amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudio, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Sara Pugliese, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani, Stefania Terracciano.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Desafíos normativos de la contratación pública electrónica en España.

di Lidia García Martín

(Profesora Ayudante de Derecho Administrativo de la Universidad de León)

Sommario

1. La influencia de la Unión Europea en el uso de medios electrónicos en los procedimientos de contratación pública. 2. La contratación pública electrónica en España. 2.1. Excurso normativo sobre el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación pública. 2.2. Instrumentos al servicio de la contratación pública electrónica. Cuestiones prácticas.

Abstract

The success of electronic commerce in the private sector has acted as a lever to take advantage of the potential of the internal market and thus contribute to a more efficient and complete management of public procurement in the European Union.
The European Union Directives on public procurement have highlighted the importance of incorporating electronic means in the management of public tenders. In this sense, the repealed Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council, of March 31, 2004, on the coordination of procedures for the award of public works, supply and services contracts incorporated these provisions in order to that they serve as an instrument of publicity and reinforcement of transparency in award procedures. However, these provisions had to comply with the principles of equal treatment and non-discrimination between bidders.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. La influencia de la Unión Europea en el uso de medios electrónicos en los procedimientos de contratación pública.

El éxito del comercio electrónico en el sector privado ha actuado de palanca para aprovechar el potencial del mercado interno y contribuir, de este modo, a una gestión más eficiente y completa de la contratación pública en la Unión Europea.

Las Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública han subrayado la importancia de la incorporación de los medios electrónicos en la gestión de las licitaciones públicas. En este sentido, la derogada Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios incorporó estas previsiones a fin de que sirvieran como instrumento de publicidad y refuerzo de la transparencia en los procedimientos de adjudicación[1]. Ahora bien, dichas previsiones debían cumplir con los principios de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores[2].

En cualquier caso, pese a que la norma reguló algunos instrumentos favorables a la contratación electrónica como los sistemas dinámicos de adquisición o las subastas electrónicas, su utilización quedó condicionada a la voluntariedad del órgano de contratación, enlazando este carácter meramente potestativo con la inseguridad jurídica que, denunciada por Sosa Wagner, deriva de la modificación y actualización continúa de las Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su posterior incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales[3].

Las Directivas de cuarta generación y, especialmente, 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, pese a establecer la regla general del empleo de medios electrónicos para las comunicaciones que deriven del procedimiento de contratación pública y en la presentación de ofertas, lo cierto es que incluye múltiples excepciones que quiebran, a mi parecer, la regla general y hacen perder fuerza a la obligatoriedad de la contratación pública electrónica, pues

[1] Conforme el Considerando 35º de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 "habida cuenta de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y de las simplificaciones que pueden implicar para la publicidad de los contratos y en términos de eficacia y transparencia de los procedimientos de adjudicación, conviene que los medios electrónicos estén en pie de igualdad con los medios clásicos de comunicación e intercambio de información. En la medida de lo posible, el medio y la tecnología elegidos deben ser compatibles con las tecnologías utilizadas en los demás Estados miembros".

[2] Como se reconoce en el Considerando 12º de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 "los poderes adjudicadores pueden utilizar técnicas electrónicas de compra, siempre que su utilización se realice dentro del respeto de las normas establecidas en la presente Directiva y de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia".

[3] F. SOSA WAGNER, «Horizonte: reforma de la contratación pública (y II)», *El blog de espublico*, 10 de junio de 2010, disponible en https://www.administracionpublica.com/horizonte-reforma-torl-de-la-contrata cion-publica-y-ii/, última consulta el 20 de octubre de 2019.

ISSN 2036-7821

emplean, en su mayoría, conceptos jurídicos indeterminados de compleja concreción práctica[4].

2.La contratación pública electrónica en España.

2.1Excurso normativo sobre el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación pública.

Como ha reconocido Quintana López, el rigor de las estipulaciones contractuales ha impedido en ocasiones la adaptación de los servicios públicos a los avances científicos y técnicos[5]. No en vano, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas reconoció la posibilidad de utilizar medios electrónicos en los procedimientos de contratación pública, como el correo electrónico[6]. A dicha reglamentación se unió la aprobación de la Orden EHA/1307/2005, de 29 de abril, por la que se reguló el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación a fin de estandarizar los sistemas y aplicaciones utilizados en las licitaciones electrónicas y garantizar la interoperabilidad y el intercambio de datos entre Administraciones públicas[7].

[4] Me refiero, en concreto, a que podrá excepcionarse el uso de medios de comunicación electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas cuando debido al carácter especializado de la contratación, el uso de medios electrónicos de comunicación requiera herramientas, dispositivos o formatos de archivo específicos que no estén en general disponibles o no acepten los programas generalmente disponibles; las aplicaciones que soporten formatos de archivo adecuados para la descripción de las ofertas utilicen formatos de archivo que no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles o estén sujetas a un régimen de licencias de uso privativo y el poder adjudicador no pueda ofrecerlas para su descarga o utilización a distancia; la utilización de medios de comunicación electrónicos requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los poderes adjudicadores o los pliegos de la contratación requieran la presentación de modelos físicos o a escala que no puedan ser transmitidos utilizando medios electrónicos.

