

ANÁLISIS DE DIVERSOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE LAS MESAS DE CONTRATACIÓN EN LOS AYUNTAMIENTOS.

Joan Manuel FERRERA IZQUIERDO

Vicesecretario General
Ayuntamiento de Vilanova i la Geltrú (Barcelona)

Trabajo de evaluación presentado para el Curso de Estudios Avanzados sobre Contratación Pública Local (IV edición). CEMCI

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Regulación jurídica.
3. Naturaleza de las mesas de contratación.
4. Supuestos preceptivos de constitución de la mesa de contratación.
5. La composición:
 - 5.1 El número mínimo de miembros.
 - 5.2 Los cargos electos.
 - 5.3 La intervención de los grupos municipales de la oposición.
 - 5.4 Las personas que han intervenido en la documentación técnica.
 - 5.5 Los cargos eventuales.
 - 5.6 Los cargos directivos.
 - 5.7 El/la secretario/a o secretario/a- interventor/a.
 - 5.8 Los invitados.
 - 5.9 Relaciones con los miembros del comité de expertos (si en su caso se ha constituido).
7. El nombramiento, ¿es posible su delegación?
8. Vicios en la composición de la mesa de contratación.
9. Las causas de abstención y recusación de sus miembros.
10. El nombramiento, transparencia y protección de datos.
11. Constitución y funcionamiento de la mesa de contratación.
12. Funciones de la mesa de contratación.
13. Impugnación de la actuación de las mesas de contratación.
14. Conclusión.

1.- INTRODUCCIÓN

Las mesas de contratación son un elemento esencial para el correcto desarrollo del proceso licitatorio. Su importancia empieza desde su misma creación, dado que su incorrecta configuración, puede acarrear graves vicios que afecten a la licitación, sigue durante todo el proceso licitatorio y acaba realizando un papel fundamental con la propuesta de adjudicación que, si bien no es vinculante, su tecnicismo y especialidad, dejan un escaso margen al órgano de contratación, para separarse de su criterio.

Bajo mi punto de vista, la necesidad de acudir a otras normas, para solventar las lagunas en determinados aspectos de la Ley de contratos del Sector Público 9/2017, genera inseguridad jurídica.

A título de ejemplo, debemos acudir a normativa sobre función pública para ver si determinados empleados pueden formar parte, debemos acudir a la normativa de protección de datos, para ver hasta qué punto debemos publicar información relativa a sus miembros, o debemos acudir a la legislación de procedimiento para ver las consecuencias de su incorrecta creación.

En otras ocasiones, las lagunas son tales que debemos acudir a los criterios jurisprudenciales y doctrinales para solventarlas, como, por ejemplo, la posibilidad o no de invitar a determinadas personas para que asistan a la mesa de contratación, la relación entre los miembros de la mesa y el comité de expertos o la delegación de los miembros de la mesa.

Así, por tanto, este documento pretende dar respuesta a algunos de los aspectos controvertidos de las mesas de contratación en los Ayuntamientos.

2.- REGULACIÓN JURÍDICA

Encontramos su regulación en la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP en adelante).

En concreto, en el apartado séptimo de su Disposición adicional segunda (DA 2 en adelante).

Cabe tener en cuenta, que sigue vigente el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en cuyos artículos 21 a 24, también se regulan aspectos relacionados con las mesas de contratación.

3.- NATURALEZA DE LAS MESAS DE CONTRATACIÓN.

Podemos conceptualizar las mesas de contratación, como órganos ordinarios no permanentes de composición colegiada, que cumplen una función de asistencia técnica especializada, en tanto que valoran las ofertas y proponen al candidato mejor valorado (art 326.2 LCSP).

No obstante, en relación a la tipología de órgano no permanente cabe recordar que la DA 2 apartado 7, permite poder constituir Mesas de Contratación permanentes, *sensu contrario*, el resto tienen carácter no permanente, pues dejan de existir una vez finalizada su tarea en una licitación concreta.

Ilustrativa es la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1987 (rec. 640/1983) que sobre las mesas de contratación afirma:

“Cuarto: Por lo demás, y cualquiera que sea la naturaleza que se quiera atribuir a la Mesa de Contratación, lo que en ningún caso puede admitirse -por más deficiente que sea la cláusula 16.6 del Pliego de Condiciones es que aquella sea un mero buzón colegiado para la recepción de ofertas y apertura de las plicas. Y tan cierto es esto que en el acta se dice que se formula propuesta de adjudicación, la cual, sin embargo, no consta. Por todo lo cual procede anular, además de la resolución de adjudicación, las actuaciones de la Mesa desde el momento posterior a la apertura de plicas, a fin de que se razone adecuadamente la propuesta y se haga efectivamente la misma en favor de quien, conforme a Derecho, proceda”

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2004 (rec. 5805/1999) dispone que se:

[...] configura la Mesa de contratación como un órgano de carácter técnico que auxilia o asiste al de contratación para la adjudicación correspondiente. Su carácter técnico resulta tanto de las funciones que se le encomiendan como de su composición [...].

A tal efecto la Mesa lleva a cabo la calificación previa de los documentos presentados en tiempo y forma, procede, en acto público, a la apertura de las proposiciones presentadas por los licitadores, valora las mismas de acuerdo con los criterios indicados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y efectúa la correspondiente propuesta al órgano de contratación que ha de llevar a cabo la adjudicación del contrato, a cuyo efecto puede solicitar cuantos informes técnicos considere precisos.

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.

Para acabar concluyendo que:

“Se desprende de todo 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 proposiciones de los licitadores y, 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”.

Vemos, por tanto, el papel altamente especializado y cualificado que tienen las mesas de contratación en un procedimiento de licitación, que viene a ejercer una “*actividad eminentemente técnica desprovista de todo significado político*” (Informe Junta Consultiva Estado núm. 17/2000).

4.- SUPUESTOS PRECEPTIVOS DE CONSTITUCIÓN DE LA MESA DE CONTRATACIÓN.

Salvo en el caso en que la competencia para contratar corresponda a una Junta de Contratación, 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. En los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación, la constitución de la mesa será potestativa para el órgano de contratación, salvo cuando se fundamente en la existencia de una imperiosa urgencia prevista en la letra b) 1.º del artículo 168 LCSP, en el que será obligatoria la constitución de la mesa. En los procedimientos a los que se refiere el artículo 159.6 (procedimientos abiertos abreviados simplificados) será igualmente potestativa la constitución de la mesa.

5. LA COMPOSICIÓN:

5.1.- El número mínimo de miembros.

Establece la DA 2 apartado 7 de la LCSP, que 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 cuanto al número mínimo de miembros, cabe destacar que la norma distingue entre la presidencia, los vocales y la secretaría del órgano.

Por otro lado, el art 21.2 del Real Decreto 817/2009, establece que las mesas de contratación estarán compuestas por un Presidente, un Secretario y, al menos, cuatro vocales, todos ellos designados por el órgano de contratación. Entre los vocales deberá figurar obligatoriamente un funcionario de los que tengan encomendado el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un Interventor o, a falta de cualquiera de éstos, quien tenga atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico o al control económico-presupuestario del órgano.

