

La Oficina de Contratación tiene vocación de servicio, asistencia y asesoramiento a los órganos de contratación, y naturaleza de servicio administrativo, de tal manera que su criterio tiene únicamente carácter orientativo y en ningún caso sustituye al de los órganos consultivos y de control que actúan en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Numero de Consulta	002/2021
Materia	Licitación electrónica
Solicitante	Servicio Provincial de Huesca del Departamento de Educación, Cultura y Deporte
Fecha de solicitud	20/01/2021
Vía	Correo electrónico
Disposiciones aplicables	Disposición adicional decimoquinta 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.

CONSULTA

Se consulta a la Oficina de Contratación Pública por parte del Servicio Provincial de Huesca del Departamento de Educación, Cultura y Deporte acerca de la posibilidad de licitar a papel un contrato complejo en el que suelen participar pequeñas y medianas empresas poco habituadas a la licitación electrónica.

RESPUESTA

La disposición adicional decimoquinta 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 (en adelante, LCSP), establece en su apartado 3 la obligación de que la presentación de ofertas y solicitudes de participación se realice por medios electrónicos. Es importante resaltar que este mandato legal no se ha visto afectado por las sucesivas modificaciones introducidas en los plazos fijados en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para implantar de forma plena las previsiones relativas al registro electrónico, al registro electrónico de apoderamientos, al punto de acceso general electrónico de la Administración, al archivo único electrónico y al registro de empleados públicos habilitados.

Como apuntaron la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en sus informes 1/2018 y 2/2018, de 2 de marzo, como del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en sus resoluciones 632/2018, de 29 de junio, y 808/2018, de 14 de septiembre, la LCSP es una ley especial que prevalece en lo regulado frente a la ley general, es decir, frente a la Ley 39/2015, lo cual tiene clara incidencia en lo

que respecta a las normas que tratan el uso de los medios electrónicos. Existe por parte del legislador una voluntad expresa recogida en la LCSP, vinculada a las obligaciones que dimanen de la cuarta generación de las directivas europeas, de anticipar respecto a otros campos de la actuación administrativa, la utilización de los medios electrónicos dentro de la contratación del sector público. Esta decisión del legislador supone una obligación para los entes del sector público, pero, desde el punto de vista de las personas potencialmente interesadas en participar en los procedimientos de licitación, representa también una carga. No se puede forzar a las personas a que participen en los procedimientos de contratación y se conviertan en licitadores; sin embargo, de querer hacerlo, tienen que asumir como “peaje” la necesidad de relacionarse por medios electrónicos dentro del ámbito de aplicación de la disposición adicional decimoquinta de la LCSP.

El artículo 14 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, indica que con carácter general las *«personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas»*; en cambio, dentro de los procedimientos administrativos, están obligadas a relacionarse electrónicamente en todo caso las personas jurídicas, las entidades sin personalidad jurídica, los empleados de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, y quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. No obstante, la LCSP no hace esta diferenciación entre profesiones o personas físicas o jurídicas, la obligación de la disposición adicional decimoquinta tiene vocación universal y como ley especial prevalece frente al criterio general del citado artículo 14. De hecho, lo cierto es que este mismo precepto ya matiza en relación a las personas físicas que estas pueden estar obligadas a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas. Todo ello lleva a concluir, como se ha reflejado en la doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales, que ningún licitador está dispensado de la carga de relacionarse electrónicamente con los entes del sector público, independientemente de sus características personales.

Dicho esto, hay que tener en cuenta que la obligación fijada desde la disposición adicional decimoquinta de la LCSP decae ante varias excepciones previstas en la misma disposición: *«a) Cuando, debido al carácter especializado de la contratación, el uso de medios electrónicos requeriría herramientas, dispositivos o formatos de archivo específicos que no están en general disponibles o no aceptan los programas generalmente disponibles; b) Cuando las aplicaciones que soportan formatos de archivo adecuados para la descripción de las ofertas utilizan formatos de archivo que no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles o están sujetas a un régimen de licencias de uso privativo y el órgano de contratación no pueda ofrecerlas para su descarga o utilización a distancia; c) Cuando la utilización de medios electrónicos requiera equipos ofimáticos*

especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación; d) Cuando los pliegos de la contratación requieran la presentación de modelos físicos o a escala que no pueden ser transmitidos utilizando medios electrónicos». Igualmente, cabe no acudir a la licitación electrónica cuando «el uso de medios no electrónicos sea necesario bien por una violación de la seguridad de los antedichos medios electrónicos o para proteger información especialmente delicada que requiera un nivel tan alto de protección que no se pueda garantizar adecuadamente utilizando dispositivos y herramientas electrónicos de los que disponen en general los operadores económicos o de los que se pueda disponer a través de otros medios de acceso alternativos en el sentido expresado en el apartado 7 de la presente disposición adicional».