[5] T. QUINTANA LÓPEZ, "Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 131, 2006, p. 422.

[6] Vid. al respecto, J. A. MORENO MOLINA, "Administración electrónica y contratación pública", en J. L. PIÑAR MAÑAS (dir.), *Administración electrónica y ciudadanos,* Civitas, Navarra, 2011, p. 745. De forma detallada, sobre las aportaciones del RGLCAP, vid. R. GARCÍA MACHO (dir.), *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Más actual, puede verse I. GALLEGO CÓRCOLES, "La utilización de medios electrónicos en los procedimientos de contratación", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 145, 2016.

[7] Ahora bien, esta Orden, dictada al amparo de la Disposición adicional 10ª del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, circunscribe su aplicación al ámbito de la Administración General del Estado por considerar necesario esperar a que "se decanten suficientemente las medidas de implementación del marco normativo constituido por la Directiva 2004/18/CE que, impulsadas desde instancias comunitarias, se dirigen a estandarizar los sistemas y aplicaciones utilizados en la licitación electrónica para garantizar su interoperabilidad y el intercambio de datos entre las Administraciones europeas, y a que se consolide suficientemente una experiencia en el empleo de estos medios que permita identificar con mayor seguridad aquellos extremos de la contratación electrónica cuya homogeneidad deba garantizarse mediante su regulación por disposiciones de carácter básico".

ISSN 2036-7821

La Orden Ministerial condiciona, en consecuencia, el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación pública de la Administración General del Estado a que se haya establecido su admisibilidad en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, en donde deberán figurar los trámites que se cumplimentarán por vía electrónica, informática o telemática, así como los medios electrónicos y sistemas de comunicación y notificación utilizables[8]. De tal manera que los pliegos y la documentación necesaria que derive de la licitación deberán estar disponibles electrónicamente «en un formato conforme con los estándares abiertos aplicables a cada documento, y ser accesibles a través de procedimientos electrónicos de carácter no discriminatorio, de acceso público, y compatibles con las tecnologías de la información y de la comunicación de uso general»[9].

Ha de hacerse notar que aun en los casos en los que se admita en los pliegos el empleo de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, su uso no deja de ser meramente potestativo para aquellos licitadores que deseen emplear estos medios en sus relaciones con el órgano de contratación. De tal manera que aquellos licitadores que opten por este cauce deberán presentar de forma telemática su proposición o solicitud de participación y la documentación necesaria, debiendo manifestar, asimismo, de forma expresa que emplearán medios electrónicos para la presentación de escritos, comunicaciones y documentación y para la recepción de las notificaciones, siendo necesario que estén dados de alta en un sistema de notificación telemática admitido en el pliego y que dispongan de una dirección electrónica. Ahora bien, en el caso de que el licitador opte por el empleo de los medios electrónicos, esta decisión le vinculará durante toda la fase previa a la adjudicación del contrato y también durante su ejecución, si finalmente resultara adjudicatario, debiendo emplear los programas, formatos y aplicaciones establecidos, salvo cuando existan causas técnicas, debidamente acreditadas, que lo impidan.

No en vano, ha de hacerse notar que pese a que la norma alude al empleo potestativo de los medios electrónicos, informáticos o telemáticos en el procedimiento de contratación, la norma permite que, en determinados casos, la presentación de las solicitudes de participación y proposiciones, la aportación de documentos y las comunicaciones y notificaciones entre el órgano de contratación y los licitadores o contratistas, se realice, en todas o en algunas de sus fases, exclusivamente a través de medios electrónicos. Menciona, por ejemplo, aquellos contratos en los que, por razón

[8] De conformidad con la Orden Ministerial EHA/1307/2005, de 29 de abril, por la que se regula el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación se espera a que «se consolide suficientemente una experiencia en el empleo de estos medios que permita identificar con mayor seguridad aquellos extremos de la contratación electrónica cuya homogeneidad deba garantizarse mediante su regulación por disposiciones de carácter básico». Para ampliar esta materia, vid. I. GALLEGO CÓRCOLES "Contratación pública electrónica", en J. PUNZÓN MORALEDA (coord.), *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

[9] Art. 2.1 *in fine* de la Orden EHA/1307/2005, de 29 de abril, por la que se regula el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación.

ISSN 2036-7821

del número previsible de licitadores, por la cantidad y características de los productos o bienes objeto de licitación o por la concurrencia de otras peculiaridades debidamente motivadas, resultara conveniente por razones de agilidad y simplificación del procedimiento, así como en las licitaciones y contratos que se celebren dentro del sistema de adquisición centralizada de bienes y servicios[10].

Responde a esta misma inquietud la Resolución de 16 de mayo de 2005, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se aprueba la aplicación Conecta Patrimonio para la presentación telemática de proposiciones a los concursos de adopción de tipo de bienes y servicios de adquisición centralizada, así como de peticiones de suministros y servicios derivados de dichos concursos, que impone el uso de los medios telemáticos en los procedimientos de contratación administrativa centralizada. Ha de hacerse notar que los documentos que se emitan por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, así como las copias de originales almacenados a través de estos mismos medios, gozarán de la misma validez y eficacia que la atribuida al documento original siempre y cuando se garantice la autenticidad, integridad, conservación, así como, en su caso, la recepción por el interesado[11].

