



UNIVERSIDAD DE MURCIA
ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

**El Uso de Medios Electrónicos como Garantía
y Oportunidad de una Contratación Pública Eficiente,
Planificada, Transparente e Íntegra**

D. Alfonso Sánchez García
2021



UNIVERSIDAD DE MURCIA
ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

**EL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS COMO GARANTÍA Y
OPORTUNIDAD DE UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA EFICIENTE,
PLANIFICADA, TRANSPARENTE E ÍNTEGRA**

Tesis doctoral realizada bajo la tutela y dirección del
Profesor Dr. D. Julián Valero Torrijos

ALFONSO SÁNCHEZ GARCÍA

2021

A mis padres
A Isabel

Los productos acabados son para las mentes en decadencia

Segunda Fundación. Primera Parte. Capítulo 6

Las palabras son pobres sustitutos de las ecuaciones matemáticas

Fundación e Imperio. Primera Parte. Capítulo 10.

Isaac Asimov

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE TABLAS E IMÁGENES	ix
-----------------------------------	----

ABREVIATURAS.....	xi
-------------------	----

INTRODUZIONE. - IL FENOMENO DELLA PROCURA ELETTRONICA COME EFFETTO SETTORIALE DELL'ATTUAZIONE GENERALIZZATA DELLE SOLUZIONI DI AMMINISTRAZIONE ELETTRONICA: APPROCCI GENERALI, LIMITAZIONI E RESTRIZIONI DAL PUNTO DI VISTA DELLO STUDIO SVOLTO.....	1
---	----------

I. IL NECESSARIO SUPERAMENTO DEI LIMITI E DELLE RESTRIZIONI DELLA NOZIONE TRADIZIONALE DI ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA SULLA BASE DEI REQUISITI DELLA TRASFORMAZIONE DIGITALE	1
1. Dall'e-Government all'automatizzazione dell'attività amministrativa e all'uso degli algoritmi	1
2. Appalto pubblico elettronico: dalla semplice digitalizzazione all'indispensabile trasformazione digitale	10
3. L'Unione Uuropea come promotore dell'appalto pubblico elettronico.....	24
4. L'importanza dell'automazione e dei dati aperti nell'attuale contesto degli appalti pubblici elettronici.....	31
II. LA GIUSTIFICAZIONE DELLA STRUTTURA DELLO STUDIO EFFETTUATO	37
III. PREMESSE METODOLOGICHE DELLO STUDIO SVOLTO	41

PARTE I.- PRESENTACIÓN Y ESTRUCTURA DE LAS HERRAMIENTAS ELECTRÓNICAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	45
--	-----------

CAPÍTULO PRIMERO.- EL PERFIL DEL CONTRATANTE EN EL CONTEXTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	47
--	-----------

I. REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS.....	47
II. INTEGRACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA. HERRAMIENTAS COMUNES	59
1. La Sede Electrónica.....	61

2. La Dirección Electrónica Habilitada Única y el Servicio de Notificaciones Electrónicas	65
III. EL PERFIL DEL CONTRATANTE COMO HERRAMIENTA PROPIA DEL PODER ADJUDICADOR	69

CAPÍTULO SEGUNDO.- HERRAMIENTAS ELECTRÓNICAS DEL MERCADO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO SISTEMA 87

I. MEDIOS ELECTRÓNICOS NACIONALES PREVISTOS PARA LA ACTIVIDAD DE COMPRA DE CUALQUIER PODER ADJUDICADOR.....	87
1. El Registro de Contratos del Sector Público	87
2. La Plataforma de Contratación del Sector Público	94
3. Registro Oficial De Licitadores Y Empresas Clasificadas Del Sector Público	107
II. MEDIOS ELECTRÓNICOS EUROPEOS PREVISTOS PARA EL FUNCIONAMIENTO COORDINADO DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	116
1. Plataforma SIMAP	117
2. Proyecto de Contratación Pública Paneuropea En Línea —PEPPOL— ...	122
3. Los frutos de las estrategias europeas de interoperabilidad: Open e-Prior y su línea de actuación	136
4. e-Certis	140
5. El Documento Europeo Único de Contratación.....	145
III. POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LAS MEDIDAS DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS HERRAMIENTAS ELECTRÓNICAS DE SISTEMA	153
1. Situación actual y evolución previa de la coordinación estatal y cooperación interadministrativa en materia de Administración electrónica y compra pública	154
1.1 Los medios de interoperabilidad en las primeras normas españolas de administración electrónica.	154
1.2 Aparición de sistemas de coordinación estatal en la Ley 20/2013 en el ámbito de la contratación pública.....	167
1.3 El intento de las leyes 39/2015 y 40/2015 de apuntalar sistemas generales de coordinación estatal para la administración electrónica española y su instauración efectiva por la LCSP.....	171
1.4 La coordinación policéntrica introducida por la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público	183
2. Consideraciones sobre los límites y posibilidades de expansión de la coordinación estatal a la luz de las sentencias del TC de 2018.....	189

PARTE II.- LA DIGITALIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN, DATOS Y COMUNICACIONES ELECTRÓNICOS DEL PROCEDIMIENTO DE COMPRA PÚBLICA..... 203

CAPÍTULO TERCERO.- LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS PREVIAS AL INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA 205

I.	CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO	206
1.	Concepto	206
2.	Medios de control de la interacción entre operador económico y ente adjudicador.....	209
3.	Medios de selección de los operadores económicos consultados	211
4.	La gratuidad de las consultas preliminares	212
5.	El asesoramiento de expertos para la realización de consultas preliminares 214	
6.	Frecuencia y recursos requeridos por las consultas preliminares	218
II.	EL ANUNCIO DE INFORMACIÓN PREVIA COMO MEDIO DE PLANIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS SINERGIAS CON LA EXTENSIÓN DE LOS MEDIOS Y FORMAS ELECTRÓNICAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	220
1.	Anuncio de información previa.....	221
1.1	Contenido y potencialidades del anuncio de información previa	221
1.2	Forma de publicación del anuncio de información previa	226
1.3	El anuncio de información previa como convocatoria de licitación	229
1.4.	El anuncio de información previa como elemento de planificación preceptiva	232
2.	La regulación de la planificación de la compra pública en Italia como referente para la evolución del art. 24.8 de la LCSP	240
2.1	Contenido de la programación de la contratación pública prevista en el ordenamiento jurídico italiano	243
2.2	Modificaciones ulteriores de la programación y posibles excepciones a la misma	246
2.3	Prescripciones “estatales” sobre la priorización de los procedimientos de compra pública en la actividad de programación.....	247
2.4	Eficacia y efectos jurídicos de la programación de la contratación pública	252
III.	CONSIDERACIONES Y PROPUESTAS SOBRE EL NIVEL DE PREINFORMACIÓN ..	258
1.	La interactividad de las TIC como medio de seguimiento automatizado de los procedimientos de licitación por parte de los operadores económicos	261
2.	Desde la simple muestra de interés a la habilitación y la oferta previa	263
2.1	La confidencialidad de las preofertas.....	266

2.1.1	En los contratos de suministros.....	266
2.1.2	En los contratos de servicio y obra	267
2.2	Contenido y vinculación de la preoferta	274
2.3	La planificación como medio para la generación de sistemas de habilitación previa.....	276

CAPÍTULO CUARTO.- LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS DURANTE LA LICITACIÓN Y ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO PÚBLICO 279

I.	LAS NOTIFICACIONES Y LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	279
1.	Las comunicaciones propias de la actividad administrativa dentro del procedimiento de compra pública	281
1.1	Las notificaciones.....	282
1.2	Los avisos de puesta a disposición y su relación con la eficacia de las notificaciones	289
2.	LAS COMUNICACIONES ORALES	294
II.	EL ANUNCIO DE LICITACIÓN.....	296
1.	Medios de publicación del anuncio de licitación	296
2.	EL CONTENIDO DEL ANUNCIO DE LICITACIÓN INTRODUCIDO POR LA DIRECTIVA 2014/24/UE.....	299
3.	El contenido del anuncio de licitación	303
III.	LA INFORMACIÓN ADICIONAL	306
1.	El objeto, funcionalidad y plazos de la información adicional	306
2.	Los destinatarios y canales de la información adicional	310
3.	El contenido de la información adicional.....	315
3.1	Las aclaraciones como tipo específico de la información adicional y su distinción de la modificación de los pliegos	315
3.2	La corrección de errores materiales, de hecho o aritméticos	319
3.3	Análisis tópico de la información adicional, la modificación y la corrección de errores	322
3.3.1	Ejemplo de información adicional	322
3.3.2	Ejemplo de aclaración	325
3.3.3	Ejemplo de corrección de errores materiales	328
3.3.4	Ejemplo de modificación de pliegos no detectada debidamente.....	328
4.	Efectos y consecuencias del incumplimiento de los deberes de suministro de información adicional y modificación de los pliegos	329
4.1	En relación a la información adicional.....	329
4.4	En relación a las aclaraciones	334
4.2	En relación a la modificación de los pliegos	337
4.3	En relación a la corrección de errores	338

5. Fiscalización de la determinación del tipo de información previa o modificación de los contratos efectuada por el ente adjudicador.....	338
IV. LA PRESENTACIÓN DE OFERTAS.....	341

PARTE III.- POSIBILIDADES DE EXTENSIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS Y FORMAS ELECTRÓNICOS DE COMPRA PÚBLICA..... 347

CAPÍTULO QUINTO.- PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN ESPECÍFICAMENTE ELECTRÓNICOS O ESPECIALMENTE VINCULADOS AL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS 349

I. EL ACUERDO MARCO.....	349
1. Definición del acuerdo marco	349
2. Los contratos derivados del acuerdo marco	351
3. Los Efectos esperados del acuerdo marco	352
4. Las contraindicaciones del acuerdo marco	354
II. EL SISTEMA DINÁMICO DE ADQUISICIÓN.....	359
1. La habilitación en el sistema dinámico de adquisición.....	359
2. La licitación de los contratos derivados del sistema dinámico de adquisición	364
III. EL CATÁLOGO ELECTRÓNICO	368
1. Definición de catálogo electrónico.....	368
2. Ámbito de aplicación del catálogo electrónico	370
3. Contenido y forma del catálogo electrónico	373
4. La falta de previsión expresa del catálogo electrónico en la LCSP	377
IV. LA SUBASTA ELECTRÓNICA	379
1. Definición de subasta electrónica.....	379
2. Dinámica de la subasta electrónica	380
2.1 Preevaluación de las ofertas	380
2.2 Invitación a participar en la subasta	381
2.3 Desarrollo de la subasta y presentación de pujas	382
2.4 Finalización de la subasta.....	383
3. Efectos esperados de la subasta electrónica y posibles contraindicaciones	386
V. SUJETOS INSTITUCIONALES ESPECIALMENTE VINCULADOS A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: LAS CENTRALES DE COMPRA.....	390
1. La respuesta del legislador europeo a la fragmentación de los poderes adjudicadores en los estados miembros	390
1.1 Las centrales de compra	393
1.2 Acuerdos de compra conjunta	396
1.3 Las agrupaciones de derecho europeo.....	397
2. El impulso del legislador italiano de la agregación de la demanda	399

3. La regulación de las centrales de contratación en España	404
---	-----

CAPÍTULO SEXTO.- PROPUESTA DE EXTENSIÓN Y REFORMA DE LOS PROCEDIMIENTOS ELECTRÓNICOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA SOBRE LA BASE DE LOS DATOS ABIERTOS Y LA AUTOMATIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA..... 411

I. LA INTEROPERABILIDAD SEMÁNTICA COMO FACTOR DE REUTILIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y DE PLANIFICACIÓN DE LA COMPRA PÚBLICA	411
II. LA NOMENCLATURA CPV	414
1. Antecedentes históricos del CPV	419
1.1. Clasificaciones homogéneas promovidas por la Comisión de Estadística de las Naciones Unidas.	419
1.1.1 Clasificaciones de bienes y servicios (CCP, ICGS).....	419
1.1.2 Clasificación de bienes (HS, SITC, Listado Mínimo de Mercaderías para el Comercio Internacional y Nomenclatura Aduanera).....	421
1.1.3 Clasificación de Actividades Económicas (CIIU)	423
1.2 Clasificaciones homogéneas promovidas en Europa.	424
1.2.1 Clasificaciones de bienes, servicios y obras (CPA, CC).....	424
1.2.2 Clasificación de bienes (NC, NIMEXE, BTN, TARIC).....	426
1.2.3 Clasificación de actividades económicas (NACE, NICE, NCE, EA, PRODCOM).....	427
2. La aparición del CPV y su inclusión en las normativas europea y española	429
3. Configuración y funcionamiento de la nomenclatura CPV	434
4. Relevancia y consecuencias jurídicas relativas a la utilización inadecuada del CPV	436
III. POSIBILIDADES DE IMPLEMENTACIÓN DE ALGORITMOS DETERMINISTAS PARA LA ASIGNACIÓN DEL CPV Y LA PLANIFICACIÓN DE LA COMPRA PÚBLICA	443
1. Características y requisitos generales de la administración automatizada en el ámbito de la contratación pública	443
1.1 La complejidad de la actividad automatizada	443
1.2 Adquisición de soluciones de actividad administrativa automatizada.....	448
1.3 Garantías del administrado frente a programas de inteligencia artificial.	450
2. Propuesta de automatización de la actividad de planificación del art. 28.4 de la LCSP y de codificación de los contratos sobre la base de la nomenclatura CPV	455
3. El desarrollo de la plataforma PLAN como ejemplo de las soluciones propuestas.....	461
3.1 Situación actual	461
3.2 Líneas futuras de desarrollo	467

CONCLUSIONI.....	471
PRIMA.- In merito alla necessità di un coordinamento statale dei sistemi degli appalti elettronici nella dimensione interna della Pubblica Amministrazione o <i>front office</i>	471
SECONDA.- In merito alla necessità di assicurare l'implementazione di nuovi strumenti di <i>e-procurement</i> per mezzo di strumenti ausiliari e orientati a supplire alla mancanza di risorse delle stazioni appaltanti	473
TERZA.- In merito all'ambito di applicazione degli accordi quadro e in merito alla necessità di limitare le procedure di digitalizzazione basate su di essi ai mercati oligopolistici o monopolistici.....	474
QUARTA.- In merito alla necessaria estensione della logica di funzionamento dei sistemi dinamici di acquisizione	476
QUINTA.- In merito alla centralità della pianificazione degli appalti pubblici come soluzione di efficienza del sistema elettronico di appalti pubblici e la sua necessaria automatizzazione	478
SESTA.- In merito alla co-centralità della nomenclatura CPV come mezzo di interoperabilità semantica e la sua necessaria attuazione e/o verifica in maniera automatizzata.....	479
SETTIMA.- In merito all'automazione e ai <i>big data</i> come requisito di partenza per l'implementazione di sistemi integrali di contrattazione pubblica elettronica	481
OTTAVA.- In merito alla possibilità di riformare la procedura aperta ordinaria e semplificata sulla base delle ICT e dei dati aperti.....	482
NONA.- In merito alle possibilità di riuscire a ottenere maggiore dinamismo e concorrenza nell'“appalto minore” e in merito alle possibilità della sua successiva limitazione fino alla sua soppressione.....	483
DECIMA.- In merito alla natura incrementale delle possibilità di digitalizzazione messe in discussione sulle procedure aperte e dell'“appalto minore”.....	485
UNDICESIMA.- In merito alle necessità di un controllo diffuso delle procedure di appalto pubblico dal punto di vista del Governo Aperto	486
DODICESIMA.- In merito alle necessità e alla priorità di mantenere i progressi fatti finora.....	487
BIBLIOGRAFÍA.....	489
OTRAS FUENTES CONSULTADAS	507
ANEXO NORMATIVO.....	515
ANEXO JURISPRUDENCIAL Y DE RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS	525

ÍNDICE DE TABLAS E IMÁGENES

TABLAS

Tabla 1: Datos sobre los procedimientos de licitación efectuados en España durante el año 2018.....	92
Tabla 2: Sistematización de la información contenida en el ROLECSP.....	111
Tabla 3: Importe acumulado de los contratos referidos al CPV 33141110-4 efectuados por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en los años 2014 a 2019 según datos ofrecidos por su portal de transparencia.....	439

IMÁGENES

Imagen 1: Esquema de funcionamiento de la Dirección Electrónica Habilitada Única.....	69
Imágenes 2 y 3: Mapas ofrecidos por el suplemento del Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE serie S) para la búsqueda por territorio de procedimientos de licitación.....	120
Imagen 4: Cuadro resumen de los diversos agentes intervinientes en PEPPOL.....	127
Imagen 5: Cuadro resumen del funcionamiento de la intranet PEPPOL.....	129
Imagen 6: Diagrama del funcionamiento del sistema de requerimiento de una entrega de producto a los operadores económicos por medio de la Intranet PEPPOL.....	131
Imagen 7: Diagrama del funcionamiento del sistema de presentación de ofertas por medio de la Intranet PEPPOL.....	133
Imagen 8: Diagrama del funcionamiento del sistema de consulta del estado de una licitación por los operadores económicos por medio de la Intranet PEPPOL.....	134

Imagen 9: Diagrama del funcionamiento del sistema de suscripción o seguimiento de los operadores económicos a un procedimiento de licitación por medio de la Intranet PEPPOL.....	135
Imagen 10: Diagrama de la sucesión temporal de las estrategias europeas de interoperabilidad.....	138
Imagen 11: Cuadro resumen de la estructura generada por e-Prior, PEPPOL, Portal SIMAP, PCSP y perfiles del contratante.....	140
Imágenes 12 y 13: Visión de la interfaz de e-Certis.....	141
Imagen 14: Diagrama del concepto de información adicional y las figuras conexas.....	324
Imagen 15: Diagrama resumen de las principales nomenclaturas internacionales de clasificación estadística y sus interrelaciones.....	430
Imagen 16: Diagrama de funcionamiento del sistema de codificación automática CPV desarrollado como prueba de concepto en el proyecto de investigación en el que se inserta el presente trabajo.....	469

ABREVIATURAS

AAPP: Administraciones Públicas

AEAT: Agencia Estatal de la Administración Tributaria

AECT: Agrupación Europea de Cooperación Territorial

Art.: Artículo

AVCP: Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

BOE: Boletín Oficial del Estado

CA: Comunidad Autónoma

CCAA: Comunidades Autónomas

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Contratos SARA: Contratos Sometidos A una Regulación Armonizada.