En el caso particular de Aragón, el Acuerdo 41/2020, de 5 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (en adelante, TACPA), avaló la aplicación de la letra c) del apartado 3 de la disposición adicional decimoquinta para aquellos supuestos en los que los entes del sector público carecen de medios capaces de cumplir con los requisitos consignados en la disposición adicional decimoséptima de la LCSP. Este acuerdo del TACPA seguía la estela de otros del TACRC, destacando, por ser de los más recientes, el 437/2020, de 26 de marzo. No obstante, hay que tener en cuenta que no cabe invocar libremente esta argumentación para cualquier caso. Si bastara apelar a la falta de medios, sin valorar la causa de dicha falta, los entes del sector público podrían sortear gracias a su inacción el contenido de la disposición y seguir licitando en papel de forma general. Teniendo en cuenta que el espíritu de la LCSP que las licitaciones del sector público discurren a partir de ahora por medios electrónicos, esta interpretación vaciaría de contenido el aspecto imperativo de las normas sobre contratación pública electrónica. Igualmente, daría pie a violar el principio general del Derecho que condena el aforismo latino «*allegans turpitudinem propriam non auditur*», el cual impide a los sujetos de derecho beneficiarse de sus propias torpezas o incumplimiento (véase, entre otras, la sentencia 704/2018, de 27 de febrero, del Tribunal Supremo).

En ese sentido, para poder apelar la doctrina expuesta en el acuerdo 41/2020, de 5 de junio, del TACPA, resulta necesario que el ente de contratante mantenga una actitud proactiva dirigida a resolver la situación de falta de medios, o tratarse de una situación puntual en la que por motivos técnicos no se disponga de los mismos. En cualquiera de los dos escenarios, se trataría de situaciones transitorias, por lo que la excepción debe entenderse de esa manera, como una excepción de carácter transitorio que llegado un momento no se podrá usar salvo circunstancias extraordinarias que impidieran el uso de dichos medios (por ejemplo, una caída generalizada y persistente de la plataforma de contratación).

En el caso del sector público aragonés, esta es la argumentación que se planteó en el caso examinado por el TACPA en su acuerdo 437/2020: «*la disposición adicional decimoquinta 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 (en adelante, LCSP), establece que la presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos. Una vez entró en vigor el 9 de marzo de 2018 la citada Ley, de acuerdo con el plazo fijado en la disposición final decimosexta del mismo, resulta obligatorio emplear de forma obligatoria estos medios electrónicos en los procedimientos de licitación y que las ofertas de los licitadores puedan ser presentadas de forma telemática. No obstante, esta regla general decae en varios supuestos previstos en los apartados 3 y 4 de la disposición final decimoquinta, algunos de los cuales ofrecen dudas razonables en cuanto a su alcance real, particularmente es el caso de la excepción de la letra c) del apartado 3 de la disposición. Para mayor detalle, cabe consulta el informe 2/2018 la Junta Consultiva de Contratación del Estado. Hay que tener presente todo el marco normativo en su conjunto cuando se examinan las excepciones fijadas por la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, de cara a interpretarlas de forma que no se generen resultados contrarios al espíritu de la norma y de la propia definición de la Administración Pública.

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía en su resolución 192/2019 rechazó la justificación de no empleo de medios electrónicos planteada por el órgano de contratación al considerar que apelaba a una circunstancia genérica de no implantación en vez de a razones específicas. Por ello, su doctrina no debe considerarse aplicable a aquellos supuestos donde hay motivos concretos tangibles, como es el caso de la Administración autonómica aragonesa, y no meramente generales que explican esa falta de uso de medios electrónicos en la licitación.

De conformidad con las previsiones del artículo 347.3 LCSP, los perfiles de contratante de los órganos de contratación del sector público autonómico de la Comunidad Autónoma de Aragón están alojados directamente en la Plataforma de Contratación del Sector Público de ámbito estatal. Debe tenerse presente que la redacción del apartado 3 del artículo 347 de la LCSP plantea expresamente dos opciones con carácter alternativo a las Comunidades Autónomas, situándose en el plano legislativo en condiciones de paridad, sin dar a ninguna de ellas un trato preferente. Corresponde a cada Comunidad Autónoma valorar de forma discrecional cuál de las dos es la que le resulta más conveniente. En el caso aragonés, tras analizar el contexto de la organización institucional y los objetivos que se querían conseguir a medio plazo, se consideró que la mejor elección era la segunda de las planteadas por la ley, es decir, la integración sistémica, ya que permitía partir del perfil del contratante y de la herramienta de publicación preexistentes con objeto de introducir el menor número posible de modificaciones, tanto a los usuarios gestores de la aplicación como al ciudadano, así como de procurar un mayor ahorro de costes, dentro de una asignación eficiente de los recursos públicos. Asimismo, la aplicación informática se encuadra en un marco estratégico de explotación de información que va más allá del mero cumplimiento de las disposiciones legales relativas a la publicidad de las licitaciones, contemplando otras vertientes legales que convergen en este mismo campo. En conclusión, la segunda opción, se entendió que era la

más adecuada para la realización de los principios que inspiran la actividad pública y por ello se decidió implantarla con el amparo del ya citado artículo 347.3 de la LCSP.