En fin, afecta también a esta materia la Orden EHA/1744/2005, de 3 de junio, por la que se establecen las condiciones generales, formularios y modelos para la presentación y tramitación telemática de solicitudes de clasificación de empresas, de tal manera que la Orden impone la presentación y tramitación telemática de las solicitudes de clasificación de empresas, así como crea la aplicación informática que requiere su instrumentación[12].

Por su parte, la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público mantuvo la senda de sus predecesoras y admitió la posible gestión telemática de solicitudes[13]. Ahora bien, el hecho de que cada órgano de contratación pudiera

[10] Art. 2.3 de la Orden EHA/1307/2005, de 29 de abril, por la que se regula el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación.

[11] Art. 7.5 de la Resolución de 16 de mayo de 2005, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se aprueba la aplicación Conecta Patrimonio para la presentación telemática de proposiciones a los concursos de adopción de tipo de bienes y servicios de adquisición centralizada, así como de peticiones de suministros y servicios derivados de dichos concursos.

[12] Aunque como reconoce V. ALMONACID LAMELAS "hasta que no se exija, de forma imperativa, la utilización por parte de los entes públicos de la licitación electrónica, no se implantará" (*Hoja de ruta hacia la Administración local electrónica. Protocolo de actualización para los pequeños y medianos municipios,* El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2012, p. 90). Para analizar el contenido de la mencionada Orden, vid. J. A. MORENO MOLINA, "La utilización de medios electrónicos en la contratación pública", en M. FABRA VALLS y J. L. BLASCO DÍEZ (coords.), *La Administración electrónica en España. Experiencias y perspectivas de futuro,* Estudis Jurídics, Publicacions de la Universitat Jaume I, 2007, pp. 139 y ss.

[13] Al respecto, vid. L. TOLIVAR ALAS y E. M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN, "Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público", *Revista de Administración Pública,* núm. 176, 2008, p. 56; y, E. GAMERO CASADO e I. GALLEGO CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público,* Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 85.

ISSN 2036-7821

disponer de su propio perfil sin exigir su necesaria centralización ha impedido fomentar la transparencia, fragmentándose, de este modo, el mercado de compra pública y limitándose la concurrencia[14]. Estas previsiones, relegadas en su mayoría a las disposiciones adicionales de la norma, eran meramente programáticas ya que no incluyeron proposiciones imperativas ni mecanismos suficientes para asegurar su aplicación práctica. Las normas aprobadas con posterioridad hasta la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) no introdujeron innovaciones de calado al respecto más allá de reconocer el fomento y la preferencia de la contratación pública electrónica[15].

La vigente Ley impone, en cambio, el empleo obligatorio de medios electrónicos en las licitaciones públicas[16]. Sin embargo, como ya se ha expuesto, la inclusión de

[14] Sobre la técnica legislativa empleada y la sistemática poco acertada de la LCSP 2007 da cuenta J. A. MORENO MOLINA, "Administración electrónica y contratación pública", en J. L. PIÑAR MAÑAS (dir.), *Administración electrónica y ciudadanos,* Aranzadi, Navarra, 2011, p. 752.

[15] En cualquier caso, la regulación de la contratación electrónica por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no alcanzó la virtualidad esperada, pues cuestiones trascendentales como la transparencia seguían constituyendo una asignatura pendiente. Es más, la JCCA de Andalucía en su Informe 6/2017, de 19 de junio, sobre cuestiones relacionadas con la contratación electrónica, ha determinado que el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, fomenta el empleo de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación pública pero no impone su uso de forma obligatoria, por lo 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» (Vid. al respecto el Informe 6/2017, de 19 de junio, de la JCCA de la Junta de Andalucía *sobre cuestiones relacionadas con la contratación electrónica*, disponible en https://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads5555/2017/07/CCCP-Andaluc%C3%ADa. Infome-6-2017.Cont-electr%d87658C3%B3nica.pdf, última consulta el 2 de abril de 2022). De hecho, para R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, el retraso hasta ese momento de la incorporación de la contratación pública electrónica en España «es consecuencia directa de que ni el legislador comunitario ni el español en la transposición concibieron la e-Contratación como mecanismo obligatorio» ("El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 25 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición", en I. MARTÍN DELGADO (dir.), *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2017, p. 319). J. PINTOS SANTIAGO afirma, por su parte, que «esto es debido a la laxitud tanto de las Directivas europeas como de la normativa española sobre la materia a la hora de regular el uso de las TICs en los procedimientos de contratación pública con el fin de conseguir una contratación pública electrónica en todos los pasos y fases de la misma» ("Inmediatez y régimen transitorio de la implantación obligatoria de la contratación pública electrónica en las nuevas Directivas sobre contratación pública", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas,* núm. 129, 2014, p. 58). Vid. también AA.VV., "Con la normativa vigente actual no es obligatorio la licitación electrónica", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 151, 2017, pp. 70 y ss.