CPV: Vocabulario Común de Contratación Pública, por sus siglas en inglés *Common Procurement Vocabulary*

DA: Disposición Adicional

DDAA: Disposiciones adicionales

DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

DT: Disposición Transitoria

EELL: Entidades Locales

EIF: Marco Europeo de Interoperabilidad —*European Interoperability Framework*—

FD: Fundamento de Derecho

FFDD: Fundamentos de Derecho

FFJJ: Fundamentos Jurídicos

FJ: Fundamento Jurídico

FLA: Fondo de Liquidez Autonómico

ICO: Instituto de Crédito Oficial

JCCPE: Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

NTI: Norma Técnica de Interoperabilidad

NUTS: Nomenclatura Común de Unidades Territoriales Estadísticas, equivalente a la expresión en inglés *Common Classification of Territorial Units for Statistics*.

OLAF: Oficina Europea de Lucha contra el Fraude. Siglas correspondientes a la denominación en francés: Office Européen De Lutte Antifraude.

OPUE: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea

PCSP: Plataforma de Contratación del Sector Público.

PGE: Presupuestos Generales del Estado

PLACE: Plataforma de Contratos del Estado.

Rec.: Recurso

ROLECSP: Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público

RRTACRC: Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

RTACRC: Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

TIC: Tecnologías de la Información y la Comunicación

TC: Tribunal Constitucional

TGSS: Tesorería General de la Seguridad Social

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

UE: Unión Europea

**INTRODUZIONE. - IL FENOMENO DELLA PROCURA ELETTRONICA
COME EFFETTO SETTORIALE DELL'ATTUAZIONE GENERALIZZATA
DELLE SOLUZIONI DI AMMINISTRAZIONE ELETTRONICA: APPROCCI
GENERALI, LIMITAZIONI E RESTRIZIONI DAL PUNTO DI VISTA
DELLO STUDIO SVOLTO**

**I. IL NECESSARIO SUPERAMENTO DEI LIMITI E DELLE
RESTRIZIONI DELLA NOZIONE TRADIZIONALE DI ATTIVITÀ
AMMINISTRATIVA SULLA BASE DEI REQUISITI DELLA
TRASFORMAZIONE DIGITALE**

**1. DALL'E-GOVERNMENT ALL'AUTOMATIZZAZIONE DELL'ATTIVITÀ
AMMINISTRATIVA E ALL'USO DEGLI ALGORITMI**

Fino agli anni Novanta, il binomio carta-amministrazione sembrava una realtà indispensabile, non solo nella sua contemporaneità, ma anche proiettata verso il futuro più lontano. Infatti, possiamo vedere come la mente brillante e prodigiosa di ASIMOV, quando immaginava l'Amministrazione a migliaia di anni dalla nostra era, concepiva un'Amministrazione Generale dell'Universo che, fisicamente, arrivava a coprire l'intera superficie di un pianeta con "una sola funzione: l'amministrazione; un solo scopo: il governo; e un solo prodotto elaborato: la legge"¹, che, funzionalmente, portava ad "un mondo concepito sulla carta e dedicato al principio del questionario in quadruplicato"².

¹ Con maggiore precisione terminologica dal punto di vista del giurista spagnolo, deve intendersi "la norma".

² ASIMOV, I. , *Trilogía de la Fundación. Fundación. Fundación e Imperio. Segunda Fundación*, 9ª edición, Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial S.A.U., 2015 (edizioni originali 1951 e 1952), pp. 363 e 364

Questa relazione, Amministrazione-carta, persiste ancora oggi. Inoltre, ci viene rivelata la necessità essenziale di questo binomio come condizione dei rapporti con alcuni settori della popolazione, per i quali l'imposizione di un'amministrazione elettronica potrebbe minare la loro sicurezza giuridica e i loro principali diritti fondamentali. Infatti, l'esistenza di un divario digitale all'interno della nostra società, così come lo stadio di sviluppo dell'amministrazione elettronica, ancora in fase di consolidamento, rendono difficile elaborare tutte le procedure in modo completamente elettronico. Quindi, l'utilizzo della carta e dei rapporti "faccia a faccia" diventeranno una realtà imperativa in modo definitivo oppure nel lungo termine. Tuttavia, dobbiamo evidenziare che, in Spagna, sono stati fatti progressi molto importanti in questa estensione dell'utilizzo degli strumenti dell'eGovernment da parte degli amministrati. In particolare, viene sottolineato come dalla prima manifestazione dell'obbligatorietà del rapporto per via telematica con l'Amministrazione in relazione alle procedure di gestione e controllo fiscale *ex art. 115 bis* del D.lgs. 1065/2007, in relazione all'art. 27.6 della LAE, si è arrivati all'attuale art. 14 della Ley 39/2015, per cui, una ampia fascia della popolazione viene obbligata a questo tipo di interazione con le autorità pubbliche.

Su questo punto, è importante considerare che l'implementazione dell'e-Government non è un fenomeno monolitico, ma altamente complesso e scalabile. Di conseguenza, molte delle soluzioni implementate possono non costituire un percorso sufficientemente testato sotto il profilo della operatività, tanto da poter rinunciare alle modalità e a i mezzi di gestione precedenti. Questa posizione viene rafforzata, visto il forte attaccamento del personale al servizio dell'Amministrazione all'uso del supporto cartaceo, logica conseguenza di molti anni di lavoro con l'utilizzo di documenti e file formati su questo supporto³. Di conseguenza, le soluzioni di *e-Government* e il loro elevato livello di specializzazione e sviluppo tecnico implicano una forte perturbazione funzionale, che si tradurrà in elevati costi di capitale e di formazione per la sua attuazione in modo decisivo e definitivo.

Di conseguenza, il raggiungimento di un modello di *e-Government* che attui il principio della *carta zero* non è una realtà che si può attendere nel breve o medio termine; fatto dimostrato, tra gli altri, dalle successive estensioni attuate dalla entrata in vigore delle misure adottate con la riforma del 2015. Tuttavia, le esperienze già attuate e le caratteristiche delle ICT esistenti ad oggi ci permettono di immaginare, di sicuro, la fattibilità di questo modello di Amministrazione nel lungo – o lunghissimo – termine.

Detta implementazione dei mezzi elettronici nel funzionamento della Pubblica Amministrazione è derivata da una risposta e da un adattamento inevitabile del settore pubblico "alla realtà tecnologica attuale"⁴. Cioè, troveremo sempre come punto di

³ COSTANTINO, F., «Public Officials and the Design of Algorithms. Lessons from the Italian Experience», *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 1, n.º 1, 2020, p. 144.

⁴ STSJ Madrid, Sezione 5, numero 1151/2014, del 25 settembre, Rec. 751/2012, FD Sesto.

partenza che il fenomeno dell'Amministrazione elettronica non sia un fattore incluso nelle iniziative di modernizzazione della società, promosso dalla sfera pubblica, ma piuttosto che esse rappresentano una reazione necessaria da parte dell'Amministrazione per aggiornarsi ai "parametri in cui si svolge l'attività sociale ed economica"⁵. Pertanto, la proiezione o l'evoluzione dell'Amministrazione, con lo scopo di integrare soluzioni elettroniche, risponde a fattori o realtà extra-giuridiche di profonda presenza nella società che richiedono la loro adeguata canalizzazione legale. In questo senso, la normativa che accompagna l'ingresso delle ICT nel funzionamento del settore pubblico deve garantire, almeno, la conservazione delle garanzie del cittadino presenti nell'Amministrazione che opera "sulla carta". Queste garanzie rappresentano, senza dubbio, il frutto dell'evoluzione di un Diritto amministrativo basato esclusivamente su un'amministrazione cartacea. Ciò non significa però che il processo di implementazione dell'Amministrazione elettronica non debba rispettare pienamente e scrupolosamente queste garanzie, adeguando i mezzi creati per salvaguardarli al nuovo panorama e alle logiche operative consolidate prima, e anche contribuendo al loro potenziamento oppure aggiungendo, quando ciò sia possibile, nuove garanzie sconosciute all'interno dell'Amministrazione "in carta" o analogica.

Diventa necessario, quindi, che la realizzazione dell'Amministrazione elettronica non sia concepita come fine a sé stessa, ma come una misura facilitata dal progresso tecnologico che consente una risposta più efficace ed efficiente alle funzioni della Pubblica Amministrazione e alle garanzie e ai principi del nostro sistema giuridico.

La sua maggiore efficienza e utilità rispetto ai mezzi basati sulla carta e agli strumenti analogici deriva dalle caratteristiche associate al loro funzionamento, in particolare⁶ :

- *Deterritorializzazione*: che comporta lo scollegamento del riferimento alle attività sviluppate nella rete a uno spazio fisico determinato, il quale viene sostituito dallo "spazio telematico", che la dottrina ha definito come un "non spazio"⁷.
- *Destatalizzazione*: nella misura in cui l'attività svolta sulla rete tende ad andare facilmente e naturalmente oltre i confini di un singolo Stato e, quindi, del suo ordinamento giuridico.
- *Dematerializzazione*: poiché l'uso delle ICT produce una trasformazione dell'oggetto regolato, il quale non è più un elemento composto da atomi – gli elementi fondamentali della materia – ma diventa una sequenza di *bits* che costituisce beni o canali di interrelazione o di trasmissione di informazioni tra due o più soggetti. Questo elemento computerizzato permette una trasmissione e uno scambio che riduce esponenzialmente

⁵ VALERO TORRIJOS, J., «Inteligencia Artificial y contratación del sector público», *Observatorio de la Contratación Pública*, vol. febrero, 2020, p. 1.

⁶ PASCUZZI, G., *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 323-344.

⁷ IRTI, N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

i carichi, i costi e i tempi di trasmissione degli elementi materiali⁸, nonché fornisce, presuntivamente, una maggiore affidabilità e precisione operativa. Questa dematerializzazione è pienamente evidente nel campo degli appalti pubblici, dove, come analizzeremo in dettaglio nel corso del presente studio, si registra una tendenza alla dematerializzazione dei documenti, delle firme, dei canali di trasmissione e persino dei soggetti operativi; fino al punto in cui, la sostituzione delle persone della stazione appaltante con un algoritmo informatico potrebbe essere presa in considerazione nella valutazione delle offerte, assumendo un'azione più precisa, esatta e imparziale.

D'altra parte, la tecnologia permette di organizzare funzionalità in gran parte inedite nel contesto della gestione analogica. È il caso dell'ipertestualità, costituita dalla possibilità di introdurre modalità di accesso diretto e automatico tra diversi documenti; dell'ipermedialità, cioè la possibilità di stabilire sistemi di ipertestualità tra diversi mezzi o supporti di comunicazione, ad esempio tra un documento scritto e sistemi di riproduzione video o audio; l'interattività, che permette l'utilizzo di un canale di comunicazione che collega due parti, per consentire un dialogo bidirezionale⁹; e l'automazione, che permette l'esecuzione di una serie di compiti o di analisi della realtà senza la necessità di un intervento umano. Quest'ultima attività può essere svolta anche per mezzo di algoritmi che rispondono interamente alla programmazione iniziale effettuata dal suo progettista umano – algoritmi deterministici – o per mezzo di algoritmi progettati per l'automodulazione delle sue risposte, potendo sfuggire autonomamente agli schemi inizialmente introdotti nel suo codice sorgente – algoritmi non deterministici –. D'altra parte, l'automazione potrebbe sostituire, da un lato, l'attività umana orientata per la realizzazione di compiti legati alla dimensione interna dell'attività amministrativa –automazione ausiliaria – o, dall'altro lato, legati all'insieme della procedura amministrativa, compresa la sua dimensione esterna – automazione amministrativa –.

Tutte le summenzionate funzionalità, come vedremo, offriranno un ampio spettro di possibilità che giustificheranno la valutazione dell'attuazione delle ICT all'interno dell'ambito degli appalti pubblici come una vera innovazione tecnologica.

Nondimeno, a queste possibilità senza precedenti corrisponderanno rischi legali che pongono sfide altrettanto significative. Tali rischi risiedono principalmente nell'implementazione dei mezzi elettronici in modo inadeguato rispetto ai nostri principi e diritti costituzionali, così come nel loro corrispondente sviluppo sulla base delle norme di diritto pubblico che controllano l'esercizio di poteri esorbitanti e garantiscono il reale perseguimento dell'interesse generale da parte dell'Amministrazione. In questi casi,

⁸ NEGROPONTE, N., *Essere digitali*, Milano, Sperling & Kupfer, 1995; MASUCCI, A., «Digitalization of public administration and electronic public services», *Diritto Pubblico*, vol. 2019, n.º 1, 2019, p. 118.

⁹ COSTANZO, P., «Internet (Diritto Pubblico) -voce-», in *Digesto discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino, Utet giuridica, 2000, pp. 349 e 530.

l'utilizzo generalizzato della tecnologia diventerà una minaccia di dimensioni anche inedite al momento attuale, che genererebbe una situazione distopica dovuta all'eventuale arretramento delle garanzie e dei diritti dei cittadini di fronte ai poteri pubblici e, quindi, un'involuzione rispetto all'Amministrazione in carta o analogica¹⁰. Dunque, se nei prossimi decenni assisteremo ad una crescente tendenza nell'evoluzione tecnologica, anche di natura ciclica e non lineare, l'espansione dell'*e-Government* sarà inevitabile. Tuttavia, solo se questo nuovo paradigma dell'Amministrazione si atterrà ai principi del nostro sistema giuridico eviteremo che diventi un fattore determinante per la creazione di una distopia sociale.

In questo senso, il concetto di *e-Government* si riferisce all'attuazione, nell'ambito dell'attività dell'Amministrazione, dell'"uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle Pubbliche Amministrazioni, combinato con cambiamenti organizzativi e nuove competenze, al fine di migliorare i servizi pubblici e i processi democratici e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche"¹¹. Questa definizione da parte della Commissione Europea ci sembra del tutto precisa e appropriata¹². Come è stato sottolineato e sarà analizzato in dettaglio nel corso di questo studio, non si tratta solo di un fenomeno basato sull'introduzione di nuovi strumenti tecnologici sconosciuti nell'Amministrazione in carta. Pertanto, è essenziale tenere in conto l'effetto dell'implementazione dell'*e-Government* sull'organizzazione e sulla configurazione delle procedure e dei compiti, nonché sulle correlate modifiche delle modalità di azione a cui devono rispondere le risorse personali delle Pubbliche Amministrazioni¹³. Si scopre in questo modo che il menzionato fenomeno ha una triplice dimensione strumentale, procedurale e personale.