En estos momentos, la Administración Pública aragonesa se encuentra inmersa en un proceso de integración entre la Plataforma de Contratación del Sector Público (de la Administración General del Estado) y la aplicación de la Plataforma de Contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Aragón, de conformidad con las previsiones del artículo 347 y de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 9/2017 de la LCSP y de la ORDEN HAP/188/2018, de 1 de febrero, por la que se regula la Plataforma de Contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Aragón y la publicación de los datos e informaciones referentes a la actividad contractual de los órganos de contratación del sector público de Aragón a través de Internet. Este proceso, iniciado de forma coordinada con los servicios correspondientes de la Administración General del Estado en 2017, sufrió a comienzos de 2018 un conjunto de dificultades técnicas que obligaron a rehacer los servicios web que interconectan ambas plataformas para posibilitar la licitación electrónica. Como consecuencia de ello, la herramienta “Gestión de Licitaciones” del Gobierno de Aragón está siendo objeto de un profundo desarrollo con la finalidad de adaptarse correctamente a los requerimientos técnicos y funcionales de la aplicación estatal, algunos de los cuales están siendo establecidos “ex novo”, lo que complica y, por ende, desborda, por completo, las previsiones temporales de integración que habían sido inicialmente acordadas. Todo ello exige de una intensa cooperación entre las dos Administraciones, no pudiendo alcanzarse el buen fin del proyecto de manera individual.

Como puede observarse, la carencia de medios electrónicos que cumplan con los estándares de la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, no ha sido fruto de una falta de diligencia sino de complicaciones técnicas ajenas a la voluntad de la Administración aragonesa, que siempre se ha encaminado a cumplir con estos requerimientos legales. Prueba de ello es que en paralelo se haya desarrollado un sistema alternativo de licitación electrónica utilizando la tecnología Blockchain; que en estos momentos se encuentra en fase de pruebas, estando próxima su entrada en producción. Actualmente, la herramienta se circunscribe a los procedimientos abiertos simplificados en su modalidad abreviada, además de los contratos menores y procedimientos abiertos simplificados que solo incluyan criterios de evaluación posterior susceptibles de ser evaluados de forma automática mediante fórmulas matemáticas, pero su vocación, dependiendo de los resultados obtenidos, es que pueda extenderse al resto de procedimientos y que incluso se expanda en otras Administraciones Públicas.

Ante esta situación, una interpretación rigorista de la regulación abocaría a un escenario en el que no resultaría posible licitar ningún contrato hasta contar con las herramientas pertinentes. Si bien esta falta de medios deberá suplirse a la mayor brevedad, entretanto la Administración Pública precisa seguir celebrando contratos con los que cubrir sus necesidades que son reflejo de los intereses de la sociedad de la que es depositaria. Forzar a

paralizar las licitaciones mientras dure este impasse tendría dos consecuencias claras. Por un lado, en aquellos casos donde exista un contrato previo y este hubiera finalizado o estuviera próximo de finalización, habría que acudir a su prórroga. Salvo en los casos donde ya se hubiera contemplado esta posibilidad en los Pliegos y en los que todavía no se hubiera alcanzado el límite temporal máximo fijado, esta prórroga se realizaría al amparo de la previsión del artículo 42.3 de la LCSP, con un claro perjuicio para la concurrencia competitiva y la eficiente utilización de los fondos públicos e incurriendo en una nulidad de pleno derecho. Por un lado, estas prórrogas desvirtuarían la filosofía subyacente en la vigente legislación de contratos que intenta evitar los contratos de larga duración con el objeto de abrir regularmente a la competencia. Por otro, al no sacarse a licitación, la prestación del contrato se encarecería, al no poder beneficiarse de las bajas fruto de la presión competitiva derivada del procedimiento de licitación. Además, en el caso de nuevas necesidades, al no haber un previo contrato susceptible de prórroga, quedarían desatendidas del todo, pudiendo ser alguna de ellas de urgente atención. O tendrían que ser encauzadas de nuevo por el artículo 42.3 de la LCSP. Al respetar la regla general de la disposición adicional decimoquinta se estarían incumpliendo otros aspectos de la normativa y de la propia lógica administrativa. Igualmente, hay que tener en cuenta que, aunque la licitación electrónica es un deber legal no es un fin en sí mismo, sino que es un medio orientado a la satisfacción de una serie de intereses y objetivos. Resultaría contradictorio que un derecho de los licitadores se convirtiera en una barrera para que éstos puedan licitar al no realizarse convocatorias. En definitiva, el principal perjudicado sería el interés general.

