

INFORME 4/2021**MESAS DE CONTRATACIÓN, ESPECIAL REFERENCIA AL CONFLICTO DE INTERESES**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.3 del Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, de fecha 23 de diciembre de 2016 (Boletín Ayuntamiento de Madrid de 13 de enero de 2017) corresponde a la Oficina el ejercicio de funciones de inspección, comprobación y prevención en el ámbito definido en su artículo 1, siendo una de ellas "asesorar, informar, formular propuestas y recomendaciones en las materias de su competencia a los distintos órganos municipales".

Conforme a dichas competencias se elabora el siguiente informe:

En los últimos meses han sido presentadas en el Registro de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción algunas denuncias relacionadas con actuaciones de mesas de contratación vinculadas a contratos municipales, las cuales aconsejan una reflexión sobre ciertos aspectos de estas.

Las mesas de contratación son un elemento sustancial del procedimiento contractual, en aquellos casos en que su existencia es obligatoria porque así lo establece la ley. Su independencia y objetividad aportan garantías al desarrollo del procedimiento.

1.- Definición, naturaleza y régimen jurídico de las mesas de contratación

El artículo 326.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) define a las mesas como "órgano de asistencia técnica especializada", asignándole las funciones y composición que dicha ley, y su desarrollo reglamentario, puedan atribuirle.

Se trata de órganos colegiados, que puede tener un carácter específico para cada contrato o permanente, posibilidad esta última recogida en el apartado 7 de la disposición adicional 2ª LCSP, así como en el 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 (RDLCSP).

Su existencia obligatoria, o potestativa, lo será en aquellos casos que prevé el párrafo 1 del precepto:

"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."



No obstante, cabe recordar el carácter no básico de este artículo, en el sentido de que las Comunidades Autónomas pueden regular otro órgano de asistencia, su composición y funciones.

En cuanto al régimen jurídico, junto con lo dispuesto en la LCSP, le será de aplicación lo establecido en 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, vigente en todo aquello que no se oponga a la actual LCSP. Asimismo, al tratarse de un órgano colegiado habría que estar al contenido de los artículos 15 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

En lo que atañe a la composición de las mesas de contratación de las entidades locales, su peculiaridad respecto a otras administraciones queda determinada por la disposición adicional segunda apartado 7 la ley LCSP:

"7. 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." Añadiendo que "en ningún caso podrá formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas, 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."

Respecto a las funciones de la mesa, quedan establecidas en el artículo 326.2 LCSP y artículo 22 RDLCS. Funciones que denotan el carácter esencial de esta figura en el proceso de contratación pública. Más adelante se hará mención de ellas.

En el caso del Ayuntamiento de Madrid, la composición de las mesas y la designación de sus miembros, con carácter permanente para garantizar su uniformidad, así como su profesionalidad e independencia, está recogida en el Acuerdo de 23 de marzo de 2018 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid por el que se designa el personal que integra las mesas de contratación. Hay que mencionar que con las circunstancias excepcionales derivados de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se efectuó Comunicación, por el Director General de Contratación y Servicios en fecha 6 de mayo de 2020, sobre la celebración a distancia de las mesas de contratación en dicha situación.

Toda la regulación legal citada se completa con la necesaria y obligatoria transparencia de la composición de la mesa, la designación de sus miembros, así como de actas, y demás actos de obligatoria publicación, en el perfil del contratante. Transparencia exigida por la normativa contractual, así como por la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Con ello se da información a los ciudadanos de cómo se gestiona la contratación pública, contribuyendo a un control de esta; permite verificar que se han cumplido los procedimientos de contratación legalmente establecidos, la igualdad de trato y la adecuada concurrencia, limitando la discrecionalidad. Como señala la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 "la trazabilidad y transparencia de la toma de decisiones en los procedimientos de



contratación es fundamental para garantizar unos procedimientos adecuados, incluida la lucha eficaz contra la corrupción y el fraude.”

Este principio de transparencia está íntimamente unido al principio de igualdad de trato, mediante el que se asegura que todos los licitadores tienen las mismas oportunidades, dado que contribuye a garantizar el mismo.

La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON), en su informe anual de supervisión de la contratación pública de España, de diciembre 2020, indica que: *“se debe insistir en la recomendación de habilitar los mecanismos necesarios para supervisar que se publica la composición de las Mesas de Contratación y órganos de asistencia y que esta información fuese accesible, en formato abierto y reutilizable. Debe tenerse en cuenta que la publicidad de esta información responde al principio de transparencia e integridad en la contratación pública, reduciendo los riesgos y posibles conflictos de interés existentes”.*

En el caso del Ayuntamiento de Madrid, los perfiles de contratante de sus órganos de contratación se publicitan en la Plataforma de Contratación del Sector Público del Estado, donde se puede encontrar información sobre los contratos programados, en licitación y formalizados, con todos los actos producidos en el procedimiento y todas las actas de las mesas de contratación.