[16] Como reconoce J. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, "el establecimiento con carácter obligatorio de la contratación electrónica en todos los procedimientos de contratación y en todas las fases contractuales es coherente con el marco jurídico regulador de la administración electrónica comunitaria y nacional donde se manifiesta que la tramitación electrónica debe ser la forma habitual de gestión en las Administraciones públicas» ("La obligación de contratar electrónicamente en la nueva Ley de Contratos del Sector Público y las plataformas de contratación electrónica", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 45, 2018, p. 31).

ISSN 2036-7821

múltiples excepciones a esta regla general permite, en todo caso, su no aplicación a causa de la pasividad del órgano de contratación a la hora de emplear medios electrónicos en la gestión de sus licitaciones públicas[17]. Ahora bien, estas excepciones, deben ser, en todo caso, objeto de interpretación restrictiva, motivándose en un informe específico las razones que justifiquen el empleo de medios no electrónicos.

2.2 Instrumentos al servicio de la contratación pública electrónica. Cuestiones prácticas.

on, sin duda, múltiples las problemáticas derivadas del empleo de medios electrónicos en el curso del procedimiento de adjudicación contractual.

En primer lugar, *el régimen normativo de la huella electrónica que configura la LCSP para los supuestos en los que se registren incidencias que impidan la presentación telemática de la oferta.* En estos casos, la presentación de la oferta se realizará en dos fases. La primera, mediante la visualización del intento de presentación a través de la huella electrónica o *hash* de la oferta y la segunda, mediante la presentación de esta en el plazo improrrogable de 24 horas[18]. Ahora bien, la huella electrónica solo será visible cuando el licitador registre alguna incidencia a la hora de cargar su oferta en la plataforma electrónica de licitación, no siendo posible modificar la oferta, por cuanto se trataría de una discordancia entre la huella electrónica y la oferta completa ni su presentación en un formato incompatible con la huella, por ejemplo, en la Plataforma de Contratación del Sector Público solo es posible su presentación en formato XML (no en formato PDF). Tras la obtención del justificante de la presentación de la huella electrónica es necesario que el licitador intente nuevamente presentar la oferta completa a través de la plataforma de licitación y solo si no fuera posible debe proceder a presentarla completa a través de un registro físico u oficina de correos[19]. Por lo que se refiere al plazo de 24 horas, entiendo que este solo alude a la remisión de la oferta y no a su entrega en destino por cuanto en los casos en los que el licitador deba transmitirla en soporte electrónico (pen drive, CD-room), a través de un registro

[17] Incorpora las mismas excepciones a la presentación electrónica de las ofertas que las contenidas en la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero. Vid. al respecto, la Disposición adicional decimoquinta, apartado tercero, *infine* de la LCSP.

[18] Como se reconoce en las Resoluciones del TACRC núm. 804/2023, de 15 de junio (rec. núm. 714/2023 C.A. Illes Balears 55/2023), 1526/2022, de 1 de diciembre (rec. núm. 1460/2022) y 1641/2021, de 10 de diciembre (rec. núm. 1425/2021) el plazo de veinticuatro horas se computa de hora en hora y de minuto en minuto desde la hora y minuto en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate no pudiendo tener una duración superior a las veinticuatro horas. A nuestros efectos, el inicio del cómputo del plazo se produce en el momento en el que se genera el justificante de huella electrónica. Ahora bien, si el plazo de veinticuatro horas finaliza en sábado, domingo, festivo o día inhábil, el plazo de 24 horas finalizará a la misma hora de generación de la huella electrónica del siguiente día hábil al de la presentación de la oferta. Vid., al respecto, la Resolución núm. 516/2023, de 27 de abril (rec. núm. 465/2023) del TACRC.

[19] Como ha manifestado en reiteradas ocasiones el TACRC en sus Resoluciones núm. 130/2023 (rec. núm. 1663/2022, de 9 de febrero) y 385/2019, de 17 de abril (rec. núm. 23/2019 C.A. Valenciana 3/2019), la vigente LCSP no entiende presentada la oferta si solo se acompaña la huella electrónica y no se completa en las 24 horas posteriores marcadas por la ley. Al no existir oferta propiamente dicha, es imposible su subsanación.

ISSN 2036-7821

físico autorizado, pueden registrarse incidencias, ajenas a su voluntad, que impidan (retrasos, festivos, etc.) su entrega efectiva en el limitado plazo de las veinticuatro horas posteriores[20].