¹⁰ A questo proposito, in materia di appalti pubblici, v. D'ELIA CIAMPI, I., «L'informatica e le banche dati», in CASSESE, S. (coord.) *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale. Vol. III*, Milano, Giuffrè Editore, 2003, p. 1627.

¹¹ Comisión Europea, COM(2003) 567, de 26 de septiembre: El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa, p. 7.

¹² In senso opposto e considerando questa definizione più vicina a quella di *e-Government* o *e-Governance*, v. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2009, pp. 185 e 186. Coinciderebbe quindi, in termini generali, con la definizione contenuta in BARRUISO RUIZ, C., *Administración electrónica*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 23. Nondimeno, questo concetto di Amministrazione elettronica è limitato entro l'ambito della procedura amministrativa, cioè quello relativo all'attuazione dei soggetti pubblici tenuti al Diritto Amministrativo. Ulteriori questioni, come l'azione politica o la regolamentazione del funzionamento delle strutture e delle procedure costituzionali saranno prese in considerazione solo nella misura in cui queste ultime possono essere influenzate dalla preparazione, dall'esecuzione e dalla pubblicazione dell'azione amministrativa. Sulla stessa linea, dobbiamo scartare, in relazione ai confini di questo studio, altri esempi di definizione del Congreso de los Estados Unidos, Report: A primer on eGovernment. Sector, stages, opportunities and challenges of online governance, 2000, citati da MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, come il contenuto in *Ibid.* p. 2, dove la menzione dei "servizi di governo" finalizzati al raggiungimento della *governance* e di una maggiore partecipazione dei cittadini, sembra essere derivata come obiettivo principale e non come contributo trasversale che possa derivare dalle procedure amministrative.

¹³ MASUCCI, A., «Digitalization of public administration and electronic public services», in *Diritto Pubblico*, vol. 2019, n. 1, 2019, p. 118.

D'altra parte, l'*e-Government* non mira solo a raggiungere una maggiore efficienza nella dimensione funzionale delle azioni o dei servizi amministrativi su cui è proiettato, ma anche nella loro associata dimensione sociale e ambientale. In particolare, a causa della loro inesistente funzionalità nei supporti in carta e analogici, l'introduzione di soluzioni elettroniche deve riguardare se il loro impatto sull'attività amministrativa può avere effetti trasversali oltre l'ottimizzazione della loro funzione primaria. In tal modo, la tecnologia e, in particolare, la trasformazione digitale che essa facilita, potrebbe servire a raggiungere livelli di trasparenza e di partecipazione dei cittadini finora sconosciuti, nonché un nuovo approccio e un orientamento strategico che porterebbe all'interconnessione del piano d'azione elaborato tra le varie azioni amministrative e anche tra queste e le politiche pubbliche di ogni tipo, relative o connesse in qualche modo all'attività amministrativa, alla fornitura di servizi pubblici o ai cittadini che interagiscono con l'amministrazione o il servizio in questione. In linea con quanto sopra, l'agevolazione dell'accesso del cittadino alle informazioni e alla procedura amministrativa è stato stabilito come uno degli obiettivi e/o giustificazioni dell'*e-Government* accennati dall'articolo 3 della LAE¹⁴. In sintesi, questo articolo evidenzia la stretta relazione tra il concetto di *e-Government* e quello di *Open Government*, concetto, quest'ultimo, per mezzo del quale si "cerca di rafforzare le relazioni tra le Pubbliche Amministrazioni e i cittadini attraverso una maggiore trasparenza, partecipazione e collaborazione di essi attraverso un uso intensivo della tecnologia"¹⁵.

A nostro avviso, la definizione stabilita e sviluppata dalla Commissione Europea è compatibile e non più ampia di quella contenuta nell'*e-Government Act* degli Stati Uniti, dove il concetto di *e-Government* è espresso come quella figura che si riferisce "all'uso da parte dell'Amministrazione di applicazioni basate sul Web e su Internet e di altre tecnologie dell'informazione, combinate con processi per implementare tali tecnologie, per (A) consentire l'accesso e la fornitura di informazioni e servizi al pubblico, ad altre agenzie e ad altri enti governativi o (B) produrre miglioramenti nelle attività governative che possono migliorare l'efficienza, la qualità del servizio o produrre la sua trasformazione".

La suddetta compatibilità o analogia tra le due definizioni è dovuta al fatto che all'interno della qualità del servizio – come vedremo con evidenza nel campo specifico degli appalti pubblici – non solo deve essere compresa la sua dimensione operativa o

¹⁴ Come è osservato in VÁZQUEZ GARRANZO, J. Y FUERTES LÓPEZ, F. J., «La utilización de técnicas electrónicas y telemáticas por las Administraciones Públicas en materia de contratación pública: introducción histórica», in PALOMAR OLMEDA, A. (coord.) *Contratación Administrativa Electrónica*, Cizur Menor, Thompson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 30, ciò avrà un'influenza particolare sugli appalti pubblici.

¹⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «El papel de los medios electrónicos en la lucha contra la corrupción», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, vol. 104, 2016, p. 213. Sul ruolo centrale della trasparenza nel contesto attuale come mezzo per garantire una buona amministrazione, v. OROFINO, A. G., *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, Bari, Caccuci Editore, 2020, pp. 14 a 17.

funzionale, ma anche la sua qualità sociale e ambientale. In questo senso, la Commissione Europea menziona le politiche pubbliche dal punto di vista del suo "sostegno". Cioè da una dimensione di promozione e di contributo a queste politiche derivata da una concezione della procedura amministrativa basata sulle chiavi dell'*OpenGovernment*, che si è consolidata in Europa come elemento di qualità sociale e ambientale intrinseca e, quindi, inclusa nel concetto stesso di efficienza ed efficacia di questa procedura.

Così, quando la Commissione Europea fa riferimento ai "processi democratici" all'interno della triplice componente teleologica dell'*e-Government*, si riferisce, da un lato, al consentire una maggiore partecipazione, attraverso la consultazione, alla preparazione e alla progettazione finale della procedura amministrativa. E, d'altra parte, si propone una maggiore partecipazione nel controllo dell'attività svolta, generando un controllo diffuso dell'attività amministrativa che va al di là di quella svolta dagli organi istituzionali istituiti per questo scopo. Entrambe le linee d'azione favoriscono la democratizzazione della partecipazione alle iniziative precedentemente lanciate dalle autorità pubbliche e la consultazione della procedura amministrativa. In entrambi i casi, l'intenzione finale è quella di implementare sistemi di revisione della qualità che facciano riferimento all'efficienza della procedura in questione, attraverso sistemi di controllo della qualità *ex ante* ed *ex post*. L'effetto o l'utilizzo delle ICT in termini di adozione o controllo della decisione che deve essere considerata la più corretta dal punto di vista politico e che comporterà la successiva attuazione della corrispondente attività amministrativa è, quindi, al di fuori di questo ambito che ci occupa adesso, per inquadrarsi nel più ampio concetto di *e-Governance*¹⁶.

Pertanto, in relazione al concetto di *e-Government*, dobbiamo distinguere tra le iniziative volte a promuovere o ad aprire la partecipazione al processo decisionale politico e quelle volte a promuovere e rafforzare le procedure democratiche che sono strumentali all'azione amministrativa e che ne aumenteranno la qualità, sia attraverso una migliore progettazione, portata, integrità, responsabilità, ecc. Oppure, nello stesso senso, ci riferiremo alle procedure democratiche favorite all'interno della Pubblica Amministrazione – *e-Government* – e non a alle altre sviluppate in relazione ai poteri

¹⁶ *e-Government Act*, citata in MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., p. 190. Quindi è evidente che il concetto di *e-Government* o di Amministrazione elettronica non differisce da quello dell'autore, ma solo per quanto riguarda la valutazione della definizione che gli è stata data dalla Commissione Europea nella sua comunicazione (2003) 567. Infatti, al di là dell'inclusione o meno nella definizione di *e-Government* della sua triplice dimensione teleologica, siamo pienamente d'accordo con la sua definizione (*Ibid.*, pp. 202, 203 e 214). Tanto più poiché la triplice dimensione strutturale a cui si è fatto riferimento sarà integrata nella concezione di questo fenomeno come "un nuovo modello di amministrazione", da cui emergerà "un uso intensivo delle ICT nelle Pubbliche Amministrazioni", in cui esse saranno implementate con un criterio di efficacia ed efficienza, sostituendo le precedenti forme di lavoro e procedure amministrative.

pubblici nel loro complesso o in relazione agli organi costituzionali di decisione politica, *Open Government*.

Una volta dettagliato il concetto di *e-Government*, va notato che questo "modello di amministrazione basato sull'applicazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nello sviluppo delle attività amministrative" le raggiungerà tutte. Da questo punto di vista, si possono distinguere due dimensioni: "da un lato, la dimensione interna, che comprende l'applicazione delle ICT nel lavoro amministrativo interno e nei rapporti interamministrativi e, dall'altro, la dimensione esterna, che si riferisce all'applicazione delle ICT con l'obiettivo di offrire servizi pubblici e procedure amministrative in sede elettronica agli amministrati"¹⁷. È importante sottolineare questa differenza tra le suddette dimensioni, come potremo analizzare in modo approfondito nel corso di questo studio. In particolare, assumerà una forte rilevanza date le diverse implicazioni legali che possono essere prodotte in esse e le interrelazioni tecnico-fattuali che il disegno autonomo del modello di *e-Government* nel contesto del *back office* implicherà sul *front office* e, con esso, sulle possibilità di realizzare un disegno basato sulla centralità dell'utente.

Infine, per quanto riguarda il processo di formazione o di attuazione dell'*e-Government*, si possono distinguere diverse fasi. Come spiega¹⁸ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, in primo luogo troviamo la fase di "automazione", iniziata negli anni '60 e caratterizzata dall'inserimento del computer nell'organizzazione delle Pubbliche Amministrazioni come elemento sostitutivo, più avanzato e migliorato, rispetto alla macchina da scrivere. La fase che precede sarebbe stata superata con il consolidamento di un'altra fase che potremmo definire di "informatizzazione", intensificata a partire dagli anni '80 nell'ambito della Pubblica Amministrazione e caratterizzata dall'utilizzo di programmi informatici più avanzati, soprattutto quelli relativi al trattamento, all'elaborazione e alla conservazione dei dati¹⁹. A questo punto, il computer, in combinazione con la stampante, non sarebbe più una macchina da scrivere più avanzata, distinguendosi per la possibilità di eseguire attività di gestione dei dati nuove, più efficienti e finora sconosciute. In particolare, spicca l'emergere o l'uso generalizzato della gestione di file computerizzati o di banche dati interne digitalizzate. In questa seconda fase, con l'aiuto delle ICT, ci sarebbe un vero salto di qualità in termini di nuove funzionalità e

¹⁷ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición», in MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Madrid, INAP, 2017, pp. 286 e 287.

¹⁸ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., pp. 48 e segg.

¹⁹ A questo proposito v. MARTÍNEZ DÍEZ, R., «El proceso de informatización de la Administración Pública española», *Documentación Administrativa*, vol. 200, 1984, pp. 133 a 162. Su questo stadio risulta molto chiaro OROFINO, A. G., «The Implementation of the Transparency Principle in the Development of Electronic Administration», *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 1, 1, 2020, p. 123.

caratteristiche accessibili e rese possibili dai nuovi strumenti. Quando avviene un'innovazione strumentale che produce un'innovazione funzionale, si verifica inevitabilmente una perturbazione organizzativa²⁰, simile all'introduzione all'epoca di innovazioni tecnologiche rilevanti come l'elettricità²¹ o la macchina da scrivere²². Infine, troviamo una fase di "modernizzazione", che avrebbe guadagnato intensità negli anni Novanta, fino ad arrivare ad oggi. In questa fase, l'ICT inizierebbe a modificare l'attività delle Amministrazioni, sia nella sua dimensione interna che in quella esterna, fino a generare il concetto di Amministrazione elettronica che ci occupa.

Se adattiamo le fasi citate all'implementazione delle nuove tecnologie che analizzeremo in questo studio, e per evitare confusione terminologica e semplificare lo scenario di introduzione di nuovi strumenti tecnologici, potremmo distinguere una fase di "meccanizzazione", coincidente con la fase di "automazione" summenzionata, in cui, dopo la comparsa del computer come "nuovo carattere sociale collettivo"²³ la sua implementazione nell'Amministrazione viene effettuata come macchina da scrivere migliorata; una seconda fase di informatizzazione, caratterizzata dalla comparsa dell'Amministrazione elettronica, attraverso l'adesione di nuovi *software* e programmi all'*hardware* preesistente, in particolare di Internet²⁴, fino a consentire, nel corso degli anni '90, soprattutto nella sua seconda metà, la concezione di un nuovo modello di Amministrazione nella forma sopra descritta; e, infine, la recente comparsa di un'attività amministrativa automatizzata, in virtù della quale i nuovi programmi informatici mettono a disposizione dell'Amministrazione algoritmi di intelligenza artificiale che consentiranno nuovi trattamenti informatici in grado di risolvere una procedura amministrativa completa senza l'intervento diretto del personale. Questo terzo stadio arrivato ad oggi è quello che potremmo chiamare in modo più corretto "automazione",

²⁰ MASUCCI, A., «Digitalization of public administration and electronic public services», *Diritto Pubblico*, vol. 2019, 1, 2019, pp. 117 e 118.

²¹ MESTRE DELGADO, J. F., «Nuevas tecnologías y Administración Pública», *Documentación Administrativa*, vol. 265-266, enero-agosto, 2003, p. 118.

²² Come evidenziato da VANDELLI, L., *Papeles y Papeleo. Burocracia y literatura*, Madrid, Iustel, 2015, pp. 214-216, questa innovazione funzionale basata sull'introduzione di nuove tecnologie ebbe già effetti strutturali sull'Amministrazione, che, pur differendo da quelli che verranno evidenziati in relazione alle ICT, sono stati di notevole importanza all'epoca nel dare luogo all'ingresso delle donne nella configurazione dell'organico della Pubblica Amministrazione.

²³ FROSINI, V., «Informática y Administración Pública», *Revista de Administración Pública*, vol. 105, 1984, p. 447.

²⁴ Valero Torrijos, J., «De la digitalización a la innovación tecnológica: valoración jurídica del proceso de modernización de las administraciones públicas españolas en la última década (2004-2014)», <i>Revista de Internet, Derecho y Política</i>, vol. 19, 2014SILCOCK, R., «What is e-Government», *Parliamentary Affairs*, vol. 54, 1, 2001, p. 88; VALERO TORRIJOS, J., «De la digitalización a la innovación tecnológica: valoración jurídica del proceso de modernización de las administraciones públicas españolas en la última década (2004-2014)», cit., p. 120.

dove l'uso degli algoritmi, particolarmente quelli di intelligenza artificiale, e la loro categorizzazione in termini legali acquisisce una particolare rilevanza²⁵.

2. APPALTO PUBBLICO ELETTRONICO: DALLA SEMPLICE DIGITALIZZAZIONE ALL'INDISPENSABILE TRASFORMAZIONE DIGITALE

Nell'ambito dell'evoluzione che ha portato alla nascita dell'*e-Government*, il concetto di *appalti pubblici elettronici* è emerso in modo veloce. I primi riferimenti agli appalti elettronici nel settore pubblico risalgono agli anni '90. Più precisamente, questi riferimenti sono stati fatti nel Rapporto *Bangemann* e nel Libro verde della Commissione del 27 novembre 1996 "Gli appalti pubblici nell'Unione europea: spunti per il futuro"²⁶. Entrambi i testi indicano due vantaggi principali nell'uso delle ICT: riduzione dei costi e una maggiore trasparenza. Da questo momento è stato avviato un percorso all'interno dell'Unione Europea, che ha avuto il suo primo esponente legislativo nella Direttiva 2004/18/CE.

