



INFORME 2/2018, DE 11 DE ABRIL, SOBRE COMPOSICIÓN DE LAS MESAS DE CONTRATACIÓN.

ANTECEDENTES

El Consejero Delegado de la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid ha dirigido consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los siguientes términos:

Con arreglo al artículo 326.5 de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Mesas de contratación:

“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”.

Dentro del Personal de la Agencia existen situaciones de personas que, siendo funcionarios de carrera de origen (de la Administración pública de la Comunidad de Madrid o de otras) están contratados laboralmente (como es el régimen general de contratación de Madrid Digital), en la modalidad de interino, previa su situación de excedencia voluntaria, en la Administración de origen, por interés particular.

En mérito de lo anterior, tiene el honor de consultar:

1. *Vistos los fines enunciados en la nueva Ley de Contratos del Sector público enunciados, entre otros, en el artículo 1 incluido el de integridad y, singularmente, el de profesionalización que se recoge, además en el artículo 334.2.b) de la misma, el concepto de “personal funcionario interino” incluiría a los empleados públicos laborales interinos?*

2. *¿El hecho de ser funcionario de carrera en la Administración Pública de origen, a pesar de la situación administrativa de excedencia voluntaria, permitiría formar parte de la mesa de contratación, llenando el requisito de “funcionario de carrera”, aunque su actual vinculación de empleo con la Agencia se formalice a través de una relación de empleo interina?*

3. *Respecto al personal de “Alta Dirección”, aunque su contrato no sea de duración determinada sino de duración indefinida, está sujeto a la libre revocación de su puesto en función de lo determinado en la legislación que regula este tipo de relaciones de carácter laboral especial ¿Si el contrato a través del cual se vincula a un empleado a Madrid Digital fuese bajo la modalidad de alta dirección, se cumplirían los requisitos para ser miembro de la mesa?*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1.- La consulta tiene como objeto concretar quienes pueden formar parte de la Mesa de contratación, conforme a la nueva regulación al respecto establecida en el artículo 326.5 de 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 y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

2.- Lo primero que procede dilucidar, antes de entrar a valorar la interpretación del artículo 326 de la nueva Ley, es su aplicación en el ámbito de la Comunidad de Madrid. La Ley de contratos se dicta al amparo del artículo 148.1, 18 de la Constitución española, donde atribuye de forma exclusiva al estado la competencia para la regulación básica en la contratación pública.

Ahora bien, como es sabido cuando el Estado dicta una norma básica, como es la Ley de contratos frente a la que nos encontramos, no todos sus artículos se consideran básicos y por tanto, no todos ellos tienen una aplicación directa en las Comunidades Autónomas y sólo tendrían una aplicación supletoria en caso de ausencia normativa por parte de la Comunidad.

Normalmente, los artículos que regulan cuestiones organizativas, no suelen tener la consideración de básicos. En este sentido, la regulación y organización de las mesas de contratación habitualmente no ha tenido el carácter de normativa básica y por tanto no era de aplicación directa en las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de su posible aplicación supletoria, pero nunca suponiendo un contenido vinculante y común para las Comunidades Autónomas.

Así, ya en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y su texto refundido posterior RDL 2/2000 de 16 de junio, se recogía en la disposición final primera que el artículo 82, el referido a las mesas de contratación, y cualquier disposición del texto normativo referido a las mismas no tenían el carácter de

legislación básica, y por tanto no se habían dictado al amparo de la competencia exclusiva del artículo 148,1.18 de la Constitución española.

Por su parte, en la Ley de contratos del sector público del año 2007 se recogía en la disposición final séptima que los artículos relativos a las mesas de contratación, es decir los artículos 295 a 298, tampoco tenían la consideración de legislación básica.

Esta característica de no considerar normativa básica la regulación de las mesas de contratación, se mantiene en la nueva ley de contratos del sector público, ya que se sigue considerando una cuestión organizativa de las Comunidades Autónomas.

Así en la nueva normativa la Disposición Final primera, dispone:

“Disposición final primera. Títulos competenciales.

