



**INFORME 2/2019, DE 25 DE ABRIL, SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA APERTURA, POR ERROR, DE LAS OFERTAS ANTES DEL ACTO PÚBLICO PREVISTO PARA ELLO EN UN PROCEDIMIENTO ABIERTO CON LICITACIÓN ELECTRÓNICA.**

**ANTECEDENTES**

La Directora Gerente de la Agencia de Vivienda Social ha dirigido escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicitando emisión de informe en los siguientes términos:

*De conformidad con lo establecido en el artículo 38.2 del Reglamento General de Contratación pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid ostenta entre sus funciones la de informar sobre las distintas cuestiones que en materia de contratación administrativa se sometan a su consideración.*

*En su virtud se eleva la siguiente consulta en materia de contratación pública en los siguientes términos:*

**ANTECEDENTES DE HECHO**

*Primero.- Mediante Resolución de 10 de diciembre de 2018 de la Dirección Gerencia de este Organismo (se adjunta como documento número 1), se acuerda el inicio del procedimiento para la contratación de las obras titulado “URBANIZACIÓN COLONIA ALTO DEL ARENAL, PROYECTO DE URBANIZACIÓN APD 14/2 Y ESTUDIO DE DETALLE 13/7 EN API 13.03 VALLECAS (MADRID)”, seguido con el número de expediente A/OBR-026119/2018.*

*De conformidad con la documentación presentada por la Unidad Proponente y, en particular, la propuesta de contratación elevada a tal efecto (se adjunta como documento 2), el expediente es dado de alta por esta Unidad en el sistema de gestión NEXUS como procedimiento abierto simplificado con pluralidad de criterios (sin criterios sometidos a juicio de valor).*

*Teniendo en cuenta la documentación obrante en ese momento en el expediente es incluida en NEXUS, se solicita el preceptivo informe de los Servicios Jurídicos.*

*Segundo.- Con fecha de 17 de diciembre de 2018 se emite el citado informe jurídico (se*

*adjunta como documento 3), en el que, entre otras cuestiones, se indica lo siguiente:*

En el caso que nos ocupa, la cláusula novena del Capítulo Primero del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares menciona en dos ocasiones como valor estimado del contrato la cantidad de 2.307.408,67 euros, lo que excluiría la posibilidad de tramitar dicho contrato a través de un procedimiento abierto simplificado por superar el umbral previsto en el ya citado art. 159.

Sin embargo podría ser que esta cantidad no se refiriera al valor estimado sino al importe total incluido el IVA, por lo que en opinión de este Servicio Jurídico debe procederse a aclarar cuál es exactamente el valor estimado del contrato y cuál es el importe total del mismo a efectos de determinar la correcta o no utilización del procedimiento abierto simplificado.

*A este respecto se emite la correspondiente contestación formulada por la Unidad Proponente (se adjunta como documento 4) en el que se indica lo siguiente:*

Se atiende la consideración y siguiendo las indicaciones del Letrado, se aclara que 2.307.408,67 se corresponde con el valor estimado del contrato, de conformidad con lo previsto en el apartado cuarto de la cláusula primera, con lo que el procedimiento a aplicar sería el abierto con pluralidad de criterios y no el abierto simplificado, por lo que se ha procedido a modificar el PCAP en este sentido, tomando el pliego tipo previsto para este tipo de procedimientos.

*Dando cumplimiento a la consideración efectuada por los Servicios Jurídicos, se procedió a modificar el pliego para adaptarlo al procedimiento abierto (no simplificado) con pluralidad de criterios (sin criterios sometidos a juicio de valor), incluyéndose tal documento modificado en el sistema.*

