



Informe 5/2019, de 29 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Adaptación de los modelos tipo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de procedimiento abierto, a la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón, así como su adecuación a una licitación por medios electrónicos, exigida por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Secretario General Técnico del Departamento de Hacienda y Administración pública, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante escrito de 26 de septiembre de 2019, en el que solicita informe sobre la adaptación de los modelos tipo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a diversos contratos, a la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón, así como su adecuación a una licitación por medios electrónicos, exigida por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Se acompaña al escrito la propuesta de adaptación de los siguientes pliegos-tipo de cláusulas administrativas particulares:

1. Obras, procedimiento abierto, varios criterios de adjudicación.
2. Servicios, procedimiento abierto, varios criterios de adjudicación.
3. Suministros, procedimiento abierto, varios criterios de adjudicación.

Con posterioridad a las solicitudes de informe a esta Junta, se ha recibido el informe, favorable de los Servicios Jurídicos de la Diputación General de Aragón, de 24 de octubre de 2019, preceptivo de acuerdo con lo previsto en el Decreto



167/1985, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 29 de octubre de 2019, 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.

De conformidad con el artículo 3.1, f) 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, a esta Junta Consultiva de Contratación le corresponde informar con carácter preceptivo los modelos tipo de pliegos particulares de general aplicación.

El Sr. Secretario General Técnico del Departamento de Hacienda y Administración pública es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, a) del mencionado Reglamento.

II. Necesidad de adaptación de las cláusulas de los diversos pliegos tipo utilizados por la Comunidad Autónoma de Aragón, a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 21 de marzo de derechos y garantías de las personas con discapacidad, así como a su licitación por medios electrónicos, tal y como exige la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

La entrada en vigor de ambas normas exige la necesaria adaptación de los pliegos tipo de licitación, por un lado, para permitir llevar a cabo una licitación pública por



medios electrónicos, tal y como exige la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), - la cual, por adaptaciones tecnológicas, no había podido ser puesta en funcionamiento hasta este momento -, y por otro, para dotarlos de las nuevas medidas destinadas a reforzar y proteger a las personas con discapacidad a través de la contratación pública, medidas que son aplicables desde el pasado 10 de julio de 2019, fecha de entrada en vigor de la Ley 5/2019 .

Esta Junta ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estas novedades y su incorporación a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, mediante el Informe 4/2019, de 10 de octubre, al examinar los pliegos de los procedimientos simplificado y simplificado abreviado, en el que se realizaron varias apreciaciones de carácter general que también son aplicables sin duda al procedimiento abierto, y al que, por ello, nos remitimos.

No obstante, existen peculiaridades propias del procedimiento abierto que demandan el análisis específico de sus pliegos, así como también, el hecho de que en ellos se utilice, como principal herramienta de licitación electrónica, la proporcionada por el Servicio de licitación electrónica de la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLASCP), y no el sistema de Blockchain de Aragón, previsto inicialmente para procedimientos en lo que exista un único sobre conteniendo la propuesta del licitador, como consecuencia de que todos los criterios de adjudicación sean de evaluación automática.

III. Análisis de las modificaciones introducidas en los modelos tipo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de procedimiento abierto, sometidos a Informe.

Las modificaciones introducidas en los pliegos sometidos a informe para expedientes de contratación de obras, servicios y suministros por procedimiento abierto, afectan a la Carátula, -en la que se añade un cuadro de presentación electrónica de ofertas-, y a once de sus Cláusulas -que aluden directamente a las notificaciones telemáticas, a la presentación electrónica de las proposiciones, y a



la apertura de la documentación presentada- así como a tres Anexos del pliego, los numerados como VI, VIII y XII.

El análisis se ha realizado bajo dos puntos de vista, examinando por un lado las cláusulas que se añaden a los pliegos tipo del procedimiento abierto conforme a lo ya indicado en el Informe 4/2019 de esta Junta, y por otro, el examen de cláusulas propias del procedimiento abierto.

En la Carátula, se ha incorporado en todos los pliegos por procedimiento abierto, un nuevo cuadro con dos posibles herramientas para su licitación electrónica, - el Servicio de Licitación Electrónica de PLASCP, o la opción genérica de otro sistema de licitación electrónica, sin determinar,- debiendo optar el órgano de contratación por una de ellas, con la consecuencia de que solo serán admisibles las ofertas presentadas en formato electrónico (ya no en papel), y exclusivamente mediante la herramienta de licitación establecida por el órgano de contratación, y no por otra, tal y como expresamente se recoge el pliego posteriormente en la cláusula 2.2.2.

