

Informe 6/2017, de 19 de junio, sobre cuestiones relacionadas con la contratación electrónica

I – ANTECEDENTES

El Director de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“El pasado 3 de octubre de 2016 entró en vigor, conforme a lo dispuesto en la Disposición Final Séptima, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPAC), suscitándose dudas respecto a la aplicación de determinadas previsiones allí contenidas a los procedimientos de contratación.

1.- En concreto, sobre la obligación a relacionarse electrónicamente con la Administración Pública, el artículo 14 de la LPAC establece que “En todo caso, estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, al menos, los siguientes sujetos:

- a) Las personas jurídicas.*
- b) Las entidades sin personalidad jurídica.*
- c) 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. En todo caso, dentro de este colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles.*
- d) Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración.*
- e) Los empleados de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma que se determine reglamentariamente por cada Administración”.*

Al respecto se suscitan las siguientes dudas cuando las personas licitadoras sean algunas de las comprendidas en el artículo transcrito:

A.- La Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía y, salvo desconocimiento por parte de esta entidad, la Junta de Andalucía no tiene implantada a fecha de hoy ni, por tanto, en funcionamiento, una plataforma de licitación electrónica que permita la presentación de las proposiciones para participar en una licitación pública por medios electrónicos de forma que se garantice el secreto de las proposiciones en los términos que se exige en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, TRLCSP).

A raíz de la entrada en vigor de la norma y atendiendo a su aplicación, conforme al artículo 2.2 al sector público institucional, en el que se encuentra integrado la Agencia, ¿puede entenderse como preceptiva la implantación de un sistema de licitación electrónica o puede mantenerse la presentación de las ofertas por medios presenciales en las oficinas de registro?.



B. ¿Es obligatoria la presentación por medios telemáticos respecto a los restantes trámites a sustanciar a lo largo del procedimiento de licitación por parte de las personas licitadoras comprendidas en el citado artículo? Nos referimos a trámites como los siguientes: (i) subsanación de la documentación presentada en el sobre número 1; (ii) trámite de audiencia para justificar una eventual oferta anormal o desproporcionada; (iii) presentación de la documentación acreditativa de los requisitos previos (artículo 146.1 del TRLCSP) cuando se haya sustituido por la presentación de la declaración responsable o el Documento Europeo Único de Contratación; (iv) presentación de la documentación acreditativa de los requisitos previos.

Esta Agencia entiende, salvo opinión contrario de la Comisión Consultiva, que si bien el artículo 16 de la LPAC se encuentra en situación de vacatio legis por mor de la Disposición Final séptima de la misma que establece que las previsiones relativas al registro electrónico no producirán efectos hasta los dos años de la entrada en vigor de la Ley, respecto a esta concreta cuestión resulta de aplicación lo dispuesto en los artículos 24 y siguientes de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (en lo sucesivo, Ley 11/2007) de conformidad con la Disposición Transitoria de la propia LPAC.

Así, la Junta de Andalucía cuenta con un registro electrónico que permite la presentación electrónica de documentación dirigida a esta entidad (<https://ciudadania.chap.junta-andalucia.es/ciudadania/>), dejando constancia de la hora y fecha exacta de presentación de la documentación, proporcionando a la documentación el correspondiente sello de registro de @ries, de forma que considera esta entidad, salvo criterio en contrario de la Comisión Consultiva de Contratación, que, existiendo los medios a disposición de las personas licitadoras y porporcionándose la posibilidad de incorporar la documentación mediante copias digitales auténticas, para los trámites señalados podrá exigirse que se aporte la documentación a través de los citados medios telemáticos.

II. El artículo 70.2 de la LPAC proclama que “los expedientes tendrán formato electrónico y se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita. Asimismo, deberá constar en el expediente copia electrónica certificada de la resolución adoptada”.

En materia de contratación pública, ¿resulta aplicable la obligación de que el expediente de licitación tenga formato electrónico?

Si ello fuera así, ¿cómo se conjuga, en caso de presentación de la documentación (por ejemplo, las proposiciones de las personas licitadoras) por medios no telemáticos, con la obligación de dotar al expediente del citado formato electrónico? ¿Es preciso digitalizar la documentación a fin de dotar del carácter electrónico a la documentación emitida en formato papel?”.



