

Expediente 69/18, de 10 de octubre de 2018. Celebración de acto público en el procedimiento abierto simplificado.

Clasificación de los informes: 12. Expediente de contratación. Trámites. 12.1. Expediente de contratación. 16. Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. 16.5. Mesa de contratación. 16.7. Otras cuestiones.

ANTECEDENTES

El Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Esta entidad ha iniciado la tramitación de un expediente de contratación, mediante procedimiento abierto simplificado, con un solo criterio de adjudicación.

El Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que va a regir esa licitación fue informado favorablemente por el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social a través de su Servicio Jurídico Delegado Central en el INSS. La cláusula 7.6 de ese Pliego establece que:

"El acto de apertura del sobre al que se refiere la cláusula 6.3 de este pliego, se celebrará en el plazo máximo de veinte días contado desde la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, ante la Mesa de Contratación, en el lugar, día y hora reflejados en el anuncio de licitación del presente procedimiento.



De conformidad con lo dispuesto en el artículo 157.4 de la LCSP, este acto de apertura se realizará por medios electrónicos y no será público, sin perjuicio de que será facilitada a los interesados en el procedimiento, a través del tablón de la licitación asociado a los servicios de licitación electrónica, la información que corresponda en relación con las ofertas económicas que hayan sido formuladas."

En el trámite de fiscalización previa, la Intervención General de la Seguridad Social, a través de su Intervención Delegada en los Servicios Centrales del INSS, ha fiscalizado de conformidad la aprobación del gasto si bien ha formulado una serie de observaciones complementarias.

Por lo que se refiere a esa cláusula 7.6 del PCAP que se ha transcrito, y en concreto al segundo párrafo de la misma, la intervención delegada ha señalado:

"Sin embargo, el artículo 159 [de la Ley 912017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público] que regula precisamente el procedimiento abierto simplificado establece lo siguiente: «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».

A continuación, el citado precepto dispone lo siguiente:

«Tras dicho acto público, en la misma sesión, la mesa procederá a (...)»



En consecuencia, a juicio de esta intervención delgada el acto de apertura del sobre debe ser público pues así lo establece expresamente el artículo 159, regulador del procedimiento abierto simplificado."

Con relación a esta observación formulada por la Intervención delegada en los Servicios Centrales del INSS, y a juicio de esta Entidad, cabe indicar que, en efecto, el tenor literal del precepto que indica la Intervención delegada (art. 159.4 letra d) LCSP) alude de forma expresa a que, en todo caso, sea público el acto que contenga la parte de la oferta evaluable a través de criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas (no así el referido a criterios dependientes de juicios de valor en su caso). Nada se menciona, sin embargo, en las especialidades que expresamente se describen en dicha norma, al respecto de una eventual presentación de ofertas y licitación electrónicas, de forma que las singularidades que se derivan de este tipo de licitación, de existir, debería, a juicio de esta Entidad, localizarse en otros preceptos que posibiliten una interpretación sistemática de la norma, y su eventual extensión o no al procedimiento abierto simplificado.

En este contexto, el artículo 157.4 de la LCSP, al referirse al procedimiento abierto en general, señala, de igual forma que para el simplificado, que "En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público", si bien expresamente añade "salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos."

Esta característica, referida a la posibilidad de que el acto de apertura de la oferta no sea público, afectaría, por lo tanto, solo y exclusivamente, y siempre a juicio de este Instituto, a las licitaciones electrónicas, y se constituiría como



una singularidad propia de este tipo de licitación, sea cual fuere el procedimiento abierto a tramitar.

Según el criterio de esta Entidad, esto querría decir que, si en un procedimiento abierto ordinario, que pudiera ascender a varios millones de euros de valor estimado, la apertura de la oferta puede no ser pública, en un procedimiento abierto simplificado, que se crea precisamente para agilizar y simplificar la tramitación de estos procedimientos, debería entenderse aplicable esta misma circunstancia, siquiera por un principio básico de congruencia procedimental, dado que difícilmente podrían entenderse que el legislador estableciera un mayor rigor procedimental para los procedimientos de menor cuantía que las previstas para contratos de cuantía superior.