El cumplimiento formal de las obligaciones en materia de transparencia permite a los licitadores, y a los ciudadanos en general, conocer aspectos del desarrollo del proceso contractual, respecto de los cuales pueden plantear dudas u objeciones.

En este sentido, tal y como se ha indicado al principio del presente informe, han sido varias las denuncias que han centrado sus inquietudes en la posible existencia de conflictos de intereses en la actuación de algunas mesas de contratación. Sin perjuicio de la resolución concreta de dichos expedientes, pueden visualizarse posibles áreas de riesgo en este aspecto; así como, en su caso, fomentar el estudio de medidas de mejora y prevención.

2.- Definición y regulación del conflicto de intereses en la contratación pública.

Avanzar en la prevención de los conflictos de intereses es dirigirse hacia una contratación pública más eficiente, igualitaria y más beneficiosa para los intereses públicos.

Con carácter general, la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) elaboró una Guía práctica para los responsables de la gestión relativa a la detección de conflictos de intereses en los procedimientos de contratación pública en el marco de las acciones estructurales. Dicha Guía fue refrendada por el grupo de prevención del fraude del Comité Consultivo para la Coordinación de la lucha contra el fraude el 12 de noviembre de 2013. Si bien no era vinculante jurídicamente para los estados miembros, si proporcionaba un enfoque común sobre la gestión de los conflictos de intereses, sin perjuicio de la legislación nacional. En el documento se señalaba que *“las autoridades de gestión deberán reaccionar rápidamente y llevar a cabo las verificaciones pertinentes si descubren anomalías. Esto no implica que exista un conflicto de intereses, sino solo que la situación debe ser clarificada y que se deben adoptar las medidas adecuadas”.* Añadía, asimismo, la sugerencia de que voluntariamente cualquier persona implicada en una fase u otra de los



procedimientos de contratación pública (preparación, elaboración, aplicación y conclusión) firmara al comienzo del procedimiento una declaración de ausencia de conflicto de intereses. Asimismo, incorporaba la idea de un "código ético" sobre el comportamiento del personal implicado en el procedimiento de contratación.

La finalidad de la declaración de ausencia de conflictos de intereses era: concienciar sobre el riesgo de dichos conflictos, proteger a los empleados de acusaciones de no revelación de un conflicto de intereses y proteger el procedimiento de la contratación pública.

La formación del personal en esta materia, según se indica en la Guía, mantendría y aumentaría la sensibilización y haría tomar conciencia en todo momento sobre posibles situaciones de conflictos de intereses.

Resulta clarificador, también, la alusión que la Guía hacía al uso de la información procedente de denunciantes y medios de comunicación. Sus aportaciones respecto a la posible existencia de relaciones personales entre los diferentes agentes sociales implicados en el procedimiento de contratación pública podrían *"facilitar información coherente sobre situaciones que podrían afectar al proceso de toma de decisiones de los órganos de contratación"*. Respecto de esta información, debía entenderse que no es una prueba por sí misma, correspondiendo a las autoridades utilizar los medios a su alcance para verificar si es correcta, así como su incidencia en el procedimiento.

La LCSP, en su preámbulo, hace referencia *"a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses, mediante la cual se impone a los órganos de contratación la obligación de 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"*.

Así viene recogido en su artículo 64:

"Artículo 64. Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses.

1. 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.

2. 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"

Puede observarse que esta definición incluye a los conflictos de interés reales, así como a los aparentes.



Es una obligación de los órganos de contratación adoptar medidas para prevenir, localizar y resolver de manera eficiente los conflictos de intereses que pudieran producirse.

3.-Especial referencia a los conflictos de intereses en las mesas de contratación

Los conflictos de intereses en la contratación pública pueden producirse respecto de los diferentes intervinientes en el procedimiento y, por tanto, también en relación con los componentes de las mesas de contratación.

Las funciones que le corresponden a la mesa de contratación hacen de esta un elemento de gran importancia en el proceso, y es conveniente extremar las cautelas y garantías de que la actuación de sus componentes es reflejo de un estricto cumplimiento de sus obligaciones.