De la redacción de ambos preceptos no cabe duda que la secretaria del órgano, está fuera del cómputo de los miembros, ahora bien, como se puede apreciar, ambas regulaciones no dicen lo mismo.

El número mínimo a tener en cuenta son 3 según la DA2 de la LCSP o son 4 según el Real Decreto 817/2009?

Al respecto, hay argumentos a favor de la aplicación de las previsiones de la DA 2 sobre el Real Decreto 817/2009.

En primer lugar, tal como sucedía con la anterior LCSP (TRLCSPP), el actual art 326.3 de la LCSP establece que *“La mesa estará constituida por un Presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente, y un Secretario”*.

Dicho reglamento, aunque desarrolle la LCSP anterior sigue vigente (Real Decreto 817/2009) y por tanto, lo que regula es la composición de las mesas de contratación para casos que no se aplique la DA2.

En este sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de contratación de Aragón (Informe 21/2009, de 16 de septiembre), que, aunque lo aborda teniendo en cuenta la Legislación anterior, entiendo plenamente vigentes sus argumentos:

“La primera cuestión que se plantea es la aparente discordancia entre el apartado décimo de la Disposición Adicional Segunda LCSP y el artículo 21.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la misma, en cuanto al número mínimo de vocales que deben componer las mesas de contratación de las entidades locales.

[...]

A la vista de lo anterior hay que concluir que el artículo 21.2 del Real Decreto 817/2009 desarrolla el artículo 295 de la Ley de Contratos del Sector Público, quedando las entidades locales al margen de esta regulación puesto que ya tienen su normativa específica en la Disposición Adicional Segunda, [...]”

Por tanto, los entes locales, se rigen por las especialidades de la DA 2 sin necesidad de acudir a una norma de desarrollo, pues dicha disposición ya nos da la solución. Esta tesis está también sustentada por el Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado núm. 49/2008:

“Una primera consideración debe hacerse con carácter previo referida a la disposición que el Alcalde [...] plantea por cuanto el artículo que cita de la Ley de Contratos del Sector Público, el 295, se refiere a las Mesas de contratación de la Administración General del Estado precepto que carece de aplicación en cuanto se refiere a la constitución de las Mesas de contratación en la Administración Local que se encuentra regulada expresamente en la disposición adicional segunda, apartado 10, de la misma Ley, determinado de manera concreta que personas pueden constituir la misma [...]”.

Ahora bien, si acudimos a la DA 2 podemos apreciar que su redactado puede generar confusión en relación a si el número mínimo de miembros (que son 3) debe computarse o no la Presidencia.

La redacción separa la figura de la presidencia y de los vocales de forma que cuando se refiere al número mínimo, se está refiriendo a los vocales.

Esta es la tesis mantenida por el mismo informe anteriormente referenciado, de la Junta Consultiva de Aragón (Informe 21/2009, de 16 de septiembre):

“De acuerdo con la Disposición Adicional Segunda LCSP el número mínimo de vocales de las mesas de contratación de las entidades locales es 3”.

Por tanto, podemos concluir este apartado afirmando que el número mínimo de miembros de una mesa de contratación en el ámbito local es de: Un/a presidente/a, mínimo de tres vocales, y un secretario/a de la mesa.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de marzo de 2004 (Nº de Recurso: 188/2002) que sostiene la tesis que en el número mínimo regulado por la norma se incluye al Presidente/a:

“DÉCIMO. - Partiendo de esta última previsión legislativa, plenamente aplicable al supuesto de autos y teniendo en cuenta que en el caso de autos la Mesa de Contratación tan solo se constituyó por dos personas, D. Luis Carlos como DIRECCION000, y como vocal por D^a Laura, resulta palmario y evidente que se contraviene la anterior prohibición relativa a que el número de integrantes de la Mesa no puede ser inferior a tres”.

[...]

UNDÉCIMO. - Por tanto, una vez más hemos de concluir, a la vista de lo anteriormente argumentado, que en el procedimiento seleccionado la Mesa de Contratación constituye un órgano necesario y su intervención un trámite esencial,

como así resulta de los arts. 81 a 83 del propio RDL 2/2000 como del propio Pliego de condiciones, de ahí que su constitución con tan solo dos miembros cuando precisaba tres implica un vicio o defecto procedimental relevante y trascendente

No obstante, el criterio generalizado en el ámbito local, es mantener el mínimo de 3 vocales presidencia aparte, y así lo ha confirmado la Junta Consultiva de Contratación del Estado, en su Informe 96/2018:

“Seguidamente nos plantea el Ayuntamiento [...] diversas cuestiones sobre las mesas de contratación y su composición. La primera de ellas cuestiona si cuando la D.A 2ª tantas veces citada prohíbe que el número de miembros de la mesa, en total, sea inferior a tres, con ello se está refiriendo al total de miembros de la mesa o al de vocales.

[...]

La correcta interpretación del precepto exige diferenciar al Presidente, por un lado, y a los vocales, por otro. [...].

De este modo el límite de tres entiende esta Junta que se refiere al número de vocales”.

Según el art 21.5 y 21.6 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a las reuniones de la mesa podrán incorporarse los funcionarios o asesores especializados que resulten necesarios, según la naturaleza de los asuntos a tratar, los cuales actuarán con voz, pero sin voto.

Todos los miembros de la mesa tendrán voz y voto, excepción hecha del secretario que sólo tendrá voz.

5.2.- La composición: Los cargos electos.

La LCSP presenta como novedad, una limitación subjetiva en relación al número de cargos electos que pueden formar parte.

Se incorpora, frente a la libertad del modelo anterior, una limitación a la posibilidad de participación de los miembros de la Corporación en la Mesa de Contratación, de tal modo que, en ningún caso, puedan suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. Esta novedad, sin duda, ha obligado a modificar la composición en un elevado número de casos, ante la práctica comúnmente extendida de integrar varios regidores en la mesa. En este caso, la reforma se ha quedado a medio camino, pues las voces autorizadas reclamaban una conformación íntegramente profesional y profesionalizada de la Mesa de Contratación, sin dar entrada a cargos de representación política.

No obstante, con esta limitación, se ha reforzado el carácter profesionalizado de las mesas, dado que se asegura que más de la mitad de sus miembros son conocedores de la materia, criterio de especialización mantenido por el Tribunal Supremo, en relación a otros órganos de valoración como son los tribunales de selección (en este caso la norma prohíbe por completo, que formen parte cargos electos).

Dicho lo anterior, el límite del tercio de electos, no es una obligación y es posible –e incluso deseable– que las mesas de contratación estén integradas en su totalidad por personal especializado en la materia.

