

CIRCULAR 1/2022, DE 2 DE JUNIO, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA, SOBRE EL ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “PROCEDIMIENTO ABIERTO” CONTENIDA EN LOS ARTÍCULOS 3, 7 Y 8 DEL DECRETO-LEY 1/2022, DE 2 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE MEJORA DE LA CALIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA LA REACTIVACIÓN ECONÓMICA.

El pasado 7 de marzo de 2022 se publicó en el Diario Oficial de Extremadura el Decreto-ley 1/2022, de 2 de marzo, de medidas urgentes de mejora de la calidad en la contratación pública para la reactivación económica, con el fin de impulsar la recuperación, la inversión y el crecimiento sostenible e innovador en la Comunidad Autónoma.

En el momento actual era urgente y necesario plantear medidas tendentes a corregir deficiencias que estaban surgiendo en los procedimientos de contratación, con el fin de evitar resultados adversos y traumáticos en la contratación pública de la Junta de Extremadura y, en consecuencia, en el funcionamiento de los propios servicios públicos. Este Decreto-ley vino a introducir condiciones especiales, con la necesaria celeridad que requiere el actual panorama económico, para mejorar la calidad en la contratación pública, como medio para mitigar las consecuencias que han ocasionado en Extremadura la crisis sanitaria y económica provocada por el COVID-19 y el complejo escenario de los mercados internacionales.

Por ello, en el repertorio de medidas articuladas en el Decreto-ley se concluye que, sin necesidad de llegar al extremo de licitaciones a precio fijo, debe posibilitarse la utilización de fórmulas de valoración de las ofertas económicas que, poniendo en valor la relación entre la calidad de las prestaciones a contratar y su coste, eviten la presentación de ofertas mediocres a causa de la minoración de los precios ofertados o que no puedan llegar a ejecutarse conforme a contrato debido a su falta de viabilidad económica, poniendo en riesgo la satisfacción del interés público que subyace de los contratos.

Todas ellas se refieren y llevan intrínseca la relación entre el precio, la viabilidad económica y la calidad de las ofertas. En este sentido, el artículo tres del Decreto-ley 1/2022, de 2 de marzo, establece, con carácter general, que para los contratos de obras y servicios que se tramiten por procedimiento abierto, el precio no podrá tener un peso superior al sesenta por ciento ni inferior al cuarenta por ciento de la valoración total de la oferta, concretando el apartado segundo que no podrá ser superior al treinta por ciento para todos los contratos de servicios, sean o no prestaciones de carácter intelectual, relacionados con las tecnologías de la información y la comunicación, consultoría, ingeniería, arquitectura y urbanismo, así como cuando se trate de contratos relativos al cuidado de personas en el ámbito de los servicios sociales.

Por otro lado, el artículo siete indica que *“en los procedimientos abiertos de los contratos de obras y servicios, así como de los contratos mixtos, los órganos de contratación podrán establecer unos requisitos mínimos para valorar aspectos técnicos que, de no superar el umbral establecido, permitirá la exclusión de la oferta”*.

Por último, el artículo 8 recoge la obligación de *“incluir en los pliegos de la contratación de obra pública que se tramiten por procedimiento abierto, la revisión periódica y predeterminada de precios y la fórmula de revisión que deba aplicarse con arreglo a lo establecido en el artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público”*.

Estas tres medidas hacen referencia, como se puede apreciar, al procedimiento abierto, lo que puede suscitar confusión o dudas interpretativas por parte de los órganos gestores y de la contratación, a la hora de determinar si dentro de este procedimiento se englobaría el procedimiento abierto simplificado y, por ende, el procedimiento abierto simplificado sumario.

La Ley de Contratos del Sector Público regula el procedimiento abierto en el Libro segundo “De los contratos de las Administraciones Públicas”, Título I “Disposiciones Generales”, Capítulo I “De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas”, Sección 2ª “De la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas”, Subsección 2ª “Procedimiento abierto”, artículos 156 a 159, dedicando este último artículo al procedimiento abierto simplificado.