En segundo lugar, *el limitado margen de capacidad de la Plataforma de Contratación del Sector Público* si se compara con otras plataformas privadas como LICIT@ constituye un obstáculo en las licitaciones de contratos de suministros y obras donde el volumen documental es elevado. Además, ningún documento podrá superar los 5MB pues en caso contrario no podrá ser firmado con la aplicación @Firma[21]. La guía del Gobierno propone como posibles soluciones reducir el tamaño del documento o desglosar dicho documento de la oferta en varios distintos a través de la opción anexar documentos. Sin duda, estas soluciones son contraproducentes a la apuesta por una mayor celeridad, simplificación y eficacia administrativa. Interesa más, a mi parecer, el empleo de la tecnología de nube o *cloud computing*, que permite al licitador compartir la documentación con el órgano de contratación a través de Google drive o Dropbox. En la práctica, pese al posible empleo de tecnologías disruptivas, se viene admitiendo que, por cuestiones de volumen, parte de la oferta se presente en formato físico (CD o USB) mediante comparecencia en las dependencias del servicio de contratación correspondiente, sin perjuicio de que el resto se presente electrónicamente, lo que es otra muestra más de la ineficiencia del modelo en la práctica[22].

En tercer lugar, *en relación con el trámite de subsanación en la licitación electrónica*, pese a que inicialmente se consideró que no era posible otorgar un nuevo plazo, hoy se distingue entre el incumplimiento total y grave de la obligación de la aportación de los documentos a que se refiere la LCSP, que equivaldría a la retirada de la oferta, de aquellos supuestos que la doctrina especializada califica como de cumplimiento

[20] Vid. al respecto la Resolución núm. 903/2023 de 6 de julio, del TACRC (recurso núm. 617/2023) en la que se desestima el recurso interpuesto pues la recurrente, a quien corresponde la carga de la prueba, no acredita que el envío de la oferta se realizara en el plazo de 24 horas tras la generación de la huella electrónica y no queda acreditado que el órgano de contratación rechazara la presentación física de la oferta dentro de las 24 horas a que fuera obtenida la huella electrónica de presentación de la proposición. Es importante insistir en que, de acuerdo con la Guía de los Servicios de Licitación Electrónica para empresas, cuando el justificante de presentación de la oferta contenga el término "huella electrónica" la responsabilidad de completar la oferta en el plazo improrrogable de 24 horas recae exclusivamente en el licitador. Además, la *Guía de Servicios de Licitación Electrónica para empresas: Proposición y Presentación de ofertas* aconseja a los licitadores que presenten las ofertas con antelación suficiente, al objeto de advertir y solucionar aquellos problemas que puedan derivarse de la presentación de las ofertas en los plazos establecidos al efecto por cuanto, siguiendo la Resolución núm. 0903/2023, de 6 de julio, del TACRC (rec. núm. 617/2023) "la presentación en el último día de plazo evidencia falta de diligencia de un buen padre de familia".

[21] Como se reconoce en la Resolución núm. 967/2021, de 30 de julio, del TACRC (rec. núm. 566/2021 C.A. Cantabria 20/2021) "referente al peso de la oferta, existe una limitación en la capacidad que tiene el máximo de la plataforma es 38 Mb en el total de la oferta y 5 Mb por documento, se pueden utilizar programas tales como Zip o Rar".

[22] Resolución núm. 518/2022, de 6 de mayo, del TACRC (rec. núm. 307 y 309/2022 C. Valenciana 87 y 89/2022).

ISSN 2036-7821

defectuoso o imperfecto, a los que resulta de aplicación el trámite de subsanación de tres días, sin posibilidad de introducir modificaciones sustanciales en la oferta presentada por cuanto iría en contra de los principios esenciales de la contratación pública, pero sí de solicitar aclaraciones en relación con determinados aspectos de la oferta valorables mediante criterios de adjudicación cuantitativos[23]. El plazo deberá computarse en días naturales, pese a que el Reglamento de 2001, en su art. 81.2 lo calificó como días hábiles, al ser en palabras de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado "la opción más respetuosa con el mandato de la LCSP" (de acuerdo con la DA 12ª de la LCSP).

En el procedimiento de adjudicación abierto [art. 156.3 c] la Ley reconoce la posibilidad de reducir el plazo general de presentación de proposiciones cuando el órgano de contratación acepte la presentación de ofertas por medios electrónicos. Ahora bien, teniendo en cuenta que la contratación pública electrónica es la regla general, a mi juicio no se trata propiamente de una reducción de los plazos en cinco días cuando se presente la proposición en formato electrónico sino, más bien, de una ampliación del plazo general en los supuestos en que dicha regla general quiebre[24]. Además, al constituir la licitación electrónica la regla general no comparto que la LCSP siga aludiendo al "sobre", siendo más adecuado que se sustituya, a mi juicio, por "archivo electrónico.

Por último, pese a que la apertura pública de la oferta económica ha constituido un requisito instrumental en garantía de los principios de igualdad de trato, no discriminación entre licitadores y de la transparencia, se excepciona en la licitación electrónica por considerar que el procedimiento electrónico garantiza la integridad y el secreto de las proposiciones sin afectar a los citados principios. A mi parecer, lo anterior no evita que se produzca, en todo caso, un menoscabo en las garantías de los licitadores en punto a la necesaria transparencia que debe presidir la tramitación de

[23] Al efecto, de acuerdo con el literal de la Resolución núm. 363/2021 del TACRC (rec. núm. 1465 y 1498/2020) "hemos pasado de una interpretación literal y rigorista de su contenido que, según hemos señalado, ha llevado a resultados ciertamente "extensivos, formalistas e injustos" acerca de la posibilidad o no de la subsanación de defectos, errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del requerimiento (posibilidad que se ha negado por el hecho de que el precepto no dijera nada al respecto), a una interpretación más flexible, acorde con la finalidad del precepto, que no es otra que "resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado".