*Tercero.- Por parte del Área de Contratación de este Organismo y una vez que se produjeron las modificaciones indicadas (se adjuntan como documentos 5 y 6 respectivamente, el pliego de cláusulas administrativas particulares tras informe del Servicio Jurídico y la resolución aprobando el mismo), se intentó trasladar el cambio del procedimiento inicialmente asignado en el Sistema, debiendo pasar de abierto simplificado a abierto. Al intentar llevar a cabo esta tarea, se comprueba que el Sistema no permite dicha modificación, con lo que se procede a dar traslado de la oportuna incidencia a MADRID DIGITAL, responsable técnico a estos efectos del mencionado Sistema. De esta forma, con fecha de 18 de diciembre de 2018 se abre la incidencia número 18-5862769 en la que se indica lo siguiente:*

*Tiene un expediente que se ha dado de alta como abierto simplificado y tiene que ser sólo abierto. Exp. A/OBR-02619/2018*

*La respuesta a esta incidencia por parte de MADRID DIGITAL fue la siguiente:*

Se habla con usuaria y se explica la imposibilidad de modificar un expediente abierto simplificado a abierto debido a los trámites y diferentes circuitos por los que atraviesa el mismo a posteriori.

*Cuarto.- No obstante lo anterior, y estimando que la incidencia técnica surgida debía ser resuelta y, en modo alguno, puede suponer un obstáculo a la adecuada tramitación administrativa del expediente de contratación seguida hasta ese momento, mediante Resolución de 27 de diciembre de 2018 de la Dirección Gerencia de este Organismo, y previa autorización del gasto del Consejo de Gobierno, se aprueba el expediente y se acuerda la apertura del procedimiento abierto para la adjudicación y ejecución del contrato de obras titulado “URBANIZACIÓN COLONIA ALTO DEL ARENAL, PROYECTO DE URBANIZACIÓN APD 14/2 Y ESTUDIO DE DETALLE 13/7 EN API 13.03 VALLECAS (MADRID)”, seguido con el número de expediente A/OBR-026119/2018.*

*La licitación se hace pública mediante su publicación en el Portal de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid el 28 de diciembre de 2018, habiéndose presentado a la licitación 10 empresas.*

*Quinto.- Tras diversos contactos con los responsables técnicos y funcionales del Sistema, se nos indica, definitivamente, la imposibilidad técnica de llevar a cabo el cambio de procedimiento, de forma que toda la documentación contenida en las proposiciones presentadas, sería descriptada en un solo acto, planteándonos la posibilidad de ocultar en el sistema la documentación correspondiente a los criterios automáticos y la proposición económica hasta el día de la apertura pública. La actuación correspondiente a la ocultación de la referida documentación se llevaría a cabo de forma inmediata y en presencia de los miembros de la mesa una vez que se hubiera llevado a cabo el descriptado de la misma y sin que se produjese acceso o visualización alguna de la mencionada documentación, para lo cual se realizaría una llamada por parte de la Secretaría de la Mesa a los técnicos competentes de Madrid Digital para que ejecuten esta tarea.*

*Sexto.- El día 8 de febrero de 2018 se celebra la primera mesa para la calificación*

*de la documentación administrativa (se adjunta como documento 7) y expuestas estas circunstancias por parte de la Secretaría de la Mesa, se acuerda suspender la celebración de la misma sin que se proceda al descriptado de documentación alguna hasta que se aclare la posibilidad técnica del mantenimiento del secreto de las ofertas hasta el acto de apertura pública previsto para ello.*

*Séptimo.- Con objeto de dar respuesta a las dudas suscitadas, mediante correo electrónico de 19 de febrero de 2019 remitido por el responsable del Área de Ordenación de Procedimientos de la Subdirección General de Coordinación de la Contratación Pública a la Subdirección General de Coordinación Administrativa de la Agencia de Vivienda Social, se informa lo siguiente en lo que se refiere al proceso a seguir:*

El proceso es el siguiente: la mesa tiene que pulsar el botón de descriptar y, hasta que no esté descriptado, el equipo de mantenimiento no puede actuar sobre la oferta. Como se van descriptado una a una, irá actuando sobre cada una de ellas. El tiempo que pase entra la finalización del descriptado y la ocultación de la oferta, por parte del equipo de mantenimiento es el periodo en el que alguien que esté consultando en ese momento el expediente y se encuentre en la pestaña de ofertas pudiera ver la información (1 minuto?).