En relación a este apartado, cabe destacar el informe de la Junta Consultiva de

Contratación Pública del Estado (expediente 42/2019) que plantea “*Ante dicha composición, y partiendo de que el/la Secretario/a de la Mesa tiene voz, pero no voto, se plantea si la expresión “total de miembros de la misma” incluye o no – además del Presidente y los/as vocales) al/a la Secretario/a de la Mesa*” a los efectos del cómputo del número máximo de electos, concluyendo dicha Junta, que el Secretario de la Mesa de contratación debe ser considerado miembro de la misma y por tanto los miembros electos que formen parte de la Mesa de contratación en las Corporaciones Locales no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. En consecuencia, y de conformidad con el sentido de la Ley, el Secretario de la Mesa de contratación sí que ha de tenerse en cuenta en el cómputo del porcentaje máximo de miembros electos de la Mesa de contratación en las Corporaciones Locales.

5.3.- La composición: La intervención de los grupos municipales de la oposición.

Según el art 20.1.c) de la LRBRL 7/1985:

En los municipios de más de 5.000 habitantes, y en los de menos en que así lo disponga su reglamento orgánico o lo acuerde el Pleno, existirán, si su legislación autonómica no prevé en este ámbito otra forma organizativa, órganos que tengan por objeto el estudio, informe o consulta de los asuntos que han de ser sometidos a la decisión del Pleno, así como el seguimiento de la gestión del Alcalde, la Junta de Gobierno Local y los concejales que ostenten delegaciones, sin perjuicio de las competencias de control que corresponden al Pleno. Todos los grupos políticos integrantes de la corporación tendrán derecho a participar en dichos órganos, mediante la presencia de concejales pertenecientes a los mismos en proporción al número de Concejales que tengan en el Pleno.

Me estoy refiriendo a las comisiones informativas, obligatorias en determinados municipios.

Las Comisiones Informativas, integradas exclusivamente por miembros de la Corporación, son órganos sin atribuciones resolutorias que tienen por función el estudio, informe o consulta de los asuntos que hayan de ser sometidos a la decisión del Pleno, de

la Junta de Gobierno cuando ésta actúe con competencias delegadas por el Pleno, salvo cuando hayan de adoptarse acuerdos declarados urgentes (art 123 ROF).

Igualmente informarán aquellos asuntos de la competencia propia de la Junta de Gobierno, y del Alcalde o Presidente, que les sean sometidos a su conocimiento por expresa decisión de aquéllos.

Cada Comisión estará integrada de forma que su composición se acomode a la proporcionalidad existente entre los distintos grupos políticos representados en la Corporación (art 125 ROF).

Dicho lo anterior, cabe preguntarse si las mesas de contratación tienen una función análoga a las comisiones informativas y, por lo tanto, si los regidores de la oposición, tienen derecho a formar parte en su cuota de representación en el Pleno.

La respuesta, a pesar que no son pocas las ocasiones que se reivindica, ha de ser negativa. Las funciones de la mesa de contratación son distintas a las de la comisión informativa y, por tanto, la obligación que los diferentes grupos estén representados de forma proporcional en la comisión (o comisiones) informativa no es para nada extrapolable a las mesas de contratación.

Esta idea se refuerza, aún más, con la limitación de electos que se ha apuntado en el apartado anterior, dado que sería inviable que todos los grupos estuvieran representados en una mesa de contratación, si se ha de respetar el 1/3 (imaginemos un municipio con hasta nueve grupos municipales representados en el Pleno).

No obstante, podemos encontrar municipios donde un regidor de la oposición, ocupe uno de los puestos como electo en la mesa de contratación, mecanismo de transparencia y de gobierno abierto, que en ocasiones se suele utilizar.

5.4.- La composición: Las personas que han intervenido en la documentación técnica.

Establece el art 326.5 LCSP, que no podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda.

Esta salvedad es la que ha dado problemas interpretativos, puesto que si acudimos al redactado de la DA2 de la LCSP no se hace ninguna referencia a dicho personal.

La Doctrina venía entendiendo que no había impedimento, dado que la DA2 de la LCSP -norma especial que regula el funcionamiento de la contratación local- no prohíbe expresamente que el personal que ha participado en la redacción de la documentación técnica, forme parte de la mesa de contratación (se regulan otras prohibiciones, pero esta no).

Dicha tesis, se ha confirmado, a través de la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales (Resolución 1403/2019, 2 diciembre de 2019. Rec. 1206/2019) que hace suyas unas conclusiones de la Junta Consultiva del Estado en los siguientes términos:

“No obstante, aunque procede inadmitir el recurso por la causa más arriba indicada, entraremos a examinar obiter dicta el fondo del asunto. El recurso se funda en la recusación de uno de los miembros de la Mesa. En particular, se refiere a la arquitecta municipal D^a V.C.D.O., al haber sido la redactora del Pliego de Prescripciones Técnicas y no poder compatibilizar esta redacción con la condición de miembro de la Mesa de contratación. El órgano de contratación, en el informe emitido a propósito de este recurso, sostiene que la persona a que se refiere la recusación es personal laboral con contrato de duración determinada y la única que tiene la cualificación precisa para la redacción de los Pliegos técnicos. La recurrente funda su recurso en el artículo 146.2 a) LCSP, así como en el artículo 326 LCSP y la disposición adicional 2.^a LCSP [...].

[...] en relación específicamente al alcance de la previsión del artículo 326 LCSP, precisa que «la excepción contenida en el artículo 326 salva expresamente, y en términos generales, la especialidad de la DA 2^a. Señala que “Tampoco podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda”. La DA 2^a no menciona esta limitación en el caso de la mesa, aunque sí lo hace para el comité de expertos. Por tanto, cabe colegir que el legislador, consciente de la diferencia entre la regulación general y la aplicable específicamente a las entidades locales, ha manifestado ser esta su voluntad, de modo que la redacción de los pliegos técnicos no opera como una limitación a la composición de la mesa en el caso de los municipios. Por el contrario, sí existe una prohibición concreta en el caso del comité de expertos» (apartado 12). Conclusión a la que se remite en el apartado 16 para el caso de si quien ha redactado el Pliego técnico puede formar parte o no de la mesa de contratación”.

Por tanto, podemos concluir, que el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, puede formar parte de la mesa de contratación.

5.5.- La composición: Los cargos eventuales.

En relación al personal eventual, según el art 8 y 12 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.

Los empleados públicos se clasifican en:

- a) Funcionarios de carrera.
- b) Funcionarios interinos.
- c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.
- d) Personal eventual.

Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.

El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento.

La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna.