L'apparizione dell'appalto pubblico elettronico era un logico corollario della attuazione e del consolidamento di realtà parallele come *e-commerce*²⁷ e *e-Government*²⁸, costituendone un ramo o una manifestazione concreta di quest'ultimo²⁹. Infatti, non

²⁵ MARONGIU, D., «L'intelligenza artificiale "istituzionale": limiti (attuali) e potenzialità», in *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 1, n. 1, 2020, pp. 37 e 39. A livello dottrinale, in Spagna, si è sviluppato recentemente un interessante dibattito sulla natura giuridica degli algoritmi, in particolare per quanto riguarda il loro utilizzo nel contesto dell'intelligenza artificiale. A questo proposito v. BOIX PALOP, A., «Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantía propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, 2020, pp. 223-270 e, d'altra parte, HUERGO LORA, A., «Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo», in HUERGO LORA, A. (coord.) *La regulación de los algoritmos*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2020, pp. 23-87. Dal nostro punto di vista, condividiamo, però, il parere sostenuto da OROFINO, A. G., «The Implementation of the Transparency Principle in the Development of Electronic Administration», cit., pp. 124 a 127, secondo il quale, l'algoritmo, per sé stesso, non costituisce né un regolamento né un atto amministrativo, ma è piuttosto un mezzo tecnico adoperato dall'amministrazione nello svolgimento delle proprie funzioni.

²⁶MORENO MOLINA, J. A., «Administración electrónica y contratación pública», in PIÑAR MAÑAS, J.L. (coord.) *Administración Electrónica y Ciudadanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011, p. 746.

²⁷In Comisión Europea, Anexo I a la decisión de implementación de la Comisión Europea de la cuarta revisión del plan de trabajo por el que se implementa el programa de soluciones de interoperabilidad y marco común para las Administraciones europeas, empresas y ciudadanos, vol. C(2020) 11, p. 527, Si rappresenta che la strategia del mercato unico digitale è fondata sulla premessa che uno dei pilastri dei moderni sistemi economici è l'uso delle TIC e che gli appalti pubblici svolgono un ruolo chiave nella promozione degli standard di interoperabilità.

²⁸ALMONACID LAMELAS, V., «La contratación electrónica», in ALMONACID LAMELAS, V. (coord.) *Contratación Pública Local. Conceptos esenciales y aspectos prácticos. Adaptado a la Ley 2/2011 de Economía sostenible*, Madrid, Wolters Kluwer, 2011, Parte Seconda, Capitolo II.

²⁹MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación

dobbiamo dimenticare che alla fine, l'appalto rappresenta un particolare strumento di amministrazione³⁰. Nondimeno, senza dubbio, ci troviamo di fronte a un segmento dell'*e-Government* particolarmente rilevante nello sviluppo dei diversi settori della società, come è noto dal suo forte impatto sull'attività economica in Spagna e, in generale, in qualsiasi altro Stato membro dell'Unione Europea. In particolare, la spesa pubblica incanalata attraverso le procedure di appalto pubblico rappresenta circa il 18,5% del PIL spagnolo e il 19% del PIL dell'UE³¹. Se parliamo del caso spagnolo, questa percentuale indicherebbe una canalizzazione di 230.386.235.000 euro di spesa pubblica³². In un contesto europeo, questo significa che stiamo parlando di circa due trilioni di euro. Anche se forse questa percentuale sarebbe più precisa se la riducessimo alla canalizzazione diretta della spesa pubblica attraverso le stazioni appaltanti. In questo modo, le percentuali di cui sopra si aggirerebbero intorno al 15%³³. Se ci limitiamo all'ambito delle amministrazioni aggiudicatrici il cui profilo è ospitato nella PCSP, il volume negoziato è stato di 72.527.270.000 euro nel 2019, cioè circa il 6% del PIL³⁴. Se le precedenti stime sono corrette, significherebbe che circa un terzo del volume degli appalti pubblici in Spagna si svolge attraverso questa piattaforma.

L'elevato peso specifico degli appalti pubblici in termini monetari è naturalmente influenzato dagli effetti previsti delle ICT sul settore. Così, ad esempio, in considerazione dell'aumento della pressione concorrenziale, la CNMC ha indicato che le attività delle stazioni appaltanti, che in un modo o nell'altro impediscono un'effettiva concorrenza tra le imprese, possono esercitare una pressione al rialzo del 25% sul bilancio medio degli appalti pubblici, il che rappresenterebbe 47.500 milioni di euro³⁵. Da questa ottica, SMUDA ha sottolineato che l'aumento di prezzi derivato dell'attività delle associazioni anticoncorrenziali negli appalti pubblici può generare differenze³⁶.

electrónica. Propuestas para su transposición», cit., p. 286. Questo carattere settoriale, come si vedrà nel presente studio, non si riferisce alla sua circoscrizione ad una certa area di competenza, ma al suo carattere di mezzo ausiliario in tutte queste possibili materie.

³⁰GALLONE, G., «Public Administration and the Challenge of Contractual Automation. Notes on Smart Contracts», in *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 1, n.° 1, 2020, pp. 180.

³¹MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», in MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, p. 21.

³²Dato ottenuto per mezzo della applicazione del 18,5% al valore del PIL a prezzi di mercato in Spagna nell'anno 2019: 1.245.331.000.000 di euro. Stima pubblicata dall'INE e accessibile all'indirizzo https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736167628&menu=res ultados&idp=1254735576581#!tabs-1254736158133.

³³MORENO MOLINA, J. A., «La innovación en la contratación pública desde la Unión Europea», in MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, p. 58.

³⁴Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, Informe anual de supervisión de la contratación pública de España, 2020, p. 29.

³⁵Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Análisis de la contratación pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia, 2015, p. 6

³⁶SMUDA, F., «Cartel overcharges and the deterrent effect of EU competition law», *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 10, 1, 2014, p. 69.

Più recentemente, la CNMC ha concluso che "in media, l'Amministrazione paga il 9,9% in meno nei contratti in cui utilizza la procedura aperta, invece della procedura non aperta (procedure negoziati, ristretti e dialoghi competitivi). In relazione al numero di partecipanti, la partecipazione addizionale di un operatore economico ad un lotto comporta una riduzione media del 2,1% del prezzo che l'Amministrazione deve pagare [...].³⁷ Questa riduzione del prezzo circa del 10 % nelle procedure aperte è valutata, però, dal Tribunal de Cuentas in circa il 15%, come risulta delle sue stime per le quali la riduzione media ottenuta per mezzo di una procedura aperta è circa il 20 %, a differenza di quella ottenuta in una procedura negoziata senza pubblicità³⁸. Queste cifre dovrebbero certamente contribuire a mettere in evidenza la natura critica delle opportunità offerte dagli appalti pubblici elettronici.

In ogni caso, l'importanza degli appalti pubblici e, per estensione, l'impatto che gli appalti pubblici elettronici possono avere, non è solo dovuta al loro impatto economico diretto sui diversi settori economici e sugli strati o nuclei sociali in cui si concretizzano i loro risultati. Inoltre, è stata notevolmente rafforzata dalla direzione stabilita dalle autorità europee per tutti gli Stati membri, in base alla quale la considerazione degli appalti pubblici è andata ben oltre la sua concettualizzazione come mezzo per l'acquisizione di prodotti e opere³⁹, per affermarsi, anche, come leva per diverse politiche pubbliche.

Questa nuova realtà degli appalti elettronici è stata concettualizzata come "l'utilizzo dei mezzi elettronici nell'elaborazione delle transazioni e nella comunicazione da parte delle istituzioni governative e di altri enti del settore pubblico" al fine di gestire l'acquisizione di "beni e servizi o attuare le gare d'appalto per i lavori pubblici"⁴⁰.

Se ci soffermiamo sulla natura di questo istituto, la cui novità strumentale deriva dall'implementazione delle ICT all'interno del funzionamento tradizionale della contrattazione pubblica, vi troviamo un altro concetto essenziale: quello di "mezzo elettronico". Esse è stato definito dalla Direttiva 2014/24/UE come:

³⁷ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España, 2019, pp. 50 e 51.

³⁸ Tribunal de Cuentas, Informe 1286/2018, de 16 de octubre, de fiscalización de la actividad contractual del Sector Público empresarial estatal no financiero, a partir de la información proporcionada por la plataforma de rendición telemática de la contratación en los ejercicios, 2018, p. 92, conclusión n. 9.

³⁹ GIMENO FELIÚ, J. M., *La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, p. 7. In questo senso ha particolare interesse la sezione contenuta nel documento della Commissione Europea, COM (2017) 572 final de 30 de octubre: Consequir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa, cit., alle pagine 2 e 3, con il titolo: "Gli appalti pubblici sono più importanti che mai".

⁴⁰ Sul concetto di appalti pubblici come elemento integrato nella gestione pubblica, cfr. PALOMAR OLMEDA, A., «La contratación administrativa utilizando medios electrónicos y telemáticos», *Documentación Administrativa*, vol. 274-275, 2006, p. 135.

Uno strumento elettronico per l'elaborazione (compresa la compressione numerica) e l'archiviazione dei dati diffusi, trasmessi e ricevuti via filo, via radio, attraverso mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici.

Possiamo comprendere la logica della Commissione Europea⁴¹ e della Banca Mondiale⁴² nel limitare il nucleo della definizione del fenomeno della *e-procurement* all'implementazione delle ICT nelle procedure di appalto pubblico, poiché l'obiettivo di entrambi gli organismi è quello di definire la realtà causata da questo fenomeno e non di fare valutazioni qualitative. Il loro approccio a questa realtà si limita, quindi, a confermare l'esistenza di innovazioni strumentali senza ulteriori considerazioni. Per quanto riguarda l'ambito di regolamentazione o azione di questi organismi, i casi di attuazione di mezzi elettronici daranno luogo a procedure di appalto pubblico elettronico, indipendentemente dal fatto che l'obiettivo raggiunto possa essere considerato peggiore, uguale o migliore di quello che si potrebbe raggiungere con una procedura in carta. Dal loro punto di vista, non ha senso negare tale definizione alle procedure per l'acquisizione di prodotti e opere da parte di soggetti del settore pubblico attraverso l'utilizzo di mezzi elettronici⁴³.

Tuttavia, il risultato di tali mezzi elettronici non sarebbe solo una novità strumentale, ma anche la possibilità per questi strumenti di migliorare la gestione dei contratti, la loro efficienza e il funzionamento stesso dei mercati degli appalti pubblici⁴⁴. Inoltre, l'introduzione di questa realtà nell'operatività delle procedure di appalto pubblico di uno Stato, otterrebbe il suo vero senso o *ratio existit* solo quando l'uso della tecnologia è focalizzato sul raggiungimento di una vera e propria innovazione amministrativa⁴⁵. In

⁴¹ Vedi nota precedente.

⁴² Banco Mundial, *Electronic Government Procurement (e-GP)*, 2013.

⁴³ Gli appalti elettronici del settore pubblico sono definiti dalla Comisión Europea, COM(2010) 571 final de 18 de octubre: Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE, p. 3, come un termine per cui "si designa la sostituzione lungo tutta la catena di procedure cartacee con procedure basate su sistemi di comunicazione e trattamento TCI. Gli appalti elettronici implicano l'introduzione di processi elettronici per le varie fasi della procedura d'appalto: pubblicazione del bando e degli avvisi, trasmissione dei documenti di gara, presentazione delle offerte, valutazione, aggiudicazione dell'appalto, ordine, fatturazione e pagamento".

⁴⁴ Comisión Europea, COM(2012) 179 de 20 de abril: Estrategia en pos de la contratación pública electrónica, Bruselas; Comisión Europea, COM(2010) 571 final de 18 de octubre: Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE, cit. La nozione di miglioramento delle suddette procedure è indicata in MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», cit., p. 23, come parte essenziale del concetto di *e-procurement*.

⁴⁵ Concetto utilizzato e sviluppato in VALERO TORRIJOS, J., «La transposición en España de la normativa europea sobre contratación pública electrónica: Una oportunidad para la innovación tecnológica», in ALMEIDA CERREDA, M. y MARTÍN DELGADO, I. (coords.) *I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo: La nueva contratación pública*, Toledo, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, pp. 43 e ss.; analogo a quello di "innovazione sostanziale" usato da MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», cit. pp. 22 e 23. In relazione alla nozione di innovazione, *vid.* la sviluppata in GARCÍA JIMÉNEZ, A., *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*, Madrid, Tecnos, 2018, p. 42.

questo modo, gli appalti pubblici elettronici, come manifestazione settoriale dell'*e-Government*, si basano sulla triplice architettura funzionale e caratteristica finale di quest'ultimo. Questo fatto, adattato alle sue peculiarità, ci porterebbe a definirlo come "l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione negli appalti pubblici, combinato con modifiche organizzative e procedurali, al fine di garantire il rispetto dei principi di trasparenza, di libera concorrenza", l'uso non discriminatorio ed efficiente della spesa pubblica e per innovare l'organizzazione e la procedura per l'acquisto di beni e servizi"⁴⁶ o, nella stessa ottica, come "l'uso di Internet per automatizzare e integrare ogni fase della procedura di acquisto elettronico al fine di migliorare l'efficienza e la qualità degli appalti pubblici e promuovere la trasparenza e la responsabilità nel settore pubblico"⁴⁷.

Questa associazione di innovazione strumentale, organizzativa e procedurale con i suoi effetti attesi, anche se è vero che potrebbe superare il riferimento a quella realtà in senso stretto, limitandolo eccessivamente in alcuni contesti, è, a nostro avviso, pienamente appropriata. Questi elementi di risultato aggiunti alla mera definizione strumentale sono un aspetto essenziale per valutare l'idoneità, o meno, della sostituzione di procedure non elettroniche con altre che lo sono, nonché il modo in cui tale sostituzione deve essere effettuata. In altre parole, da queste aspettative e dalla loro successiva conferma dipende che qualsiasi soluzione elettronica per gli appalti pubblici rappresenti davvero un'innovazione amministrativa e, quindi, che sia giustificata la loro implementazione e il loro inserimento nei vari sistemi giuridici, compreso quello spagnolo⁴⁸. A tal fine, sarà essenziale che le soluzioni elettroniche dirette all'utilizzo negli appalti pubblici non si limitino all'introduzione di nuovi dispositivi tecnologici e/o programmi, ma che il loro potenziale venga sfruttato al di là delle utilità e degli approcci possibili da un punto di vista analogico o basato sulla carta. A tal fine, occorre corroborare la realtà di questi maggiori benefici, la loro dinamica rispetto ai diritti e alle garanzie legalmente riconosciuti ai cittadini e la possibilità di adeguare la struttura amministrativa alla natura e alle esigenze di questi nuovi strumenti, procedendo, quando sia necessario, a ristrutturare i processi di azione del settore pubblico sia nella dimensione interna che per quanto riguarda la interrelazione con la cittadinanza⁴⁹.

⁴⁶MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», in GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (coords.) *Tratado de contratos del Sector Público. Tomo II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 1899.

⁴⁷VAIDDYA, K. Y CAMPBELL, J., «Multidisciplinary approach to defining public e-procurement and evaluating its impact on procurement efficiency», *Information Systems Frontiers*, vol. 18, 2016, p. 340.

⁴⁸A livello nazionale possiamo citare le linee generali stabilite dagli articoli 103.1 e 135.1 CE.

⁴⁹CHOI, J. Y. Y KIM, H., «Electronic Government Procurement Reform», *Public Procurement Law Review*, vol. 3, 2013p. 116. Come viene osservato in VILLAR PALASÍ, J. L. Y DE LA TORRE MARTÍNEZ, E., «Tema XXV. Los contratos administrativos: naturaleza y especialidades», in *Derecho Administrativo*, Barcelona, UNED, 1973, pp. XXV/3 e XXV/8, l'appalto pubblico, così come lo conosciamo oggi, si radica nella "lotta tra la magistratura e l'Amministrazione alla fine del Settecento e all'inizio

In tali casi di possibile adeguamento del funzionamento degli ingranaggi burocratici delle stazioni appaltanti e/o del quadro normativo che ne regola il funzionamento all'uso delle ICT nelle procedure di appalto pubblico, la dottrina mostra chiaramente che ciò consentirebbe una serie di vantaggi rispetto alla procedura in carta. Questi vantaggi sarebbero la riduzione dei costi di elaborazione; l'aumento della trasparenza della procedura⁵⁰ come "antidoto" alle diffuse pratiche di corruzione in questo settore; la riduzione e la maggiore tracciabilità del contatto tra l'Amministrazione e l'operatore economico⁵¹; l'aumento della concorrenza tra gli operatori economici, con particolare attenzione alle PMI; e la riduzione dei prezzi delle forniture⁵².