*Asimismo, mediante correo electrónico de 26 de febrero de 2019 remitido por la responsable del Área de Transportes, Vivienda e Infraestructuras de Madrid Digital a la Secretaría General de la Agencia de Vivienda Social, se informa de lo siguiente:*

Durante el tiempo en que la oferta se descripta y el equipo la oculta, se puede garantizar que sólo tienen acceso los usuarios de la Comunidad de Madrid con acceso a Nexus ECCL y con un determinado perfil específico. Si en este mínimo intervalo de tiempo alguien accediese a manipular los datos de la oferta, quedaría reflejado en el sistema el usuario que lo ha realizado y la modificación efectuada.

*Octavo.- El 28 de febrero de 2018 se reanuda la sesión de la Mesa para la calificación de la documentación administrativa. En virtud de lo expuesto y tras haber recabado el asesoramiento y técnico y funcional de los responsables competentes del Sistema, por parte de la Secretaría de la Mesa se informó a sus miembros de que la forma de proceder, si así se estimaba oportuno, sería la indicada por parte del responsable del Área de Ordenación de Procedimientos de la Subdirección General de Coordinación de la Contratación Pública, de forma que una vez que se llevara a cabo el descriptado de la documentación, de forma inmediata y con carácter previo al acceso y visualización de cualquier documentación, se solicitaría telefónicamente la asistencia de Madrid Digital para que proceda, en ese mismo acto y en presencia de la Mesa, a ocultar las ofertas,*

*bloqueando los accesos para que durante ese periodo no puedan producirse accesos al expediente. Estando todos los miembros de acuerdo, así se procedió, de forma que una vez que se llevaron a cabo las operaciones descritas y sin que se hubiera accedido o visualizado la documentación relativa a los criterios evaluables mediante fórmula o a las proposiciones económicas presentadas por los licitadores, se procedió a la calificación de la documentación administrativa, sin más trámite, constando únicamente en el sistema, en la parte correspondiente a la gestión del mismo y que visualizó por la mesa, la documentación administrativa.*

*Noveno.- No obstante lo anterior, al día siguiente se comprueba que la documentación inicialmente ocultada, aparecía en el Sistema en un apartado diferente al consultado y visualizado por la Mesa en la sesión del día anterior, en concreto en el denominado “Árbol de tramitación”, remitiéndose las ofertas económicas presentadas por los licitadores por uno de los miembros de la Mesa al resto de miembros.*

*Conocida la incidencia, se solicita a MADRID DIGITAL lo siguiente:*

- La ocultación total y completa en el sistema de la documentación técnica y económica del expediente, de forma que no pueda ser visualizada hasta que no se dé la instrucción oportuna a tal efecto.*
- Informe sobre las circunstancias que han provocado que la documentación pudiera estar accesible en el apartado de “Árbol de Tramitación” durante el periodo que medió desde el descriptado hasta su ocultación definitiva.*
- Informe sobre las personas que han podido acceder o sobre los accesos a la mencionada documentación desde el momento en que se procede a la ocultación en el acto de la mesa, hasta la ocultación definitiva que se produzca de la misma en el apartado de “Árbol de Tramitación”.*

*En esa misma mañana se procede a la ocultación definitiva de la documentación y la respuesta ofrecida por parte de MADRID DIGITAL a los requerimientos efectuados se resumen en lo siguiente (según informe emitido a tal efecto que se adjunta como documento 8):*

El pasado 28 de febrero de 2019 se procedió a la celebración de la mesa de contratación del expediente A/OBR-026119/2018 en la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid. En dicha mesa se descriptó toda la información, ya que el expediente fue configurado de tal forma que todo se tendría que descriptar en un acto

único, acorde a la Ley 9/2017 de Contratación Pública (Abierto Simplificado, Varios Criterios, Juicios de Valor NO).