II – INFORME

1. Previamente al examen de las cuestiones resulta necesario indicar que, de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 26/2007, de 6 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía modificado por el Decreto 122/2014, de 26 de agosto, la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (en adelante, IDEA) es una Agencia Pública Empresarial de las previstas en el artículo 68.1 b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía. A efectos contractuales tiene la consideración de Administración Pública, de conformidad con el artículo 62.1 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, que dispone que *“el régimen de contratación de las agencias, salvo las agencias públicas empresariales previstas en el artículo 68.1.a) de esta Ley, será el establecido para las Administraciones Públicas en la legislación de contratos del sector público”*.

Pues bien, IDEA solicita consulta sobre varias cuestiones, que le suscitan dudas, relativas a la aplicación de lo previsto en algunos preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) a los procedimientos de contratación. La respuesta a las mismas requiere, con anterioridad, plantearnos si la LPAC es de aplicación a los procedimientos de contratación pública.

El artículo 149.1.18ª de la Constitución Española confiere al Estado la competencia exclusiva para regular el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, configurándose la LPAC como una Ley de carácter básico aplicable a todas las Administraciones Públicas. Sin perjuicio del carácter básico de la LPAC, habría que tener en cuenta lo dispuesto en su disposición adicional primera con respecto a la aplicación supletoria de la misma en relación con determinadas actuaciones y procedimientos que cita.

En concreto, la disposición adicional primera de la LPAC que lleva como rúbrica *“Especialidades por razón de materia”* dispone lo siguiente:

“1. Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales.

2. Las siguientes actuaciones y procedimientos se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en esta Ley:

a) Las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en materia tributaria y aduanera, así como su revisión en vía administrativa.

b) Las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo.

c) Las actuaciones y procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería.

d) Las actuaciones y procedimientos en materia de extranjería y asilo”.

Los procedimientos enumerados en el apartado segundo de la disposición adicional transcrita ya se mencionaban en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (disposiciones adicionales quinta,



sexta, séptima y octava bis), disponiendo asimismo el carácter supletorio de esta Ley a los mismos, pero no el contenido de su apartado primero que se presenta *ex novo*.

Si bien la LPAC no cita el procedimiento de contratación como un procedimiento especial, realizando una interpretación de la citada disposición, no parece que haya sido intención del legislador agotar o limitar los procedimientos a los que la propia LPAC resultaría de aplicación supletoria a los que enumera en su apartado segundo, ni asimismo cabría entender que lo dispuesto en el apartado primero de la disposición ha de referirse sólo u obligatoriamente a los procedimientos enumerados en el apartado segundo.

A mayor abundamiento, el apartado primero de la disposición final tercera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) prevé que *“Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenido en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias”*. Véase, además, que la expresión utilizada es el carácter subsidiario de la LPAC y no el carácter supletorio, siendo esta última expresión la utilizada en el derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2002, de 16 de junio, en su disposición adicional séptima *“Los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siendo de aplicación supletoria los de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*.

Asimismo, conviene recordar que el borrador del Texto del Proyecto de la Ley de Contratos del Sector Público que ha sido remitido al Congreso de los Diputados para su tramitación parlamentaria, y que incorporará al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, sigue manteniendo el carácter subsidiario de la LPAC en su disposición final segunda *“Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias”*, a salvo de las modificaciones al respecto que puedan producirse a lo largo de la tramitación parlamentaria.

Por tanto, esta Comisión entiende que, sin perjuicio del carácter básico de la LPAC, y aunque el procedimiento de contratación no se cita en esta Ley como procedimiento especial, el TRLCSP declara expresamente el carácter subsidiario de la LPAC con respecto a los procedimientos de contratación. De forma que este carácter subsidiario viene a significar que la LPAC será de aplicación a los procedimientos de contratación en aquellos aspectos en los que exista ausencia de regulación de aspectos contenidos en el TRLCSP, sin perjuicio de aquellas remisiones expresas a la LPAC contenidas en éste.

En este sentido, las cuestiones planteadas hacen referencia a preceptos de la LPAC que parecen suscitar dudas al órgano consultante pero teniendo en cuenta lo manifestado sobre el carácter subsidiario de esa Ley, realizaremos algunas consideraciones de carácter general de acuerdo con lo



regulado en el TRLCSP y sólo en el caso de ausencia de regulación a lo planteado, nos remitiremos a la LPAC.

2. Las cuestiones planteadas pueden resumirse en la preceptiva o no implantación de un sistema de licitación electrónica y en la obligatoriedad de que el expediente de licitación tenga formato electrónico.