1. El artículo 27 se dicta al amparo de la regla 6.ª del artículo 149.1 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre «legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas».

2. Los artículos que se indican a continuación se dictan al amparo de las competencias exclusivas que corresponden al Estado para dictar la legislación civil y mercantil en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.ª y 8.ª de la Constitución, artículo 271.1, artículo 272.1 y 2, artículo 273.1, artículo 274, artículo 275 y artículo 276.

3. El apartado 3 del artículo 347 constituye legislación básica y se dicta al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución en materia de «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas». Por su parte, los restantes artículos de la presente Ley constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas.

No obstante, no tendrán carácter básico los siguientes artículos o partes de los mismos: letra a) del apartado 1 del artículo 21; letra a) del apartado 1 del artículo 22; artículo 30; la letra c) del apartado 5 del artículo 32; artículo 45 y 46.1 a 46.3; artículo 69.3; artículo 71.1.f); artículo 76; artículo 83; artículo 95; artículo 104; artículo 105; párrafo segundo del apartado 1 del artículo 107; segundo párrafo del apartado 3 y apartado 5 del artículo 116; artículo 118.2; letras a) y c) del apartado 2 del artículo 119; letra b) del

artículo 120.1; apartado 1 del artículo 121; apartados 5, 6 y 7 del artículo 122; artículo 123 y 124; cuarto párrafo del apartado 4 del artículo 149; artículo 153; apartado 2 del artículo 154; artículo 191.2; artículo 192.2 y 3; artículo 193.2 a 5; artículo 194; apartados 2 y 5 del artículo 212; apartado 8 del artículo 215; artículo 228; apartados 1, 2, 5, el párrafo segundo del apartado 6, y apartados 7 y 8 del artículo 229; artículo 230; apartados 1.e) y 4 del artículo 232; artículo 234; artículo 235; artículo 236; artículo 237; artículo 238.2; artículo 240; apartado 1 del artículo 241; el apartado 4, salvo la previsión de la letra b) del primer párrafo y el segundo párrafo, y 5 del artículo 242; artículo 243; artículo 253; artículo 256; artículo 260; apartados 2 y 3 del artículo 263; artículo 266; apartado 5 del artículo 267; artículo 268; artículo 272.6; artículo 273.2; artículo 294.b; artículo 298; apartados 2 y 3 del artículo 300; artículo 302; artículo 303; artículo 304; artículo 305; apartados 2 y 3 del artículo 307; apartados 2 y 3 del artículo 313; apartados 3, 4, 5 y 6 del artículo 314; artículo 315; artículo 323; artículo 324; artículo 325; artículos 326 y 327; artículo 328, salvo el apartado 4; artículo 335.4; apartados 1, 2 y 7 del artículo 347; letra a) y segundo párrafo de la letra f) del apartado 1 de la disposición adicional primera; el párrafo tercero, apartado 1 de la disposición adicional cuarta; disposición adicional decimocuarta; disposición adicional décimo novena; disposición adicional vigésima; disposición adicional vigésimo cuarta; disposición adicional vigésimo novena; disposición adicional trigésima; disposición transitoria primera; disposición final séptima; y disposición final octava.

A los mismos efectos previstos en el párrafo anterior tendrán la consideración de mínimas las exigencias que para los contratos menores se establecen en el artículo 118.1 y tendrán la consideración de máximos los siguientes porcentajes, cuantías o plazos:

El porcentaje del 3 por 100 del artículo 106.2.

El porcentaje del 5 por 100 del artículo 107.1 y 2.

Las cuantías del artículo 131.4.

Los plazos de un mes establecidos en los apartados 2 y 4 del artículo 210.

4. Las previsiones de esta Ley serán de aplicación a las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo establecido en los apartados 1, 2 y 3 anteriores, sin perjuicio de las posiciones singulares que en materia de sistema institucional, y en lo que respecta a las competencias exclusivas y compartidas, en materia de función pública y de auto organización, en cada caso resulten de aplicación en virtud de lo dispuesto en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía.”