No puede soslayarse, además, que se están produciendo problemas generalizados en todo el Estado en relación con la transición entre la Administración tradicional y la Administración digital. Es paradigma de estas dificultades la ampliación de los plazos de la disposición final séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a raíz del Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto.

Partiendo de que es inevitable que una parte de los intereses en juego queden desatendidos independientemente de la opción que se escoja entre las disponibles en estos momentos, debe prevalecer la interpretación menos lesiva para el interés general y los principios que rigen a las Administraciones Públicas. Por todo ello, se acoge la línea mantenida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en sus resoluciones 931/2018, 1077/2018 o 1053/2018 y que considera aplicable la excepción del apartado c) de la disposición adicional decimoquinta del LCSP a situaciones similares a aquella en la que se encuentra hoy la Administración Pública de Aragón. Mutatis mutandi, puede extenderse al supuesto aragonés. A mayor abundamiento, encontramos en la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado un precedente favorable a este tipo de interpretaciones en su Recomendación de 24 de septiembre de 2018».

Esta argumentación no puede mantenerse una vez se ha tomado la decisión desde Gobierno de Aragón de acudir a las herramientas de licitación electrónica proporcionadas por la Plataforma de Contratación del Sector Público. Corolario de ello, de acudir a la

licitación a papel debería ser por alguna de las otras excepciones contempladas en las letras a), b) y d) del apartado 3 o en el apartado 4 de la disposición adicional. En principio, dadas las características de las herramientas telemáticas asociadas a la Plataforma de Contratación del Sector Público, resulta difícil imaginar que pueda haber una situación en la que se apela a las letras a) o b) para recurrir a la licitación a papel; en cuanto a la letra d) o el apartado 4, se tratan de supuestos muy específicos, por lo que su aplicación también debería ser residual.

Recordar que estas excepciones son *numerus clausus* y no cabe añadir otra no prevista legalmente. A este respecto, cabe citar la resolución 853/2019 del TACRC, de 18 de julio, que dice que *«los supuestos contemplados en los referidos apartados 3 y 4, en cuanto constituyen una excepción a la obligación general de la utilización de medios electrónicos, deben interpretarse estrictamente, de modo que no vacíen de contenido la obligación general que exige favorecer la tramitación íntegra del procedimiento por medios electrónicos. Además las excepciones tienen carácter reglado, sin capacidad de apreciación alguna para el órgano de contratación, de modo que ha de quedar constancia inequívoca de que se dan los motivos que legalmente permiten exceptuar la obligación legal, y es por ello que las disposiciones adicionales decimoquinta, apartados 3 y 4, de la LCSP imponen expresamente que en estos casos exista en el expediente un informe específico que justifique las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos de los electrónicos. Este informe del órgano de contratación es un requisito esencial del procedimiento sin el cual no puede exceptuarse la obligación de recibir las ofertas por medios electrónicos. El informe ha de ser motivado, de manera que pueda concluirse de él que se da el supuesto excepcional que impide utilizar los medios electrónicos en la presentación de ofertas, con especificación suficientemente detallada, de las concretas circunstancias y de las características técnicas que, de acuerdo con el supuesto invocado, justifican no acudir a la presentación electrónica»*.

En particular, aunque alude de forma tangencial a ello, la resolución 808/2018, de 14 de septiembre, del TACRC descartó la posibilidad de recurrir a la licitación a papel bajo el argumento de atraer una mayor concurrencia. A pesar de que puede haber casos en los que efectivamente la licitación electrónica suponga un obstáculo y no una facilidad para los eventuales participantes en el procedimiento, la LCSP es clara en lo que se refiere a su obligatoriedad, que queda configurada así, como ya se había apuntado con anterioridad, como una carga para los licitadores interesados.

A modo de conclusión, reafirmar el carácter obligatorio del contenido de la disposición adicional decimoquinta de la LCSP fuera de sus excepciones tasadas, debiendo considerar que ya no resulta aplicable la argumentación que examinó y confirmó el TACPA en su Acuerdo 41/2020, de 5 de junio, tras los cambios que se han producido en el modelo de licitación electrónica que abanderó la ORDEN HAP/188/2018, de 1 de febrero, por la que se regula la Plataforma de Contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de

Aragón y la publicación de los datos e informaciones referentes a la actividad contractual de los órganos de contratación del sector público de Aragón a través de Internet.

Oficina de Contratación Pública