El equipo de consultoría procedió a realizar las acciones pertinentes para, una vez descriptada la documentación y las ofertas, se ocultase todo documento y/u oferta que no fuese de carácter administrativo. Dicha ocultación fue autorizada por Madrid Digital, que estuvo informado en todo momento de los movimientos realizados.

Aparentemente, todos los documentos y ofertas de carácter técnico y económico fueron ocultados correctamente. Sin embargo, debido a un error, los documentos técnicos y económicos no fueron ocultados en el árbol de tramitación del expediente, por lo que la Interventora de la mesa de contratación pudo acceder a dichos documentos mediante la consulta del árbol de tramitación del expediente.

Tras la verificación de dicho error, se procedió a ocultar correctamente los documentos en las correspondientes tablas de parametrización con la correspondiente autorización de Madrid Digital.

Se informa además que la cantidad de usuarios que tuvieron la posibilidad de consultar dicho expediente entre las 9:54 am del 28 de febrero de 2019 y las 10 am del 29 de febrero de 2019 quedan limitados a la asignación de cualquiera de los siguientes roles:

- ZF:N:PC:VISUPC:1004 (287 usuarios asignados)
- ZF:N:PC:VISUPC:TODO (212 usuarios asignados)
- ZF:N:PC:UNCONTRA\_AAPP:1004 (28 usuarios asignados)
- ZF:N:PC:UNPROMO\_AAPP:1004 (64 usuarios asignados)

Actualmente, se puede verificar que en el expediente anteriormente citado (así como en el expediente de la mesa de contratación 1014/ACT-0003242/2019), no se visualiza ningún documento ni oferta de carácter técnico y/o económico (...).

*A raíz de la solicitud tramitada, pudo comprobarse que la documentación no se encuentra accesible en ningún apartado del Sistema.*

#### *CONSIDERACIONES JURÍDICAS*

*ÚNICA.- En virtud de los antecedentes de hecho relatados, se plante la incidencia que tiene en el procedimiento la posible vulneración del secreto de las proposiciones presentadas y, en su caso, cuáles serían sus consecuencias.*

*Sin perjuicio del deber de guardar secreto sobre las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y de mantener la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan los empleados públicos por razón de su cargo (art. 53 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), se estima conveniente traer a colación la jurisprudencia que sobre el asunto del secreto de las ofertas han emitido diferentes Tribunales y que fue trasladada a los miembros de la Mesa por parte de la Secretaría de la misma:*

*Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia de 20 noviembre 2009. RJ\2009\8076:*

(...) La conducta del licitador carece de trascendencia en el proceso de contratación objeto de debate ya que dada la naturaleza del contrato, totalmente atípico, no afecta a la oferta. Resulta contrario al espíritu de la norma que la fijación de una garantía para el que hace la oferta pueda resultar en su contra si renuncia a ella cuando carece de consecuencias para terceros como se concluye de la "sui generis" naturaleza del concurso.

*Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia de 6 noviembre 2012. JUR\2012\402453:*

(...) Lo relevante, sin embargo, no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores.

(...) Tampoco en lo relativo a la vulneración del secreto de las proposiciones cabe admitir ese criterio automático de exclusión aplicado por el órgano de contratación, que invoca la cláusula 4.7.3. del pliego; dicha cláusula dispone, efectivamente, que "la inclusión en los sobres nº 1 o nº 2 de documentos correspondientes al sobre nº 3 será causa de exclusión del licitador por vulnerar el carácter secreto de las ofertas" a que se refiere el art. 129.2. LCSP. Tal interpretación resulta excesivamente formalista y contraria al principio de libre concurrencia, también formulado en el art. 1 de la Ley pues ha de ser interpretada a la luz de los preceptos mencionados que justifican el carácter secreto de las proposiciones, lo que exige la comprobación de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante

fórmula; frente a lo que se dice en la contestación a la demanda por el Abogado del Estado y la UTE codemandada, la simple comprobación del error en los sobres podrá en todo caso constituir una presunción a favor de esa infracción que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario, como ocurre en el presente caso por lo que, con estimación del recurso, procede anular la resolución impugnada.

*Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia num. 6/2016 de 18 enero. JUR\2016\3825:*

Las previsiones contenidas en el TRLCSP para salvaguardar el secreto de la oferta tienen por objeto evitar que pudiera infringirse el principio de igualdad de trato y no discriminación consagrado en el artículo 1 del mismo texto legal , ante el conocimiento anticipado de determinados aspectos de la proposición de unos licitadores que no se ha realizado en acto público, por lo que en principio llevaría a considerar que se ha podido producir una potencial vulneración de los principios de publicidad y de igualdad, susceptible este último de amparo constitucional y por tanto comprendido en las causas de nulidad del pleno derecho del artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, LRJ-PAC , por lo que procedería anular los pliegos y consecuentemente todo lo actuado con posterioridad a su aprobación.

(...) Y como queda reflejado en el fundamento de derecho segundo de esta Sentencia, y con invocación, entre otros, de los artículos 160.1 del TRLCSP y 80, 82 y 83 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, concluye dicho Tribunal que "Las previsiones contenidas en el TRLCSP para salvaguardar el secreto de la oferta tienen por objeto evitar que pudiera infringirse el principio de igualdad de trato y no discriminación consagrado en el artículo 1 del mismo texto legal , ante el conocimiento anticipado de determinados aspectos de la proposición de unos licitadores que no se ha realizado en acto público, por lo que en principio llevaría a considerar que se ha podido producir una potencial vulneración de los principios de publicidad y de igualdad, susceptible este último de amparo constitucional y por tanto comprendido en las causas de nulidad del pleno derecho del artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, LRJ-PAC ..."

(...) Sin embargo, esta Sección no comparte la conclusión alcanzada al respecto y, así, -dejando ya al margen cualquier otra consideración sobre los mentados parámetros A y B de la oferta técnica, lo cierto es que, como ya se ha dicho, el Tribunal de Contratación se pronuncia en términos de posibilidad o probabilidad, sin concretar ni justificar, por lo tanto, en qué medida la anticipación parcial de determinada información de la oferta técnica ha favorecido la adjudicación del contrato a la UTE recurrente. Esto es, es cierto

que parte de la documentación aportada en el sobre 1 se contiene también en el sobre 2 pero, como se ha dicho, ello fue como consecuencia de los propios pliegos e indicaciones de la Administración, sin que, en definitiva, se especifique por el Tribunal Administrativo -ni se constate en el procedimiento- que tal información resultó concreta y efectivamente decisiva en la adjudicación del contrato a favor de la oferta de la UTE recurrente.

Téngase en cuenta que no se trata de inclusión de información del sobre nº 3 -oferta económica-, debiendo asimismo destacarse que Urbaser, S.A. se centra e insiste en que la información que del sobre nº 2 se declara anticipadamente en el sobre nº 1 pudo influir en la admisión de la solvencia técnica de la actora, lo que, sin embargo, es cuestión por completo distinta de la que se acaba de examinar sobre la proposición. Y ello sin olvidar que incluso en este punto la codemandada no se manifiesta en términos categóricos, señalando, que tal información "pudo influir y creemos que influyó en el proceder de la Mesa de Contratación que, en virtud de los informes de la técnico citada, ni obligó a subsanar, ni excluyó la plica de la UTE por no acreditar la solvencia técnica correspondiente".

Por lo tanto, la solvencia técnica es una cuestión distinta sobre la que la Resolución del Tribunal Administrativo se pronuncia con carácter previo en su fundamento de derecho sexto, y que abordaremos posteriormente, si bien ya ha de concluirse, en cuanto al secreto de las proposiciones, que, en virtud de todo lo expuesto, no resulta acreditada la efectiva, y no sólo posible o potencial, vulneración de los principios de publicidad y de igualdad, por lo que, en definitiva, no se constata la concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, LRJ-PAC, máxime teniendo en cuenta lo ya señalado sobre la moderación con que debe administrarse la teoría de las nulidades.