La cláusula 2.1.8 que se refiere a las «*notificaciones telemáticas*», indica que las notificaciones del procedimiento deben realizarse preferentemente a través de la herramienta denominada -Sistema de Notificaciones Telemáticas del Gobierno de Aragón-, de la que se adjunta el enlace con el fin de facilitar información a los licitadores. Se debe recordar también que la notificación electrónica, tiene reglas específicas para el cómputo de los plazos adaptadas a las características de esta modalidad de notificación, que se contienen en la Disposición adicional decimoquinta de la LCSP.

La cláusula 2.2.2. relativa a la «*presentación electrónica de proposiciones*», hace una distinción dependiendo de si en el procedimiento se va a utilizar la herramienta del Servicio de Licitación Electrónica de la PLASCP, - de la que se facilita tanto la dirección URL mediante certificado electrónico, como el acceso a una Guía de ayuda a empresas licitadoras, - o bien, si se utilizan otros sistemas. En este caso en el que se opta por otra herramienta distinta, los pliegos remiten directamente a



las indicaciones que establezca el órgano de contratación en el propio anuncio de licitación.

Aclara el pliego dos cuestiones de importancia a la hora de la presentación electrónica de las proposiciones; por un lado, cuando la licitación requiera la presentación de algún elemento físico como maquetas o muestras, supuesto en el cual la herramienta de licitación genera unas etiquetas, que vinculan la huella electrónica de la propuesta del licitador con el elemento físico que este deba entregar en el lugar que se le indique en el anuncio de licitación. Por otro lado, se explican al licitador dos soluciones para el supuesto de que se produzcan problemas técnicos, que impidan al licitador completar el envío de su proposición.

En la cláusula 2.2.3. tratando la confidencialidad de las proposiciones se añade un nuevo párrafo que apuesta por presentar en archivos electrónicos diferenciados, la documentación - relativa únicamente a criterios subjetivos - que los licitadores hayan considerado confidencial respecto de la que no lo es, conjugando así el secreto y la confidencialidad de una parte de la proposición, con la integridad de los documentos presentados electrónicamente que impide fragmentar la información que se encripta.

La cláusula 2.2.5 relativa al «*contenido de las proposiciones*» explica la presentación de los tres posibles sobres, en formato electrónico siempre y firmados por el licitador, o persona que lo represente, mediante sistema de firma electrónica. Respecto a los formatos en los que se podrá adjuntar la documentación se establece que será el establecido en el propio anuncio de licitación, y en su defecto, en los enumerados en estos pliegos tipos, dependiendo de si los documentos son textos, imágenes u hojas de cálculo.

Se advierte que cuando la licitación cuente con criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, los cuales siempre son objeto de una evaluación previa, el licitador deberá aportar en el Sobre nº DOS la documentación que le indique expresamente el Anexo XI, documentos que serán siempre



originales, en el formato electrónico requerido, deberán estar firmados, y presentarse junto con un índice de todos ellos. Como siempre se advierte que aunque sean archivos electrónicos, en ningún caso deberán incluirse en este sobre documentos propios del Sobre nº TRES.

En la cláusula 2.2.8.1 del pliego se añade el adjetivo de «electrónica» a la apertura de la documentación administrativa.

La cláusula 2.2.8.2., relativa a la «Apertura y examen de los sobres nº DOS», también se alude a su apertura electrónica a través de un dispositivo electrónico automático, indicándose que esta apertura no se realizará en acto público, opción plausible puesto que la LCSP no lo requiere.

Como consecuencia de ello, y con carácter previo a esta apertura de los sobres DOS, existe el deber de publicar previamente en el perfil de contratante, la calificación de las proposiciones efectuada por la mesa, identificando tanto las que han sido admitidas a la licitación como las rechazadas, indicando en este caso las causas del mismo.

Las actas que reflejen lo sucedido respecto a dicha apertura se publicarán en el perfil de contratante de conformidad con lo dispuesto en el apartado e) del artículo 63 de la LCSP.