En relación a si el personal eventual puede formar parte de las mesas de contratación, cabe destacar el pronunciamiento de la Junta Consultiva del Estado a través de su informe 13/2001 que afirmó que:

“La contestación negativa, a la que se inclina esta Junta, [...] el Pleno de la Corporación determina el número de puestos, con sus características y retribuciones, reservados a personal eventual contiene varias declaraciones que perfilan el régimen jurídico de dicho personal consistentes en que "el personal eventual sólo ejercerá funciones calificadas de confianza o asesoramiento especial" que "su nombramiento y cese, que serán libres, corresponde exclusivamente a ... los Presidentes de las Corporaciones Locales", que "el personal eventual cesará automáticamente cuando cese la autoridad a la que preste su función de confianza y asesoramiento" y que "en ningún caso el desempeño de un puesto de trabajo reservado a personal eventual constituirá mérito para el acceso a la función pública o la promoción interna". El examen del precepto transcrito obliga a concluir que el personal eventual no es concejal, personal laboral ni funcionario y, por tanto no puede formar parte como vocal de las Mesas de contratación de las Entidades Locales, [...]"

Este criterio se mantuvo con la LCSP de 2007 a través del Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 49/2008:

“[...] la constitución de las Mesas de contratación en la Administración Local que se encuentra regulada expresamente en la disposición adicional segunda, apartado 10, de la misma Ley, determinado de manera concreta que personas pueden constituir las mismas, entre las que no figura el personal eventual, en la clasificación y definición establecida en el Estatuto Básico del Empleado Público, por lo que, como se señala en el escrito recibido, permanece el mismo criterio expuesto por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 13/01, de 13 de julio de 2001”

“Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que el personal eventual a que se refiere el artículo 12 del Estatuto Básico del Empleado Público no puede integrarse como miembro de la Mesa de contratación en las Corporaciones locales, pero sí puede asesorar a las mismas mediante la emisión de los informes técnicos que éstas consideren oportunos, conforme a lo dispuesto en el artículo 135.1 de la Ley de Contratos del Sector Público”.

La actual LCSP es tajante al afirmar en su DA 2 apartado 7 que:

“En ningún caso podrá formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas, personal eventual”

Por tanto, queda claro, que el personal eventual no puede formar parte de la mesa de contratación, ahora bien, véase que tampoco se le permite emitir informes de valoración, cuestión que el anterior informe comentado (13/2001 y 49/2008) sí le permitía en los términos siguientes:

El Informe 13/2001 se manifestaba en los siguientes términos:

“La cuestión debe centrarse en la emisión de informes técnicos, ya que y no se concibe otra forma de asesorar a las Mesas de contratación, y debe recibir una respuesta afirmativa, si se tiene en cuenta el carácter genérico de la redacción del apartado 2 del artículo 81 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas - la posibilidad de la Mesa de solicitar cuantos informes técnicos considere precisos y se relacionen con el objeto del contrato - y el régimen jurídico general de los informes, sin que el precepto examinado, ni ningún otro regulador de la contratación o del procedimiento imponga a las Mesas de contratación la obligación de solicitar informes técnicos a determinados órganos o personas, siendo decisión de la propia Mesa la determinación de la persona u órgano al que solicita informe, debiendo tomar en consideración, en este caso concreto, al tomar su decisión, los conocimientos técnicos de aquél al que se dirige la petición de informe”.

Mientras que el Informe 49/2008 se manifestaba en los siguientes:

“En cuanto se refiere a si pueden solicitarse y emitirse tales informes por el citado personal eventual, cabe señalar que no existe norma que lo impida quedando a la consideración de la Mesa, como órgano que ejerce tal competencia, decidir a quien se ha de solicitar”

Concluyendo dicha Junta, que la regulación, no excluía que los informes técnicos pudieran ser solicitados a personal eventual, correspondiendo adoptar tal decisión a las propias Mesas de contratación, ponderando la competencia sobre aspectos técnicos de la persona u órgano al que se solicite el informe.

Ahora bien, como vemos, la actual LCSP prohíbe la emisión de informes de valoración por parte del personal eventual.

Efectivamente, como señala el Informe de la Junta Consultiva del Estado 8/2016, esta cuestión se encontraba ya resuelta por un Informe anterior de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, concretamente el Informe 49/2008, de 29 de enero de 2009 al que hemos hecho referencia anteriormente.

Los argumentos contenidos en este Informe se ven superados en este momento por lo establecido en la Disposición Adicional Segunda, apartado 7, párrafo 3º, de la LCSP, que ha ofrecido una nueva regulación más clara de esta cuestión.

La citada disposición, resuelve con claridad, una cuestión que necesitó de una interpretación más profunda, bajo la vigencia de la Ley de 2007 y del TRLCSP de 2011. Hoy la cuestión es cristalina y, por tanto, habrá que concluir que no es posible que el personal eventual emita informes de valoración de las ofertas en el caso de las Corporaciones Locales.

Concluye el Informe 8/2016 que:

“El personal eventual no puede emitir informes sobre las proposiciones de los licitadores en el caso de las corporaciones locales por vedarlo expresamente la Disposición Adicional Segunda de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”.

5.6.- La composición: Los cargos directivos.

Véase que cuando se ha hecho referencia a la clasificación de los empleados públicos, que establece el art 8 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, no aparece el personal directivo.

Los empleados públicos se clasifican en:

- a) Funcionarios de carrera.*
- b) Funcionarios interinos.*
- c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.*
- d) Personal eventual.*

El art 13 de dicha norma, establece que es personal directivo, el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.

Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.

El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.

El personal directivo suele estar relacionado con la Administración Local a través de un contrato laboral de alta dirección, por tanto, al ser personal laboral no tendría sentido excluirlos de las mesas de contratación cuando la propia DA 2 de la LCSP establece que formaran parte de las mesas aquellos que *“se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación”*.

A esta conclusión parece llegar el Informe 8/2016 de la Junta Consultiva del Estado:

“Pues bien, en la medida en que no existe una norma que prohíba que este personal pueda emitir informes en el seno de un procedimiento de selección del contratista cabe concluir que, en el caso de las Diputaciones, Cabildos y Consejos Insulares, el personal directivo profesional, reúna o no la condición de funcionario público, puede emitir informes de valoración de las proposiciones. Para ello, no obstante, será requisito imprescindible que quien emita el informe reúna las condiciones imprescindibles de imparcialidad, objetividad y competencia y cuente con la titulación que sea necesaria según la materia que sea objeto del correspondiente informe.

Abunda en esta conclusión el hecho de que la Disposición Adicional Segunda, apartado 7, párrafo primero, prevea la posibilidad de que formen parte de la Mesa de contratación, como vocales, personas designadas por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, ya que no tendría lógica que el personal directivo profesional no funcionario (laboral, por tanto) al servicio de la Corporación, pudiera formar parte de la Mesa y, en cambio, no pudiera realizar una función de asesoramiento de la Mesa emitiendo informes de valoración de las ofertas.

En este caso, el recurso a este tipo de personal a la hora de emitir informes no puede considerarse habitual, sino que dependerá de la existencia de personal cualificado que pueda desarrollar esta función en cada órgano de contratación”.

Como se puede apreciar, el personal directivo, a diferencia del personal eventual, podrá tanto formar parte de las mesas de contratación como emitir informes de valoración, siempre que, a pesar de no tener la condición de funcionario, reúna las garantías precisas de imparcialidad, objetividad y competencia y cuente con la titulación que sea adecuada a la materia que sea objeto del contrato.