*La conclusión fundamental sería que lo relevante en aquellos casos en los que se observe alguna actuación que pudiera ser indicio de revelación de secreto de las ofertas, es la trascendencia que ello haya podido tener sobre la vulneración de los principios de igualdad de trato y transparencia, por lo que sería necesario acudir al caso concreto y no realizar una interpretación ad litteram de la Ley que llevaría, sin más trámite, a una consecuencia automática que, en este caso, no sería deseada por los licitadores y que pudiera ser contraria al interés público.*

*A pesar del error que se haya producido (no imputable al órgano de contratación) en cuanto a la posibilidad de que concretos y determinados perfiles de la Comunidad de Madrid con acceso al expediente, hayan podido acceder a las ofertas durante el breve lapso de tiempo que se deduce de lo relatado, y sin perjuicio del deber de secreto apelado, lo cierto es que no se habría producido menoscabo alguno de la objetividad de la*

*valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores, ya que, en modo alguno podría hablarse de contaminación o influencia en la adjudicación, cuando sólo existen criterios evaluables mediante fórmula.*

*Además de las sentencias citadas, el propio TARC en su Resolución nº 890/2014, de 5 de diciembre ha recordado en distintas ocasiones la citada jurisprudencia recaída sobre el carácter de las proposiciones y sus matizaciones y como ha señalado el Consejo de Estado en su Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013 la importancia del secreto de las proposiciones, no es un objetivo en sí mismo, sino opera como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores.*

*Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que sólo pueden acceder al expediente aquellas personas que en el ámbito de la Comunidad de Madrid y por razón de su cargo deban conocer del mismo y que, en su caso, el conocimiento de las ofertas resulta intrascendente e irrelevante en cuanto al resultado final de la posible adjudicación, se considera que no se habría producido una vulneración real y efectiva de los principios de igualdad de trato y transparencia en los términos que se citan en la jurisprudencia trascrita.*

*En mérito de todo lo anteriormente expuesto, se plantean las siguientes cuestiones:*

*1.- Si el conocimiento de las ofertas económicas y de la documentación correspondiente a los criterios evaluables mediante fórmula, producido con anterioridad al acto público previsto a tal efecto, supone una vulneración real y efectiva de los principios de igualdad de trato y no discriminación previstos en la Ley, en aquellos procedimientos abiertos en los que no se prevén criterios sometidos a juicio de valor.*

*2.- En su caso, cuáles serían las consecuencias de tal revelación.*

## **CONSIDERACIONES**

1.- Entre las funciones de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa se encuentra la de informar sobre las distintas cuestiones que en materia de contratación administrativa se sometan a su consideración, conforme a lo dispuesto en el artículo 38.2 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, correspondiendo su ejercicio a la Comisión

Permanente, según dispone el artículo 44 del mismo.

Con carácter previo al estudio de la cuestión formulada por la Agencia de Vivienda Social es necesario recordar que la Junta, en el ejercicio de sus funciones, no debe pronunciarse sobre expedientes de contratación concretos ni sustituir facultades que correspondan a otros órganos específicos. No obstante, por el interés que puede suscitar la consulta para los órganos de contratación de la Comunidad de Madrid ante supuestos similares, se estima conveniente la emisión de informe.

Este informe no es preceptivo ni vinculante y se emite sin perjuicio de la decisión que corresponde adoptar a la Agencia de Vivienda Social.

2.- La consulta plantea la cuestión de si el conocimiento de las ofertas económicas y de la documentación correspondiente a criterios evaluables mediante una fórmula en un procedimiento abierto que no contempla criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, cuando se ha producido con anterioridad al acto público previsto al efecto supone una vulneración real y efectiva de los principios de igualdad de trato y no discriminación y, en caso afirmativo, cuáles serían las consecuencias de tal revelación.