A questo proposito, la Commissione europea ha sottolineato che le TIC e i media elettronici da esse forniti costituiscono⁵³:

uno strumento per rendere più efficace e più efficiente l'amministrazione. Facilita lo sviluppo e la messa in atto delle politiche pubbliche ed aiuta il settore pubblico a far fronte all'esigenza contraddittoria di offrire servizi più numerosi e di migliore qualità con meno risorse.

Determinando a questo proposito che:

dell'Ottocento" sui concetti di pubblico dominio, di opere pubbliche e di servizio pubblico —tutti equivalenti negli albori del nostro Diritto amministrativo—, noti e necessari nell'agire del potere pubblico in modo "secolare", al punto che i suoi primi antecedenti noti si trovano nel Diritto romano.

⁵⁰ Come sottolinea GIMENO FELIÚ "molte delle pratiche di corruzione rilevate nel nostro Paese sono strettamente legate alla mancanza di trasparenza", con l'opacità o "invisibilità delle decisioni" che "permette la proliferazione di azioni corrotte [...] in un settore così sensibile come quello della contrattazione pubblica". L'autore cita KLITGAARD, R., *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema del fin de siglo*, Buenos Aires, Ed. Sudamérica, 1994, pp. 10 e seguenti e, in particolare, la sua equazione di Corruzione = Monopolio + (Arbitrarietà - Trasparenza). Su questo punto, possiamo fare riferimento ai nostri studi precedenti che eccedono l'oggetto del presente. V. GIMENO FELIÚ, J. M., «Administración electrónica, transparencia y contratación pública: algunas propuestas de reforma», in MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, p. 301; GALLONE, G., «Public Administration and the Challenge of Contractual Automation. Notes on Smart Contracts», in *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 1, n.º 1, 2020, p. 185.

⁵¹ PRÉBISSY-SCHNALL, C., «La dématérialisation des marchés publics: un outil efficace de lutte contre la corruption», in *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 1, n.º 1, 2020, p. 205.

⁵² LENOCI, M. C.; LESTO, M. Y MALINCONICO, C., «Le procedure, tra tradizione ed innovazione», in CORRADINO, M., GALLI, D., GENTILE, D., LENOCI, M.C. y MALINCONICO, C. (coords.) *I Contratti Pubblici*, Vicenza, Wolters Kluwer, 2017, pp. 716 e 717; CARINGELLA, F. Y PROTTO, M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017, n. 56*, Roma, Dike. Giuridica Editrice, 2017, art. 44, p. 228. Secondo il parere espresso in Comisión Europea, COM(2006) 173, de 25 de abril: Plan de acción i2010 sobre e-government, p. 8, l'utilizzo diffuso dell'e-procurement porterebbe guidare verso un risparmio del 5% della spesa e del 10% dei costi operativi per le stazioni appaltanti e gli operatori economici, "con un risparmio ogni anno di miliardi di euro".

⁵³ Comisión Europea, COM(2003) 567, de 26 de septiembre: El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa, cit., sezione 3.

Malgrado la tecnologia non possa trasformare procedure inadeguate in buone procedure, l'eGovernment offre al settore pubblico la possibilità di assolvere ai propri compiti in modo diverso.

Questa percezione generalizzata è la ragione per cui la Direttiva 2014/24/UE ha fatto un passo cruciale, in aggiunta a quelli precedentemente fatti dalla Direttiva 2004/18/CE, stabilendo l'utilizzo obbligatorio delle ICT in alcune fasi o atti della procedura di appalto, sia da parte delle stazioni appaltanti che degli operatori economici⁵⁴. Novità normativa che ci ha portato a "progressi decisivi nella modernizzazione del quadro normativo applicabile"⁵⁵. In questo contesto, come sottolinea MORENO MOLINA, si può affermare che il legislatore europeo ha posto l'uso delle ICT ad un livello superiore, superando la parità con i supporti in carta o analogici propria delle precedenti Direttive⁵⁶.

Sembra opportuno contrastare i suddetti vantaggi associati agli appalti elettronici con le categorie di innovazione stabilite da OBWEGESER e MÜLLER⁵⁷ per gli appalti elettronici: innovazione procedurale, innovazione nei servizi pubblici attraverso gli appalti e l'uso degli appalti pubblici come strumento per la formulazione di politiche di innovazione attraverso la domanda delle stazioni appaltanti. Questa strutturazione coincide con la triplice dimensione teleologica dell'*e-Government*: ottimizzazione dell'attività amministrativa in termini di efficienza ed efficacia, di trasparenza e di partecipazione degli amministrati, anche di altri agenti non coinvolti in modo diretto nella procedura di gara, e la ricerca di sinergie con altre politiche non intrinsecamente connesse con tale azione, che cercano anche di ottimizzare l'interesse pubblico in termini di efficienza sociale e ambientale⁵⁸.

All'interno delle prime due forme di innovazione individuate da OBWEGESER e MÜLLER, come abbiamo avuto modo di analizzare nei lavori precedenti, ma che vanno oltre l'oggetto del presente lavoro, abbiamo potuto distinguere, in primo luogo, dei vantaggi funzionali, cioè derivati direttamente dall'implementazione di strumenti elettronici nel

⁵⁴ Nonostante con questa direttiva mezzi elettronici e mezzi in carta presentano un ruolo "sullo stesso piano". *Vid.* MARONGIU, D., «Acquisti aggregati automazione, trasparenza e ruolo del software. L'esperienza italiana», in VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (coord.) *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p. 150.

⁵⁵ VALERO TORRIJOS, J., «La exigencia legal de formatos abiertos y reutilizables en la gestión de la contratación pública», in FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (coords.) *Transparencia, Innovación y Buen Gobierno en la Contratación Pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 49.

⁵⁶ MORENO MOLINA, J. A., «Administración electrónica y contratación pública», cit., p. 764.

⁵⁷ OBWEGESER, N. Y MÜLLER, S. D., «Innovation and public procurement: Terminology, concepts and applications», *Technovation*, vol. 74-75, 2018, p. 55.

⁵⁸ Sulla natura dei mezzi per raggiungere determinati scopi dell'e-government, *v.* MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», cit., p. 1896.

campo degli appalti pubblici, oppure vantaggi strutturali, derivati dalle modifiche sul comportamento degli agenti intervenienti o dalle caratteristiche del mercato degli appalti pubblici prodotti dalle ICT⁵⁹. Esaminando i tipi di disfunzioni strutturali che possono contribuire a neutralizzare i vantaggi derivanti da questa natura degli appalti pubblici elettronici, possiamo individuare, a sua volta, disfunzioni dal lato della domanda, cioè che hanno origine nel contesto dell'azione dell'ente appaltante, e fattori dal lato dell'offerta o della concorrenza, relativi all'effetto di possibili barriere all'ingresso che condizionano l'azione degli operatori economici e/o la partecipazione non competitiva tra di loro. Infine, tra i fattori strutturali sotto il profilo della domanda, troviamo da un lato cause le intenzionali di inefficienza, cioè quelle che hanno origine all'interno di un elemento volitivo della stazione appaltante, e, dall'altro, le cause involontarie di inefficienza, cioè quelle la cui origine è al di fuori della volontà delle stazioni appaltanti. Ci sono due possibili ragioni per queste cause involontarie di inefficienza. In primo luogo, l'esistenza di un'asimmetria di informazioni che fa sì che la stazione appaltante non sia in grado di capire in modo corretto la struttura dell'offerta che sta affrontando⁶⁰. In secondo luogo, l'origine di queste cause può essere dovuta ad una serie di limitazioni professionali o di risorse nell'agire dei responsabili della stazione appaltante, come la mancanza di capacità di programmazione o di pianificazione strategica nell'uso più efficiente delle diverse procedure di gara previste dalla legge⁶¹.

La terza forma di innovazione individuata da OBWEGESER e MÜLLER, come è già stata analizzata per quanto riguarda l'*e-Government* nel suo complesso, si riferirà agli effetti che l'azione amministrativa può generare sul campo d'azione di alcune politiche pubbliche. Questo approccio ha configurato gli appalti pubblici come un potenziale mezzo per il quale, attraverso la loro definizione e preparazione, la spesa pubblica coinvolta abbia un impatto positivo sulla società, oltre all'approvvigionamento di prodotti e operi, sia direttamente, sia influenzando il comportamento degli operatori economici in questo senso, in modo che essi diventino come corresponsabili della giustizia sociale o dell'equità, dell'equilibrio ambientale o, infine, attraverso la promozione di un'innovazione che rafforzi la competitività degli operatori economici nei corrispondenti mercati⁶².

⁵⁹GALTIERI, C., «Controlli tradizionali e disciplina dei contratti pubblici», in *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, p. 400.

⁶⁰FANTINI, S. Y SIMONETTI, H., *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè Editore, 2017, pp. 24 e 26.

⁶¹GALTIERI, C., «Controlli tradizionali e disciplina dei contratti pubblici», cit., pp. 401 e 402

⁶² Come sottolinea BUTLER, L., «Innovation in Public Procurement: Towards the «Innovation Union»», in LICHÈRE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, Djof Publishing, 2014, p. 343, la promozione della produttività degli agenti economici potrebbe portare ad una maggiore efficienza negli acquisti del settore pubblico. La stessa relazione è illustrata nei considerandi 123 e 95 della Direttiva 2014/24/UE, in cui la promozione dell'innovazione attraverso le procedure di appalto pubblico è considerata una forma di progettazione strategica della gara appalto pubblico strategico.

L'importanza o il maggiore potenziale di questo ultimo approccio generale all'*e-Government* nel cuore degli appalti pubblici elettronici deriva dal fatto, sottolineato da GIMENO FELIÚ, che per cui "gli appalti pubblici non possono essere considerati fine a sé stessi, ma devono essere visti come una potestà o uno strumento giuridico al servizio delle autorità pubbliche per l'effettivo raggiungimento dei loro obiettivi o delle loro politiche pubbliche. Cioè, la contrattazione può —e deve essere— una tecnica che permette di raggiungere obiettivi sociali, ambientali o di ricerca, nella convinzione che questi implicino un'adeguata comprensione di come la spesa pubblica debba essere canalizzata. [...] Attualmente, attraverso la contrattazione pubblica, le autorità pubbliche attuano una politica di intervento nella vita economica, sociale e politica del Paese, che fa della contrattazione pubblica una sfera di attività attraverso la quale possono guidare certi comportamenti degli agenti economici coinvolti: coloro che intendono aggiudicare gli appalti pubblici devono necessariamente rispettare i requisiti stabiliti dalle stazioni appaltanti"⁶³. In altre parole, si tratta di uno scopo ausiliario e trasversale che coincide con la natura ausiliaria e trasversale degli appalti pubblici. In particolare, l'utilizzo degli appalti pubblici come politica economica⁶⁴ espansiva, ovvero il miglioramento di alcuni settori della società attraverso la spesa pubblica, in questo caso, canalizzata attraverso procedure di gara.

Per quanto riguarda l'approccio di questo studio, è una premessa fondamentale che la tecnologia non si riduca semplicemente a una modifica di strumento, ma diventi anche una leva per la trasformazione digitale degli appalti pubblici basata sulle esigenze dell'innovazione.

Nelle relazioni tra *e-procurement* e modifiche organizzative, il processo di digitalizzazione della procedura o dell'appalto non deve essere confuso con il processo di aggregazione della domanda. Il secondo può, certamente, essere facilitato dal primo, ma è necessario in ogni momento, come si vedrà in dettaglio, partire da una chiara distinzione concettuale⁶⁵.

⁶³GIMENO FELIÚ, J. M., «El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: Principales novedades. La orientación estratégica de la contratación pública.», in RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S. (coord.) *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 20. L'auspicabilità di questa azione strategica era stata precedentemente evidenziata dall'autore in GIMENO FELIÚ, J. M., «Retos pendientes en la Unión Europea en la materia de contratos públicos. La necesidad del think tank», *Observatorio de la Contratación pública*, 2015. Nello stesso senso, v. GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», in *Seminario Teoría y Método-STEM*, Universidad Castilla La Mancha, 2016, p. 21, dove si afferma, anche, come le ITC possono essere un importante alleato presso questo indirizzo.

⁶⁴Risulta d'interesse l'approccio di BERMEJO VERA, J., «Las prohibiciones de contratar en la ley de contratos del sector público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, vol. 10, 2008, pp. 110 e 111, attraverso il quale viene dimostrato che gli appalti pubblici sono un canale per il raggiungimento degli obiettivi delle autorità pubbliche legati alla politica economica, attraverso la cooperazione con gli operatori privati.

⁶⁵MARONGIU, D., «Acquisti aggregati, automazione, trasparenza e ruolo del software. l'esperienza italiana», in Valcárcel Fernández, P. (coord.) *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación*

Da quanto sopra, è chiaro come diventi possibile che la innovazione strumentale nelle procedure di appalto pubblico sia vista come una realtà che permette di portare ad un cambiamento strutturale e a un ripensamento dell'intero sistema. Questa modifica può prevedibilmente andare oltre una semplice estensione o riadeguamento di quella esistente all'utilizzo dei nuovi mezzi e strumenti messi in atto, permettendo di ottenere effetti benefici, non solo in termini di riduzione dei costi e dei tempi di funzionamento, vale a dire, di fare ciò che è stato fatto fino ad ora in modo più efficiente, ma nel senso di generare nuove procedure amministrative più efficienti⁶⁶, in grado di superare le carenze strutturali finora mantenute e rilevate sul mercato degli appalti pubblici, le cui soluzioni, nel campo dell'amministrazione in carta o analogica, potevano essere concepite solo come utopiche o, comunque, in cui la configurazione dell'ordinamento giuridico non era un elemento essenziale. Queste considerazioni, se vere, ci porterebbero a intravedere il potenziale delle ICT per diventare una pietra miliare particolarmente importante nello sviluppo di questa figura, che ci porrebbe in una nuova fase della lunga evoluzione e della precedente configurazione degli appalti pubblici. Ossia, in un'importante innovazione amministrativa ai sensi dell'articolo 1.22 della Direttiva 2017/24/UE⁶⁷.

D'altra parte, dobbiamo condividere la posizione della dottrina che postula che gli appalti pubblici elettronici devono mirare a raggiungere la massima espressione e portata possibile, in termini di fasi procedurali in cui intervengono, così come di automazione dell'azione della stazione appaltante, in modo che, il concetto di contrattazione pubblica non deve limitarsi alla fase di gara ma, anche, intendersi esteso alle fasi di esecuzione e estinzione dell'appalto⁶⁸. Nonostante, a nostro avviso, tuttavia, l'esistenza di acquisti elettronici "end-to-end"⁶⁹ completamente automatizzati non

del sector público: un análisis jurídico y económico, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2016, p. 450.

⁶⁶GATTI, M., *E-Procurement. Il D.P.R. 101/2002 e gli acquisti in rete della P.A.*, Napoli, Esselibri - Simone, 2002, pp. 6 e 18.

⁶⁷ Sull'importanza delle tecnologie dell'informazione, cfr. GAMERO CASADO, E. Y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El Derecho Administrativo ante la «Era de la Información»», in GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.) *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los servicios Públicos*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008, p. 29. Analogamente, sull'importanza delle TIC nel diritto amministrativo, cfr. BARNÉS VÁZQUEZ, J., «Una reflexión introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración pública de la sociedad de la información y del conocimiento», *Revista Andaluza de Administración Pública*, vol. 40, 2000, pp. 40 e seguenti; PIÑAR MAÑAS, J. L., «Revolución tecnológica, Derecho Administrativo y Administración Pública», in *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo hoy*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007/2011, p. 45.

⁶⁸GALLONE, G., «Public Administration and the Challenge of Contractual Automation. Notes on Smart Contracts», in *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 1, n.º 1, 2020, p. 180.