Respecto a la «Apertura y examen de los sobres nº TRES», la cláusula 2.2.8.3 añade la necesidad de que, también con carácter previo, se publique en el perfil de contratante el resultado de la valoración de los criterios de adjudicación de evaluación previa. Se alude igualmente al carácter electrónico de la apertura que se realizará en sesión pública en el lugar y fecha indicado en el anuncio de licitación y a la publicación de las actas correspondientes.

En la cláusula 2.2.9 que lleva por título «Valoración de las ofertas», se añade un nuevo párrafo en el que se especifican de forma expresa cuatro supuestos en los que las ofertas no serán objeto de valoración y por lo tanto quedarán excluidas del procedimiento. Cuando no contengan toda la documentación exigida en el pliego y



por ello impidan la valoración de los criterios de adjudicación, cuando la oferta presente defectos que no puedan ser objeto de subsanación, las ofertas que no cumplan con las especificaciones técnicas requeridas, o cuando le falte la documentación exigida necesaria para verificar dicho cumplimiento.

La cláusula 2.3.1 referida a – *Clasificación de las ofertas y propuesta de adjudicación* –, añade un párrafo completo que aplica los criterios de desempate previstos en el apartado cuarto del artículo 74 de la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón.

En este mismo sentido, el Anexo XII del pliego, en su apartado 3 que se refiere a los – *criterios específicos de desempate* –, ha quedado modificado en los mismos términos expuestos en la cláusula 2.3.1, habiendo sido su contenido ya analizado en anteriores Informes por esta Junta, concretamente en el 4/2019 y 10/2018.

Por su parte, en la cláusula 2.3.2 dedicada a la - *Presentación de la documentación justificativa del cumplimiento de los requisitos previos por el licitador que haya presentado la mejor oferta* - se ha añadido también, y en aplicación de la misma norma de protección a personas con discapacidad, un punto nuevo en la documentación que debe presentar el licitador propuesto como adjudicatario, el numerado como 10º, que le requiere para que justifique que está cumpliendo con la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad legalmente prevista. La documentación acreditativa se exige únicamente a los licitadores que, por su tamaño, tengan la obligación legal de cumplir con la cuota de reserva.

El punto número 7º de la misma cláusula, que se refería ya antes a la acreditación por el licitador de la efectiva disposición de los medios personales y/o materiales que se necesitan para la ejecución del contrato, se aprovecha para ser redactado de una forma más completa y advirtiendo al licitador que los mismos no podrán ser sustituidos de forma unilateral, puesto que requerirán en todo caso de una previa autorización del órgano de contratación que verifique que el cambio obedece a causas imprevisibles, así como su equivalencia con los medios sustituidos.



Por último, se añaden algunas puntualizaciones en los Anexos VI – en el que también respecto a la adscripción de medios se indica que, es suficiente en fase de licitación con la declaración del licitador efectuada en el propio DEUC-; o en el Anexo VIII, que obliga a indicar el tipo impositivo de IVA.

En definitiva, se considera que las adaptaciones introducidas en los tres pliegos tipo sometidos a informe, son correctas y necesarias para la utilización lo antes posible de una licitación electrónica.

IV. Acto de apertura en los procedimientos abiertos licitados electrónicamente. Apertura pública de las ofertas, o simple publicidad posterior del acto de apertura. Análisis de artículo 157.4 LCSP.

La continuidad o no de la apertura pública de las ofertas económicas es una cuestión controvertida cuyo análisis debe realizarse necesariamente al examinarse los modelos de pliegos tipo por procedimiento abierto objeto de este informe.

El legislador, como en otras ocasiones, no siempre es claro en sus redacciones. La tramitación electrónica de las proposiciones de los licitadores es obligatoria sin duda, desde la entrada en vigor de la LCSP, pero en cambio, la redacción del artículo 157 sobre el examen de estas es confusa, y a priori parecería que hace depender una apertura pública de las ofertas económicas, del hecho de que la licitación sea realiza con medios electrónicos o no, lo cual es un contrasentido, puesto que la tramitación electrónica es obligatoria.

Por ello se considera que, dado que la regulación de los actos de apertura de la documentación presentada por el licitador, es dispersa y de contenido variable a lo largo de la LCSP, resulta necesaria una lectura integral y sistemática del conjunto de la norma y no una lectura de forma individual de dicho párrafo, para tomar una decisión al respecto.

Así, se pueden extraer las siguientes ideas con las que debemos conjugar la decisión de optar por una apertura publica de las proposiciones evaluables automáticamente, o bien simplemente por dar publicidad posterior del resultado de



dicha apertura, cuestiones que son obviamente distintas. Determinar, en definitiva, si la publicidad afecta al acto mismo de apertura, o solamente a su resultado.