3.- La tramitación de los expedientes de contratación y la correcta ejecución de los sucesivos trámites previstos según los diferentes procedimientos regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), exige un adecuado alta del expediente en el sistema seleccionando el procedimiento procedente, de manera que si se indica un procedimiento no aplicable al supuesto, la continuación de los trámites informatizados no se corresponderá con el procedimiento adecuado e implicará, como ha ocurrido en el caso planteado, múltiples incidencias y posibilidades de errores. En este sentido, ante la consulta planteada por la Agencia de Vivienda Social, el Área de Ordenación de Procedimientos de la Subdirección General de Coordinación de la Contratación respondió que:

*Sólo se pueden plantear dos alternativas de solución:*

- *Realizar la apertura de sobres en la forma que propuso Madrid Digital, según la cual se descifraría toda la documentación en la primera mesa de contratación si bien, con la intervención de técnicos de Madrid Digital, quedaría bloqueado el contenido de los sobres que no deban abrirse en la primera sesión, y proceder al desbloqueo en la sesión en que sí proceda realizar su apertura. El efecto práctico es equivalente al descifrado parcial, según nos aseguran, dado que no sería posible acceder a los documentos de los sobres 'bloqueados'.*

- *Abandonar la tramitación en NEXUS-Contratación del expediente, abrir un nuevo plazo de admisión de ofertas y realizar la apertura de sobres a través de Licit@ en su modalidad 'sin NEXUS'. En este caso también sería necesario cancelar el expediente de gasto ya tramitado e iniciar uno nuevo directamente en el módulo de gastos. El contrato debería darse de alta después de formalizado en la aplicación CDR-NEXUS para su comunicación al Registro de Contratos.*

Por tanto, para evitar este tipo de situaciones, si se produce un error al seleccionar el procedimiento en el alta de un expediente de contratación, ha de procederse a su cancelación y, posteriormente, dar de alta un nuevo expediente con el procedimiento correcto.

4.- La regla del secreto de las proposiciones establecida en la legislación de contratos públicos no es un objetivo en sí mismo sino que pretende, de un lado, evitar posibles manipulaciones de las ofertas entre su presentación por el licitador y la apertura en acto público con el fin de garantizar la objetividad y seguridad del sistema de contratación y, de otro lado, evitar que el conocimiento anticipado antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas pueda suponer una ventaja competitiva para quienes la presentan dentro de plazo pero con conocimiento de las ya presentadas. Además, cuando el procedimiento contiene criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, el secreto y el orden de apertura tienden a garantizar la objetividad en la valoración de estos criterios con carácter previo a los sujetos a una fórmula, de manera que el conocimiento de la puntuación obtenida en éstos no pueda influir en la valoración de los criterios subjetivos.

Para el cumplimiento de estas garantías, considerando los sobres de documentación en papel presentada por los licitadores, que era el sistema normal con la legislación anterior a la LCSP de 2017, el artículo 83 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, dispone que el acto público de apertura de proposiciones comenzará procediendo el recuento de las proposiciones presentadas y su confrontación con los certificados expedidos por las oficinas receptoras, dando ocasión a los interesados para comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados. Seguidamente señala las actuaciones a realizar cuando existan dudas respecto de las condiciones de mantenimiento del secreto en que se debieron custodiar las ofertas presentadas.

5.- La LCSP, por el momento, no cuenta con desarrollo reglamentario, siendo que las normas del RGLCAP y las del Real Decreto 817/2009, de desarrollo parcial de la Ley

30/2007, de Contratos del Sector Público, están referenciadas a los procedimientos regulados en las normas legales que desarrollan.

La vigente LCSP, en su artículo 139, garantiza el secreto de las proposiciones hasta el momento de la apertura, sin mencionar el carácter público del acto, exigencia tradicional en el derecho de contratación pública. El artículo 157.4, relativo al examen de las proposiciones en el procedimiento abierto, que es el que nos ocupa, establece 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. De esta manera, siendo obligatoria la tramitación electrónica, con las salvedades de la disposición adicional decimoquinta, la excepción se convierte en regla general, es decir, no será obligatoria la apertura en acto público del archivo electrónico que contenga la oferta económica. Siendo siempre aplicable el principio de secreto de las ofertas establecido en el artículo 139, para los procedimientos abiertos tramitados electrónicamente el legislador considera que en este tipo de tramitación ya se garantiza la integridad y el secreto de las proposiciones.