Por tanto vemos de nuevo que los artículos relativos a los órganos de asistencia, los previstos en el capítulo II, título I Libro TERCERO de la Ley, no tienen consideración de legislación básica y por tanto cada Comunidad Autónoma podrá tener su propia normativa en el ámbito de la organización de los órganos de asistencia que crea convenientes.

Es decir, la Constitución española no le otorga al Estado en el artículo 148 la competencia para regular en el ámbito de las Comunidades Autónomas la organización de los órganos de asistencia en la contratación pública, ya que los mismos no tienen la consideración de legislación básica y por tanto el artículo 326 no puede tener una aplicación directa en la Comunidad de Madrid.

Esta normativa no básica de las mesas de contratación sería aplicable a nuestra Comunidad Autónoma con carácter supletorio, en base al artículo 149,3 de nuestra Constitución, sólo para el caso de que las mesas de contratación no se encontrasen reguladas en nuestra normativa.

En al ámbito de la Comunidad de Madrid, existe una normativa específica en el ámbito de la contratación pública el Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Conforme a la exposición de motivos del Decreto citado, en el marco de la legislación básica del Estado, corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución en materia de contratos administrativos, conforme establece la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en la redacción dada al artículo 27.2 por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, de reforma de la anterior.

Es decir que la Comunidad de Madrid, podrá desarrollar vía reglamentaria la legislación básica del estado en materia de contratos y regular aquellos aspectos de la contratación que no tengan la consideración de básicos.

Así las cosas, observamos que nuestro Reglamento de contratación regula específicamente las mesas de contratación y lo hace en su artículo 18 que reza:

“Artículo 18. Mesa de contratación.

1. Los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos, Entidades de Derecho Público y demás Entes públicos señalados

en el artículo 1.2 de este Reglamento, estarán asistidos por una Mesa de contratación constituida por un Presidente, un mínimo de cuatro vocales y un secretario designados por el órgano de contratación, el último entre funcionarios del mismo o, en su defecto, entre el personal a su servicio. Entre los vocales deberá figurar necesariamente un Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid y un Interventor. Tratándose de Entidades de Derecho público, podrá ejercer la función de Letrado un funcionario habilitado por el Consejero de Presidencia a propuesta del Director General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, en los términos previstos en la Ley de Ordenación de los Servicios Jurídicos.

2. La designación de los miembros de la Mesa de contratación podrá hacerse con carácter permanente o de manera específica para la adjudicación de uno o más contratos. Si es permanente o se le atribuyen funciones para una pluralidad de contratos, su composición deberá publicarse en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las Juntas de Contratación que en su caso se constituyan ni a la Junta Central de Compras.”

Por tanto vemos que en la Comunidad de Madrid existe una normativa específica sobre las mesas de contratación que es la que se debe aplicar en nuestro ámbito autonómico.

El propio artículo 2 del Reglamento de contratación establece que “Los contratos públicos que celebre la Comunidad de Madrid se regirán por la legislación básica del Estado en materia de contratos de las Administraciones Públicas, las leyes aprobadas por la Asamblea de Madrid y por las disposiciones de este Reglamento y sus normas complementarias. Supletoriamente se aplicarán las normas estatales sobre contratos públicos que no tengan carácter básico, las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las de derecho privado.”

Es decir, que los artículos no básicos de la normativa contractual del estado se aplicarían directamente en la Comunidad de Madrid pero sólo en aquellos casos en los que la materia específica no estuviera recogido en normativa propia, en el propio Reglamento, circunstancia esta que no se da puesto que el artículo 18 del citado texto normativo recoge específicamente la regulación de las mesas de contratación.

Según una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional de ningún modo permite transformar la supletoriedad del artículo 149.3 de nuestra Constitución en una cláusula universal de atribución competencial. De entenderse así, el Estado no sólo sería titular de

las competencias que le corresponden de modo directo o residual, sino que también poseería, una competencia general sobre cualquier materia, haya sido o no atribuida a las Comunidades Autónomas por sus respectivos Estatutos.

