

Informe 26/2018, de 15 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Posibilidad de celebración a distancia de las mesas de contratación.

I. ANTECEDENTES

La Interventora General de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón se dirige, con fecha 16 de octubre de 2018, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor:

«En uso de las facultades que son conferidas al Interventor General de la Administración de la Comunidad Autónoma en el artículo 6 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, le traslado la siguiente consulta:

Esta Intervención General presenta dudas sobre las convocatorias y celebración de las reuniones de mesas de contratación en la modalidad “a distancia”. Dicha posibilidad se encuentra recogida en el artículo 17 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, relativo, con carácter general, a las convocatorias y sesiones de los órganos colegiados. El apartado 1 de dicho artículo establece:

1. Todos los órganos colegiados se podrán constituir, convocar, celebrar sus sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de forma presencial como a distancia, salvo que su reglamento interno recoja expresa y excepcionalmente lo contrario.

En las sesiones que celebren los órganos colegiados a distancia, sus miembros podrán encontrarse en distintos lugares siempre y cuando se asegure por medios electrónicos, considerándose también tales los telefónicos, y audiovisuales, la identidad de los miembros o personas que los suplan, el contenido de sus manifestaciones, el momento en que éstas se producen, así como la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y

la disponibilidad de los medios durante la sesión. Entre otros, se considerarán incluidos entre los medios electrónicos válidos, el correo electrónico, las audioconferencias y las videoconferencias.

En aplicación de este precepto, ya ha ocurrido que algún órgano de contratación ha efectuado convocatorias de mesas de contratación a distancia, con posibilidad de asistencia a través de videoconferencia, correo electrónico o teléfono, tanto en el caso de sesiones públicas como para las que no tienen tal carácter. Y el problema se plantea, sobre todo en el caso de las sesiones públicas o en las que tienen por objeto comprobar documentación administrativa, cuando la asistencia se realiza por teléfono o por correo electrónico, ya que, tal y como se está realizando en la actualidad, sin ninguna regulación que fije el procedimiento para llevar a cabo la presencia a distancia, la disponibilidad de los miembros de la mesa no es inmediata, lo que produce dificultades en la toma de decisiones, e incluso, en la comprobación de documentación.

Al no existir ningún reglamento aplicable a dichas convocatorias, ni instrucciones que regulen la celebración de mesas de contratación a distancia en el caso de expedientes no electrónicos, y siendo esta cuestión de interés para todos los órganos de contratación que se plantean la celebración de mesas de contratación a distancia, se efectúa consulta acerca de las siguientes cuestiones:

- a) ¿Es acertada la directa aplicación del artículo 17 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al funcionamiento de las mesas de contratación previstas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público?
- b) En caso de entender aplicable dicho precepto, ¿de qué manera ha de darse cumplimiento? ¿Cualquier mesa puede ser celebrada a través de medios electrónicos o es preciso limitar algunos supuestos concretos que requieran de manera obligatoria la presencia de sus miembros? A falta de normativa reglamentaria expresa, es importante la opinión que pueda ofrecer ese órgano consultivo en aras a una actuación uniforme por parte de todos los órganos de contratación.

Expuestas las cuestiones anteriores, solicito un informe al respecto».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 15 de noviembre de 2018, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y legitimación para solicitarle informe.

La Interventora General de la Comunidad Autónoma de Aragón es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón.

En cuanto a la competencia de la Junta respecto al informe solicitado, el citado Reglamento, en su artículo 3.2, dispone que corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón *«informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa»*. La consulta formulada, tanto por la materia a que se refiere, como por su interés general, cumple plenamente los requisitos establecidos en el citado precepto.

II. Normativa básica aplicable.

La inquietud expresada por la Intervención General en su consulta está plenamente justificada, dada la relevancia jurídica que tiene la observancia de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, cuya inobservancia acarrea la máxima sanción prevista en nuestro ordenamiento, la nulidad de pleno derecho, para el acto resultante, de acuerdo con el art. 47.1, e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPC).

Las mesas de contratación son inequívocamente órganos administrativos colegiados que se rigen en primer lugar por lo dispuesto en la legislación de

contratación pública, es decir, por lo dispuesto en la legislación de la Comunidad Autónoma de Aragón –actualmente, por el art. 8 de la todavía en vigor Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón- y, en este caso supletoriamente, por lo dispuesto en el art. 326 y concordantes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

No obstante, en lo no expresamente previsto en la LCSP será de aplicación el régimen general de los órganos colegiados, establecido en los artículos 15 a 18 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP). Ciertamente, la aplicación de la LRJSP como norma supletoria se menciona expresamente respecto a otros órganos administrativos contemplados en la LCSP, como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (art. 45.2), la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (art. 328.2) o la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (art. 332.1), pero no respecto a las mesas de contratación. Sin embargo, de ello no puede deducirse la inaplicabilidad a las mesas de contratación de normas de funcionamiento de los órganos colegiados que tienen carácter básico de acuerdo con la disposición final decimocuarta de la LRJSP.

III. Interpretación y alcance de las reglas del artículo 17 LRJSP.

En el art. 17.1 LRJSP, transcrito en la consulta formulada, se especifica –con carácter básico- que “todos” los órganos colegiados se podrán “constituir, convocar, celebrar sus sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas” –es decir, todos los aspectos de su funcionamiento ordinario- tanto de forma presencial como “a distancia”, con una sola excepción: “salvo que su reglamento interno recoja *expresa y excepcionalmente* lo contrario”. La referencia al reglamento interno es seguramente susceptible de una interpretación teleológica, debiendo entenderse que las normas especiales aplicables a determinados tipos de órganos colegiados –como podría haber sido el caso de las mesas de contratación-, podrán establecer una norma diversa que, en todo caso, deberá

ser no sólo expresa, sino excepcional, por lo que no podrá establecerse una prohibición genérica del funcionamiento “a distancia”, sino que deberá hacerse en atención a circunstancias concretas.

