



Expediente 6/18. Procedimiento simplificado. Actos de apertura de las proposiciones.

Clasificación de los informes: 13. Publicidad. 16. Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. 16.7. Otras cuestiones.

ANTECEDENTES

La Subsecretaría del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2614/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, cuya entrada en vigor está prevista a partir del próximo 9 de marzo de 2018, regula en su artículo 159 el procedimiento abierto simplificado.

A tal efecto, en el supuesto de que sean de aplicación en este procedimiento tanto criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, como los resultantes de mera aplicación de fórmulas, de acuerdo con lo indicado en el referido artículo 159.4.d), la oferta se presentará en dos sobres.

Asimismo, se señala en dicho artículo que, en todo caso, será público el acto de apertura de los sobres que contengan la parte de la oferta evaluable a través de criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos.

Dentro del ámbito competencial de la Junta de Contratación del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, regulada en la Orden ECD/586/2017, de 20 de junio, la Abogacía del Estado en el Departamento ha emitido, con fecha 2 de enero de 2018, informe sobre el Pliego de Cláusulas Administrativas tipo relativo a contratos de servicios a adjudicar por la Junta mediante procedimiento abierto simplificado con pluralidad de criterios.

En dicho informe, que se acompaña, el Servicio Jurídico manifiesta la vigencia del artículo 27 del Real Decreto 817/2009, de 9 de mayo de desarrollo parcial de la LCSP, por considerar que



no se opone a la futura Ley 9/2017 en lo que atañe al carácter público de los actos relativos a la apertura de la documentación que afecta a los criterios sujetos a juicio de valor.

A la vista de ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991 de 18 de junio de régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se eleva por parte de esta Subsecretaría petición de informe respecto a la obligatoriedad de que se mantenga ese carácter público, o si puede entenderse que es facultativo del órgano de contratación su establecimiento, en tanto que no se opone, ni contradice la regulación del reiterado artículo 159 de la futura LCSP.

A mayor abundamiento, sobre la justificación de plantear el carácter no público de dicho acto, debe señalarse en primer lugar la pretendida rapidez y economía que persigue esta modalidad de adjudicación, reflejada en la exposición de motivos la Ley, con un planteamiento novedoso respecto a los anteriores textos en materia de contratación del sector público, lo que lleva consigo, entre otros extremos de cara al procedimiento y gestión del expediente, a que se plantee la conveniencia de reducir el carácter público del acto de apertura de la documentación que afecta a los criterios sujetos a juicio de valor, sin merma de la seguridad jurídica y la transparencia exigida.

Esta ausencia de carácter público, ya se aplica actualmente en el acto en que se procede al examen del sobre que contiene la documentación correspondiente a la declaración responsable en los procedimientos abiertos o restringidos, o bien para el examen de los distintos sobres presentados en los negociados por razón de cuantía para adjudicación de servicios conforme al aún vigente 174 e) del actual TRLCSP. En relación con este último aspecto de los negociados, hay que hacer mención a que este supuesto de adjudicación desaparece en el nuevo texto de la LCSP y puede considerarse que la alternativa más habitual para su adjudicación por los órganos de contratación se realizará a través del abierto simplificado con pluralidad de criterios y aportación de dos sobres, lo que viene a reforzar su paralelismo en el procedimiento.

Con independencia de lo anterior, las referencias del artículo 27 del Real Decreto 817/2009 están hechas a los procedimientos vigentes en ese momento, entre los que lógicamente no se contemplaba la existencia del abierto simplificado.



Por último, hay que indicar que, en aquellos procedimientos actuales en los que sí se recoge el carácter público del acto de apertura del sobre que contiene la documentación sujeta a criterios con juicio de valor, la actuación de la Junta de Contratación en el acto público se limita a constatar la aportación de dicho sobre en cuestión, sin que se haga estudio ni valoración alguna, en ese acto, de su contenido. La evaluación del contenido de la documentación de dicho sobre se hace pública en acto posterior y sesión diferenciada a la que se realiza la apertura del sobre que contiene la proposición con criterios automáticamente evaluables. Por ello se considera que el carácter "público" de la apertura del sobre que contiene la documentación sujeta a criterios con juicio de valor no aporta un valor diferencial al expediente, y lo que sí implica es un mayor plazo en la tramitación, con merma de la pretendida agilidad si se replica este esquema para el procedimiento abierto simplificado con pluralidad de criterios.