Por otro lado, no podemos dejar de señalar que pudiera resultar extraño la aplicación de una normativa de la Comunidad de Madrid que como dice su exposición de motivos desarrolla la Ley de contratos del Estado de 1995 y su texto refundido del año 2000.

Ahora bien, sin perjuicio de la conveniencia de actualizar el Reglamento de contratación de la Comunidad de Madrid a la nueva normativa de contratación estatal, este hecho no supone una derogación de la regulación de aquellos aspectos de la contratación que no tengan el carácter de básico y por tanto puedan ser regulados por la Comunidad de Madrid, aplicando la legislación estatal sólo para el caso en que no exista una normativa específica.

Además no existe en nuestro ordenamiento jurídico una reserva de ley en el ámbito de las mesas de contratación, es decir nada impide que su regulación se haga en un ámbito reglamentario.

Conforme a lo dicho hasta ahora, entendemos que las mesas de contratación de la Comunidad de Madrid se encuentran reguladas en el Reglamento de Contratación, concretamente en su artículo 18, y que el artículo 326 de la nueva Ley de contratos no tendría aplicación en la Comunidad de Madrid, ya que aplicarlo de forma supletoria, teniendo una normativa específica, sería atribuir al Estado competencias que exceden del artículo 149.1, 18 de nuestra Constitución.

Falta por último analizar el nuevo procedimiento abierto simplificado y su incidencia en las mesas de contratación que celebre la Comunidad de Madrid y sus organismos dependientes.

La ley configura este procedimiento con vocación de que se convierta en un procedimiento muy ágil, de duración breve, y sus trámites se vean simplificados al máximo, esto es, de tramitación sencilla.

Para lograr dicha simplificación el artículo 326.6 permite que la mesa de contratación se constituya válidamente sin la asistencia de los llamados vocales técnicos.

Esta novedad chocaría con lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento de Contratación de la Comunidad de Madrid ya citado, que exige, para la constitución válida de las mesas de contratación, la asistencia de un mínimo de cuatro vocales, además del Presidente y Secretario.

La referencia a la apertura de los sobres en el procedimiento abierto simplificado está recogida en el artículo 159 punto 4, letra d), que establece que se hará por la mesa de contratación prevista en el punto 6 del artículo 326.

Este artículo 159, que tiene carácter básico, determina una mesa especial para la adjudicación de los contratos a adjudicar por este procedimiento, cumpliendo con el objetivo de lograr un procedimiento ágil y con trámites simplificados al máximo.

A la vista de este nuevo procedimiento, que es básico, y que simplifica la composición de las mesas de contratación, la Comunidad de Madrid y los organismos de ella dependientes, podrán, en los contratos a adjudicar por procedimiento abierto simplificado, constituir válidamente las mesas con la asistencia del Presidente, el Secretario y los funcionarios que tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico o las funciones de control económico-presupuestario.

3.- Una vez llegada a esta conclusión, es necesario analizar qué ocurre con la Agencia informática de la Comunidad de Madrid.

La sociedad mercantil de capital público ICM Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, S.A. (ICM), se convirtió en organismo autónomo de carácter administrativo el 1 de enero de 1997, en virtud de lo establecido en el artículo 57 de la Ley 14/1996, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 1997.

Posteriormente, la Ley 7/2005 de medidas fiscales de la Comunidad de Madrid, con el objeto de darle mayor flexibilidad, convirtió al Organismo autónomo en un ente público de los previstos en el artículo 6 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, con personalidad jurídica propia, plena capacidad jurídica y de obrar y autonomía de gestión.

Finalmente la Ley 9/2015, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, sin modificar su régimen jurídico, cambia la denominación del ente que pasa a denominarse Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid.

En materia de contratación administrativa, hasta ahora la Agencia Informática se había considerado como poder adjudicador no administración pública, sobre la base del artículo 3 de la Ley de contratos del año 2007.