El preámbulo de la mencionada Ley expresa que *“en el ámbito del procedimiento abierto, se crea la figura del procedimiento abierto simplificado, que resultará de aplicación hasta unos umbrales determinados, y nace con la vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación. Sus trámites se simplifican al máximo...”,* añadiendo posteriormente que *“el denominado Procedimiento Abierto Simplificado, ya citado anteriormente al aludirse a los procedimientos de adjudicación, en el que el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, la necesaria publicidad y transparencia en el procedimiento de licitación del contrato. En este procedimiento se habilita además una tramitación especialmente sumaria para contratos de escasa cuantía que ha de suponer la consolidación de la publicidad y la eficiencia en cualquier contrato público, reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias”.*

Por lo anteriormente expuesto, con el objeto de establecer un criterio interpretativo uniforme en esta materia, así como de unificar criterios de actuación administrativa, a fin de garantizar el trato igualitario de los licitadores, la transparencia en la contratación administrativa y facilitar la gestión de las licitaciones desde los órganos de contratación de la Junta de Extremadura, esta Junta Consultiva en la sesión plenaria celebrada el día 2 de junio de 2022, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 74/2021, de 30 de junio, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura, ha acordado aprobar la siguiente **Circular**:

Primero.- Objeto.

La presente circular emitida en virtud de las competencias atribuidas al órgano colegiado en el artículo 7 y concordantes del Decreto 74/2021, de 30 de junio, por el que se regula

la organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura, tiene por objeto el establecimiento de un criterio de interpretación homogéneo en lo que se refiere al posible alcance extensivo planteado de la referencia al “*procedimiento abierto*”, contenido en los artículos 3, 7 y 8 del Decreto-ley 1/2022, de 2 de marzo, de medidas urgentes de mejora de la calidad en la contratación pública para la reactivación económica, planteada verbalmente en sesión plenaria por uno de sus miembros.

En el artículo 3.1 de la norma invocada referido a la ponderación del precio, se prevé que con carácter general, en la valoración de las ofertas, además del precio, se considerarán otros aspectos, como la calidad, la mayor vida útil de la obra o servicio contratado, y la incorporación de aspectos de innovación empresarial, vinculados al objeto del contrato público, especificándose seguidamente que “*En todo caso, para los contratos de obras y de servicios que se tramiten por procedimiento abierto, el precio no podrá tener un peso superior al sesenta por ciento ni inferior al cuarenta por ciento de la valoración total de la oferta (...)*”.

Correlativamente, en el punto 2 del mismo artículo se establece que los órganos de contratación velarán por el establecimiento de criterios de adjudicación que permitan obtener servicios de gran calidad, precisándose para determinadas categorías de contratos de servicios delimitados por razón de su objeto, “*(...) que se liciten por procedimiento abierto*”, el criterio precio no podrá superar el treinta por ciento del total de puntos asignable en la valoración de las ofertas.

La referencia expresa y exclusiva al procedimiento abierto, se reitera en el artículo 7 de la norma, referido a la calidad mínima de la oferta técnica, “*En los procedimientos abiertos de los contratos de obras y servicios, así como de los contratos mixtos, los órganos de contratación podrán establecer unos requisitos mínimos para valorar aspectos técnicos que, de no superar el umbral establecido, permitirá la exclusión de la oferta*”.

Por su parte, el artículo 8 del referido Decreto-ley 1/2022, contiene un mandato a los órganos de contratación en materia de revisión de precios, proyectado sobre las futuras contrataciones de obra pública, consistente en la necesaria inclusión “*(...) en los pliegos de la contratación de obra pública que se tramiten por procedimiento abierto*”, de la revisión periódica y predeterminada de precios y la fórmula de revisión.

Segundo.- Regulación del Procedimiento abierto.

La Ley de Contratos del Sector Público regula el procedimiento abierto en una subsección, bajo el mismo nombre, que comprende los artículos del 156 al 159, dedicando este último precepto al procedimiento abierto simplificado, que en su apartado sexto, a su vez, regula el procedimiento abierto simplificado sumario.

Sin embargo, aunque estos procedimientos se articulan formalmente en la misma subsección, debe considerarse que el procedimiento de contratación abierto simplificado no resulta equiparable al procedimiento abierto ordinario, puesto que el legislador lo designa expresamente como tal procedimiento específico, cuyas especialidades motivan a su vez la existencia de modelos de pliegos diferenciados, recientemente informados desde este órgano colegiado, y tiene por finalidad simplificar los trámites y sustituir al procedimiento negociado por razón de la cuantía. Ello se desprende del preámbulo de la Ley de Contratos del Sector Público cuando pone de manifiesto *“la introducción de una novedad significativa: la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía.*

