

Informe 5/2011, de 2 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Mesas de contratación: composición, sustitución y suplencia. Presencia del Interventor en las Mesas de contratación de una entidad de Derecho Público, poder adjudicador, no Administración Pública.

I. ANTECEDENTES

El Director Gerente de la Entidad Pública Aragonesa Banco de Sangre y Tejidos, se dirige con fecha 11 de enero de 2011, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«De acuerdo con lo establecido en el artículo 21 Real Decreto 817, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y siendo nuestro Centro una Entidad Pública, precisamos nota aclaratoria en relación a la figura del Interventor en las Mesas de contratación, al interpretar que puede ser sustituida por quien tenga atribuidas las funciones correspondientes al control económico-presupuestario del órgano de contratación».

La Entidad Pública Aragonesa Banco de Sangre y Tejidos fue creada mediante Ley 3/2005, de 12 de mayo, de las Cortes de Aragón, que establece, en su artículo 15.8, el sometimiento de la misma al régimen de control financiero en los términos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, y en el Reglamento que desarrolla el control de la actividad económica y financiera de la Administración, de los organismos públicos y de las empresas de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 23/2003, de 28 de enero, del Gobierno de Aragón.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 2 de febrero de 2011, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Legitimación para solicitar informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El Director Gerente de la Entidad Pública Aragonesa Banco de Sangre y Tejidos, es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 d) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

II. Sobre las Mesas de contratación y su obligatoriedad.

La Mesa de contratación es un órgano técnico colegiado, cuya función es el examen de las ofertas, y la proposición al órgano de contratación del candidato a la adjudicación del contrato.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), regula las Mesas de contratación, con carácter general, en el artículo 295, que establece los supuestos en que su constitución es obligatoria, y los supuestos en que es potestativa, así como su composición. Asimismo, también hace falta efectuar el análisis de la regulación de las Mesas de contratación, contenida en la normativa estatal de contratos, desde la

perspectiva del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP (en adelante RLCSP).

Esta normativa estatal, aunque es de carácter no básico, resulta de aplicación supletoria en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, de acuerdo con la disposición final séptima LCSP, y con la disposición final primera del RLCSP, vista la falta de regulación específica al respecto a nivel autonómico. Claro está, que la aplicación supletoria de los preceptos no básicos de la LCSP y del RLCSP, al ámbito autonómico, en virtud del artículo 149.3 de la Constitución, debe hacerse de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional.

Según el artículo 295 LCSP, la existencia de Mesas de contratación únicamente es obligatoria y necesaria en los procedimientos abiertos y restringidos, y en los procedimientos negociados con publicidad a que se refiere el artículo 161.1 LCSP, de los órganos de contratación de las Administraciones Públicas. De manera que, para supuestos distintos de los procedimientos indicados, y poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas, la constitución de Mesas de contratación es potestativa. Consecuencia que se deriva del especial régimen que la LCSP establece para los contratos de los poderes adjudicadores, que no tienen la consideración de Administraciones Públicas, tanto en cuanto a su preparación (artículo 121 LCSP), como en cuanto a las fases de licitación y adjudicación (artículos 173 y 174 LCSP).

Pues bien, y de acuerdo con la Circular 1/2008, de 3 de marzo, de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón —sobre el alcance del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP y régimen de contratación aplicable—, la constitución de Mesas de contratación para la Entidad Pública Aragonesa Banco de Sangre y Tejidos es potestativa.

Ello no obstante, una adecuada garantía de los principios de objetividad y transparencia en la selección de la oferta económica más ventajosa, que el artículo 1 LCSP exige salvaguardar en toda la contratación del sector público,

aconseja el establecimiento, en los contratos sujetos a regulación armonizada, de un órgano de valoración que, con una composición preestablecida, se encargue de calificar la documentación presentada, valorar las ofertas, y elevar una propuesta de adjudicación al órgano de contratación, siendo aconsejable —como afirma la Instrucción 1/2008, de 5 de febrero, de la Abogacía del Estado, sobre contratación de las Fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado—, que su composición se inspire, en la medida de lo posible, y con las adaptaciones que resulten necesarias, en lo dispuesto en el artículo 295.3 LCSP.

La regulación y composición del órgano de valoración de las ofertas puede realizarse, bien en las instrucciones de la Entidad Pública Aragonesa Banco de Sangre y Tejidos, o bien en el pliego en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario.

III. Composición y régimen jurídico aplicable a las Mesas de contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Si la Entidad Pública Aragonesa Banco de Sangre y Tejidos decide, potestativamente, constituir una Mesa de contratación, debe entenderse que desea remitirse al régimen jurídico de este órgano de asistencia en la normativa de contratos del sector público, y a él deberá atenerse.