Sentado lo anterior, a juicio de esta Entidad cabría una segunda reflexión, referida a los motivos que llevan al legislador a ordenar que un acto sea público, como el de apertura de ofertas que nos ocupa:

Acudiendo a la normativa complementaria a la Ley de Contratos del Sector Público, observamos que la finalidad del acto público no es otra que, de una parte, comunicar a los interesados el resultado de la calificación de los documentos previstos de capacidad y solvencia y de los licitadores presentados (art. 83.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -Real Decreto 19098/2001-); y de otra, garantizar el secreto y custodia de las proposiciones, dando ocasión a que los interesados comprueben que los sobres se encuentran en idénticas condiciones en que fueron entregados (apartados 2 y 3 de dicho artículo).



Pues bien, en un procedimiento abierto simplificado electrónico, la primera circunstancia no se produce (declaración y oferta se integran en un único documento), y la segunda se garantiza con los dispositivos electrónicos correspondientes.

Esta interpretación quedaría acreditada por la propia Ley de Contratos del Sector Público, cuando en el apartado 6 d) del artículo 159, al hablar del procedimiento simplificado "abreviado", se señala lo siguiente. "Se garantizará, mediante un dispositivo electrónico, que la apertura de las proposiciones no se realiza hasta que haya finalizado el plazo para su presentación, por lo que no se celebrará acto público de apertura de las mismas".

Según la interpretación que el INSS hace de esta norma, para la LCSP el que no se celebre acto público de apertura devendría como una consecuencia natural de la utilización de un dispositivo electrónico de apertura de proposiciones, al margen de cualquier otra singularidad; dispositivo que no es sino una parte más de la licitación electrónica a que se sujeta el contrato y el pliego objeto de análisis, en el que la presentación de ofertas y todas las actuaciones hasta la fase de adjudicación, se tramitarán de forma electrónica a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público; siendo la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación la garante de estos sistemas y dispositivos.

Las circunstancias anteriormente expuestas, resultarían suficientes, a juicio de esta Entidad para mantener el carácter no público del acto de apertura de proposiciones que se refleja en el expediente y no modificar en tal sentido el contenido de un pliego de cláusulas administrativas particulares que ha sido



informado singularmente, como se ha indicado, por el Servicio Jurídico Delegado Central (en fecha 18 de mayo de 2018), sin encontrar reparo legal alguno que oponer, tal y como expresamente figura en el mismo.

No obstante, sin perjuicio de todo lo expuesto, y para contar con los mayores elementos de juicio posibles que mejoren en lo posible la tramitación de futuros expedientes, por parte de esta Entidad se dirige consulta a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, con objeto de que evacue informe respecto de este asunto, solicitando se pronuncie al respecto de si, en un procedimiento abierto simplificado con licitación y presentación de ofertas electrónicas, resulta o no preceptivo el acto público de apertura de proposiciones.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La consulta planteada no es novedosa para esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Con fecha 2 de julio del presente año esta Junta aprobó el informe 6/2018 en el que se nos consultaba acerca de la subsistencia del carácter público del acto de apertura del sobre correspondiente a los criterios dependientes de juicio de valor en el procedimiento abierto simplificado del artículo 159 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Muchas de las consideraciones que realizamos entonces sobre la relación existente entre este tipo de procedimientos y la regla sobre tramitación electrónica de los procedimientos de selección del contratista son perfectamente válidas ante la presente consulta.



Siguiendo el esquema que empleamos en el meritado dictamen podemos tratar la cuestión planteada y para ello podemos comenzar recordando que resulta procedente en este punto 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.

Como ya expusimos, 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.

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.