Por supuesto, el funcionamiento a distancia tiene sus reglas específicas: como se señala en el propio art. 17.1: deberá verificarse la “identidad” de los participantes, el “contenido” y “momento” de producirse sus manifestaciones, además de asegurarse “la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión”. No obstante, para ello el legislador prevé la posibilidad de utilizar una pluralidad de medios: medios electrónicos, telefónicos o audiovisuales. Es más, el legislador ha admitido expresamente la posibilidad de utilizar, junto con otros medios electrónicos válidos, el “correo electrónico”. Es decir, que el intercambio de opiniones y la expresión de la voluntad de los miembros puede hacerse incluso de una forma no estrictamente sincrónica, sino por escrito a través de correo electrónico, lo que puede hacer más lento el desarrollo de la sesión, pero tendrá la ventaja de la posibilidad de una mayor reflexión y un mayor cuidado en la expresión de las posiciones. No obstante, parece claro que con la finalidad de cumplir reglas como las relativas al *quorum*, deberán establecerse unos límites temporales para la expresión de opiniones y, sobre todo, de la voluntad de los miembros que conforme la decisión adoptada por el órgano colegiado.

De acuerdo con el art. 16.2 LRJSP, también de carácter básico, corresponde al secretario del órgano, en este caso de la mesa de contratación, velar porque se observen las reglas anteriores: “Corresponderá al Secretario velar por la legalidad formal y material de las actuaciones del órgano colegiado, certificar las actuaciones del mismo y garantizar que los procedimientos y reglas de constitución y adopción de acuerdos son respetadas”.

La preferencia expresada por el legislador en la LCSP a favor de la tramitación electrónica de los procedimientos de contratación, especialmente la utilización de la declaración responsable ajustada al documento europeo único (art.140) y

la preferencia en favor de la presentación de ofertas y solicitudes de participación utilizando medios electrónicos (disposición adicional decimoquinta, 3), favorecerá el acceso directo de los miembros de la mesa de contratación a la documentación presentada, y el funcionamiento a distancia del órgano.

Por supuesto, el legislador aragonés –legal o reglamentario- podría condicionar o establecer excepciones a la regla general de constitución y funcionamiento a distancia de los órganos colegiados, pero debería hacerlo de forma expresa. En el Proyecto de Ley de organización y uso estratégico de la contratación pública en Aragón, actualmente en tramitación en las Cortes de Aragón, si bien se dedica una cierta atención a la composición y funcionamiento de las mesas de contratación, especificando en el art. 7.7 la necesidad de un *quorum* específico, estableciendo que cuando en una sesión vayan a aplicarse “criterios que precisen de un juicio de valor, se analicen ofertas anormalmente bajas, se haga la propuesta de adjudicación, o se examine la documentación presentada por el propuesto como adjudicatario”, será precisa la asistencia de Presidente, Secretario y de los representantes de la Dirección General de Servicios Jurídicos y de la Intervención General, “cuando formen parte de la misma con carácter obligatorio”. Sin embargo, no se precisa que dicha asistencia deba tener lugar de manera presencial, por lo que se aplicaría la regla general que permite la participación a distancia.

IV. Posibles excepciones a la regla general.

Como ya se ha señalado, la norma básica establece una regla claramente favorable a la posibilidad de realizar de forma virtual o a distancia de las reuniones de los órganos colegiados. No obstante, incluso en ausencia de norma específica, determinados límites derivarán de la propia naturaleza de las cosas.

En este sentido, forzoso es reconocer que en determinados casos las funciones propias de una mesa de contratación no podrán materializarse de

forma suficientemente efectiva a distancia, por circunstancias como pueda ser proporcionar a los miembros un acceso suficiente que pueda servir de base a la toma de posición u otras fácilmente imaginables. Aunque de acuerdo con el art. 16 LRJSP, corresponde al secretario de los órganos colegiados velar por la legalidad formal y sustantiva en el funcionamiento del órgano (lo que abarca la posibilidad de acceso por parte de los miembros a la información necesaria para poder contribuir adecuadamente a formar la voluntad del órgano), la celebración presencial o virtual –o mixta- de la sesión deberá reflejarse en la convocatoria, que corresponde autorizar al presidente del órgano. En todo caso, las circunstancias concretas de celebración de la sesión deberán quedar reflejadas en el acta.

Una mención especial debe hacerse a las sesiones públicas de las mesas de contratación: en la actual situación de transición a la contratación pública electrónica, todavía parece lógico exigir que este tipo de sesiones deban realizarse de forma presencial a efectos de transparencia.

El principio básico de equiparación de las reuniones presencial y virtual de los órganos colegiados es concreción del principio constitucional de eficacia de la Administración Pública (art. 103.1 de la Constitución). Cuando las circunstancias específicamente concurrentes comporten que precisamente la eficacia haga precisa la presencia física de los miembros de la mesa de contratación, la realización del mandato constitucional obligará a exceptuar o matizar la regla favorable a las reuniones a distancia.

III. CONCLUSIÓN

En ausencia de una norma expresa que establezca supuestos específicos en los que las mesas de contratación deban constituirse y celebrarse de forma presencial, su celebración con participación a distancia de sus miembros debe

considerarse válida. Corresponderá al Secretario de la mesa verificar qué miembros comparecen a distancia y comprobar que han podido participar en el debate y toma de decisión de forma efectiva.

Dicho principio podrá exceptuarse cuando la presencia física sea necesaria para garantizar una adecuada formación de la voluntad del órgano.

Informe 26/2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 15 de noviembre de 2018.