Por todo lo expuesto, se solicita informe de esa Junta Consultiva respecto a la procedencia de no atribuir necesariamente carácter público, para el supuesto del futuro procedimiento abierto Simplificado con pluralidad de criterios regulado en el artículo 159, al acto en que se sustancie la apertura del primero de los dos sobres, en el que se ha previsto que contenga exclusivamente la declaración responsable y la documentación relativa a los criterios sujetos a juicio de valor, y destinar el segundo sobre a la documentación que contenga los criterios evaluables mediante la mera aplicación de fórmulas, que se abrirá en acto público, tras la lectura de la puntuación otorgada a los criterios sujetos a juicio de valor."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha recibido petición de informe por parte de la Subsecretaría del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en relación con la subsistencia del acto público de apertura del sobre correspondiente a los criterios cualitativos de selección del contratista en el caso del procedimiento abierto simplificado.

El análisis de la cuestión sujeta a la presente consulta exige hacer un análisis sistemático e histórico de los precedentes legislativos y de las normas de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en su conjunto.



Pues bien, en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no se aludía al carácter público del acto de apertura del sobre correspondiente a los criterios sujetos a juicio de valor. El artículo 151.2 de la ley se limitaba a destacar que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Serían las normas de desarrollo de la Ley las que determinarían los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.

Tal regulación reglamentaria estaba constituida por el artículo 27 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, que señala lo siguiente:

“1. A estos efectos, la apertura de tales documentaciones se llevara a cabo en un acto de carácter público, cuya celebración deberá tener lugar en un plazo no superior a siete días a contar desde la apertura de la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

A estos efectos, siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación mencionada en el párrafo anterior, la mesa concederá para efectuarla un plazo inferior al indicado al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él.

2. En este acto sólo se abrirá el sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente entregándose al órgano encargado de su valoración la documentación contenida en el mismo; asimismo, se dejará constancia documental de todo lo actuado.”

La Disposición Derogatoria de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público no menciona explícitamente el Real Decreto de 8 de mayo de 2009, por lo que surge la duda de si esta disposición específica está vigente también bajo la nueva ley.



2. En la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la regulación de los actos de apertura de la documentación presentada por el licitador como parte de su proposición es dispersa y de contenido variable. En efecto, si atendemos a las reglas generales de adjudicación de los contratos el artículo 146 se limita a señalar que en todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. La citada evaluación previa se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la mera aplicación de fórmulas.

Claramente se observa una distinción entre la norma del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y las de la nueva ley porque en esta última ya no hay una remisión expresa a la norma reglamentaria dictada a estos efectos.

3. Por otro lado, en la regulación del procedimiento abierto el artículo 157 señala que cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor (criterios cualitativos) y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. Añade la ley en el apartado cuarto de este precepto que en todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos. Como se puede observar la norma no alude a la apertura de los sobres o archivos electrónicos que contengan los criterios cualitativos.

4. En la regulación del procedimiento abierto simplificado las normas propias del procedimiento abierto, del que constituye una forma especial, tienen carácter supletorio como establece el artículo 159.4 h). Este carácter supletorio no excluye la posibilidad de que en la norma se mencione de manera expresa una regla sobre esta cuestión, y así ocurre, en efecto, que la ley señala que la oferta del procedimiento abierto simplificado se presentará en un único sobre (en este punto existe una omisión legal ya que debería añadir o archivo electrónico) en los supuestos en que en el procedimiento no se contemplen criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. En caso contrario, la oferta



se presentará en dos sobres. La norma añade, a los efectos que aquí nos atañen que la apertura de los sobres conteniendo la proposición se hará por el orden que proceda de conformidad con lo establecido en el artículo 145 en función del método aplicable para valorar los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos y, por tanto, primero los que tienen una carácter cualitativo y posteriormente los dependientes de fórmulas. La apertura se hará por la mesa de contratación y en todo caso, será público el acto de apertura de los sobres que contengan la parte de la oferta evaluable a través de criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos.