[24] P. IGLESIAS REY, "Art. 152. Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración", en M. Á. RECUERDA GIRELA (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 980; E. FLECHA MARCO, "Art. 138. Información a los interesados", en M. Á. RECUERDA GIRELA (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 891; A. PALOMAR OLMEDA (dir.), *Contratación administrativa electrónica*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 203; M. M.ª RAZQUIN LIZARRAGA y F. J. VÁZQUEZ MATILLA, *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 135; L. J. DE JUAN CASERO, "La utilización de los medios electrónicos en el procedimiento de contratación. El expediente electrónico de contratación", en M.ª C. CAMPOS ACUÑA (dir.), *La nueva contratación pública en el ámbito local: Claves para una contratación electrónica y transparente*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 304.

ISSN 2036-7821

las licitaciones públicas, más si cabe, en las electrónicas, no debiéndose admitir su merma injustificada, principalmente porque no cabe recurso contra el acta de apertura electrónica de las proposiciones al tratarse de un acto de trámite no cualificado.

Por lo que se refiere a los instrumentos y sistemas que posibilitan la gestión de las licitaciones electrónicas es obligada la mención, en primer lugar, al *Documento Europeo Único de Contratación (DEUC),* que se configura como una declaración formal actualizada del operador económico, sirve para acreditar que el licitador cumple los criterios de selección y no se encuentra en ninguna de las situaciones de prohibición o exclusión, siendo liberado, de este modo, de una tediosa carga burocrática. Su cumplimentación telemática le permite su exportación y almacenamiento en dicho formato lo cual facilita su empleo nuevamente en otros procedimientos de adjudicación, siempre que dicha información se mantenga completamente actualizada[25]. De este modo, se logra simplificar los trámites impuestos a los licitadores, otorgar seguridad al homogeneizar los requisitos exigidos en las licitaciones transfronterizas y aumentar la concurrencia al reducir las barreras que impiden a las pymes acceder a los mercados de contratación pública. Ahora bien, la falta de simplicidad y sencillez en su utilización y su configuración como una declaración de carácter provisional, no evita que el licitador propuesto finalmente como adjudicatario deba aportar la documentación justificativa, algo que a mi parecer podría comprobarse de forma automática por la Administración, mediante la introducción de las técnicas de inteligencia artificial.

Por su parte, la transparencia entendida como la apertura de la información pública al ciudadano se instrumenta en la contratación pública a través del portal de transparencia y el perfil de contratante. Ahora bien, en muchas ocasiones la información que se publica es de carácter incompleto, heterogénea, descentralizada y duplicada, de ahí que alcance un valor estratégico indudable la sistematización de los datos administrativos a fin de posibilitar su reutilización y propiciar una mejor planificación y supervisión de la contratación pública, siendo necesario que se publique en formatos abiertos y que el sistema informático que soporte el perfil de contratante disponga de un dispositivo que acredite el momento de inicio de la difusión pública de la información, la publicación se realice en formatos abiertos y reutilizables, y se garantice un control sobre la información del documento y su posible incorporación al archivo que se incluye en abierto en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Sin perjuicio de lo anterior, valoro como positivo que la LCSP califique [art. 39.2 c)] como causa de nulidad de pleno derecho la ausencia de publicación del anuncio de

[25] Sobre el particular, vid., las resoluciones del TACRC núm. 0792/2023, de 15 de junio (rec. núm. 668/2023 C. Valenciana 153/2023) y núm. 0757/2023, de 15 de junio (rec. núm. 734/2023 C. Valenciana 173/2023).

ISSN 2036-7821

licitación en el perfil de contratante, lo que refuerza los principios de transparencia, igualdad y no discriminación que deben presidir los procedimientos de compra pública, suprimiendo, de este modo, la diferenciación de efectos derivada de la ausencia de publicación de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante prevista en la anterior regulación.

Igualmente, he de hacer notar que, pese a que la LCSP ubica la regulación de la Plataforma de Contratación del Sector Público en el Título III, destinado a la gestión de la publicidad contractual, debemos indicar que no se trata de un mero instrumento de publicidad sino que se configura como un sistema integral de contratación pública por cuanto puede ofrecer tanto servicios de recepción y custodia de documentos como contar con aplicaciones electrónicas que posibiliten la tramitación electrónica de algunos procesos de la licitación pública. La implantación de las plataformas electrónicas por las Comunidades Autónomas, que podrán sustituir o completar a la Plataforma de Contratación del Sector Público está desarrollándose de forma asimétrica, sin garantía de la necesaria interoperabilidad y siendo marcada la dependencia del sector privado. Ahora bien, la LCSP obliga, por su parte, a los entes del sector público autonómico a publicar las convocatorias de licitación y sus resultados en las Plataforma de Contratación del Sector Público con independencia de que opten por alojar sus perfiles en esta o en sus plataformas autonómicas creadas al efecto. Por su parte, la Sentencia 68/2021, de 18 de marzo, del Tribunal Constitucional[26] declaró inconstitucional el término *"excluyente y exclusiva"* en lo relativo a la posibilidad de optar de los entes locales entre alojar la publicación de sus perfiles de contratante en el servicio de información que estableciera la Comunidad Autónoma de su ámbito territorial o por alojarlos en la Plataforma de Contratación del Sector Público, al considerar juiciosamente que esta decisión compete a los órganos de contratación locales de forma no condicionada.