Las referencias a la utilización de medios electrónicos en los procedimientos de contratación se contienen a lo largo del articulado del TRLCSP. Así, podríamos indicar algunos ejemplos como el artículo 96.3 que permite la posibilidad de acreditar la constitución de garantía por medio electrónicos, salvo que en el pliego se establezca lo contrario; el artículo 146.3 que prevé la posibilidad de que el certificado del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas pueda ser expedido electrónicamente, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos o en el anuncio del contrato; o el apartado h) de la disposición adicional decimosexta que dispone que *“las referencia de esta Ley a la presentación de documentos escritos no obstarán a la presentación de los mismos por medios electrónicos”*. Asimismo, el TRLCSP regula otros contenidos relacionados con la contratación pública electrónica como son el Perfil de Contratante, la Plataforma de Contratación del Sector Público o la subasta electrónica.

No obstante lo anterior, la disposición adicional decimoquinta establece las normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en el TRLCSP y la disposición adicional decimosexta el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en el TRLCSP, legislación básica conforme a la disposición final segunda del TRLCSP.

Dispone la disposición adicional decimoquinta del TRLCSP *“1. Las comunicaciones e intercambios de información que deban efectuarse en los procedimientos regulados en esta Ley podrán hacerse, de acuerdo con lo que establezcan los órganos de contratación o los órganos a los que corresponda su resolución, por correo, por telefax, o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. Las solicitudes de participación en procedimientos de adjudicación podrán también hacerse por teléfono, en el caso y en la forma previstos en el apartado 4 de esta disposición adicional”*.

2. Para que puedan declararse admisibles, los medios de comunicación deberán estar disponibles de forma general y, por tanto, de su uso no debe derivarse ninguna restricción al acceso de los empresarios e interesados a los correspondientes procedimientos.

3. Las comunicaciones, los intercambios y el almacenamiento de información se realizarán de modo que se garantice la protección de la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas y de las solicitudes de participación, así como que el contenido de las ofertas y de las solicitudes de participación no será conocido hasta después de finalizado el plazo para su presentación o hasta el momento fijado para su apertura.

4. Los órganos de contratación podrán admitir la comunicación telefónica para la presentación de solicitudes de participación, en cuyo caso el solicitante que utilice este medio deberá confirmar su solicitud por escrito antes de que expire el plazo fijado para su recepción.



Los órganos de contratación podrán exigir que las solicitudes de participación enviadas por telefax sean confirmadas por correo o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, cuando ello sea necesario para su constancia. Esta exigencia deberá ser recogida en el anuncio de licitación, con indicación del plazo disponible para su cumplimentación.

5. Los medios electrónicos, informáticos y telemáticos utilizables deberán cumplir, además, los requisitos establecidos en la disposición adicional decimosexta”.

Asimismo, el apartado 3 de la disposición adicional decimosexta dispone que *“En cumplimiento del principio de transparencia en la contratación y de eficacia y eficiencia de la actuación administrativa, se fomentará y preferirá el empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos contemplados en esta Ley por parte de los licitadores o los candidatos. En todo caso en el ámbito de la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ésta, dichos medios deberán estar disponibles en relación con la totalidad de los procedimientos de contratación de su competencia”.*

El TRLCSP fomenta el uso preferente de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación, y lo cita como uno de los medios que el órgano de contratación puede establecer para efectuar comunicaciones o intercambios de información con las personas licitadoras pero no lo establece como preceptivo, no imponiendo, de este modo, un sistema de licitación electrónica, entendiendo que nada obsta que la presentación de las ofertas por parte de las personas licitadoras pueda realizarse por medios presenciales en las oficinas de registro.

En todo caso, sea cual fuere el medio por el que el órgano de contratación opte tendrá que tener en cuenta que *“para que puedan declararse admisibles, los medios de comunicación deberán estar disponibles de forma general y, por tanto, de su uso no debe derivarse ninguna restricción al acceso de los empresarios e interesados a los correspondientes procedimientos”.*

No obstante lo previsto en el TRLCSP sobre esta cuestión, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE regula en su artículo 22 las normas aplicables a las comunicaciones estableciendo la obligatoriedad de las comunicaciones electrónicas en los procedimientos de contratación, particularmente en lo que respecta a la presentación de ofertas.

En concreto su apartado 1 dispone que *“Los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información en virtud de la presente Directiva, y en particular la presentación electrónica de ofertas, se lleven a cabo utilizando medios de comunicación de conformidad con los requisitos establecidos en el presente artículo. Las herramientas y dispositivos que deban utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, serán no discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general, y no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación(...)”.* Sin perjuicio de lo dispuesto en este párrafo, este apartado prevé que los poderes adjudicadores no estarán obligados a exigir el empleo de medios de comunicación electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas en los casos que enumera.