5.7.- La composición: El/la secretario/a o secretario/a- interventor/a.

Cabe recordar, que según la DA 2 de la LCSP, formarán parte de la mesa de contratación, 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. Y que actuará como Secretario un funcionario de la Corporación.

Según el Informe 3/2008 de la Junta Consultiva de Contratación de Catalunya, uno de los mecanismos que contribuyen a garantizar la calificación técnica y la independencia de la Mesa de contratación, es que figuren, entre los vocales que tienen que constituir el órgano, un funcionario de entre los que tengan atribuido, legalmente o reglamentariamente, el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor. Se trata, en ambos casos, de miembros que tienen atribuidas funciones específicas —en un caso de fiscalización y en el otro de asesoramiento— que, en esencia, tienen un carácter autónomo y sin relación jerárquica con el órgano de contratación.

Cabe destacar algunos aspectos; el primero, en relación a los supuestos de municipios con Secretaria-Intervención, el segundo, si el/la secretario/a o secretario/a-interventor/a puede asumir la Secretaria de la mesa de contratación y el tercero, si el secretario/a o secretario-interventor/a puede actuar únicamente como secretario de la mesa, si existen vocales suficientes para completar el número mínimo establecido por la DA 2 de la LCSP.

El primero, en relación a los supuestos de municipios con Secretaria-Intervención, a mi entender, para computar el número mínimo de vocales hay que atender a la persona y no al cargo, me refiero al hecho que el secretario-interventor, no ocupa dos lugares en la mesa de contratación, sino únicamente uno.

Esta tesis parece desprenderse, de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de marzo de 2004 (Nº de Recurso: 188/2002):

“Y para intentar salvar este defecto, no puede acudirse, como pretende la parte demandada y codemandada, al argumento de que como quiera que la citada Secretaria asume tanto las funciones de secretario como las de interventor de la misma Corporación, por esta vía interpretativa serían tres los puestos representados en la Mesa; y ello es así porque la citada D.A. habla de la presencia insoslayable de al menos un número total de tres miembros o personas, y no de puestos o cargos representados, lo que no ocurre en el caso de autos por mucho que la Secretaria asuma sendas funciones de secretaria e interventora”.

El segundo, si el/la secretario/a o secretario/a-interventor/a, puede asumir la Secretaria de la mesa de contratación. Muchos son los problemas que se encuentran las pequeñas entidades locales como bien dice M.P.BATET, puesto que, el único

funcionario es el secretario-interventor. Éste, en su condición de único funcionario del Ayuntamiento, puede ser a la vez vocal de la mesa de contratación y secretario de ésta. Esta opción encontraría apoyo legal en el artículo 16.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que admite expresamente que, en los órganos colegiados, un miembro o vocal de este órgano pueda actuar como secretario.

En este sentido, Francisco Sánchez Moretón, secretario-interventor del Servicio Jurídico de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de Salamanca, en su “Nota sobre algunos aspectos novedosos de intereses para pequeños municipios en la nueva ley de contratos del sector público”, manifestó:

“Atendiendo a lo dispuesto en el actual artículo 16 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que sobre los órganos colegiados señala que tendrán un Secretario que podrá ser un miembro del propio órgano o una persona al servicio de la Administración Pública correspondiente, podemos mantener que sí que es admisible siempre que sea el único funcionario de la Corporación. En este caso, el secretario de la mesa no tiene voto, pero el Secretario-Interventor tendrá voto como vocal”.

El tercero, si el secretario/a o secretario-interventor/a puede actuar únicamente como secretario de la mesa. Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, mediante la Resolución 45/2016, de 11 de abril de 2016 en los términos siguientes:

“Los Miembros de la Junta General impugnan la composición de la Mesa de contratación de la cláusula A.7 del PCAP, por incumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda del TRLCSP referente a la composición de las Mesas de las Entidades Locales, ya que la Secretaria-Interventora de la Mancomunidad no forma parte de la Mesa como vocal, como exige la Disposición, sino que lo hace como Secretaria del órgano colegiado, vulnerando las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

[...]

Tal y como afirman los recurrentes, la cláusula A.7 del PCAP dispone que la Secretaria de la Mesa de contratación será Doña E. B.E., que a la sazón es la Secretaria-Interventora de la Mancomunidad. La dicción de la Disposición Adicional Segunda del TRLCSP es clara, el Secretario de la Entidad Local forma parte de la Mesa de contratación en calidad de vocal –además en este caso concreto lo hace también en su condición de interventora–; mientras que las funciones de Secretaría del órgano colegiado se encomiendan a un funcionario de la Corporación [...].”

Por tanto, no es posible que el/la secretario/a o secretario/a-interventor/a de la Corporación, actúe únicamente como secretario/a de la mesa, a pesar de que existan vocales suficientes para completar el número mínimo de vocales establecido en la DA 2

de la LCSP, dado que se requiere, que aquél participe como vocal, lo que conlleva tener voz y voto en la mesa.

Para finalizar este apartado, apunta dicha resolución que, en el caso de ser personal al servicio de una administración pública, no puede abstenerse (art. 24.1.c) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, actual art 19.3.c) de la Ley 40/2015 aunque referido a la AGE).

5.8.- La composición: Los invitados.

Es frecuente, que en el día a día del funcionamiento de las mesas de contratación, nos encontremos situaciones diversas.

Cabe decir, que el problema se suscita cuando la mesa de contratación actúa en acto no público, dado que de tratarse de sesión abierta al público, la figura del invitado se reconduce sin problema con la presencia misma de la persona en la sesión, sin que pueda haber impedimento en su asistencia, más allá del mantenimiento del correcto y respetuoso funcionamiento de la mesa de contratación.

Ahora bien, en ocasiones, el gobierno municipal, ya sea por exigencia de los grupos de la oposición (ya hemos visto que no tienen derecho a formar parte en su cuota de representatividad) o por iniciativa propia quieren “invitar” a asistir a la mesa de contratación, para dotarla de una “supuesta” mayor transparencia.

Lo anterior se puede reproducir perfectamente, en gobiernos de coalición y por tanto, que un regidor del propio equipo de gobierno, pero de otro signo político, quiera asistir –sin ser miembro nombrado- como invitado.

Por último, nos podemos encontrar, al técnico miembro de la mesa, que suele ostentar un cargo de dirección, y que quiere acudir acompañado de un técnico de su equipo –este último no miembro de la mesa-.

Pues bien, estos supuestos, a pesar que la contratación debe regirse por los principios de publicidad, transparencia, igualdad, entre otros, no podemos caer en el error que los actos de las mesas en sesiones no públicas se deban convertir en públicas.

Imaginemos un tribunal de selección, en el momento de la deliberación sobre la nota de un aspirante, a nadie se le ocurriría asistir como invitado, pues este mismo razonamiento considero aplicable a las mesas de contratación.