Sin duda, la exigencia de requisitos heterogéneos entre plataformas complica su manejo, incrementa los costes y constituye una barrera de acceso a las pymes. Además, la LCSP prescribe para los casos de discrepancia entre la información publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en la plataforma autonómica, que prevalecerá lo publicado en esta última, lo que obliga a los operadores económicos y demás interesados a comprobar ambos portales a fin de analizar la información publicada; muestra una vez más de la falta de interoperabilidad entre sistemas. Sería adecuado, a mi parecer, que se publique, no solo la información relativa a las convocatorias de licitación y sus resultados, sino que se extienda también a la fase de ejecución y finalización de los contratos a fin de convertir a la Plataforma de Contratación del Sector Público en la fuente principal de datos.

[26] Sentencia 68/2021, de 18 de marzo (BOE núm. 97 de 23 de abril de 2021). ECLI:ES:TC:2021:68.

ISSN 2036-7821

En segundo lugar, la *subasta electrónica* configurado como instrumento adicional para la adjudicación de contratos en el marco de determinados procedimientos de adjudicación, permite gestionar la presentación de mejoras en las ofertas y su reclasificación de forma automática[27]. Ahora bien, aunque la primera fase de evaluación de las ofertas es automatizable, existirá intervención previa humana en relación con la determinación de los criterios y baremo de las especificaciones técnicas que se tendrán en cuenta a la hora de proceder a dicha valoración automatizada. También será automática la clasificación de las ofertas en la segunda fase, relativa a la celebración de la subasta, permitiendo objetivar de este modo, aún más si cabe, este procedimiento al evitar toda posible arbitrariedad derivada de la intervención del funcionario público[28]. Pese a las ventajas en su empleo derivadas de una mayor transparencia y seguridad, ahorro en los costes de gestión de los procedimientos de compra pública, la existencia de ofertas más competitivas y el aumento de la concurrencia, no resulta adecuada en determinados contratos con prestaciones de carácter intelectual o de forma indiscriminada por cuanto puede resultar contraproducente al logro de una mayor concurrencia. A lo anterior se suma el alto grado de complejidad de las aplicaciones informáticas y la falta de innovación a la hora de configurar este instrumento pues no se han automatizado determinados subprocesos de la subasta electrónica como la intervención de la mesa de contratación.

En tercer lugar, los *catálogos electrónicos*, contribuyen a homogeneizar la forma de presentación y organización de la información de todos los licitadores participantes que se presten al tratamiento electrónico, siendo un instrumento adecuado de simplificación y eficacia administrativa, si bien registran determinados peligros en torno a la garantía de una competencia efectiva y el respeto de la igualdad de trato habida cuenta que podrán elaborarse catálogos electrónicos sobre la base de otros previamente presentados. Por esta razón, la LCSP impide que la utilización de los catálogos electrónicos para la presentación de ofertas pueda suponer únicamente la transmisión por los operadores económicos de su catálogo general. Su uso en la práctica ha resultado completamente reducido debido a la ausencia de regulación en la LCSP, siendo incorporado, no obstante, en el art. 98 de la Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y

[27] Al respecto, sobre el desarrollo del acto de subasta electrónica, vid., las Resoluciones del TACRC núm. 0833/2023, de 22 de junio (rec. 688/2023) y 0143/2023, de 9 de febrero (rec. 1741/2022).

[28] Ha de hacerse notar que, de acuerdo con la Resolución núm. 1259/2022, de 13 de octubre, del TACRC (rec. núm. 1132/2022) "la notificación de la celebración de subasta y la subasta misma no son actos de trámite y de serlo, no lo son cualificados, pues el eventual perjuicio de la no concurrencia a la misma, por lo demás potestativa, no se manifiesta en realidad hasta la adjudicación, que aquí no ha tenido lugar".

ISSN 2036-7821

fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales[29]. A mi parecer, sería adecuado trasladar esta regulación a la LCSP a fin de fomentar el empleo de este instrumento para la presentación electrónica de las ofertas.