Cuestión importante es señalar que si bien la Directiva 2014/24/UE entró en vigor, con carácter general, el 18 de abril de 2016, fecha de finalización del plazo de transposición de la misma al ordenamiento jurídico español, en lo que respecta a la entrada en vigor de la obligatoriedad de las comunicaciones electrónicas contenidas en el artículo 22.1, el artículo 90 de esta Directiva establece la posibilidad de que los Estados miembros pudieran aplazar lo dispuesto en ese apartado hasta el 18 de octubre de 2018 (excepto cuando el uso de medios electrónicos sea obligatorio en los que respecta a sistemas dinámicos de adquisición, subastas electrónicas, catálogos electrónicos, modalidades de publicación de anuncios y disponibilidad electrónica de los pliegos de la contratación). En el caso de que el Estado miembro opte por aplazar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1, el artículo 90.2 de la citada Directiva dispone que éste *“deberá disponer que los poderes adjudicadores estén facultados para elegir entre los siguientes medios de comunicación para todas las comunicaciones y todos los intercambios de información:*

- a) medios electrónicos con arreglo al artículo 22;*
- b) correo postal o cualquier otro medio apropiado;*
- c) fax;*
- d) una combinación de estos medios”.*

En este sentido, y dado que el citado artículo 22.1 de la Directiva 2014/24/UE tiene eficacia demorada hasta el 18 de octubre de 2018 será a partir de esa fecha cuando sea plenamente aplicable a los procedimientos de contratación la obligatoriedad de las comunicaciones electrónicas y, en concreto, la obligatoriedad de la presentación de las ofertas por medios electrónicos (sin perjuicio de las excepciones que prevé la Directiva), salvo que con anterioridad a esa fecha se apruebe el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público actualmente en fase de tramitación parlamentaria.

Con respecto a lo contenido sobre las cuestiones a tratar, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público dispone en su disposición adicional decimoquinta, apartado 2 *“La tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en la presente Ley conllevará la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los mismos por medios exclusivamente electrónicos”* y en el apartado 3 *“La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional”*. Aunque en ambos casos se establecen excepciones.

Por tanto, y hasta la entrada en vigor de lo contenido en el artículo 22.1 de la Directiva 2014/24/UE, seguirá siendo aplicable lo dispuesto en las disposiciones adicionales decimoquinta y decimosexta del TRLCSP, no siendo obligatoria la presentación de ofertas por medios electrónicos.

3. Asimismo, y aunque en el TRLCSP no se menciona la obligatoriedad del formato electrónico del expediente de contratación, entiende esta Comisión que al objeto de revestir coherencia y uniformidad a lo concerniente a las obligaciones relativas a la contratación pública electrónica, no procedería proclamar la obligatoriedad del formato electrónico del expediente de contratación, considerando que su obligatoriedad se acompase a partir del momento que se hiciera obligatoria la licitación electrónica. Ello no impide que el órgano de contratación, a efectos de simplicidad y organización en la gestión de la documentación que debe conformar el expediente de contratación,



pueda optar por digitalizar la documentación emitida en formato papel pero siempre teniendo en cuenta lo manifestado.

III – CONCLUSIONES

1. De conformidad con lo establecido en la disposición final tercera del TRLCSP, a los procedimientos de contratación le será de aplicación la LPAC con carácter subsidiario.

2. Hasta la entrada en vigor del artículo 22.1 de la Directiva 2014/24/UE con respecto a la obligación de las comunicaciones electrónicas y en concreto la obligatoriedad de la presentación de las ofertas por medios electrónicos, que tendrá lugar el 18 de octubre de 2018, salvo que con anterioridad a esa fecha se apruebe la nueva Ley de Contratos del Sector Público en lo que en éste pueda disponerse al respecto, seguirá siendo aplicable lo dispuesto en las disposiciones adicionales decimoquinta y decimosexta del TRLCSP, no siendo, por tanto, obligatoria la presentación de las ofertas por medios electrónicos.

3. Al objeto de revestir coherencia y uniformidad a lo concerniente a las obligaciones relativas a la contratación pública electrónica, no procedería proclamar la obligatoriedad del formato electrónico del expediente de contratación, considerando que su obligatoriedad se acompase a partir del momento que se hiciera obligatoria la licitación electrónica

Es todo cuanto se ha de informar.