1.- En primer lugar, la redacción del apartado 4 del artículo 157 es exacta a la redacción anterior del TRLCSP, por lo que la obligatoriedad de la licitación electrónica propia de la LCSP, en nada lo ha alterado.

2.- Para resultar más confuso, el artículo 159 al regular el procedimiento simplificado sí exige expresamente la celebración de este acto público, al determinar su apartado 4 d) «*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*», siendo que estos procedimientos están configurados para ser más simplificados y ágiles que el procedimiento abierto.

Teniendo que realizar por lo tanto, de forma necesaria, una apertura pública de las ofertas evaluables automáticamente, en contratos de importes inferiores a 2 millones de euros, en el caso de contratos de obra, o a 100 000 euros en licitaciones de suministros o servicios, las cuales deben ser presentadas igualmente por medios electrónicos, parece sin duda más lógico todavía, llevar a cabo también la misma apertura pública cuando las proposiciones objeto de valoración automática, ascienden a importes muy superiores y el procedimiento ya no está simplificado. ¿Tiene entonces sentido entender que se elimina esta apertura pública en el procedimiento abierto, por regla general más cuantioso y con probablemente más interesados en él?

3.- El apartado 4 f) del mismo artículo 159, vuelve de nuevo a referirse a la apertura pública de los sobres evaluables económicamente, cuando establece que «*en todo caso, la valoración a la que se refiere la letra anterior deberá estar efectuada con anterioridad al acto público de apertura del sobre que contenga la oferta evaluable*



a través de criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. En dicho *acto público* se procederá a la lectura del resultado de aquella».

Para el procedimiento abierto, el artículo 146 de la LCSP precisa también en términos muy similares, que, en todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se deberá realizar después de efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello, y estableciendo que « *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 valorarán mediante la mera aplicación de fórmulas*».

4.- El artículo 157 en su apartado cuarto, comienza de forma contundente, «*en todo caso*», la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, para finalmente añadir «*salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos*».

La conclusión de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 6/2018, es que no será necesario celebrar este acto público en los procedimientos abiertos, 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. Y, de ser así, sin embargo, esta lógica, no se aplicaría después en el procedimiento simplificado, igualmente electrónico, con las mismas garantías de integridad y secreto de las proposiciones.

Por ello quizá, se podría entender que lo que pretendía el legislador, es reorientarnos con la tramitación electrónica hacia nuevas configuraciones de la apertura pública, de manera que ya no sea necesariamente la única posibilidad una apertura pública física o presencial, sino también una telemática que ahorre costes y tiempo a todas las partes implicadas, pero consistente en un acto de apertura con publicidad en todo caso, y no solo con una publicidad de sus resultados.



5.- En cambio, el apartado 6 d) del artículo 159, en sede de la tramitación de un procedimiento abierto simplificado abreviado, si permite expresamente que el acto de apertura de las ofertas no sea público, pero no por estar ante una licitación electrónica, pues todas las licitaciones lo serán ya, sino por la gran simplicidad del procedimiento que tiende a tener una valoración de las ofertas que se realice de forma totalmente automática a través de un dispositivo informático, el cual, además, debe garantizar que la apertura no se realiza hasta que haya finalizado el plazo de presentación de la proposiciones.

d) La valoración de las ofertas se podrá efectuar automáticamente mediante dispositivos informáticos, o con la colaboración de una unidad técnica que auxilie al órgano de contratación.

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.

6.- Por otro lado, si examinamos el Anexo III de la LCSP que lleva por título la «*Información que debe figurar en los anuncios*», podemos observar que mantiene en su punto 21, respecto de los procedimientos abiertos, la obligación de indicar en el anuncio de licitación tanto la fecha, como la hora y el lugar de la apertura de las plicas, así como las personas autorizadas a asistir a dicha apertura.

Este Anexo es copia literal de lo establecido en la Directiva 2014/24/UE para el procedimiento abierto.

Recientemente, con fecha 25 de octubre de 2019, se ha publicado el Reglamento de ejecución (UE) 2019/1780 de la Comisión, aplicable a partir del 14 de noviembre de 2022, que establece los formularios normalizados para la publicación de anuncios en el ámbito de la contratación pública, y exige como obligatorio indicar la fecha y la hora de la apertura «pública» de las ofertas, en los procedimientos de licitación electrónica.