En cuanto a su composición, en el artículo 295 LCSP, se dispone que la Mesa de contratación tiene que estar constituida por un presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente y un secretario. Los miembros de la Mesa son nombrados por el órgano de contratación. El secretario debe ser designado entre el personal funcionario o, en su defecto, otro tipo de personal dependiente del órgano de contratación. Entre las personas vocales deben figurar, necesariamente, una persona funcionaria de entre quienes tengan

atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor o, a falta de éstos, una persona al servicio del órgano de contratación que tenga atribuidas las funciones de su asesoramiento jurídico, y otra que tenga atribuidas las relativas a su control económico-presupuestario.

El RLCSP, regula las Mesas de contratación con carácter de normativa no básica, de conformidad con la disposición final primera. En concreto, respecto a su composición, el artículo 21 prevé lo siguiente:

1. Las Mesas de contratación estarán compuestas por un Presidente, un Secretario y, al menos, cuatro vocales, todos ellos designados por el órgano de contratación.
2. 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.
3. El Secretario o Secretaria deberá ser una persona funcionaria que preste sus servicios en el órgano de contratación. Cuando no sea posible designar a una persona funcionaria, se hará la designación entre los de otro tipo de personal que dependan del órgano de contratación.

Asimismo, este precepto prevé que la designación de los miembros de la Mesa de contratación puede hacerse con carácter permanente, o de manera específica, para la adjudicación de cada contrato, y que a sus reuniones pueden incorporarse las personas funcionarias o asesores especializados que resulten necesarios, según la naturaleza de los asuntos a tratar, los cuales actuarán con voz pero sin voto.

La regulación de la composición de las Mesas de contratación que se encuentra, con carácter general, en el artículo 295 LCSP, es sustancialmente

igual a la que se encontraba en el artículo 81 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP), con la única excepción de la posibilidad que ahora prevé la LCSP y que no hacía el TRLCAP de que, a falta del funcionario que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y del interventor, y alternativamente a estas personas, sea vocal una persona al servicio del órgano de contratación que tenga atribuidas las funciones de su asesoramiento jurídico, y otra que tenga atribuidas las de su control económico-presupuestario.

En esta línea, el propio Tribunal Supremo ha manifestado que la configuración de la Mesa de contratación, como órgano de carácter técnico, resulta tanto de las funciones que se le encomiendan como de su composición, en tanto que la normativa de contratos establece la exigencia que entre los vocales figuren un funcionario que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor. Más específicamente, el Tribunal Supremo ha afirmado 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, en tanto que 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»* (Sentencia de 3 de noviembre de 2004).

Como recuerda el Informe 3/2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, 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. Aunque, en la Mesa de contratación, no tienen más funciones que las que establece la legislación contractual.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a las Mesas de contratación, además de la LCSP y el RLCSP —normativa estatal, de carácter no básico, de aplicación supletoria en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, a falta de regulación específica al respecto a nivel autonómico—, le es de aplicación, en cuanto órganos colegiados, el Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, en especial el capítulo V del Título II. Y, supletoriamente, lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), a tenor de lo previsto en la Disposición final octava de la LCSP.

No existe, sin embargo, en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma de Aragón, ninguna disposición específica destinada a la presencia de los interventores en las Mesas de contratación. Ni en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, ni en el Reglamento que desarrolla el control de la actividad económica y financiera de la Administración, de los organismos públicos y de las empresas de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 23/2003, de 28 de enero, del Gobierno de Aragón. Ni, finalmente, en la Orden de 18 de febrero de 2003, del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Gobierno de Aragón, de 28 de enero de 2003, por el que se determinan los expedientes a los que resulta de aplicación el régimen especial de intervención previa de requisitos esenciales, y se fijan los extremos que deberán controlar las intervenciones. Únicamente, en el artículo 40.2 e) del Decreto 93/2005, de 26 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se

establece la estructura orgánica del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo, se hace referencia a que las Intervenciones Delegadas en los Departamentos, representarán a la Intervención General en las Mesas de contratación de los mismos.

En consecuencia, la Entidad Pública Aragonesa Banco de Sangre y Tejidos, a falta del interventor, y alternativamente, puede designar una persona al servicio del órgano de contratación que tenga atribuidas las de su control económico-presupuestario.