5. Del conjunto de las normas aplicables se deduce con claridad que la intención del legislador se puede sintetizar en las siguientes reglas:

1. La apertura de los sobres o archivos electrónicos en el seno del procedimiento de adjudicación del contrato mantiene el carácter sucesivo que ya tenía en la legislación anterior, de modo que constituyen dos actos distintos la apertura de la documentación que contiene criterios cualitativos y la apertura de la documentación que alude a los criterios evaluables mediante fórmulas.
2. La ley es clara al establecer la regla general de apertura pública de los documentos que aluden a los criterios evaluables mediante fórmulas, bien que con la matización de que en los casos de tramitación electrónica, que serán la regla general como ya expusimos en nuestros Informes 1 y 2 de 2018, no será necesario celebrar este acto público, seguramente por considerar el legislador que el procedimiento electrónico ya garantiza la integridad y el secreto de las proposiciones y permite el acceso a la documentación correspondiente a los aspectos dependientes de la aplicación de una fórmula.
3. En el caso del procedimiento abierto simplificado se alude expresamente al carácter público del acto de apertura en todo caso, lo que exige que en los casos de tramitación electrónica del procedimiento se articule un sistema específico, bien mediante comparecencia personal en la sede del órgano de contratación o bien mediante comparecencia *on line* a través del propio sistema informático, para hacer efectivo el mandato del legislador.



4. Por lo que hace al acto de apertura del sobre o archivo electrónico que contiene la proposición basada en elementos dependientes de un juicio de valor (criterios de selección cualitativa) la apertura de los mismos debe verificarse inexcusablemente de manera previa a la de las proposiciones dependientes de la aplicación de fórmulas, poniéndose el resultado de la valoración que conllevan a disposición de los licitadores en el momento de la apertura de la documentación correspondiente a criterios evaluables mediante fórmula.
5. La anterior ley se remitía al desarrollo reglamentario para determinar los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, regla que ya no se contiene en la ley actual.

6. Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, en opinión de esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ya no cabe considerar obligatoria la celebración de un acto público de apertura del sobre o archivo electrónico que contenga la documentación correspondiente a los criterios de selección cualitativos.

La primera razón por la que alcanzamos esta conclusión radica en que la omisión de la remisión reglamentaria no puede considerarse baladí, sino que tiene un valor interpretativo claro.

En segundo lugar, tal falta de mención no es inane desde el punto de vista jurídico. Si en la anterior normativa tal remisión se contemplaba expresamente y en la nueva ya no se contiene podemos deducir que el legislador no la ha considerado necesaria ni oportuna. La consecuencia es que el carácter público a que se alude en el RD 817/2009 ya no se puede aplicar bajo la vigencia de la nueva ley.

Por otro lado, desde el punto de vista técnico resultaría poco razonable que en los supuestos en que se aplique la tramitación electrónica, la regla general según las DA 15, 16 y 17 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, fuese público el acto de apertura de la documentación que contenga criterios cualitativos y no lo fuera el de apertura del sobre o archivo electrónico de aspectos dependientes de la mera aplicación de fórmula, siendo la documentación contenida en el mismo mucho más sensible a todos los efectos contractuales.



Finalmente cabe destacar que la principal virtualidad del carácter público del acto de apertura de la documentación de criterios cualitativos ha sido bajo la vigencia de la norma anterior la de asegurar la integridad y el secreto de los sobres de documentación física presentados por el licitador. Es claro que, como hemos expuesto, tal finalidad ya no es servida mediante la celebración de un acto público en los casos de tramitación electrónica realizada con las debidas garantías. En el resto de los supuestos lo que parece claro es que el legislador ya no ha considerado esencial la comprobación pública de este extremo, prescindiendo de un acto público, que como bien señala la consulta, es poco útil y retrasa la tramitación del procedimiento de selección del contratista.

CONCLUSIÓN.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado considera que en el procedimiento abierto simplificado no es necesario celebrar un acto público de apertura de los sobres o archivos electrónicos que contengan los criterios dependientes de un juicio de valor o cualitativos.