Aunque el acto público no sea obligatorio y la tramitación electrónica garantice el secreto y la integridad de las proposiciones, el sistema de licitación electrónica de la Comunidad de Madrid (sistema Licit@) se ha diseñado con un método de descifrado y apertura pública de las ofertas para dar más confianza a los licitadores y transparencia al procedimiento, y así se ha recogido en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. La mera apertura en acto público no aporta más seguridad sobre la integridad y secreto de las proposiciones. La no manipulación de los sobres, que ahora son archivos electrónicos, queda garantizada por el sistema informático que se utiliza para la tramitación del procedimiento, ya que el acceso al contenido de las proposiciones únicamente puede producirse por la acción simultánea de las personas autorizadas y en las fechas establecidas para ello, además de contar con un sistema de trazabilidad que permite detectar las violaciones de la prohibición de acceso, en su caso.

En el supuesto objeto de consulta, la mesa de contratación podría haber abierto los archivos electrónicos que contienen las ofertas económicas sin necesidad de acto público, al tratarse de un procedimiento de licitación electrónica, y ello no implicaría que se desvelara el secreto. Un fallo, cometido primero al seleccionar en el sistema de tramitación electrónica un procedimiento incorrecto y, posteriormente, al hacer visibles las ofertas para alguno de los participantes en el mismo, ha permitido que pudiera accederse a ellas antes del momento previsto. Eso no implica vulneración del secreto de las mismas, porque ha tenido lugar con posterioridad a la finalización del plazo de presentación, por lo que ninguno de los licitadores ha podido decidir su oferta a la vista de la de sus competidores. Tampoco se permite la manipulación de la documentación presentada. El encriptado de las

ofertas y las garantías del sistema impiden la presentación extemporánea o la modificación de las ya presentadas, lo que asegura que el sobre (archivo electrónico) ha permanecido inalterado.

El conocimiento por alguno de los miembros de la mesa de contratación de las ofertas, o la posibilidad de acceso por otros usuarios del sistema informático con anterioridad al acto público, previsto con intención de dotar de transparencia la actuación de la mesa de contratación, pero no obligatorio, tampoco implica alteración del orden de apertura de los sobres, pues no hay criterios sujetos a juicio de valor, ni existe la posibilidad de modificar la puntuación de cada una de las ofertas, ya que la valoración está sujeta a fórmulas y es objetiva.

En consecuencia, en el presente supuesto, el descryptado y conocimiento de las ofertas en el momento de valoración de la documentación administrativa, al tratarse de un procedimiento abierto con licitación electrónica, que sólo contiene criterios sujetos a una fórmula, es irrelevante desde el punto de vista de los principios que regulan la contratación del sector público, no constituyendo motivo de invalidez del procedimiento que puede continuar con todas las garantías.

## **CONCLUSIONES**

1.- Cuando, al dar de alta un expediente de contratación en el sistema informático, se produce un error al seleccionar el procedimiento, ha de procederse a su cancelación y, posteriormente, a dar de alta un nuevo expediente con el procedimiento correcto, a fin de evitar incidencias y errores durante su tramitación.

2.- En el supuesto objeto de consulta, el error que ha dado lugar al conocimiento de las ofertas económicas y de la documentación correspondiente a los criterios evaluables mediante una fórmula, producido una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas y con anterioridad al acto público previsto voluntariamente a tal efecto para dotar de más transparencia al procedimiento, no supone una vulneración real y efectiva de los principios de igualdad de trato y no discriminación previstos en la LCSP, por tratarse de un procedimiento abierto con licitación electrónica, en el que no se utilizan criterios sometidos a juicio de valor.

3.- El conocimiento de las ofertas económicas, en este supuesto concreto, supone una irregularidad que no tiene como consecuencia la invalidez del procedimiento.