Esta cita es pertinente en la medida en que en la regulación del procedimiento abierto simplificado las normas propias del procedimiento abierto, del que constituye una forma especial, tienen carácter supletorio tal como establece el artículo 159.4 h). Sin embargo, 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 un carácter cualitativo y posteriormente los dependientes de fórmulas. La apertura se hará por la mesa de contratación y en todo caso, dice la ley, 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.

2. 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 incluso 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. Como hemos visto no ocurre lo mismo con el



procedimiento abierto ordinario, cosa que ciertamente extraña al intérprete y no parece muy congruente.

3. Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, en opinión de esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado cabe considerar que la celebración indefectible del acto público de apertura del sobre o archivo electrónico que contiene la parte de la proposición del licitador referente a los criterios dependientes de la aplicación de una fórmula está impuesta por una norma especial, establecida de modo específico para el procedimiento abierto simplificado, y que ello es plenamente congruente con el carácter predominantemente electrónico del procedimiento de selección del contratista.

En efecto, es cierto, tal como se indica en la consulta, que en el procedimiento electrónico quedan garantizadas la integridad de la proposición y su apertura tempestiva y también que en su seno debe garantizarse el debido conocimiento de la información correspondiente al montante del resto de las proposiciones dependientes de la mera aplicación de fórmulas. En este sentido es importante destacar que el hecho de que la regulación del procedimiento abierto diga que el acto será público salvo en los casos de tramitación electrónica no significa que la información sobre las proposiciones económicas no sea pública en estos casos, ni tampoco que no pueda existir una regla especial que imponga la celebración de un acto público incluso aunque se tramite electrónicamente el procedimiento. Cuando el artículo 157 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, no exige la celebración de acto público en el procedimiento abierto cuando se empleen medios electrónicos en la licitación no lo hace por eximir al órgano de contratación de la publicidad de la información correspondiente a las proposiciones económicas, sino porque



considera que en el marco del procedimiento electrónico debe quedar necesariamente garantizada dicha publicidad, que como principio básico de la contratación pública no queda excepcionada por la simple forma externa que adopte un tipo de procedimiento, en este caso, el procedimiento abierto simplificado.

A la anterior consideración debe añadirse que en el supuesto en que el licitador no esté obligado, conforme a la DA 15^a, apartado 3º, a presentar su oferta por medios electrónicos la celebración del acto público está todavía más justificada.

Por otro lado, no es difícil de atisbar cuál es la intención del legislador al exigir la celebración de un acto público en todo caso en el supuesto contemplado. No se trata de que en el procedimiento abierto haya una disminución de la publicidad contractual, tal como hemos visto. Pero es que, como añadido, en un procedimiento más sencillo y rápido, que presenta una importante reducción de plazos y de trámites, el legislador ha considerado oportuno fortalecer aun más la transparencia del procedimiento fijando la celebración del acto público como obligatoria también en los casos de procedimiento electrónico. Considera esta Junta que ello no merma en gran medida la celeridad del procedimiento que sigue mostrándose notablemente más ágil que el procedimiento abierto normal.

Obviamente, la excepción a esta regla de publicidad del acto de apertura de esta parte de la proposición está representada por el supuesto del apartado 6 del artículo 159, en el que el legislador ha optado por no mantener la obligatoriedad del acto público por razón de la escasa cuantía y de la celeridad reforzada del procedimiento descrito en aquel precepto.



Todo ello debe entenderse sin perjuicio del hecho de que probablemente el legislador hubiera podido eliminar esta referencia explícita al acto público en el procedimiento abierto simplificado y darle un tratamiento similar al procedimiento abierto ordinario.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza la siguiente

CONCLUSIÓN

- La apertura del sobre o archivo electrónico correspondiente a los criterios de adjudicación dependientes de la aplicación de fórmulas debe tener carácter público en el procedimiento abierto simplificado, con la excepción del supuesto descrito en el artículo 159.6.
- De lege ferenda esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sugiere reconsiderar el criterio sobre la celebración del acto público en el seno del procedimiento abierto simplificado.