⁶⁹ Comisión Europea, COM(2013) 453 final de 26 de junio: Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública. L'identificazione di questa fase come l'espressione più sviluppata degli appalti pubblici elettronici è stata già segnata dai primi approcci agli appalti elettronici da parte dell'Unione Europea, come si può vedere nella Comisión Europea, COM(1996) 583 final. Libro verde. La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro, Bruselas, 1996sezione 4.25.

dovrebbe in ogni caso essere una *condizione sine qua non* per la verifica dell'esistenza di procedure di acquisto elettronico. È possibile che la limitazione dell'uso delle ICT nelle procedure di appalto pubblico, e, pertanto, la sua attuazione parziale, come vedremo nello sviluppo di questo studio, derivi necessariamente o preferibilmente, dallo stato dell'arte o anche dall'analisi dei metodi e delle opzioni di implementazione più appropriate per ottimizzare la realizzazione di innovazioni amministrative; così come dalla valutazione dei rischi legali, come avviene singolarmente con l'uso di soluzioni basate sull'intelligenza artificiale.

A questo proposito, è necessario sottolineare la posizione stabilita dall'UE nel considerando 52 della Direttiva 2014/24/UE, per cui si afferma, dopo l'annuncio dell'uso obbligatorio delle ICT per lo scambio bidirezionale delle comunicazioni tra stazione appaltante ed operatori economici, che "il ricorso obbligatorio a mezzi di comunicazione elettronici ai sensi della presente direttiva non dovrebbe tuttavia obbligare le amministrazioni aggiudicatrici a effettuare il trattamento elettronico delle offerte, né a procedere alla valutazione elettronica o al trattamento automatizzato. Inoltre, ai sensi della presente direttiva, l'obbligo di ricorrere a mezzi di comunicazione elettronici non dovrebbe riguardare alcun elemento della procedura di appalto pubblico dopo l'aggiudicazione dell'appalto né la comunicazione interna nell'ambito dell'amministrazione aggiudicatrice".

Questa posizione ci è del tutto comprensibile, dato che il legislatore europeo solo dovrebbe procedere ad armonizzare alcune caratteristiche o principi del funzionamento delle procedure di appalto, sulla base di una o più esperienze precedenti, in uno o più Stati membri, in cui sono stati rilevati i loro effetti positivi e l'accessibilità economica. Un esempio è quello delle centrali di committenza e degli accordi quadro, che erano regolamentati in Stati membri come l'Italia anche prima della Direttiva 2004/18/CE. Allo stesso tempo, le autorità dell'UE stanno pianificando un modello di successo di progressiva attuazione in tre fasi: raccomandazione, obbligo di attuazione e uso facoltativo, attuazione obbligatoria e uso prioritario. Questo è uno dei motivi per cui è stato scelto lo strumento della Direttiva invece del Regolamento.

In considerazione di ciò, riteniamo che la promozione della contrattazione elettronica, sebbene sia essenziale che sia cristallizzata e omogeneizzata dal legislatore europeo, non debba essere affidata interamente a questo organismo, ma che gli Stati membri debbano svolgere un ruolo di primo piano nel promuoverla e nell'adattarla a livello nazionale⁷⁰. Allo stesso modo, è per questo motivo che non possiamo comprendere che i progressi che la Commissione Europea può annunciare o raccomandare dopo l'approvazione della Direttiva 2014/24/UE, come quelli contenuti nella Comunicazione

⁷⁰ Di conseguenza, non si concorda pienamente con le critiche al legislatore europeo, ma si concorda con le critiche al legislatore spagnolo in MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», cit., p. 31.

COM (2017) 572 def. del 3 ottobre, costituiscano una modifica o un'ennesima correzione della sua posizione⁷¹, tra le altre disposizioni, rispetto a quanto previsto nel suddetto considerando 52. Al contrario, dal nostro punto di vista, ciò rappresenta una manifestazione di una "digitalizzazione a fasi"⁷² consapevole della necessità di tenere conto di due fattori essenziali: il progresso e il consolidamento della tecnologia e il grado di adozione delle soluzioni per gli appalti elettronici da parte degli Stati membri. Non crediamo che questa forma di progresso sarà dannosa per i Paesi più avanzati in questa materia⁷³. Loro potranno continuare con la loro dinamica più efficiente. Allo stesso tempo, si garantirà che coloro che sono più indietro possano gradualmente adempiere agli obblighi imposti in modo graduale. Altrimenti, ciò potrebbe portare a uno shock giuridico, organizzativo, concettuale e culturale che impedirebbe l'efficacia della normativa europea e/o strapperebbe l'unità dell'Unione europea, un estremo che oggi sembra solido, ma che deve essere curato in ogni momento, affinché processi come quello di *Brexit* non siano favoriti dalle istituzioni europee, ma siano il riflesso irrimediabile di una decisione esclusiva e puramente nazionale. A questo proposito, il considerando 16 della Direttiva 2004/18/CE ha evidenziato l'esistenza di differenze significative tra gli Stati membri, che potrebbero portare a notevoli disuguaglianze nelle possibilità di attuare soluzioni di appalto elettronico⁷⁴.

Da questo punto di vista, il considerando 52 della Direttiva 2014/24/UE indica precisamente che è stata raggiunta la fase finale del pieno utilizzo obbligatorio delle ICT nella trasmissione degli avvisi, nella messa a disposizione del pubblico dei documenti di gara e nello scambio di comunicazioni che avviene durante le fasi di selezione dell'appaltatore e di aggiudicazione dell'appalto, compresa la presentazione delle offerte. Nel frattempo, tale comunicazione può essere uno dei punti di partenza per la

⁷¹MORENO MOLINA, J. A. Y DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P., «El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública», in *La contratación pública a debate: Presente y futuro*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2014. Al contrario, MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», cit., p. 1904. In MORENO MOLINA, J. A. Y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva ley de contratos del sector público*, Madrid, La Ley, 2007973, questa azione dell'UE è descritta come "poco coerente". Sulla stessa linea, v. PUNZÓN MORALED A, J. E RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, F., «El uso de las nuevas tecnologías en la Administración Pública: la contratación pública electrónica prevista en la Directiva 2004/18/CE», in *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red -REDETI-*, vol. 24, 2005, p. 28; PUNZÓN MORALED A, J. Y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público*, Móstoles, La Ley, 2009, pp. 66 e 67; e MORENO MOLINA, J. A. Y OTROS, «El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública», cit., p. 154, tra le altre cose.

⁷²Comisión Europea, COM(2004) 841 de 29 de diciembre: Plan de acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica. Questo impegno alla graduale attuazione può essere visto nella *Ibid.*.

⁷³MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», cit. Al contrario, *Ibid.*, p. 1905.

⁷⁴A questo proposito, vale la pena di sottolineare il concetto di divario digitale evidenziato da GAMERO CASADO, E. Y OTROS, «El Derecho Administrativo ante la "Era de la Información"», cit., p. 33.

prima fase —raccomandazione— di una linea di progressiva implementazione delle ICT in altri aspetti, come la valutazione elettronica e/o automatizzata delle offerte.

Comprendiamo che entrambi i riferimenti potrebbero limitare l'ambito oggettivo delle Direttive sugli appalti pubblici, cosicché le comunicazioni interamministrative e quelle in fase di esecuzione potrebbero non avere una specializzazione sufficiente a rendere necessaria, come nel caso delle gare d'appalto, la loro regolamentazione in una norma speciale. Inoltre, va notato che la stessa integrazione delle comunicazioni tra l'amministrazione, l'amministrazione aggiudicatrice e i precedenti offerenti nella fase di esecuzione e di risoluzione del contratto nell'ambito del Diritto amministrativo potrebbe incontrare alcune barriere in alcuni Stati membri come l'Italia, dove la natura contrattuale-privata dei rapporti post-aggiudicazione comporta la limitazione dell'avviso di modificazione. In considerazione di ciò, sarebbe necessario un lavoro di armonizzazione concettuale e giuridica prima dell'inizio della fase due e tre dell'inclusione dei mezzi elettronici sopra indicati, in relazione a questi aspetti.

In questo contesto, il fatto che la Spagna si distingua per il suo atteggiamento passivo e, in generale, per la sua tendenza alla tardiva e minima conformità ai requisiti europei, non dovrebbe indurci a rivolgere le nostre critiche all'UE o, se del caso, a individuare una presunta passività o una possibile mancanza di disposizioni obbligatorie nelle Direttive di quarta generazione come fattori che spiegano alcuni aspetti di insufficiente impulso agli acquisti elettronici. Questa passività o mancanza di una regolamentazione obbligatoria deve essere attribuita a un legislatore spagnolo che sembra aver concentrato il suo interesse per molti anni su un modello operativo pratico che non tiene conto delle possibilità di trasformazione digitale offerte dalla tecnologia. È vero, a nostro avviso, che, se attualmente sono stati fatti progressi molto significativi nel campo della trasparenza o della protezione dei dati, o se la procedura di appalto pubblico più diffusa nel nostro paese ha cessato di essere quella negoziata senza pubblicità sotto la soglia di duecentomila euro, è stata solo ad opera dell'Unione Europea. Un'istituzione che, sia in termini di legislazione attraverso il Parlamento e la Commissione europea, sia in termini di giustizia, attraverso la Corte di giustizia dell'Unione europea, è diventata la vera forza trainante o custode che mantiene le nostre autorità pubbliche sulle rotaie o sui binari di un vero Stato di diritto democratico nel XXI secolo⁷⁵. Ancora più, come si vedrà in

⁷⁵ Nella motivazione della LCSP 2007 si parlava di "assumere" "le nuove tendenze a favore della dematerializzazione delle procedure, optando per la piena integrazione dei mezzi elettronici, informatici e telematici [...] al fine di rendere più fluidi e trasparenti i rapporti tra le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici". Indubbiamente, l'uso del termine "supporre" è significativo, il che, in un certo senso, potrebbe essere un'ulteriore indicazione del fatto che la regolamentazione in questo senso e l'incursione della normativa spagnola sugli appalti pubblici nell'uso dei sistemi elettronici di approvvigionamento ha avuto una percentuale molto importante nella ragione della sua esistenza e della sua attuazione e nella espressione normativa della spinta imperativa effettuata dalle istanze europee. Come affermato in VALERO TORRIJOS, J., «La transposición en España de la normativa europea sobre contratación pública electrónica: Una oportunidad para la innovación tecnológica», cit., p. 33: "La legislazione comunitaria [...] obbliga soltanto il legislatore spagnolo ad adottare le sue disposizioni e non

questo studio, gli impulsi procedenti dell'UE hanno permesso che il legislatore spagnolo sia riuscito a raggiungere successi giuridici, anche al di là delle esigenze minime europee. Esempi di questa dinamica europea rafforzata a livello nazionale li troviamo nella Ley 39/2015 ed anche in determinati aspetti della normativa sugli appalti pubblici.

A questo proposito, dobbiamo riconoscere che la LCSP non si limita "ad una mera trasposizione delle direttive europee"⁷⁶. Infatti, è possibile evidenziare importanti contributi della LCSP, come la disposizione per l'utilizzo di formati aperti e riutilizzabili nelle informazioni pubblicate nel profilo del committente e nella PCSP⁷⁷. Tuttavia, riteniamo che, anche sotto questi aspetti, più che una decisione ben ponderata e frutto di una convinzione propria del nostro legislatore, si tratta del risultato dell'influenza della legislazione dell'UE nel suo complesso, nonché di un contesto politico specifico⁷⁸. Questo è stato evidenziato in relazione all'obbligo di rotazione all'interno dell'appalto di importo minore. Esso costituiva un'iniziativa molto utile per garantire l'integrità e la concorrenza, anche in questo tipo di procedure, le cui difficoltà funzionali e operative avrebbero potuto essere superate con l'uso delle ICT. Tuttavia, è stata condannata a una fugacità incomprensibile dal nostro punto di vista.

Da un punto di vista più dettagliato, dobbiamo aggiungere che riteniamo corretto che, a seguito dell'analisi d'impatto effettuata dalle istituzioni europee, si sia giunti alla conclusione che, in modo generale, l'utilizzo dei mezzi elettronici porterà ad uno scenario più favorevole per tutte le parti, in particolare per gli operatori economici. Tuttavia, questa affermazione non può essere estesa in modo omogeneo a tutti gli elementi della procedura. A questo proposito diventa necessaria una ponderazione caso per caso, sia da parte degli Stati membri che delle stazioni appaltanti. Quindi, è opportuno distinguere una doppia dimensione all'interno del concetto di appalti pubblici elettronici. Da un lato, un concetto ampio, caratterizzato dall'uso delle ICT in qualsiasi fase della procedura⁷⁹ e, d'altro lato e all'interno di questa, la nozione di *e-procurement*

gli impedisce, di conseguenza, di intraprendere un processo di adattamento più ampio. Tuttavia, un tale approccio richiederebbe di cogliere l'opportunità del recepimento del diritto comunitario come un'opportunità per modernizzare in profondità il sistema degli appalti pubblici in Spagna, facendo un uso decisivo delle possibilità offerte dalle TIC".

⁷⁶MEDINA ARNÁIZ, T., «Avanzando en la reducción de las cargas administrativas vinculadas a la selección del contratista», in FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 101.

⁷⁷ Requisito necessario per i sistemi di big data che possono essere implementati nel contesto dell'Amministrazione, come indicato in Costantino, F., «Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data», in *Diritto Pubblico*, vol. 2019, n.º 1, 2019, p. 45.

⁷⁸GIMENO FELIÚ, J. M., «Administración electrónica, transparencia y contratación pública: algunas propuestas de reforma», cit., pp. 300 e 301.

⁷⁹ Martínez Gutiérrez, R., «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición», cit., pp. 288 e 289.

in senso stretto⁸⁰ o "end-to-end" con le parole della Commissione Europea⁸¹, caratterizzata dall'uso delle ICT durante l'intera procedura senza eccezioni, dalla prima pubblicazione fino alla fatturazione e al pagamento. Nel corso di questo studio si concluderà che la risposta più ottimale alla digitalizzazione degli appalti pubblici non sarà sempre o necessariamente l'istituzione di un processo elettronico *end-to-end*. Un approccio che consideriamo necessario affinché la tecnologia non si riduca semplicemente a un cambio di supporto, ma diventi anche una leva per la trasformazione digitale degli appalti pubblici basata sulle esigenze dell'innovazione.

3. L'UNIONE EUROPEA COME PROMOTORE DELL'APPALTO PUBBLICO ELETTRONICO

L'attuazione degli appalti pubblici elettronici presenta forti sinergie con la strategia dell'Unione Europea di creare un mercato unico per gli appalti pubblici⁸², che ha gradualmente aumentato i suoi approcci iniziali⁸³. Questo obiettivo fondamentale comporta l'urgente necessità di abbandonare le posizioni per cui gli appalti pubblici sono concepiti come strumento per promuovere l'attività degli operatori economici situati nella stessa località —o, almeno, vicino ad essa—delle stazioni appaltanti⁸⁴. Al di là del fatto che questa vicinanza è essenziale per campionare l'offerta alla quale le richieste delle stazioni appaltanti più piccole hanno un accesso più diretto, per ragioni di efficienza e in applicazione dei principi del nostro sistema giuridico e delle norme fondamentali dell'UE, le misure per promuovere la concorrenza devono essere completamente neutre, almeno nei confronti di qualsiasi operatore economico dell'UE. Inoltre, come sottolinea Drucker⁸⁵, "nella geografia mentale del commercio elettronico, le distanze sono state eliminate. C'è una sola economia e un solo mercato".

⁸⁰ Comisión Europea, COM(2013) 453 final de 26 de junio: Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública., cit.

⁸¹ Martínez Gutiérrez, R., *La contratación pública electrónica: análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 279 e 280; PALOMAR OLMEDA, A., «El procedimiento común al servicio de la contratación», in PALOMAR OLMEDA, A. (coord.) *Contratación Administrativa Electrónica*, Cizur Menor, Thompson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 98.

⁸² MASUCCI, A., «Digitalization of public administration and electronic public services», in *Diritto Pubblico*, vol. 2019, n.º 1, 2019, p. 120.

⁸³ Comisión Europea, COM (2016) 179 final, de 19 de abril: Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la Administración, in *Ibid.* Obiettivo era quello di raggiungere la piena conformità entro il 2018. Questo obiettivo non è stato raggiunto alla fine.