Este criterio, es el mantenido por la Junta Consultiva de Contratación del Estado, en su Informe 62/2018, que a consulta de un Ayuntamiento se planea lo siguiente:

“[...] La normativa de contratación no hace, por contra, referencia alguna a la figura de los invitados, no pudiendo tampoco considerarse que los miembros electos de la Corporación asuman por principio la condición de asesores especializados.”

Por otro lado, la normativa de contratos parece pronunciarse en contra de la opción consultada toda vez que recoge expresamente quiénes pueden formar parte de la Mesa de Contratación y en qué términos, de manera que a aquellos actos de la Mesa de Contratación que no sean públicos podrán asistir estrictamente aquellos cuya asistencia está prevista en la norma. A mayor abundamiento, si la norma limita el número de miembros electos de la Corporación que pueden formar parte de la Mesa, su asistencia en otra condición no prevista podría desvirtuar la intención del legislador en cuanto a la composición de aquella.

Todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio del escrupuloso respeto a las condiciones de transparencia que debe imperar en el procedimiento de selección del contratista y, en especial, de actuación de la Mesa de contratación como órgano especializado en materia de contratación pública, así como de los controles externos que en cada caso proceda establecer y verificar respecto de su actuación. La Mesa es un órgano de asistencia al órgano de contratación y no un órgano político. El control de sus actos y de los del órgano de contratación deberá articularse a través de los mecanismos expresamente establecidos en la legislación aplicable. El respeto a las normas establecidas en torno a su composición no puede suponer, en ningún caso, una merma del principio de transparencia”.

[...]

La figura de los invitados a la Mesa de Contratación no está prevista en la normativa de contratación pública, de manera que a los actos de la Mesa de Contratación que no sean públicos no podrán asistir más que aquellas personas expresamente previstas por la normativa contractual”.

Supuesto extrapolable, bajo mi punto de vista, a las diversas situaciones que he expuesto al principio del apartado, por tanto, en las sesiones no públicas de las mesas de contratación, únicamente podrán asistir los miembros nombrados como tales.

5.9.- La composición: Relaciones con los miembros del comité de expertos (si en su caso se ha constituido).

Según COLAS TENA, el comité de expertos, es un órgano que actúa en los procedimientos abiertos o restringidos en los que se haya atribuido a los criterios evaluables de forma automática una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor. En estos casos debe constituirse obligatoriamente un comité de expertos al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas en la parte cuya cuantificación no resulte de la simple aplicación de fórmulas matemáticas, de tal forma que en estos procedimientos actúan dos órganos en la fase de valoración de ofertas, en primer lugar, el comité de expertos valorando la parte sujeta a criterios de valor y posteriormente la mesa de contratación

valorando los criterios automáticos. Es importante resaltar que la valoración que realice el comité de expertos es vinculante para la mesa de contratación.

La DA 2.8 de la LCSP, prevé que el comité de expertos a que se refiere la letra a) del apartado 2 del artículo 146 LCSP, para la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor, pueda estar integrado en las Entidades locales por cualquier personal funcionario de carrera o laboral fijo con cualificación apropiada que no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate. En todo caso, entre este personal deberá formar parte un técnico jurista especializado en contratación pública. Esta exigencia de que forme parte un técnico jurista especializado en contratación pública, puede producir dificultades de cara a su acreditación en el expediente.

Pues bien, interesa saber, si una misma persona puede formar parte del comité de expertos y de la mesa de contratación.

Cabe destacar en este sentido, el Informe 21/2009, de 16 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón que establece que:

“La finalidad de esta nueva figura creada en la LCSP, que recordemos no está exigida por las directivas comunitarias, no es otra que la de reforzar la objetividad en la valoración de ofertas, de manera que en los casos en que esta dependa mayoritariamente de juicios de valor y no de la mera aplicación de fórmulas matemáticas, la valoración de los mismos recaerá no en la mesa de contratación si no en un grupo de personas expertas. Esta es la diferencia fundamental respecto de los miembros de la mesa de contratación que no tienen por qué ser expertos en la materia sobre la que versa la valoración.

[...]

Por último, en cuanto a la cuestión planteada respecto de la posibilidad de que una misma persona pueda formar parte de la mesa de contratación y del comité de expertos que participan en una licitación no parece admisible ya que el legislador ha configurado estos dos órganos como independientes y sería un contrasentido que una misma persona participará en ambos”.

Por tanto, no es posible, que una misma persona sea en un mismo procedimiento miembro de la mesa de contratación y del comité de expertos.

El comité de expertos y su participación en el procedimiento de contratación suponen una complejidad, que en muchos casos puede resultar una carga excesiva para contratos sencillos o para entidades pequeñas que no disponen de una organización administrativa importante, pero recordemos que la utilización de un procedimiento en el que deba constituirse un comité de expertos es una opción del órgano de contratación, que puede buscar un procedimiento más sencillo simplemente evitando que los criterios de valoración no automáticos sean preponderantes en la adjudicación del contrato.

6.- EL NOMBRAMIENTO, ¿ES POSIBLE SU DELEGACIÓN?

Tal como establece el art 326.4 y la DA 2 apartado 7 de la LCSP, los miembros de la mesa serán nombrados por el órgano de contratación (la DA 2 habla de designación).

La composición de la mesa se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente.

Pues bien, en muchas ocasiones, el volumen de licitaciones de un Ayuntamiento con un cierto presupuesto, puede hacer que la asistencia de sus miembros sea complicada. En estos casos se cuestiona si existe la posibilidad de delegar a favor de otros empleados de la corporación.

Bajo mi punto de vista, la delegación es una facultad del que delega, por tanto, del miembro de la mesa de contratación y esto es un elemento en contra.

Esta facultad genérica de poder delegar, ahora regulada en el art 9 de la Ley 40/2015, plantea diversos problemas.

El primero, referente a la consideración de órgano, dado que el art 9 de la Ley 40/2015 permite la delegación, pero referida a órganos: *“Los órganos de las diferentes Administraciones Públicas podrán delegar...”*

Si bien es cierto que por vía del art 5.1 de la misma Ley 40/2015, la Secretaria General del Ayuntamiento y la intervención General en ocasiones se pueden considerar órganos, bien es cierto que no se puede predicar del resto del personal del Ayuntamiento que sea vocal de la mesa. Esto entraña un problema para la delegación.

El segundo, relativo a la responsabilidad, dado que, si entendemos posible la aplicación de la delegación, las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante, y que cuando se pretende delegar, no se quiere asumir la responsabilidad del que ha actuado efectivamente en la mesa de contratación.

El tercero y creo que decisivo para descartar la delegación, es el hecho que el órgano de contratación es el que nombra, por tanto, el órgano de contratación ha querido expresamente que acuda a la mesa una determinada persona con un determinado perfil (cierto es que no pasa así con los miembros obligatorios como el/la titular de la Secretaria y de la Intervención), por tanto, es incompatible este nombramiento realizado por el órgano de contratación, con la delegación del miembro, puesto que se estaría vaciando de competencias al órgano de contratación.