Dicho procedimiento, muy utilizado en la práctica, resultaba muy ágil pero adolecía de un déficit de transparencia, al carecer de publicidad, corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores. Para paliar estas deficiencias, se crea en la Ley un nuevo procedimiento de adjudicación, el denominado Procedimiento Abierto Simplificado, ya citado anteriormente al aludirse a los procedimientos de adjudicación, en el que el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, la necesaria publicidad y transparencia en el procedimiento de licitación del contrato. En este procedimiento se habilita además una tramitación especialmente sumaria para contratos de escasa cuantía que ha de suponer la consolidación de la publicidad y la eficiencia en cualquier contrato público, reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias”.

Tercero.- Interpretación declarativa de los artículos 3, 7 y 8 del Decreto-ley 1/2022, de 2 de marzo.

A nivel doctrinal, se define como interpretación declarativa de la norma, en contraposición a la denominada interpretación correctora, a la que equipara el tenor literal del precepto analizado con el resultado de aquella operación, negando en consecuencia la posibilidad

de conferir al sentido del texto legal un alcance extensivo o restrictivo, con independencia de los instrumentos utilizados en orden a tal conclusión, reconocidos en el artículo 3 del Código Civil.

Sin conferir un alcance prevalente a ninguno de los medios interpretativos relacionados, el artículo 3.1 del Código Civil publicado mediante Real Decreto de 24 de julio de 1889 determina que *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*.

Con carácter general, la Sentencia 84/2014, de 29 de mayo de 2014 del Tribunal Constitucional recaída en Cuestión de inconstitucionalidad, considera que *“la interpretación literal es un mero punto de partida, imprescindible, sí, pero necesitado de la colaboración de otros criterios hermenéuticos que vengan a corroborar o corregir los resultados de un puro entendimiento literal de las normas según el sentido propio de sus palabras”* (por todas, STC 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 5). En otras resoluciones ha rechazado una interpretación literal o *“excesivamente rigorista”* de requisitos normativos (STC 40/2012, de 29 de mayo). Defendiendo a su vez en la STC 88/2012, 7 de Mayo de 2012, que la interpretación literal de las normas deberá ponerse en relación en el caso planteado con la interpretación que *“se deriva del sentido y la finalidad de la institución que regula esta norma (...) y de la propia función que desempeña”*, el órgano cuya competencia resultaba objeto de análisis.

En la exposición de motivos del Decreto-ley 1/2022, de 2 de marzo, de medidas urgentes de mejora de la calidad en la contratación pública para la reactivación económica, se reconoce que la finalidad de la norma reside *“(…) en la necesidad de dar una respuesta más rápida y ágil a situaciones que requieren de una intervención urgente por parte de la Administración”*, que se proyecta concretamente en las previsiones desarrolladas mediante los preceptos descritos, en referencia exclusiva al procedimiento abierto, sin que se verifique la presencia de alguna otra mención contenida en el articulado que permitiera sustentar que hubiese sido otra la intención del legislador.

A su vez, la propia Exposición de motivos 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, confiere al nuevo procedimiento abierto simplificado “ *la vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación*”, reconociendo que “ *sus trámites se simplifican al máximo (...)*”, por lo que en atención tanto a su finalidad como a las específicas previsiones de tramitación, y teniendo presente las cuantías máximas y la previsible menor duración de los contratos incluidos en su ámbito, resultaría especialmente compleja o inadecuada la aplicación de las previsiones de los artículos relacionados del Decreto-ley 1/2022, en lo que se refiere a las medidas de ponderación del precio, umbrales de calidad y la revisión periódica y predeterminada de precios.

En conclusión, teniendo presente que el sentido de la consulta se ciñe a la posible inclusión por vía interpretativa con resultado extensivo, del procedimiento simplificado y del simplificado sumario, en las disposiciones relacionadas, alusivas expresamente al procedimiento abierto, la respuesta debe ser necesariamente negativa, por cuanto tal opción interpretativa, a la vez que se aparta de la literalidad de la norma, careciendo de sustento en la propia exposición de motivos, parece contravenir el propio espíritu y finalidad del Decreto-ley 1/2022, y la propia coherencia sistemática del conjunto del articulado. Por tanto, en la alusión a la expresión “*procedimiento abierto*” en sus artículos 3, 7 y 8 deben entenderse excluidos los procedimientos simplificado y simplificado sumario.