⁸⁴ PEÑA ALONSO, J., «La Central de Contratación de la Diputación de Burgos. Experiencia práctica en la gestión de acuerdos marco y la licitación electrónica de contratos menores», in FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (coords.) *Transparencia, Innovación y Buen Gobierno en la Contratación Pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019. Come in *Ibid.*, p. 180.

⁸⁵ DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., «La contratación pública electrónica como instrumento para la transparencia: ¿Estamos a setas o estamos a Rolex?», in FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y MARTÍNEZ

A questo proposito, nella regolamentazione degli appalti pubblici da parte dell'Unione Europea, iniziata negli anni '70, l'attenzione si è concentrata principalmente sulla creazione di un mercato interno senza barriere, anche nel campo degli appalti pubblici. Tale obiettivo è stato fissato come sviluppo dell'articolo 100 —relativo al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in questo settore— e dell'articolo 57 del Trattato delle Comunità europee, relativo alla libertà di stabilimento degli operatori economici. Gradualmente, questo focus di attenzione è stato indirizzato verso uno dei principali effetti attesi dalla realizzazione di un mercato unico degli appalti pubblici: la riduzione dei costi di fornitura dei beni, dei servizi e delle opere richieste dalle varie amministrazioni pubbliche. A questo proposito, vale la pena ricordare la ricerca promossa a metà degli anni '80 dalla Commissione Europea "Il costo della non Europa. Vol. 5", che ha dimostrato che, mentre il commercio privato era aumentato notevolmente dalla creazione dell'UE, gli enti pubblici si affidavano quasi esclusivamente a società nazionali. Il risultato è stato che, nei settori in cui gli appalti pubblici erano predominanti, l'aumento della pressione concorrenziale e i suoi effetti positivi derivanti dalla creazione del mercato unico non sono stati diffusi. Di conseguenza, tali casi hanno presentato un costo aggiuntivo, per tutte le amministrazioni aggiudicatrici, compreso tra i 9 e i 19 miliardi di ECU (unità monetaria europea)⁸⁶, rispetto ad uno scenario in cui la partecipazione transfrontaliera di imprese di altri Stati membri sarebbe stata estesa in modo analogo al commercio privato.

Con la Direttiva 2004/18/CE è stata mantenuta la preoccupazione di una maggiore efficienza economica derivante dall'abbassamento delle barriere all'ingresso per gli operatori economici di altri Stati membri, mentre la promozione della trasparenza come misura preventiva contro la corruzione nel settore è stata aggiunta come principio secondario. In altre parole, la corruzione è stata identificata come un rischio sistemico particolarmente rilevante negli appalti pubblici. Ciò, come sottolinea Varone, è del tutto logico date le cifre elevate di cui sopra espresse da questo settore di attività in ambito pubblico. Inoltre, come aggiunge l'autore, il rapporto tra operatori economici e amministrazioni aggiudicatrici tende naturalmente ad allontanarsi da una logica competitiva e antagonista, a favore di una cooperazione generalmente motivante un "*pactum sceleris*" che, pur andando a vantaggio degli interessi immediati di entrambe le parti, va contro l'interesse pubblico,⁸⁷ producendo gravi costi per la società. Si tratta

GUTIÉRREZ, R. (coords.) *Transparencia, Innovación y Buen Gobierno en la Contratación Pública*, Valencia, Tiranto lo Blanch, 2019. Citata in *Ibid.*, p. 196,

⁸⁶COMBA, M. E., «Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and major role of the approximation of laws», in LICHÈRE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, Djof Publishing, 2014, p. 34.

⁸⁷VARONE, V., «Il novo Codice dei contratti pubblici. La qualificazione delle stazioni appaltanti», in *Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, Varese, Giuffrè Editore, 2016, p. 9.

di una novità della Direttiva del 2004 che esprime gli obiettivi che il legislatore europeo si è posto, estendendoli alla prevenzione delle carenze autogenerate dalle amministrazioni aggiudicatrici. Tuttavia, è chiaro che questo tipo di comportamento è legato all'intenzione di rimuovere gli ostacoli alla creazione di un mercato unico, anche nel campo degli appalti pubblici⁸⁸.

Inoltre, la Direttiva 2004/18/CE, all'articolo 19, ha espressamente sollevato la necessità di percepire gli appalti pubblici come uno strumento di spesa pubblica, attraverso la quale è possibile raggiungere determinati obiettivi legati alle varie politiche pubbliche. In questo caso, l'obiettivo proposto ha superato per la prima volta in questo settore la creazione di un mercato unico, nonostante ciò, si deve riconoscere che esso rientrava nell'ambito di applicazione dell'articolo 11 del TFUE.

Questi tre pilastri, che sono stati forgiati come obiettivi settoriali del legislatore europeo, saranno mantenuti e intensificati nella Direttiva 2014/24/UE. Inoltre, quest'ultima Direttiva ha aggiunto un terzo fattore alla formula per aumentare l'efficienza degli appalti pubblici, ovvero il rafforzamento dell'azione pianificata e strategica delle amministrazioni aggiudicatrici. Questa linea d'azione era già stata contemplata nella proposta iniziale di questa nuova generazione di direttive fatta dalla Commissione al Parlamento nel dicembre 2011 e nei documenti di lavoro che l'accompagnano⁸⁹. Con questi riferimenti espliciti, ci si riferiva non solo alla ricerca di un'azione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici basata sulla correttezza giuridica e/o morale, ma anche all'efficienza economica che consentisse uno sviluppo sostenibile. Quest'ultimo concetto può essere definito, secondo Brundtland⁹⁰, come uno sviluppo in cui si affrontano i bisogni del presente, senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri bisogni, classificati in tre dimensioni: sociale, economica e ambientale⁹¹.

Dialogo antagonista che, come è stato affermato da noi in studi precedenti dovrebbe avvenire tra l'amministrazione aggiudicatrice in qualità di monopsonista e gli operatori economici in una situazione aperta e concorrenziale. Nonostante da un punto di vista contrario alla generazione di un monopsonio nel mercato degli appalti pubblici *vid.* SÁNCHEZ GRAELLS, A. Y HERRERA ANCHUSTEGUI, I., «Impact of public procurement aggregation on competition. Risks, rationale and justification for the rules in directive 2014/24», in VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (coord.) *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p. 138.

⁸⁸ Come affermato nell'EUIJS del 16 settembre 2013 al paragrafo 67: "i principi di parità di trattamento e trasparenza sono alla base delle direttive sulle procedure di appalto pubblico".

⁸⁹ COMBA, M. E., «Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and major role of the approximation of laws», *cit.*, pp. 38-41.

⁹⁰ Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo. *Da una terra a un mondo: Una panoramica*. Oxford University Press, 1987.

⁹¹ DRAGOS, D. C. Y NEAMTU, B., «Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects», in LICHÈRE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, Djof Publishing, 2014, p. 303.

Un nuovo pilastro degli obiettivi del legislatore europeo nel campo degli appalti pubblici che va oltre la rimozione degli ostacoli alla creazione di un mercato unico degli appalti pubblici. In questo caso, l'obiettivo principale, dopo un grave periodo di crisi finanziaria tra la fine del primo decennio del XXI secolo e l'inizio del secondo, era quello di ottimizzare la spesa pubblica minimizzando l'inefficienza delle procedure di appalto pubblico. Si tratta indubbiamente di un obiettivo ambizioso, con notevoli barriere strutturali, come la marcata frammentazione delle amministrazioni aggiudicatrici nell'Unione Europea —soprattutto a livello locale⁹²— che in genere porta alla mancanza dei mezzi e del personale necessari per la corretta gestione delle procedure di appalto pubblico —o quanto meno alla difficoltà di ottenerli. Oltre ad una forte dispersione di informazioni sulle procedure di gara, che paga il prezzo del mantenimento di sistemi di approvvigionamento qualitativamente inadeguati e di procedure permeabili al rischio di corruzione⁹³.

Questo nuovo obiettivo presenta importanti differenze rispetto a quello già citato di rafforzare le politiche pubbliche. Pertanto, sebbene quest'ultimo sia legato anche all'azione pianificata e diligente delle amministrazioni aggiudicatrici, sarebbe di natura *ad extra*. Cioè comporta la necessità che le amministrazioni aggiudicatrici compiano una serie di sforzi intellettuali per definire le loro richieste al fine di favorire e avvantaggiare la società nel suo complesso in vari campi. Ciò si differenzia dalla pianificazione strategica degli appalti pubblici volta ad ottimizzare il rapporto costi-benefici dell'operazione effettuata dall'ente appaltante. In quest'ultimo caso, il beneficiario diretto non è altro che il saldo di bilancio dell'Amministrazione, cercando di assicurarsi che sia in grado di ottenere forniture uguali o superiori con minori risorse. In questo modo, anche se è chiaro che questo genererà un beneficio indiretto per la società nel suo complesso, troviamo negli appalti pubblici un approccio di politiche di contenimento della spesa, e questo tipo di pianificazione strategica può essere descritto come *ad intra*. Nonostante questa sostanziale differenza, lo sviluppo a partire dal 2004 di questi altri usi strategici *ad extra* delle procedure di gara costituisce un utile precedente nell'analisi delle principali disquisizioni che possono sorgere in merito all'utilizzo della suddetta pianificazione strategica *ad intra*. Ad esempio, la legittimazione del legislatore europeo ad affrontare gli estremi che vanno oltre il

⁹² In Italia, il 70% dei comuni ha una popolazione inferiore ai 5.000 abitanti, vedi GUERRA, M. P., «Dalla spending review a un «sistema» del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti tra centralizzazione e policentrismo», *Astrid Rassegna*, vol. 20, 2016, p. 1. In Spagna la percentuale è dell'84%: informazioni ottenute dall'Instituto Nacional de Estadística, Distribución de los municipios por comunidades y ciudades autónomas y tamaño de los municipios, fecha de consulta 15 enero 2021, in <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=2851#!tabs-tablaData> della consultazione 30/5/2017

⁹³ GUERRA, M. P., «Dalla spending review a un «sistema» del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti tra centralizzazione e policentrismo», cit., p. 1. Nel medesimo senso, v. L. Vandelli, *Les réformes territoriales en France et en Italie: parallélismes et divergences*. Audizione in Senato sul disegno di legge sulla nuova organizzazione territoriale della Repubblica. Parigi, 27/11/2014.

semplice perseguimento della costituzione di un mercato unico degli appalti pubblici e la riluttanza o la difficoltà delle amministrazioni aggiudicatrici ad attuarlo.

Su questo punto non vanno ignorate alcune posizioni dottrinali, come quella difesa da Arrowsmith e Kunzlik, i quali sostengono che l'obiettivo primario e unico, con il sostegno della legge originaria dell'Unione sugli appalti pubblici, consiste nello sviluppo del mercato interno in questo settore sulla base di tre (principali) elementi di impatto: il divieto di discriminazione, l'obbligo di procedure trasparenti per verificare il rispetto del precedente divieto e la rimozione di eventuali barriere all'ingresso per gli operatori economici di Stati membri terzi. Di conseguenza, il perseguimento dell'efficienza economica negli appalti pubblici, in modo non legato alla realizzazione o agli effetti che possono derivare automaticamente dall'instaurazione della libera concorrenza tra operatori economici in tutti gli Stati membri, non potrebbe essere un obiettivo valido. La conclusione sarebbe quindi che "i risparmi nella spesa pubblica e il miglioramento della qualità dei servizi non sono semplicemente fattibili e non contribuiscono di per sé alla creazione di un mercato unico", così come la ricerca dell'efficienza⁹⁴. Da queste posizioni deriverebbe la cosiddetta teoria della "confusione" dei diversi punti di vista della stessa realtà, che giustificava l'insistenza della Commissione Europea sul raggiungimento dell'efficienza dal 2004, non solo nelle direttive ma in varie comunicazioni e altri tipi di documenti⁹⁵, perché la citata efficienza non era altro che l'allusione ad uno degli effetti del raggiungimento della libertà di mercato nel campo degli appalti pubblici riguardato dal punto di vista, non degli operatori economici —prevalente negli strumenti di Diritto originario dell'Unione—, ma delle amministrazioni aggiudicatrici.

Dal nostro punto di vista, già nel 2004, questa visione era difficilmente sostenibile, visto l'evidente utilizzo "strategico" degli appalti pubblici per ottenere una serie di obiettivi che difficilmente potevano essere orientati verso la formazione di un mercato unico europeo. Ad esempio troviamo la promozione di alcuni obiettivi ambientali, sociali e/o di promozione dell'innovazione. La difficoltà di ritenere valido il suddetto parere è aumentata dal secondo considerando della Direttiva 2014/24/UE, per mezzo del quale si afferma che gli appalti pubblici "svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020 [...] in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato

⁹⁴ ARROWSMITH, S. Y KUNZLIK, P., «Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles», in ARROWSMITH, S. y KUNZLIK, P. (coords.) *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 30-37. Azioni che, come afferma COMBA, M. E., «Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and major role of the approximation of laws», cit., p. 42, si possono riassumere nel divieto di discriminazione nei confronti degli operatori economici di Stati membri terzi, in quanto le altre due sono strumentali rispetto alla prima.

⁹⁵ Per un elenco completo di questi, v. COMBA, M. E., «Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and major role of the approximation of laws», cit., pp. 38-41.

necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici". Ciò dimostra come il legislatore europeo, dopo aver riaffermato l'obiettivo primario orientato alla creazione di un mercato unico degli appalti pubblici — Considerando primo della suddetta Direttiva— abbia stabilito altri principi o obiettivi che non sono legati in modo diretto con la promozione di un mercato unico a livello europeo, ma che utilizzano o partono dagli appalti pubblici per raggiungere obiettivi diversi e indipendenti⁹⁶.

Quando si è manifestata l'intenzione di abbandonare la normativa europea sugli appalti pubblici, che si limitava alla creazione di un mercato interno, la dottrina è stata fortemente criticata, dimostrando che la suddetta posizione delle istituzioni europee era contraria al principio di sussidiarietà —articolo 5.3 del Trattato sull'Unione europea— e andava oltre le proprie competenze e invadeva quelle degli Stati membri. A questo proposito, Boyle sottolinea che le considerazioni di un gestore nazionale responsabile di un'amministrazione aggiudicatrice, data la legalità delle sue azioni e l'applicazione della sua massima diligenza in difesa dell'interesse pubblico, sono probabilmente più accurate di quelle di un giudice o della Commissione europea⁹⁷. Tuttavia, non possiamo condividere questa posizione dottrinale, poiché significa ignorare altri principi e obiettivi contenuti nelle fonti del diritto originario dell'Unione, in particolare le disposizioni degli articoli da 119 a 126 e dei protocolli n. 12 e 13 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in relazione alle competenze attribuite all'Unione negli articoli 3 e 5 dello stesso testo giuridico. Essi prevedono la partecipazione dell'UE all'adozione di politiche economiche coordinate per le quali sono stati definiti obiettivi comuni, nel rispetto della libera concorrenza e dell'economia di mercato. Queste disposizioni implicherebbero non solo che il principio di sussidiarietà non venga violato

⁹⁶ Contenuto della Direttiva 2014/24/UE che sottolinea quanto già affermato dalla Comisión Europea, COM(2011) 15 final, de 27 de enero: Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente, Bruselas, 2011 pagg. 4 e 5, affermando che: "Dato il ruolo chiave degli appalti pubblici nell'affrontare le sfide odierne, [...] è necessario raggiungere diversi obiettivi complementari: il primo è quello di aumentare l'efficienza della spesa pubblica. Ciò comprende, da un lato, la ricerca dei migliori risultati possibili di approvvigionamento (massimo rendimento dell'investimento). Per raggiungere questo obiettivo, è essenziale generare la più forte concorrenza possibile per gli appalti pubblici aggiudicati nel mercato interno. Gli offerenti devono avere la possibilità di competere in condizioni di parità e devono essere evitate distorsioni della concorrenza. Allo stesso tempo, è fondamentale aumentare l'efficienza delle procedure di appalto in quanto tali: la razionalizzazione delle procedure di appalto, con misure di semplificazione specificamente adattate alle particolari esigenze delle piccole amministrazioni aggiudicatrici, potrebbe aiutare gli acquirenti pubblici a ottenere i migliori risultati possibili di appalto con il minor investimento possibile, in termini di tempo e denaro pubblico. Questo obiettivo di una maggiore efficienza degli appalti pubblici viene affrontato principalmente attraverso le questioni sollevate nelle parti 2 (migliorare gli strumenti a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici) e 3 (un mercato europeo degli appalti pubblici più accessibile) del presente Libro verde".