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 326 LCSP:

"La mesa de contratación, como órgano de asistencia técnica especializada, ejercerá las siguientes funciones, entre otras que se le atribuyan en esta Ley y en su desarrollo reglamentario:

a) La calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación.

b) La valoración de las proposiciones de los licitadores.

c) En su caso, la propuesta sobre la calificación de una oferta como anormalmente baja, previa tramitación del procedimiento a que se refiere el artículo 149 de la presente Ley.

d) La propuesta al órgano de contratación de adjudicación del contrato a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, según proceda de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares que rija la licitación.

e) En el procedimiento restringido, en el diálogo competitivo, en el de licitación con negociación y en el de asociación para la innovación, la selección de los candidatos cuando así se delegue por el órgano de contratación, haciéndolo constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares."

Además de estas funciones, la LCSP le atribuye, entre otras la apreciación de posibles indicios de colusión entre empresas (artículo 69 y 150. 1). Y destacar la previsión del artículo 146.2.b), al asignarle la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de juicios de valor, cuando no se constituya comité de expertos; y en todo caso, los evaluables mediante la utilización de fórmulas. Puede solicitar los informes técnicos que estime pertinentes.

Para llevar a cabo estas funciones es determinante la composición de la mesa - establecida en el citado artículo 326, en el caso de las entidades locales habrá de estar a lo dispuesto en el apartado séptimo de la disposición adicional segunda de la LCSP- así como su publicación en el perfil del contratante.



La composición multidisciplinar prevista por el Acuerdo la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid por el que se designa el personal que integra las mesas de contratación, determina que hay profesionales técnicamente capacitados en diferentes especialidades: jurídica, económica-financiera y con perfil técnico.

La cualificación técnica de los componentes de la mesa es un factor que puede condicionar el ejercicio de sus funciones, en especial cuando de valorar las ofertas se trata. En la práctica en numerosas ocasiones, las ofertas son valoradas por personal técnico ajeno a la mesa, que elabora el informe, el cual es recibido y aceptado por los miembros de la mesa, algo previsto en la ley. Si bien algunos contratos son complejos y requieren una cualificación técnica excepcional, pudiendo en dichos supuestos solicitar asesoramiento a expertos externos, este deberá estar recogido en los pliegos y autorizado por el órgano de contratación.

En todo caso el asesoramiento ajeno a la mesa no puede implicar que ésta haga dejación de sus funciones, aceptando el informe sin otro pronunciamiento. Debe efectivamente valorar las ofertas, recogiendo las razones o argumentos concretos que fundamentan su propuesta. A este respecto, cabe citar la sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2016 (casación 1877/2016), cuando señala que la función de valorar las ofertas que le corresponde a la mesa de contratación le es propia e indelegable, y cuya finalidad es que quede salvaguardada y justificada la objetividad e imparcialidad que deben presidir las adjudicaciones. Y en la misma línea la Sentencia de 18 de julio de 2012 (casación 5128/2008) en la que se establece: *"el recurso a un asesoramiento externo es posible, pero ello no supone asumir sin más la valoración hecha por esa empresa externa. Dando por buena su valoración, incumpliendo la Mesa de Contratación de forma flagrante su función de valorar las ofertas que es propia e indelegable. Nótese que la discrecionalidad técnica es la consecuencia de la decisión adoptada por un órgano compuesto por personas que, por formar parte de la Administración y gozar de determinados conocimientos técnicos en la materia de que se trate, reúnen sobre todo la garantía de objetividad e imparcialidad, que no es propia de una entidad privada. Esa garantía se ve reforzada por la posibilidad de cualquier interesado de recusar a los miembros del órgano técnico en caso de apreciar dudas sobre su objetividad e imparcialidad. "*

La característica de cualificación técnica de los componentes de la mesa, que asegura la objetividad e imparcialidad de los órganos técnicos de la administración, debe acompañarse de la garantía de ausencia de algún tipo de conflicto de intereses en sus miembros. Esta garantía queda reforzada en la medida de que esos miembros pudieran ser recusados.

Es precisamente la cualificación técnica la que avala la discrecionalidad técnica de la actuación de la mesa, cuyos miembros deben actuar con objetividad e integridad. No obstante, discrecionalidad técnica no es arbitrariedad, sino que es el criterio técnico especializado el que servirá de base para fundamentar la propuesta, sin que otros intereses ajenos a los establecido en pliegos puedan tener cabida. Por supuesto la discrecionalidad técnica, en todo caso, no es ilimitada. Podemos citar la sentencia de la sala de lo contenciosos del Tribunal Supremo de fecha 10 de mayo de 2017 (casación 1818/2017): *"la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta obre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados. Por*



lo demás, la jurisprudencia insiste en que la discrecionalidad, incluida la discrecionalidad técnica, no equivale a arbitrariedad y en que pueden ser perfectamente cuestionadas las decisiones que la invoquen como todas las que supongan el ejercicio de cualquier potestad discrecional. "

La redacción de los pliegos de condiciones debe realizarse con precisión y claridad, de manera que se conozca con la mayor exactitud posible qué se va a valorar y cómo se puntuará, y debe evitarse que la mesa haga interpretaciones incorporando subcriterios no previstos expresamente en los pliegos.

La Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de fecha 21 de julio de 2017 (Acuerdo 82/2017), sobre la actuación de una mesa de contratación, señala que ésta debe formular la propuesta de adjudicación de forma motivada, de conformidad a valoración de los distintos criterios de adjudicación, y debe documentarse cómo, por quién y cuándo se realiza la valoración técnica del criterio, pues sin estas explicaciones no existe presunción de acierto sobre la valoración técnica y podría entenderse arbitraria la actuación. Añade, *"la actividad discrecional de la Administración no ha de ser caprichosa, no arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder"*.

En todo caso, la discrecionalidad técnica no debe servir para ocultar los posibles conflictos de intereses.

La prevención en este último aspecto es favorecedora de una efectiva objetividad e independencia de la contratación. Es por ello la importancia de adoptar medidas preventivas, tales como:

a) Una formación específica y continua en materia de comportamientos éticos del personal que interviene en las mesas de contratación. Por supuesto, la profesionalización y formación en materia de contratación, con carácter general, es imprescindible. El más arriba referido informe de OIRESCON, alude al *"diseño de auténticos itinerarios de especialización en una materia tan compleja como la contratación pública Este itinerario permitiría que los profesionales en los órganos de contratación contasen de forma periódica con formación actualizada y adquirieran una mayor especialización"*.

b) Favorecer, si ello fuera posible, la alternancia de miembros, de manera que intervinieran distinto personal en los diversos procesos de licitación.

c) Por otra parte, la posibilidad de suscribir declaraciones de ausencia de conflictos de intereses, por parte de los miembros de la mesa, sería quizá un aspecto preventivo a valorar. Declaración que también correspondería a todas las personas que participan en el expediente de contratación, así como a quienes deban realizar informes técnicos a petición de la mesa.

Hay administraciones públicas que han introducido medidas en esta dirección en nuestro país. Así, el artículo 23 la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de Medidas en Materia de Contratos del Sector Público de Aragón, modificada por la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas del Gobierno de Aragón, establece que en el expediente de contratación se dejará constancia de la manifestación de que no concurre ningún conflicto de interés que pueda comprometer su imparcialidad e independencia durante el procedimiento, así como de que se comprometen a poner en conocimiento del órgano de contratación, de forma inmediata, cualquier potencial conflicto de intereses que pudiera producirse durante el desarrollo del procedimiento de adjudicación o en la fase de ejecución.



El Código de Buenas Prácticas en materia de Contratación Pública de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), de 2020, también pone de manifiesto la inquietud por asegurar la ausencia del conflicto de intereses, reflejando la posibilidad de la declaración relativa a ellos. Se señala que algún municipio, como el de Vigo, ha implantado la declaración.

No obstante, y si a pesar de la prevención se detectaran situaciones que pudieran poner de manifiesto la existencia del conflicto de intereses, es importante la actuación inmediata, sin dilaciones, para gestionarlo y operando, en su caso, el deber de abstención.

El deber de abstención y la posibilidad de recusación están regulados en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículos 23 y 24. La no abstención en los casos en que concurra alguna de esas circunstancias dará lugar a la responsabilidad que proceda (art. 23.5).

4.- Conclusiones

1ª. La trascendencia del correcto funcionamiento de la mesa de contratación en el proceso contractual.

2ª.- La necesidad de una formación especializada, que incluya comportamientos éticos, del personal que interviene en las mesas de contratación.

3ª.- Favorecer, si ello fuera posible, la alternancia de miembros, de manera que intervinieran distinto personal en los diversos procesos de licitación.

4ª.- La posibilidad de suscribir declaraciones de ausencia de conflictos de intereses por parte de los miembros de la mesa de contratación. Declaraciones que podrían extenderse a todas las personas que participan en el expediente de contratación, así como a quienes deban realizar informes técnicos a petición de la mesa.

5ª.- La conveniencia de que los pliegos de condiciones estén redactados de manera precisa y clara, evitando que la mesa de contratación deba adoptar interpretaciones no previstas en los mismos.

6ª.- Recordar que es una obligación de los órganos de contratación adoptar medidas para prevenir, localizar y resolver de manera eficiente los conflictos de intereses que pudieran producirse.



Información de Firmantes del Documento