Nadie cuestiona que un miembro de un tribunal selectivo, pueda delegar en favor de una tercera persona, en caso que no pueda asistir a una sesión de valoración, puesto

que no sería miembro del tribunal. Para mí, el caso de las mesas de contratación es igual.

Dicho esto, no procede la delegación por parte de los miembros de las mesas de contratación. Ahora bien, para procurar su correcto funcionamiento y quórum de constitución, es perfectamente posible y deseable que el propio órgano de contratación (no el miembro de la mesa) nombre cuantos suplentes considere, manteniendo el criterio de especialidad que utiliza para el miembro titular.

Solución a la que parece llegar la Junta Consultiva del Estado en su Informe 17/2000:

“Pero, en el mismo orden, debe señalarse que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en mismos términos actual art 13 de la Ley 40/2015), norma aplicable en las cuestiones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas como de aplicación supletoria de conformidad con lo establecido en la disposición adicional sexta de la Ley, los vocales designados podrán ser sustituidos en casos de ausencia, enfermedad, o en general cuando concurra causa justificada, por sus suplentes, si los hubiera, extremo este, que en el ámbito de las competencias del órgano de contratación deben ser decididas por el órgano de contratación que ha de ejercer las competencias de designación que la Ley en el apartado 3 de la disposición adicional novena le atribuye”.

7.- VICIOS EN LA COMPOSICIÓN DE LA MESA DE CONTRATACIÓN.

Según COBO OLVERA, la formación de la voluntad de todo órgano colegiado, requiere un procedimiento que se compone de: convocatoria, quórum de asistencia, debate y votación. La inobservancia de alguna de estas fases haría el acuerdo adoptado nulo de pleno derecho.

Para que legalmente proceda la calificación de nulidad de pleno derecho del acto de un órgano colegiado, no se requiere -dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ – la omisión total del procedimiento establecido por las normas para la integración de la voluntad del colegio, como voluntad distinta e independiente de sus miembros; basta al efecto que se hayan infringido las reglas esenciales de ese procedimiento, bien por un defecto de composición del órgano que lo desfigure realmente, bien por no haberse observado el quórum exigido para su constitución como tal colegio, bien por no haberse respetado la voluntad de la mayoría, simple o cualificada, que la Ley eleva a voluntad del colegio entero.

BOQUERA OLIVER señalaba que este apartado podía tener dos interpretaciones distintas.

La primera: el acto del órgano colegiado será nulo de pleno derecho si se prescinde total y absolutamente de las reglas esenciales para la formación de la voluntad.

La segunda: el acto del colegio será nulo de pleno derecho si se prescinde de alguna de las reglas esenciales para la formación de la voluntad.

La esencialidad de la regla (calidad) y no la falta de cumplimiento de todas ellas (cantidad) sería -según esta segunda interpretación- la razón de ser de la nulidad de pleno derecho del acto procedente de un órgano colegiado. BOQUERA entiende como correcta la segunda interpretación.

En el mismo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ señala que no es necesario que se prescinda de la totalidad de las reglas, pues es suficiente que se prescinda de alguna de ellas. Se da la causa de nulidad cuando la regla de que se ha prescindido tiene carácter esencial. Se consideran reglas esenciales -dice- las que regulan las siguientes fases: composición del órgano, convocatoria, quórum de asistencia, deliberación y votación.

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, mediante la Resolución 67/2013, concluyó que una composición indebida era causa de nulidad de pleno derecho recogida en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992 (actual art 47.1.e) de la Ley 39/2015) –acto dictado prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados–, al que se remite el 32 a) del TRLCSP (actual art 39 LCSP), y que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 15/3/1991, RJ/1991/2518) tienen ese carácter esencial, entre otras, «las reglas que determinan la composición del órgano colegiado, tales como las que se refieren a su Presidente, Secretarios y Vocales, tanto en su número como calidad y circunstancias de los mismos; estando ello en relación con lo referente a la nominación individual de las personas físicas que asisten con tal carácter a las sesiones de que se trate.»

Por tanto, cualquier acuerdo que adoptara la Mesa, no respetaría las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, en caso de no ajustarse su composición, al mandato de la Disposición Adicional Segunda de la LCSP.

8.- LAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN DE SUS MIEMBROS.

En primer lugar, cabe hacer referencia a la previsión del art 64 de LCSP, que es una novedad, en cuanto a la legislación anterior y que dispone que los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación, con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

A estos efectos, el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.

Dicho lo anterior, como ya hemos apuntado, en el caso de ser personal al servicio de una administración pública, no puede abstenerse (art 19.3.c) de la Ley 40/2015 aunque referido a la AGE).

Ahora bien, considero que no hay que confundir la abstención, entendida como una postura técnica de un miembro de la mesa que se traslada en un tipo de votación, de la abstención en la participación del proceso y por tanto como miembro de la mesa, por estar incurso en una de las causas de la Ley 40/2015.

Para el caso que no exista una causa de abstención del art 23 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, el miembro de la mesa que sea personal al servicio de una administración, no puede votar abstención.

Ahora bien, en caso que se de alguna de las circunstancias del art 23 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, procede su abstención y por tanto se hace aún más necesario contar con la figura del suplente.

Son motivos de abstención los siguientes:

a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.

b) Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.

c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.

d) Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.

e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

Los órganos jerárquicamente superiores a quien se encuentre en alguna de las circunstancias señaladas en el punto anterior podrán ordenarle que se abstengan de toda intervención en el expediente.

La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.

La no abstención en los casos en que concurra alguna de esas circunstancias dará lugar a la responsabilidad que proceda.

Por lo que respecta a la recusación (art 24 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), como garantía que asiste al interesado para el caso que no se produzca la abstención “voluntaria”, podrá promoverse en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.

La recusación se planteará por escrito en el que se expresará la causa o causas en que se funda.

En el día siguiente el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada. En el primer caso, si el superior aprecia la concurrencia de la causa de recusación, acordará su sustitución acto seguido.

Si el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que considere oportunos.

Contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que ponga fin al procedimiento.

9.- EL NOMBRAMIENTO, TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS.

Tal como establece el art 326.4 y la DA 2 apartado 7 de la LCSP, los miembros de la mesa serán nombrados por el órgano de contratación.

La composición de la mesa se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente.

Pues bien, el art 63.5 de la LCSP establece que:

“Deberán ser objeto de publicación en el perfil de contratante, asimismo, los procedimientos anulados, la composición de las mesas de contratación que asistan a los órganos de contratación, así como la designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados para la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor en los procedimientos en los que sean necesarios.”

En todo caso deberá publicarse el cargo de los miembros de las mesas de contratación y de los comités de expertos, no permitiéndose alusiones genéricas o indeterminadas o que se refieran únicamente a la Administración, organismo o entidad a la que representen o en la que prestasen sus Servicios”.

El art 21.4 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establece que su composición se publicará en el perfil del contratante del órgano de contratación correspondiente, con una antelación mínima de siete días con respecto a la reunión que deba celebrar para la calificación de la documentación

La Agencia Española de Protección de Datos, en su “Guía de Protección de datos y Administración Local” establece unas pautas interesantes al respecto.