IV. Sustitución y suplencia de los miembros de las Mesas de contratación.

Una de las cuestiones, a la que parece referirse el Director Gerente de la Entidad Pública Aragonesa Banco de Sangre y Tejidos, que ha venido suscitando problemas en el funcionamiento de las Mesas de contratación, es el concerniente a la delegación, la sustitución y la suplencia de sus miembros. Es una práctica, relativamente frecuente, que los miembros designados para una Mesa de contratación no puedan asistir y deleguen personalmente o nombren sustitutos de *facto*. Sin embargo, dicha delegación o sustitución quiebra el principio de competencia de quien, legalmente, debe designar a los miembros de la Mesa, es decir, el órgano de contratación, que es al que la norma le atribuye la competencia para su nombramiento.

De ahí que, en la Recomendación 3/2003, de 21 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, se entendiese que no es procedente en estos supuestos la utilización de la figura jurídica de la delegación. Si la persona designada como presidente de la Mesa de contratación, o miembro de la misma, no puede desempeñar el ejercicio de esa función, el órgano de contratación debe realizar una nueva designación. El órgano de contratación, si lo considera procedente, para evitar recurrir a nuevas designaciones de carácter incidental, puede nombrar suplentes, en previsión de que las funciones del presidente, o de los restantes miembros, no puedan ser ejercidas por los titulares designados.

Esta consideración trae causa de la aplicación supletoria de las normas de régimen jurídico de las Administraciones Públicas previsto en la LRJPAC, a tenor de lo previsto en la Disposición final octava LCSP. En este sentido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 17/2000, de 6 de julio, tiene manifestado que *«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»*.

Es decir, la ley exige que la designación la realice el órgano de contratación sobre miembros que cumplan los requisitos de la norma, pudiendo designarse los correspondientes titulares y suplentes, no siendo válida la constitución de la Mesa, en función de suplencias o delegaciones por parte de los que fueron nombrados, al margen de la voluntad del órgano de contratación.

Parece oportuno, no obstante, diferenciar entre *sustitución* y *suplencia*, con el fin de evitar la confusión entre ambos conceptos. Confusión que deriva de la propia dicción del artículo 24 LRJPAC, que se traslada al artículo 27.3 del texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón.

La sustitución comprende los cambios en los sujetos miembros del órgano colegiado a consecuencia de la pérdida de tal condición, en cambio, la suplencia hace referencia a la variación concreta y determinada para alguna sesión del miembro que es titular por otro sujeto distinto. Es decir, la suplencia es una sustitución coyuntural del miembro titular. Y, como señala la STSJ de Madrid de 25 de octubre de 1996 —en relación con un tribunal de selección de personal— resulta indiferente que las distintas sesiones de un órgano colegiado se celebren con la asistencia de los titulares o de los suplentes (en el mismo sentido la STSJ de Castilla León de 17 de octubre de 2008).

El dilema surge cuando no existe previsión específica en las normas que regulan el funcionamiento del órgano colegiado, en cuanto a la suplencia de sus miembros. De ahí la necesidad, por parte del órgano de contratación, de nombrar titulares y suplentes a la hora de determinar la composición de las Mesas de contratación.

III. CONCLUSIONES

I. La constitución de Mesas de contratación para la Entidad Pública Aragonesa Banco de Sangre y Tejidos, en cuanto poder adjudicador, no Administración Pública, es potestativa. Sin embargo, una adecuada garantía de los principios de objetividad y transparencia en la selección de la oferta económica más ventajosa, que el artículo 1 LCSP exige salvaguardar en toda la contratación del sector público, aconseja el establecimiento, en los contratos sujetos a regulación armonizada, de un órgano de valoración que se encargue de calificar la documentación presentada, valorar las ofertas, y elevar una propuesta de adjudicación al órgano de contratación, siendo aconsejable que su composición se inspire, en la medida de lo posible y con las adaptaciones que resulten necesarias, en lo dispuesto en el artículo 295.3 LCSP.

II. Si la Entidad Pública Aragonesa Banco de Sangre y Tejidos decide, potestativamente, constituir una Mesa de contratación, debe entenderse que desea remitirse al régimen jurídico de este órgano de asistencia en la normativa de contratos del sector público, y a él deberá atenerse. Entre los vocales deberán figurar quienes tengan atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico y al control económico-presupuestario del órgano.

III. La designación de los miembros de la Mesa de contratación tiene que llevarla a cabo el órgano de contratación sobre miembros que cumplan los requisitos de la norma, pudiendo designarse los correspondientes titulares y

suplentes, no siendo válida la constitución de la Mesa en función de suplencias o delegaciones por parte quienes fueron nombrados al margen de la voluntad del órgano de contratación.

IV. Se recomienda, a los órganos de contratación de la Entidad Pública Aragonesa Banco de Sangre y Tejidos, la designación, en todo caso, de titulares y suplentes en el nombramiento de los miembros de las Mesas de contratación.

Informe 5/2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 2 de febrero de 2011.