7.- Finalmente, el principio de publicidad en materia de contratación pública implica, en esencia, no solo garantizar la integridad y el secreto de las proposiciones – lo que se consigue efectivamente a través de dispositivos electrónicos-, sino también que, los poderes públicos ofrezcan la máxima divulgación a todo tipo de actos y comunicaciones en materia de contratación pública, de manera que se garantice la correcta visualización de los mismos por parte de los candidatos o interesados en el procedimiento. Con la publicidad se alcanzará la transparencia de manera que no hay transparencia sin publicidad.

Estos principios se ven sin duda, muy reforzados con la incorporación de medios informáticos y telemáticos en la contratación, por eso quizá lo más adecuado sea reconsiderar el «acto público» de apertura de las propuestas en el procedimiento abierto, como destinado a no ser exclusivamente un acto presencial o físico de apertura pública como hasta ahora, - al desaparecer el sobre de proposiciones en papel- , sino también con la posibilidad de realizar una apertura pública de carácter telemático o virtual, ya sea a través de mecanismos que ofrezca la propia herramienta electrónica de licitación, o mediante retransmisiones en tiempo real de la apertura en streaming, videoconferencia, o cualquier medio, que permita la publicidad del acto mismo de la apertura, y no solo la publicidad de su resultado, sobre todo en procedimientos de licitación de contratos de cuantías relevantes con mucho interesados en el procedimiento.

En definitiva, como ya quedó establecido en alguna de las enmiendas en el Congreso al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, la LCSP apuesta plenamente por una licitación electrónica, pero permanece inalterable en cambio, toda la estructura de licitación de la regulación anterior.

Se mantiene la regulación de los actos públicos de apertura de las ofertas sin repensar su encaje y procedimiento en el escenario de la contratación pública electrónica, lo mismo sucede con las reuniones de las Mesas de Contratación que no se rediseñan conforme a las nuevas tecnologías.



Muchos plazos y términos apenas sufren cambio o incluso se mantienen con los cómputos que existían cuando las proposiciones se presentaban en papel y se tenían que remitir por ello de una forma física.

Es decir, se considera necesaria una regulación específica y más concreta de los trámites internos del expediente de contratación en los procedimientos de licitación, cuando se utilicen íntegramente medios informáticos.

Por ello, con la finalidad de ser garantistas y evitar posibles recursos por cuestiones procedimentales a los que pudiera dar lugar una restringida publicidad, hasta que el legislador aclare que los procedimientos abiertos de licitación electrónica, - a diferencia de los procedimientos más simplificados -, ya no requieren en ningún caso de una apertura pública de las ofertas, se propone continuar realizando la misma, efectuándose de una forma similar a la que vaya a realizar en los procedimientos abiertos simplificados, tramitados igualmente de forma electrónica.

Apertura pública, presencial o telemática, pero que permita verificar públicamente la efectiva apertura de las proposiciones en ese momento y no en otro, y no solo hacer público el resultado de la apertura, como se viene haciendo con la publicación de las Actas de las mesas, entendiendo el acto de apertura pública como la publicidad de la apertura misma.

Son múltiples los mecanismos que permitirían realizar una apertura pública, sin que esta tenga que requerir la presencia física de los asistentes al acto, como las retransmisiones en streaming, a través de videoconferencia en tiempo real, estableciendo una apertura on line del dispositivo con la propuesta de manera que se visualice su contenido a la vez por todos los usuarios registrados, y no solo por los miembros de la Mesa, o en definitiva, cualquier otro que se estime pertinente, o en todo caso, ante la falta de estos medios, facilitar una apertura pública presencial de la apertura electrónica.



III. CONCLUSIÓN

Se informa favorablemente, la adaptación de los tres modelos tipo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de procedimiento abierto, a la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón, así como su adecuación a una licitación por medios electrónicos, exigida por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, pudiendo ser extensivos, previa aprobación del órgano competente, al resto de Departamentos y organismos públicos del Gobierno de Aragón.

Informe 5/2019, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión de 29 de octubre de 2019.

EL PRESIDENTE

P.S. LA PRESIDENTE SUPLENTE

*(Orden de 16 de septiembre de 2019 del
Consejero de Hacienda y Administración Pública)*

M^a Josefa Aguado Orta