



EXPEDIENTE: 3/2018. COMPOSICIÓN DE LAS MESAS DE CONTRATACIÓN.

Clasificación del informe: 4. Órganos de contratación. 4.1. Cuestiones generales. 16. Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. 16.5. Mesa de contratación. 16.7. Otras cuestiones.

La Tesorería General de la Seguridad Social ha solicitado informe de esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en los siguientes términos:

“Como es conocido, el pasado 9 de noviembre se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» la 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, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Entre las modificaciones que introduce se encuentra una nueva regulación de la Mesa de contratación, contenida en el artículo 326, en la que destaca su configuración expresa como órgano de asistencia técnica especializada, la determinación de sus funciones y la concreción de aquellas personas que pueden constituir las mismas y a quienes se excluye de su participación.

De acuerdo con esta nueva regulación, y por lo que se refiere a las personas que no pueden formar parte de las mesas, se incluye en esta prohibición al personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, sin otra salvedad que para los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda, no aplicables a este Servicio Común.

A nuestro entender, esta incompatibilidad o prohibición que de forma novedosa incorpora la nueva LCSP adquiere especial relevancia desde un enfoque orientado a la práctica, sobre todo si tenemos en consideración el carácter técnico especializado de la Mesa, por lo que nos parece importante delimitar de una forma precisa el alcance de esta prohibición, en lo que se refiere a la persona o personas a las que afecta y a las actuaciones ligadas al proceso de



contratación en las que no sería posible su participación, y de su dicción nos surgen algunas dudas, sobre las que se eleva consulta:

1. Alcance que debe darse a "participación en la redacción" como impedimento para formar parte de la Mesa de contratación.

En el ámbito de esta TGSS lo frecuente es que sea la propia unidad proponente o impulsora de la contratación quien, por ser la conocedora de las necesidades concretas que se pretenden cubrir y del alcance del suministro o servicio que se requiere, elabore los pliegos de prescripciones técnicas que han de regir la realización de la prestación y que defina sus calidades, condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la normativa vigente, siendo visado el documento resultante por el máximo responsable de dicha unidad para su elevación al órgano de contratación, que lo habrá de aprobar en el momento procedimental oportuno.

Siguiendo el tenor literal del precepto, entendemos que el impedimento, por supuesto, afectaría a la persona o personas concretas que hayan redactado el pliego técnico; ahora bien, nuestra duda surge respecto a si ese "participar" incluiría también al máximo responsable de esa unidad, en tanto es quien visa el documento, y al resto del personal que conforma la unidad, en la medida que se entendiera que es esa unidad quien define las condiciones del servicio o suministro, o ha de limitarse, como así considerarnos, al personal concreto que ha redactado las prescripciones técnicas, lo que no invalidaría la participación de personal de esa misma unidad como vocal de la mesa si no concurre en ellos la causa de prohibición, por no haber elaborado de forma directa la documentación técnica.

2. Alcance que debe darse a "(no) podrán formar parte de las Mesas" referido al personal que ha participado en la redacción de la documentación técnica.

En lógica con la dicción del precepto no nos cabe la menor duda que el impedimento que se predica de quien ha participado en la redacción del pliego técnico lo es como vocal. Ahora bien, podrían esas personas, depositarias normalmente del conocimiento técnico especializado, asistir puntualmente en calidad asesor técnico, sin voto, lógicamente o, por el contrario, debe entenderse que el impedimento se extiende a la asistencia como técnico, debiendo recurrir la Mesa, en caso de considerarse la conveniencia, a la solicitud de asesoramiento de técnicos o expertos independientes que refiere el propio apartado 5 del referido artículo 326, Y, en ese



caso, qué hemos de entender por "independiente"; bastaría con no haber participado en la redacción de la documentación técnica o debe predicarse la independencia respecto del órgano de contratación, debiendo no formar parte de su estructura organizativa ni encontrarse bajo su dependencia orgánica o funcional.

3. *Imposibilidad o no de emisión de informes de valoración referido al personal que ha participado en la redacción de la documentación técnica.*

Observa esta TGSS que así como respecto de los cargos públicos representativos y del personal eventual el legislador extiende la prohibición no solo a la participación como miembro de la Mesa sino también a la emisión de informes de valoración de las ofertas, para el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica, se limita a establecer la prohibición de formar parte de la Mesa. Siendo así, puede entenderse que dicho personal sí puede emitir los informes de valoración de las ofertas presentadas en el procedimiento de adjudicación del contrato en el que haya participado en la redacción de la documentación técnica o, por el contrario, no obstante no estar expresamente definido, hay que considerar que la prohibición que trae causa en su participación en la redacción de la documentación técnica le empece igualmente para emitir el informe de valoración de las ofertas.

Ligado también a la composición de la Mesa, y por lo que respecta a la figura del Secretario, regulada en el apartado 5 del meritado artículo 325 de la LCSP nada se dice respecto a si ostenta voz y voto o solo voz. Hasta la fecha, como bien conoce esa Junta Consultiva, conforme a lo expresado en el apartado 6 del artículo 21 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, solo tenía voz. Quiere decirse con ello que, al no recogerse de modo expreso esa puntualización, el Secretario participará en las deliberaciones con voz y voto o, por el contrario, y por aplicación del régimen previsto por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público para los órganos colegiados de la Administración General del Estado y de las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de ella, y más concretamente, conforme a lo dispuesto en la letra a) del apartado 4 del artículo 19 de dicha Ley, asistirá a la sesión con voz pero sin voto.”



CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La Tesorería General de la Seguridad Social ha solicitado informe de esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado acerca de diversas cuestiones relacionadas con la interpretación del artículo 326 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, precepto que establece, en lo que atañe al objeto de la presente consulta, lo siguiente:

“1. 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, en el que será obligatoria la constitución de la mesa. En los procedimientos a los que se refiere el artículo 159.6 será igualmente potestativa la constitución de la mesa.

(...) 3. La mesa estará constituida por un Presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente y un Secretario.

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

5. (...) En ningún caso podrán formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos 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.



Las Mesas de contratación podrán, asimismo, solicitar el asesoramiento de técnicos o expertos independientes con conocimientos acreditados en las materias relacionadas con el objeto del contrato. Dicha asistencia será autorizada por el órgano de contratación y deberá ser reflejada expresamente en el expediente, con referencia a las identidades de los técnicos o expertos asistentes, su formación y su experiencia profesional.”

La primera cuestión que se nos plantea se refiere al alcance que debe darse a la expresión "participación en la redacción" como impedimento para formar parte de la Mesa de contratación.

En el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 320, no se contenía ninguna regla equivalente a la que se menciona en la consulta planteada. Tampoco en la redacción inicial del anteproyecto de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público se hacía referencia a esta limitación específica para formar parte de la mesa de contratación. Sin embargo, en el trámite parlamentario se propuso la inclusión de varias limitaciones en la composición de la mesa o en la emisión de informes de valoración: una primera prohibición absoluta a la participación en las mesas de contratación o a la emisión de informes de valoración de las ofertas para los cargos públicos representativos y el personal eventual; y una segunda mediante la que, como hemos observado, 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, relativa a la contratación de las Corporaciones Locales.

Asumida finalmente la enmienda con el texto que figura en la ley, 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 en 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.

Sentado el anterior criterio, que explica el origen y la finalidad del precepto cuestionado, podemos determinar cuál es el alcance de la expresión que emplea la ley, referida a la participación en la redacción de la documentación técnica del contrato. 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. Si la finalidad de la norma es evitar el conflicto de intereses potencialmente concurrente en el redactor de las condiciones técnicas, la prohibición no puede alcanzar a quien no haya participado en la redacción de la regla técnica del contrato, ni tampoco a quien simplemente la haya visto o incluso visado, que no aprobado, puesto que la aprobación de los pliegos es una competencia del órgano de contratación según establece el artículo 124 de la Ley.

Bajo esta perspectiva, 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. Consecuentemente no cabe decir en términos generales si el personal de la unidad proponente del contrato puede o no participar en la mesa de contratación, pues tal circunstancia dependerá de en qué medida haya intervenido realmente en la redacción del pliego técnico.

Otra cuestión diferente es la que se refiere a cómo acreditar esta circunstancia de manera práctica. La ley no establece ningún mecanismo obligatorio a estos efectos. No obstante, esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, con el fin de facilitar y reforzar la finalidad de la norma, considera conveniente recomendar a las entidades sujetas a la Ley que se deje constancia en el expediente de contratación de quiénes han sido los miembros



de su personal que han participado efectivamente en la redacción de los pliegos técnicos, lo que permitirá garantizar el respeto a la norma y fortalecer la transparencia y la seguridad jurídica en la contratación pública.

2. En la segunda cuestión consultada se nos plantea el alcance que debe darse a la prohibición de formar parte de la mesa respecto del personal que ha participado en la redacción de la documentación técnica. Concretamente, en este punto la entidad consultante nos plantea si el personal afectado por la anterior prohibición puede asistir a la mesa en calidad asesor técnico o si, por el contrario, a la mesa solo le cabe acudir a la solicitud de asesoramiento de técnicos o expertos independientes.

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 técnico 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. En efecto, el inciso final del apartado 5 del artículo 326 establece que *“Las Mesas de contratación podrán, asimismo, solicitar el asesoramiento de técnicos o expertos independientes con conocimientos acreditados en las materias relacionadas con el objeto del contrato. Dicha asistencia será autorizada por el órgano de contratación y deberá ser reflejada expresamente en el expediente, con referencia a las identidades de los técnicos o expertos asistentes, su formación y su experiencia profesional.”*



- 3) Porque del precepto transcrito también se deduce la circunstancia de que en estos casos, aparte de la propia independencia del técnico, que ya de por sí representa una garantía en la licitación y descarta al redactor del pliego técnico, se exige una autorización expresa del órgano de contratación, amén de un reflejo expreso en el expediente.

De todas estas circunstancias se puede inferir sin dificultad, como respuesta a la cuestión planteada, 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 ajenidad 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 encontrarse bajo su dependencia orgánica o funcional.

3. La última cuestión planteada alude a 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.

Por último, plantea también la entidad consultante si el Secretario de la mesa de contratación ha de tener voto en la adopción de los acuerdos que dicte la mesa de contratación o si, por el contrario, se mantiene el mismo régimen actual, en el que disfruta de voz pero no de voto.



La solución a esta cuestión ha de ser necesariamente que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público no ha variado el régimen jurídico propio del secretario de la mesa de contratación en este aspecto. La Disposición derogatoria de la ley establece que queda derogado el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley pero esto no supone, per se, la derogación de las reglas del RD 817/2009, de 8 de mayo, siempre y cuando las normas que contenga no se opongan a lo establecido en la nueva ley, que como bien señala la consulta, no regula esta cuestión.

Pero incluso si considerásemos a los meros efectos dialécticos que se ha producido la derogación de este precepto, lo que existiría en la norma legal es una laguna que debería ser integrada con las reglas de aplicación supletoria que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público contiene en su artículo 19, precepto que establece la regla general de que el Secretario actuará con voz pero sin voto.

En mérito a los anteriores razonamientos procede alcanzar 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 ajenidad 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.