Este hecho, al no considerarse Administración Pública a efectos de contratación, hacía que sus contratos fueran privados, tuvieran normas internas de contratación y, por lo que aquí interesa, no se aplicase el Reglamento de contratación de la Comunidad de Madrid ya que su artículo 1.2 establece que sus disposiciones serán de aplicación a la Administración de la Comunidad de Madrid, a sus Organismos Autónomos, a las Entidades de Derecho público y demás Entes públicos de la Comunidad que deban someterse en su actividad contractual a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

A las Empresas públicas con forma de sociedad mercantil, Entidades de Derecho público y demás Entes públicos de la Comunidad de Madrid no comprendidos en el ámbito previsto en el apartado anterior se les aplicarán exclusivamente los preceptos de este Reglamento que se refieran específicamente a los mismos.

Con la nueva ley de contratos, esta circunstancia de considerar a la Agencia como poder adjudicador no administración pública, no se puede mantener. Conforme al nuevo artículo 3 de la Ley de contratos, la Agencia informática ha de considerarse Administración pública, ya que está vinculado a la Comunidad de Madrid y en modo alguno se puede considerar que financie su actividad vía mercado, sino que se financia a través de los presupuestos de la Comunidad de Madrid.

Por tanto, tras la entrada en vigor de la Ley de contratos, la Agencia informática ha de considerarse a efectos de la contratación pública, como Administración pública y sus contratos tendrán el carácter de administrativo y se regularán en su totalidad por la Ley de contratos del sector público.

Y esta consideración la hacemos en este informe porque este hecho determina que automáticamente se le aplique a la Agencia Informática las disposiciones del Reglamento de Contratación de la Comunidad de Madrid, y por tanto se le aplicará la disposición relativa a las mesas de contratación.

4.- Visto lo anterior, consideramos que las mesas de contratación de la Agencia Informática han de sujetarse a lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento de Contratación.

La Mesa de contratación estará constituida por un Presidente, un mínimo de cuatro vocales y un secretario designados por el órgano de contratación, el último entre funcionarios del mismo o, en su defecto, entre el personal a su servicio.

Entre los vocales deberá figurar necesariamente un Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid y un Interventor. Tratándose de Entidades de Derecho público, podrá ejercer la función de Letrado un funcionario habilitado por el Consejero de Presidencia a propuesta del Director General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, en los términos previstos en la Ley de Ordenación de los Servicios Jurídicos.

La designación de los miembros de la Mesa de contratación podrá hacerse con carácter permanente o de manera específica para la adjudicación de uno o más contratos. Si es permanente o se le atribuyen funciones para una pluralidad de contratos, su composición deberá publicarse en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

Vistas las dudas que se suscitaban, el artículo 18 del Reglamento no impide que los laborales interinos de la Agencia puedan formar parte de las mesas de contratación como vocales, incluso como secretarios de las mesas, siempre que en este último caso no existiera un funcionario que pudiera realizar esta función.

Por todo lo anteriormente expuesto,

CONCLUSIONES

- 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 148.1,18 de nuestra Constitución.
- 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.
- 3.- La Agencia Informática ha de considerarse Administración pública, conforme al artículo 3 de la Ley de contratos y, conforme al artículo 2 del Reglamento de contratación le será aplicable las disposiciones de su articulado.

4.- Las mesas de contratación de la Agencia habrán de sujetarse al artículo 18 del Reglamento de Contratación de la Comunidad de Madrid y por tanto habrán de estar constituidas por un Presidente, un mínimo de cuatro vocales y un secretario designados por el órgano de contratación, el último entre funcionarios del mismo o, en su defecto, entre el personal a su servicio. Entre los vocales deberá figurar necesariamente un Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid y un Interventor. Si bien, podrá ejercer la función de Letrado un funcionario habilitado por el Consejero de Presidencia a propuesta del Director General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, en los términos previstos en la Ley de Ordenación de los Servicios Jurídicos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 159 punto 4 letra d) de la Ley y su artículo 326.6 para las mesas de contratación que se constituyan para adjudicar el procedimiento abierto simplificado.

5.- El personal laboral interino de la Agencia podrá formar parte de las mesas de contratación.