El artículo 63 de la LCSP determina una serie de supuestos de publicación obligatoria, que en la medida que afecte a datos de carácter personal, la legitimación se fundamentaría en el artículo 6.1.c) del RGPD relativo al cumplimiento de una obligación legal.

Asimismo, debe considerarse lo siguiente:

- Respecto a la publicación de los miembros de las mesas de contratación, será suficiente con publicar nombres y apellidos, y cargos de los mismos. Por tanto no se debe publicar el número de DNI ni total ni parcialmente.
- Respecto a la publicación de las actas de la mesa de contratación relativas al procedimiento de contratación, no será necesario que en el contenido de las actas objeto de publicación figure las firmas del Presidente y Secretario de la mesa (ni firma electrónica donde aparezca el número de DNI).
- Ha de ser posible el ejercicio del derecho de oposición por los afectados.

10.- CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA MESA DE CONTRATACIÓN.

El artículo 21.7 del RD 817/2009 regula el quórum necesario para la válida constitución de la Mesa de contratación. Se requiere 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 de contratación.

Ahora bien, no termina de resolverse la cuestión del quórum de constitución en las Mesa de contratación de las entidades locales, puesto que la regulación que hace el RD 817/2009 está pensada, a priori, teniendo en cuenta un número mínimo de vocales superior al establecido en la DA 2 de la LCSP.

De acuerdo con el artículo 21.2 del RD 817/2009 las mesas de contratación se componen de 6 miembros: Presidente, Secretario y al menos 4 vocales; sin embargo, la DA 2 apartado 7 de la LCSP establece un mínimo de 5 miembros: Presidente, Secretario y al menos 3 vocales. De acuerdo el RD 817/2009, para el quórum de constitución y funcionamiento, deben estar presentes la mayoría absoluta de sus miembros, y en todo caso, el Presidente, el Secretario y los dos vocales que tengan atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico y al control económico-presupuestario del órgano.

Hay que entender, por tanto, que para la válida constitución de una mesa de contratación en el ámbito local se requiere la mitad más uno de sus miembros y como mínimo la presencia del Presidente, del titular de la secretaria, del titular de la intervención y del secretario/a del órgano.

Cabe recordar que deberán estar éstos o los suplentes que se hayan nombrado.

Según el art 18 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, de cada sesión que celebre el órgano colegiado se levantará acta por el Secretario, que especificará necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.

Podrán grabarse las sesiones que celebre el órgano colegiado. El fichero resultante de la grabación, junto con la certificación expedida por el Secretario de la autenticidad e integridad del mismo, y cuantos documentos en soporte electrónico se utilizasen como documentos de la sesión, podrán acompañar al acta de las sesiones, sin necesidad de hacer constar en ella los puntos principales de las deliberaciones.

El acta de cada sesión podrá aprobarse en la misma reunión o en la inmediata siguiente. El Secretario elaborará el acta con el visto bueno del Presidente y lo remitirá a través de medios electrónicos, a los miembros del órgano colegiado, quienes podrán manifestar por los mismos medios su conformidad o reparos al texto, a efectos de su aprobación, considerándose, en caso afirmativo, aprobada en la misma reunión.

Cuando se hubiese optado por la grabación de las sesiones celebradas o por la utilización de documentos en soporte electrónico, deberán conservarse de forma que se garantice la integridad y autenticidad de los ficheros electrónicos correspondientes y el acceso a los mismos por parte de los miembros del órgano colegiado.

11.- FUNCIONES DE LA MESA DE CONTRATACIÓN.

Según la LCSP y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la mesa de contratación desempeñará las siguientes funciones en los procedimientos abiertos de licitación:

a) Calificará las documentaciones de carácter general acreditativas de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores, comunicando a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación. A tal fin se reunirá con la antelación suficiente, previa citación de todos sus miembros.

b) Determinará los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

c) Abrirá las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido.

d) Cuando el procedimiento de valoración se articule en varias fases, determinará los licitadores que hayan de quedar excluidos por no superar el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

e) Valorará las distintas proposiciones, clasificándolas en orden decreciente de valoración, a cuyo efecto podrá solicitar los informes técnicos que considere precisos.

f) Cuando entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitará el procedimiento previsto, y en vista de su resultado propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo. A estos efectos, la mesa de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad (art 149 LCSP).

g) Fuera del caso previsto en la letra anterior propondrá al órgano de contratación la adjudicación.

Pero también, entre otras:

h) Cuando la mesa de contratación apreciara posibles indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas (art 69 LCSP).

i) La mesa está autorizada para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea (art 139 LCSP).

j) La valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, así como, en todo caso, la de los criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas, se efectuará por la mesa de contratación, si interviene, y cuando no se constituye comité de expertos (art 146 LCSP).

k) En el curso del procedimiento las mesas de contratación cumplirán con su obligación de confidencialidad en los términos establecidos en esta Ley, por lo que no revelarán a los demás participantes los datos designados como confidenciales que les

haya comunicado un candidato o licitador sin el previo consentimiento de este (art 169 LCSP).

12.- IMPUGNACIÓN DE LA ACTUACIÓN DE LAS MESAS DE CONTRATACIÓN.

La mesa de contratación, como órgano y en el marco del ejercicio de las funciones que se han apuntado en el apartado anterior, tienen capacidad para dictar resoluciones.

Estas resoluciones pueden ser de dos tipos, de trámite o de trámite “cualificado”. Estas segundas son las que permiten interponer recursos, por tanto, podemos afirmar que las resoluciones de la mesa de contratación son perfectamente impugnables.

Según el art 44.2.b) de la LCSP, podrán ser objeto del recurso especial en materia de contratación, los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

Este recurso tiene un requisito en relación a la tipología de contratos, dado que únicamente procederá cuando estemos ante los siguientes contratos:

- a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.
- b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.
- c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

Para el caso que no estemos ante este tipo y cuantía de contrato, no se elimina la posibilidad de impugnación (Informe 11/2014, de 22 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña)

Efectivamente, para el caso que se den los actos de trámite establecidos por el art 44.2.b) de la LCSP, pero no estemos ante los contratos y cuantías establecidos en este

precepto, procederá, bajo mi punto de vista, el recurso de alzada ante el órgano de contratación.

13.- CONCLUSIÓN

La extensa doctrina y jurisprudencia que aborda aspectos relacionados con las mesas de contratación, evidencia una falta de respuesta por parte de la Ley y por tanto, del establecimiento de un régimen jurídico completo, cuestión que genera inseguridad jurídica.

Cabe destacar la novedad de la LCSP respecto el límite máximo de cargos electos que pueden formar parte de la mesa de contratación. Cabe destacar también, que en ningún caso podrá formar parte de las mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas, el personal eventual. Asimismo, podrá formar parte de la mesa personal funcionario interino cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente.