

## **INFORME 21/2018, de 2 de Julio de 2019, sobre la composición de las mesas de contratación.**

### **I – ANTECEDENTES**

Por parte de la Secretaria General Técnica de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible se ha solicitado informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

*“La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) contiene una novedosa regulación de las mesas de contratación en su artículo 326 tanto en lo que respecta a la composición de las mismas como en relación con la elaboración de la documentación técnica de la contratación.*

*Este precepto expresamente dispone en el tercer párrafo del apartado 5 que “ en ningún caso podrán formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos ni el personal eventual... 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”.*

*En interpretación de este precepto la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se ha pronunciado en el “Expediente: 3/2018. Composición de las mesas de contratación” alcanzando las siguientes conclusiones:*

- 1. Conforme al artículo 326 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público el acto de redactar efectivamente o de participar en el proceso de redacción de la documentación técnica del contrato es el que genera la prohibición de formar parte de la mesa de contratación.*
- 2. La norma veda el acceso como miembro de la mesa al redactor de la documentación técnica del contrato y predica de los eventuales asesores una condición de independencia que no puede reconocerse en aquél.*
- 3. La independencia que se ha de predicar de los asesores o expertos que presten asistencia a la mesa de contratación alude a una condición de ajeneidad con respecto al órgano de contratación y, por tanto, no cabría calificar de independiente a quien formase parte de su estructura organizativa o se encontrarse bajo su dependencia orgánica o funcional.*
- 4. Los informes de valoración de las proposiciones podrán ser emitidos por las personas que hayan participado en la redacción de la documentación técnica del contrato.*
- 5. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público no cambia el régimen de actuación del Secretario de la mesa de contratación, que tendrá voz pero no voto en la misma.*

*Este precepto, no obstante, a tenor de lo dispuesto en la Disposición Final Primera no tiene carácter básico, asunto sobre el que se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su Informe 2/2018, de 11 de abril, con relación a la aplicación de este precepto a la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid, y en cuyas conclusiones declara lo siguiente: “1. El artículo 326 de la Ley de contratos del sector público no es de aplicación directa en la Comunidad de Madrid ya que no tienen la consideración de básico y no se ha dictado al amparo del artículo 149.1.18 de nuestra Constitución” y “2. El artículo 326 de la Ley de contratos del sector público no tienen aplicación supletoria en la Comunidad de Madrid en base al artículo 149.3 de la Constitución porque las mesas de contratación se encuentran reguladas en el artículo 18 del Reglamento de contratación de la Comunidad de Madrid.”*



*Sobre el carácter no básico de este precepto y su no aplicación al poder legislativo se ha pronunciado igualmente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Andalucía en su Resolución 3/2018, de 26 de octubre.*

*Por su parte en Andalucía el Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados regula en los artículos 5 a 10 la composición y funcionamiento de las mesas de contratación.*

*A tenor de estos antecedentes se plantean las siguientes cuestiones:*

- 1. Dado que el artículo 326 LCSP no tiene carácter básico y por lo tanto su aplicación a la Administración Autonómica Andaluza tan sólo cabría llevarla a cabo en virtud del principio de supletoriedad previsto en el artículo 149.3 CE ¿cabría aplicar el contenido del artículo 326 apartado quinto a la Administración Autonómica de Andalucía teniendo en cuenta el contenido del Decreto 39/2011?*
- 2. En el caso de considerarse que la regulación que lleva a cabo la norma autonómica a través del Decreto 39/2011 colma esta materia no siendo necesario acudir supletoriamente a la norma estatal ¿puede considerarse, sin embargo, a la luz de algún precepto o principio de la norma estatal que el personal que elabore la documentación técnica de la licitación no debe formar parte de las mesas de contratación?*
- 3. Partiendo del mismo planteamiento que en la pregunta anterior ¿puede considerarse que los informes de valoración de las proposiciones podrán ser emitidos por las personas que hayan participado en la redacción de la documentación técnica del contrato?*

## II – INFORME

Se eleva por la Secretaria General Técnica de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible consulta sobre si:

*“ 1- Dado que el artículo 326 LCSP no tiene carácter básico y por lo tanto su aplicación a la Administración Autonómica Andaluza tan sólo cabría llevarla a cabo en virtud del principio de supletoriedad previsto en el artículo 149.3 CE ¿cabría aplicar el contenido del artículo 326 apartado quinto a la Administración Autonómica de Andalucía teniendo en cuenta el contenido del Decreto 39/2011? . 2- En el caso de considerarse que la regulación que lleva a cabo la norma autonómica a través del Decreto 39/2011 colma esta materia no siendo necesario acudir supletoriamente a la norma estatal ¿puede considerarse, sin embargo, a la luz de algún precepto o principio de la norma estatal que el personal que elabore la documentación técnica de la licitación no debe formar parte de las mesas de contratación? 3- Partiendo del mismo planteamiento que en la pregunta anterior ¿puede considerarse que los informes de valoración de las proposiciones podrán ser emitidos por las personas que hayan participado en la redacción de la documentación técnica del contrato?”.*

**1. En relación con la primera de las cuestiones planteadas** por el órgano consultante *“Dado que el artículo 326 LCSP no tiene carácter básico y por lo tanto su aplicación a la Administración Autonómica Andaluza tan sólo cabría llevarla a cabo en virtud del principio de supletoriedad previsto en el artículo 149.3 CE ¿cabría aplicar el contenido del artículo 326 apartado quinto a la Administración Autonómica de Andalucía teniendo en cuenta el contenido del Decreto 39/2011?”* cabe señalar que la Ley 9/2017, de 8 de



noviembre, de Contratos del Sector Público (*en adelante LCSP*) establece en el artículo 326 apartado 5 en relación con la composición de las mesas de contratación lo siguiente:

*"En ningún caso podrán formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos ni el personal eventual. Podrá formar parte de la Mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente. 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 Disposición Adicional Segunda se refiere a las competencias en materia de contratación en las Entidades Locales y regula la composición de las mesas de contratación en la mismas).

Sobre este artículo y su interpretación se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su *Informe 3/2018. Composición de las Mesas de Contratación*. En dicho Informe indica que si bien en la redacción inicial del anteproyecto de la LCSP no se hacía referencia a alguna limitación específica para formar parte de la mesa de contratación, sí se introdujeron limitaciones en trámite parlamentario a la composición de las mesas de contratación y a la emisión de informes de valoración.

Con respecto a "*la participación en redacción*" como impedimento para formar parte de la Mesa de Contratación, señala el citado Informe lo siguiente: "*Del precepto que hemos analizado se deduce la voluntad inequívoca del legislador de restringir la participación en la mesa de contratación del personal que haya participado en la redacción de cualquier documentación técnica del contrato, con lo que se transmite la idea de que hay una parte de la documentación preparatoria, la que afecta a aspectos técnicos del contrato, representada normal pero no únicamente en el pliego de prescripciones técnicas, cuya elaboración impide a quienes han participado en ella la posibilidad de formar parte de un órgano como la mesa de contratación, órgano que ostenta importantes funciones en el seno del procedimiento de selección del contratista. La finalidad de la norma claramente es favorecer la transparencia de la contratación pública y evitar los conflictos de intereses en la actuación de los miembros de la mesa.(...) Desde el punto de vista subjetivo, el precepto alude al personal en sentido amplio, pero desde el punto de vista objetivo acota su aplicación a los componentes del personal de la Administración contratante que hayan participado en la redacción del documento técnico. Por tanto, es el acto de redactar efectivamente o de participar en el proceso de redacción del pliego el que genera la prohibición de formar parte de la mesa (...). Sin embargo, lo que no cabe es establecer apriorísticamente soluciones a todos los casos concretos de cada órgano de contratación, puesto que la medida de la intervención de cada empleado público en la redacción del pliego técnico puede variar según el caso de que se trate. De este modo, un mero conocimiento de las condiciones del pliego no generaría la prohibición de formar parte de la mesa y, sin embargo, una participación efectiva en la confección del mismo, dando instrucciones o haciendo observaciones de obligado cumplimiento, sí vedaría la participación en el órgano de asistencia(...)"*.

Asimismo dicho Informe se pronuncia sobre la posibilidad de que el personal afectado por la anterior prohibición pueda asistir a la mesa en calidad de asesor técnico o si, por el contrario, a la mesa solo le cabe acudir a la solicitud de asesoramiento de técnicos o expertos independientes. Señala lo siguiente:

*"Esta cuestión viene resuelta en el propio precepto. Es cierto que cuando la norma señala que tales personas no pueden formar parte de la mesa de contratación lo que significa tal prohibición es que no pueden formar parte del órgano colegiado con la condición de vocales. Esto no vedaría per se la posibilidad de estar presentes en la mesa en otro concepto distinto. Ahora bien, la interpretación sistemática de la norma nos lleva a concluir que la intervención en la mesa de quienes hayan participado en la redacción de los pliegos en concepto de técnico o experto independiente no se justificaría por las siguientes razones:*



*1- Porque difícilmente se respetaría la finalidad del precepto si se permitiese el acceso continuado a la mesa de contratación, aunque sea bajo la condición de asesor externo o de experto, al redactor del pliego y mucho menos si tal cosa se convierte en la práctica habitual de la mesa.*

*2- Porque el precepto recoge expresamente la posibilidad de que la mesa esté asistida por asesores (expertos o técnicos) pero predicando de ellos la condición de independientes.*

*(...)*

*Se puede inferir sin dificultad que el legislador ha sido claro a la hora de vedar el acceso como miembro de la mesa al redactor del pliego y que ha predicado de los eventuales asesores una condición de independencia que no puede reconocerse en aquél.*

*(...) Finalmente, por lo que hace a la interpretación en términos generales de la independencia que se ha de predicar de los asesores o expertos que presten asistencia a la mesa de contratación cabe entender que, tal y como está redactado el precepto, el término independiente alude a una condición de ajeneidad con respecto al órgano de contratación y que, por tanto, no cabría calificar de independiente a quien formase parte de su estructura organizativa o se encontrase bajo su dependencia orgánica o funcional”.*

Por último, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se pronuncia sobre la posibilidad de emisión de informes de valoración por parte del personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica, *“sobre esta cuestión la ley distingue claramente entre los cargos públicos representativos o el personal eventual y los redactores del pliego técnico. Los primeros no pueden hacer informes técnicos por expresa indicación de la ley, mientras que nada se dice de esta prohibición respecto de los segundos. En consecuencia, los informes de valoración podrán ser emitidos por las personas que hayan participado en la redacción del pliego técnico, con pleno respeto al deber de independencia y objetividad que como empleados públicos les atañe”.*

Establece, finalmente, el Informe 3/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado las siguientes conclusiones:

- 1. Conforme al artículo 326 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público el acto de redactar efectivamente o de participar en el proceso de redacción de la documentación técnica del contrato es el que genera la prohibición de formar parte de la mesa de contratación.*
- 2. La norma veda el acceso como miembro de la mesa al redactor de la documentación técnica del contrato y predica de los eventuales asesores una condición de independencia que no puede reconocerse en aquél.*
- 3. La independencia que se ha de predicar de los asesores o expertos que presten asistencia a la mesa de contratación alude a una condición de ajeneidad con respecto al órgano de contratación y, por tanto, no cabría calificar de independiente a quien formase parte de su estructura organizativa o se encontrase bajo su dependencia orgánica o funcional.*
- 4. Los informes de valoración de las proposiciones podrán ser emitidos por las personas que hayan participado en la redacción de la documentación técnica del contrato.*

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que este artículo 326 LCSP, no obstante, a tenor de lo dispuesto en la Disposición Final Primera no tiene carácter básico. Sobre este carácter de *“artículo no básico”* se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su Informe 2/2018, de 11 de abril, en cuyas conclusiones indica lo siguiente: *“1. El artículo 326 de la Ley de contratos del sector público no es de aplicación directa en la Comunidad de Madrid ya que no tienen la*



*consideración de básico y no se ha dictado al amparo del artículo 149.1.18 de nuestra Constitución” y “2. El artículo 326 de la Ley de contratos del sector público no tienen aplicación supletoria en la Comunidad de Madrid en base al artículo 149.3 de la Constitución porque las mesas de contratación se encuentran reguladas en el artículo 18 del Reglamento de contratación de la Comunidad de Madrid.”*

Sobre el carácter no básico de este precepto y su no aplicación al poder legislativo se ha pronunciado igualmente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Andalucía en su Resolución 3/2018, de 26 de octubre. Además de señalar, evidentemente, el carácter de “no básico” de ese precepto, en la Resolución se cuestiona su relación con el régimen jurídico de la contratación pública en el poder legislativo, y en concreto en el Parlamento de Andalucía. Así, de acuerdo con lo establecido en la Disposición adicional cuadragésima cuarta dedicada al régimen de contratación de los órganos constitucionales del Estado y de los órganos legislativos y de control autonómicos, el Parlamento de Andalucía se ha dotado de sus propias normas de contratación, acudiendo en primer lugar a sus normas de contratación y en lo que no esté regulado en las mismas, a la normativa vigente que en la actualidad es la LCSP. Y, precisamente, en la norma tercera de sus normas de contratación regula de manera expresa la composición de la Mesa de Contratación del Parlamento. Por lo tanto, el artículo 326 LCSP no le resulta de aplicación.

El artículo 2.3 LCSP recoge que la aplicación de la LCSP a los contratos que celebren las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local se efectuará en los términos previstos en la Disposición final primera relativa a los títulos competenciales.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye en su artículo 47.1.1<sup>a</sup> a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia de la Comunidad autónoma y la estructura y regulación de los organismos públicos de Andalucía. Por otra parte, según el artículo 47.2.3<sup>a</sup> del mismo texto legal, la Comunidad autónoma ostenta la competencia compartida con el Estado sobre los contratos y concesiones administrativas.

En la Administración de la Junta de Andalucía es el *Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados* el que regula en sus artículos 5 a 10 la composición y funcionamiento de las mesas de contratación.

En el artículo 5 apartado 2 establece que las Mesas de Contratación tendrán la siguiente composición:

*“a) La Presidencia, que será desempeñada por una persona designada por el órgano de contratación, con rango al menos de Jefatura de Servicio.(...)”*

*b) Al menos cuatro vocales designados por el órgano de contratación, entre los que deberá figurar obligatoriamente:*

*1º Un letrado o una letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía o persona a la que se asignen sus funciones, o una persona de las que tengan atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación, conforme a la normativa aplicable.*



*2º Una persona en representación de la Intervención General de la Junta de Andalucía cuando el órgano de contratación forme parte de la Administración de la Junta de Andalucía, de sus Agencias Administrativas o de régimen especial (...)*

*c) La Secretaría, con voz y voto, que será desempeñada por una persona funcionaria que preste sus servicios en el órgano de contratación (...)*

*d) En función del objeto del contrato, formarán parte de las Mesas las personas cuya participación sea obligatoria en virtud de la normativa sectorial específica, con voz y voto.*

Por tanto, no cabe más que concluir que, dado que la propia administración autonómica se ha dotado de un instrumento normativo que regula la composición y funcionamiento de las Mesas de Contratación, como es, el *Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados*, el artículo 326 LCSP al no tener carácter básico, no resulta de aplicación en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

**2. En relación con la segunda de las cuestiones** *“¿puede considerarse, sin embargo, a la luz de algún precepto o principio de la norma estatal que el personal que elabore la documentación técnica de la licitación no debe formar parte de las mesas de contratación?”*, teniendo en cuenta que dicho artículo 326 LCSP no resulta de aplicación, y que en el Decreto 39/2011 no se recoge esa prohibición, cabe concluir que el personal que elabore la documentación técnica puede formar parte de las mesas de contratación en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

**3. Con respecto a la última de las cuestiones planteadas** por el órgano consultante *“¿puede considerarse que los informes de valoración de las proposiciones podrán ser emitidos por las personas que hayan participado en la redacción de la documentación técnica del contrato?”*, dado que en la normativa autonómica nada se dice al respecto, cabe concluir, tal y como se señala en el Informe 3/2018, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que los informes de valoración de las proposiciones podrán ser emitidos por las personas que hayan participado en la redacción de la documentación técnica del contrato.

### III – CONCLUSIONES

1- La Comunidad Autónoma de Andalucía regula en una norma propia la composición y funcionamiento de las Mesas de Contratación. El artículo 326 LCSP, al no tener carácter básico, no resulta de aplicación en la misma.

2- La normativa autonómica no impide que el personal que haya podido participar en la elaboración de la documentación técnica, o haya redactado la misma, pueda formar parte de las mesas de contratación.

3- La normativa autonómica no impide que los informes de valoración de las proposiciones puedan ser emitidos por las personas que hayan elaborado o participado en la redacción de la documentación técnica del contrato.

Es todo cuanto se ha de informar.

