a l'empara de l'article 149.1.18a de la Constitució en matèria de legislació bàsica sobre contractes i concessions administratives i, en conseqüència, són d'aplicació general a totes les administracions públiques i organismes i entitats que en depenen.

SEGONA. Ara bé, les previsions d'aquesta llei seran aplicables a les comunitats autònomes d'acord amb el que s'estableix en els apartats 1, 2 i 3 de la disposició final primera, sense perjudici de les posicions singulars que, en matèria de sistema institucional, i pel que fa a les competències exclusives i compartides, en matèria de funció pública i d'acte organització, en cada cas resulten aplicables en virtut del que es disposa en la Constitució Espanyola i en els estatuts d'autonomia.

TERCERA. Quant a les corporacions locals regeix en la matèria la disposició addicional segona, que amb caràcter bàsic estableix l'organització i el funcionament de les meses de contractació.

La resta de qüestions queden resoltes al llarg del present informe.

El present informe s'emet a l'empara del que es disposa en els articles 2.1 i 9 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i tindrà caràcter no vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en aquest últim cas.

LA SECRETÀRIA

VIST I PLAU DEL PRESIDENT
SOTSSECRETARI D'HISENDA I MODEL ECONÒMIC

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
en data