Por su parte, los *instrumentos de racionalización técnica de la contratación pública* permiten el empleo de medios electrónicos en una parte o en la totalidad de la tramitación. Así, por ejemplo, los *acuerdos marco* simplifican y reducen los costes derivados de la tramitación de los procedimientos de contratación pública pero no frenan el riesgo de prácticas colusorias, esto es, la posible existencia de pactos en relación con las pujas a realizar o la celebración de acuerdos fraudulentos entre licitadores[30]. Además, al circunscribir el acuerdo marco la competencia a las empresas inicialmente partes en el mismo se produce una restricción evidente del mercado. De ahí que sea fundamental la articulación de canales de denuncia en los supuestos de conflictos de intereses, que si bien, ya estaban previstos en el art. 63.1 de la LCSP, la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, impone la exigencia de articular canales y procedimientos de denuncia interna y de seguimiento como mecanismos efectivos no solo para prevenir y detectar el fraude y la corrupción sino también para analizar la insuficiente ejecución de las normas en esta materia y prevenir todo tipo de actuaciones que falsean la competencia, incrementan los costes y en definitiva, impiden el correcto funcionamiento del mercado interior.

El *sistema dinámico de adquisición,* aunque se configura como un proceso exclusivamente electrónico de adquisición de obras, servicios y suministros de uso corriente con duración limitada y de carácter gratuito, la LCSP no obliga al empleo de medios electrónicos en relación con la evaluación de las ofertas y el tratamiento, la gestión de la ejecución y las comunicaciones internas[31]. Además, resulta sumamente cuestionable que los contratos de obras puedan calificarse como compras de uso corriente.

En relación con la adjudicación de los contratos derivados durante la vigencia de un sistema dinámico de adquisición, la LCSP introduce como novedad un plazo mínimo de 10 días naturales a contar desde la invitación con posibilidad de ampliación para la presentación de las ofertas a diferencia de la anterior regulación (art. 202.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) que aludía a la concesión de un plazo suficiente sin determinar mínimo. Esta previsión puede generar a mi parecer

[29] Sobre algunas de las innovaciones que incorpora el mencionado RD-ley 3/2020 en materia de contratación pública da cuenta la Resolución núm. 0952/2023, de 20 de julio, del TACRC (rec. núm. 799/2023).

[30] Al respecto, vid., las Resoluciones del TACRC núm. 0987/2023, de 20 de julio (rec. núm. 887/2023), núm. 0960/2023, de 20 de julio (rec. núm. 903/2023) y 0902/2023, de 6 de julio (rec. núm. 535/2023).

[31] Vid., la Resolución núm. 0347/2023, de 16 de marzo, del TACRC (rec. núm. 187/2023).

ISSN 2036-7821

ciertos retrasos en aquellas licitaciones con escasa complejidad a las que la ley obliga a respetar este mínimo para la presentación de ofertas.

Con todo, no alcanzo a comprender que la LCSP suprima la posibilidad de emplear la subasta electrónica para la adjudicación de contratos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, pese a reconocerse en 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. Tampoco comparto que los sistemas dinámicos de adquisiciones susceptibles de recurso especial se formalicen sin plazo de espera, lo que entronca con la tutela precontractual que pretende salvaguardar la norma.

Por último, las *centrales de compra* sirven para centralizar las compras de carácter general y, eventualmente, para compras auxiliares, pudiendo ser un aliado que facilite el acceso de las pymes a los procedimientos de compra pública. Ahora bien, para la adquisición de algunos tipos de bienes sigue siendo más eficiente acudir a la contratación descentralizada, por lo que es crucial establecer un catálogo de bienes y servicios que resulte adecuado centralizar. A mi juicio, sería adecuado que se incorporaran las centrales de compra a las plataformas de licitación electrónica pues otorgaría a este instrumento mayor publicidad y facilitaría el acceso a la información y documentación contractual. Con todo, pese a las oportunidades de la centralización en cuanto a la simplificación administrativa al atribuirse a órganos especializados la tramitación de los procedimientos de contratación, así como el ahorro de costes derivado del empleo de la contratación pública a gran escala, lo cierto es que se registran dificultades a la hora de garantizar una real y efectiva competencia en el marco de la compra centralizada, así como realizar adquisiciones a partir de centrales de compra en otros Estados miembros o de adjudicar conjuntamente contratos públicos. Por esta razón, el art. 228.3 *in fine* de la LCSP limita la posibilidad de contratar la provisión de la misma prestación a través de varias centrales de contratación a la misma Administración pública, ente u organismo. Ahora bien, a mi parecer esto impide únicamente que se puedan adherir a otras centrales de contratación para la misma prestación pero ello no prohíbe que una misma Administración pueda estar adherida a varias para prestaciones diferentes. No en vano, una aplicación limitada de la compra centralizada impide aprovechar las ventajas de este sistema siendo indispensable la búsqueda del equilibrio perfecto y proporcional entre su utilización y los límites a la misma.

Todo lo anterior me permite cerrar esta intervención concluyendo que es indispensable evitar situaciones de cautividad y, en consecuencia, depender de un solo proveedor en los sistemas de licitación electrónica. Para ello sería esencial estipular una serie de especificaciones técnicas a nivel general y desarrollar soluciones comunes, abiertas y reutilizables para todas las plataformas a fin de

ISSN 2036-7821

garantizar una gestión homogénea de los procedimientos de contratación con independencia de la herramienta electrónica empleada a fin de materializar el principio de neutralidad tecnológica en el desarrollo de estos sistemas, demandando, en fin, la necesaria aprobación del marco reglamentario oportuno que posibilite su materialización en la práctica.

ISSN 2036-7821