⁹⁷BOYLE, R., «EU procurement green paper on the modernisation of EU public procurement policy: a personal response», *Public Procurement Law Review*, vol. 20, 5, 2011, p. NA 173.

dalla fissazione di obiettivi di pianificazione strategica nelle direttive europee, ma anche che l'approccio comune dell'Unione europea alla spesa pubblica e la sua efficienza in un settore di enorme importanza per il PIL degli Stati membri siano adeguati. Tuttavia, è chiaro che gli sviluppi normativi promossi per raggiungere questo nuovo obiettivo programmatico degli appalti pubblici dovranno essere realizzati nell'ambito delle competenze dell'Unione e degli Stati membri, a seconda dei casi. All'interno del primo di questi possiamo contemplare alcune delle novità introdotte dalla Direttiva 2014/24/UE: la disposizione dell'art. 68 —in relazione al 67.2— del concetto di costo del ciclo di vita come potenziale sostituzione della precedente offerta economicamente più vantaggiosa. Ciò dimostra che l'obiettivo è quello di stabilire appalti pubblici sostenibili e pianificati⁹⁸ e di influenzare il comportamento delle amministrazioni aggiudicatrici in questo senso.

È vero che tali disposizioni sono attualmente del tutto facoltative, anche se va notato che sarebbe perfettamente possibile renderle obbligatorie, una decisione che potrebbe essere presa dai legislatori statali. Sebbene la definizione dei criteri di aggiudicazione dell'offerta vincente non risponda esclusivamente alla creazione di un mercato interno senza barriere, la previsione del costo del ciclo di vita costituirebbe un criterio per l'armonizzazione e il coordinamento della politica economica —attraverso la spesa pubblica— pur prevedendo criteri di selezione uniformi in tutta l'Unione che non si oppongano o ostacolino la creazione di un mercato interno unico, ma contribuiscano piuttosto alla sua omogeneizzazione⁹⁹. Come sottolinea l'onorevole Bovis, non va dimenticato che la Comunità economica europea, in primo luogo, e l'Unione europea, in secondo luogo, hanno avviato iniziative di integrazione doganale per la libera circolazione delle merci, delle persone, dei capitali e dei servizi che, in ultima analisi, tendono alla realizzazione di un'unione economica e monetaria. Ciò implica che l'integrazione economica determinerà il livello di successo dell'integrazione politica degli Stati membri, essendo quest'ultimo "l'obiettivo finale stabilito dai trattati"¹⁰⁰. Ecco perché una prospettiva o un approccio "giuridico" agli appalti pubblici sarebbe

⁹⁸ DRAGOS, D. C. Y OTROS, «Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects», cit., pag. 324. Cfr. già un precedente per questo concetto nell'articolo 29, paragrafo 1, secondo trattino, della direttiva 71/305/CEE, successivamente mantenuto all'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 93/37/CE.

⁹⁹ Sulla legittimità dell'Unione a stabilire tali criteri unici, v. già la normalità con cui tale azione viene intrapresa dalla Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea. Sala Cuarta, Sentencia de 20 de septiembre de 1988, 31/87, punti da 17 a 20. Il punto 37 di tale sentenza precisa inoltre che è possibile prevedere e perseguire, nel settore degli appalti pubblici, obiettivi diversi dalla creazione di un mercato interno, purché non vi sia alcuna discriminazione diretta o indiretta nei confronti degli operatori economici.

¹⁰⁰ A seguito della differenziazione effettuata da BOVIS, C., *EC Procurement Law: case Law and regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 9 e 10.

incompleto se si limitasse alla sola rimozione delle barriere del mercato interno e non agli altri obiettivi e disposizioni contenute nei trattati sopra citati¹⁰¹.

Sia come sia, è certo che la realizzazione di un'attività efficiente in materia di appalti pubblici è stata espressamente stabilita nella normativa nazionale come un dovere dalle stazioni appaltanti, trovando la sua prima manifestazione nell'art. 22.2 del TRLCSP, introdotto dall'art. 37.1 della Ley 2/2011, sull'Economia Sostenibile e che è passato nel testo in vigore in virtù dell'art. 28.2 della LCSP. In sintesi, tenuto conto dell'attuale sviluppo tecnologico, ogni tentativo di raggiungere gli obiettivi fissati dall'Unione Europea comporta necessariamente un deciso impegno nella trasformazione digitale degli appalti pubblici che, in ultima analisi, deve avvenire sulla base dell'innovazione tecnologica resa possibile dall'open data, dal riutilizzo delle informazioni del settore pubblico e dall'intelligenza artificiale.

4. L'IMPORTANZA DELL'AUTOMAZIONE E DEI DATI APERTI NELL'ATTUALE CONTESTO DEGLI APPALTI PUBBLICI ELETTRONICI

Avendo preso atto del ruolo guida dell'UE nella modernizzazione tecnologica degli appalti pubblici, è essenziale contestualizzare l'evoluzione di questo processo, tenendo conto degli approcci più recenti a livello europeo in materia di promozione dell'innovazione tecnologica. Quindi, in primo luogo, è necessario partire dalla strategia istituzionale che viene promossa dall'Unione Europea, dove i dati acquisiscono una singolare rilevanza per diventare uno dei suoi assi principali¹⁰². Inoltre, negli ultimi

¹⁰¹ Vedi *Ibid.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Quinta, Sentencia de 8 mayo de 2014, C-15/201313, in relazione a COMBA, M. E., «Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and major role of the approximation of laws», cit. 45. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Quinta, Sentencia de 8 mayo de 2014, C-15/2013, cit.: "l'obiettivo principale delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici è l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri", alla quale la Corte di Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Tercera, Sentencia de 19 de junio de 2008, C-454/06 paragrafo 31 si leggeva in precedenza "garantire la libera circolazione dei servizi", cioè l'obiettivo principale, ma non unico. Definizione come obiettivo principale che, pur condividendola, come non potrebbe essere altrimenti, è attenuata da considerazioni di politica sociale che si stanno progressivamente introducendo nel campo degli appalti pubblici e di cui quelle previste dall'articolo 20 della Direttiva 2014/24/UE ne sono un buon esempio, finalizzate a quella che siamo arrivati a definire una pianificazione strategica *ad extra* di carattere sociale. In questo senso v. anche la Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Tercera, Sentencia de 10 de mayo de 2012, C-368/10, punto 76. D'altra parte, v. Corte di Tribunal de Justicia. Sala Sexta, Sentencia de 4 de diciembre de 2003, C-448/01; Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, Sentencia de 17 de septiembre de 2002, C-513/99, punto 57 in relazione ai punti 59-62; Tribunal de Justicia. Sala Sexta Sentencia de 4 de diciembre de 2003, C-448/01, cit., punti 40 e 41, in combinato disposto con i punti 33 e 34, in cui si stabilisce che, in considerazione del riconoscimento della tutela dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile nel Trattato CE —artt. 3 e 6— come uno degli obiettivi della Comunità, il suo perseguimento nel settore degli appalti pubblici è del tutto realizzabile, purché siano rispettati gli altri requisiti materiali e procedurali previsti dalla normativa di attuazione.

¹⁰² Comisión Europea, Estrategia europea de datos. Hacer de la UE un modelo de sociedad capacitada por los datos., 2020, fecha de consulta 23 enero 2021, in <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019->

anni, è stato posto l'accento sulla necessità di impegnarsi in modo decisivo nell'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale¹⁰³, tenendo conto della necessità di generare un contesto istituzionale e normativo adeguato che offra condizioni minime di fiducia. La combinazione di questi ed altri approcci, lungi dal rimanere semplicemente al livello teorico nelle politiche pubbliche¹⁰⁴, sta già cominciando ad offrire risultati tangibili che, in ultima analisi, obbligano l'analisi accademica a tenere conto delle potenzialità trasformative che alcuni progetti basati sull'innovazione tecnologica stanno già dimostrando¹⁰⁵.

Tuttavia, la possibilità giuridica e persino l'opportunità dell'intervento dell'Unione in questo senso non diminuiscono e non possono ovviare alla difficoltà che le disposizioni regolamentari attuate per realizzare una pianificazione strategica *ad intra* delle amministrazioni aggiudicatrici possono avere nella pratica¹⁰⁶. A questo proposito, vale la pena di notare come l'introduzione del criterio di selezione del costo della vita come sostituto dell'offerta economicamente più vantaggiosa porterà a risparmi a medio o lungo termine, eventualmente al costo di un maggiore esborso iniziale. Questo, combinato con una visione a breve termine o limitata al mandato politico immediato dei responsabili delle amministrazioni aggiudicatrici, può portare ad una riluttanza ad applicarlo correttamente. D'altra parte, la mancanza di dati e informazioni necessarie per una corretta pianificazione, che rende difficile il confronto e l'estrapolazione, è un disincentivo per le amministrazioni aggiudicatrici ad utilizzare questi mezzi di pianificazione strategica *ad intra*. Inoltre, lo svolgimento delle attività di approvvigionamento pubblico in un'ottica di ottimizzazione strategica della spesa pubblica richiede alle amministrazioni aggiudicatrici di effettuare una pianificazione di bilancio e una contabilità "pluriennale". Inoltre, nel caso delle centrali di committenza, l'amministrazione aggiudicatrice è la stessa che consuma il prodotto in questione, il che comporta una maggiore complessità nella progettazione delle procedure di gara, che può

2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_eshttps://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_es

¹⁰³*Ibid.*

¹⁰⁴Comisión Europea, Public Procurement Action Plan. In the context of the use of ESI funds 2013-2020, 2013, fecha de consulta 23 enero 2021, in https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/how/improving-investment/public-procurement generale, il Piano d'azione dell'Unione europea per gli appalti, *Ibid.* Cfr. *Ibid.*

¹⁰⁵ In modo particolare possiamo sottolineare Comisión Europea, Pilot on use of open data for greater efficiency and transparency in public procurement of EU-funded projects, fecha de consulta 23 enero 2021, in https://ec.europa.eu/regional_policy/en/information/publications/factsheets/2020/pilot-on-use-of-open-data-for-greater-efficiency-and-transparency-in-public-procurement-of-eu-funded-projects.

¹⁰⁶ A questo proposito, va sottolineata la dichiarazione contenuta in RACCA, G. M., «Joint procurement challenges in the future implementation of the new directives», in LICHÈRE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, Djof Publishing, 2014, pp. 225-226, che denuncia l'assenza nella Pubblica Amministrazione di "una visione generale su come organizzare e sfruttare il potere strategico della spesa pubblica".

favorire l'emergere o la necessità di centrali di committenza¹⁰⁷. Butler sostiene una posizione simile nell'analizzare le insidie che si possono incontrare nell'uso di un comportamento olistico strategico da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e che hanno impedito che le disposizioni legislative sulla pianificazione strategica *aggiuntiva fossero* sufficientemente recepite nella pratica. Tra queste vi è l'incertezza delle amministrazioni aggiudicatrici per quanto riguarda il raggiungimento degli obiettivi strategici nelle loro procedure di appalto, che potrebbe derivare da una mancanza di conoscenze e competenze specialistiche in questo settore¹⁰⁸.

In breve, non si può negare che la dinamica descritta nelle sezioni precedenti implica, come sottolinea Cantero Martínez, che "gli appalti pubblici stanno diventando più estesi, complessi e, come è stato detto, più importanti che mai"¹⁰⁹. Questa complessità si verifica in un'area in cui l'Amministrazione dispone di risorse materiali e personali limitate.

È qui che, per affrontare tutte le sfide cui si fa riferimento in modo fattibile, è stato trovato un importante alleato nell'implementazione e nell'uso dei mezzi elettronici, direttamente da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e degli operatori economici¹¹⁰. Infatti, è attraverso lo stretto rapporto con il concetto di governo aperto e di e-government o *governo digitale* che è emerso il concetto di open procurement¹¹¹,

¹⁰⁷DRAGOS, D. C. Y OTROS, «Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects», cit., pp. 331 e 332.

¹⁰⁸BUTLER, L., «Innovation in Public Procurement: Towards the "Innovation Union"», cit., pp. 346 e 347.

¹⁰⁹CANTERO MARTÍNEZ, J., «La profesionalización de la contratación pública como herramienta de innovación», in MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, p. 199. Questa tendenza negli appalti pubblici fa parte di quello che alcuni autori hanno fortemente criticato come un eccessivo "interventismo" nell'intento di correggere il funzionamento del mercato, a scapito di un "onere di compiti travolgente e crescente" per la pubblica amministrazione, per la quale l'uso delle TIC sarà essenziale. Vedi PÉREZ LUÑO, A. E., *Manual de Informática y Derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1996, p. 83. Al di là delle critiche al modello politico, che non è l'oggetto di questo studio, si evidenzia e si condivide che, effettivamente, la maggiore capacità di calcolo, il risparmio di tempo e l'automazione di compiti di diversa complessità è ciò che permetterà alla Pubblica Amministrazione di aumentare il suo campo d'azione e i suoi obiettivi in modo esponenziale come è stato analizzato, mantenendo una dimensione e un rapporto di lavoratore per abitante simile al precedente. Alla luce di quanto sopra, sembra che gli appalti pubblici si stiano avvicinando alla complessità di scenari da essi tradizionalmente segnati o evidenziati, come quello dell'incertezza scientifica analizzato in BARONE, A., «Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale», *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 1, n.° 1, 2020, p. 66.

¹¹⁰VALERO TORRIJOS, J., «La transposición en España de la normativa europea sobre contratación pública electrónica: Una oportunidad para la innovación tecnológica», cit.32; MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», cit., p. 28. A titolo esemplificativo, possiamo sottolineare come il considerando 72 della Direttiva 2014/24/UE afferma che "i mezzi elettronici sono particolarmente adatti a supportare pratiche e strumenti di acquisto centralizzato, in quanto offrono la possibilità di riutilizzare ed elaborare automaticamente i dati e di ridurre al minimo i costi di informazione e transazione". Questa circostanza consente di basare l'attuazione dell'e-Government sul principio di efficienza di cui all'articolo 103 del trattato CE.

¹¹¹ Su questa idea v. Cerrillo CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Contratación electrónica y transparencia: fundamentos necesarios de la contratación abierta», *Cuadernos de Derecho Local*, vol. 48, 2018; così

che consiste in "contratti trasparenti in tutti i tipi di contratto e in tutte le loro fasi, con particolare attenzione all'esecuzione del contratto e rivolti a tutti i cittadini"¹¹². Infatti, l'uso appropriato e la conoscenza degli strumenti di e-government applicati al settore degli appalti pubblici contribuiranno in modo decisivo ad ottenere un aumento nazionale e internazionale, soprattutto all'interno del mercato dell'UE, della pressione concorrenziale sul mercato degli appalti pubblici, consentendo al tempo stesso di progredire verso la "trasparenza collaborativa"¹¹³. La individuazione di eventuali irregolarità nell'attività degli operatori economici e delle amministrazioni aggiudicatrici non è di esclusiva competenza degli organismi di controllo, ma è soggetta ad un controllo condiviso dagli altri membri della società¹¹⁴.

Questa ragione, tra le altre, spiega come parte della dottrina abbia rivelato una mancanza di connessione tra l'importanza che l'approvvigionamento elettronico ha acquisito come potenziale strumento di trasformazione e innovazione e la sua traduzione in normative nazionali, dal momento che non gli è stato attribuito un ruolo centrale o di guida nella LCSP 2007 e nell'attuale LCSP¹¹⁵, una carenza che in definitiva rappresenta un onere molto importante per l'innovazione. Questo si può notare in situazioni di persistenti anomalie legali oggi, come quelle che applicano direttamente la Direttiva 2014/24/UE nel settore dei cataloghi elettronici e dei sistemi dinamici di acquisto. Due cifre che saranno analizzate in dettaglio in questo studio. Nonostante ciò, come sottolinea Gallego Córcoles, è vero che l'uso degli appalti pubblici elettronici nel suo ampio concetto si è già materializzato o diffuso; è quindi possibile che il momento chiave per la sua diffusione sia già passato. Il carattere precettivo degli appalti pubblici elettronici stabiliti in punti chiave della procedura, come la pubblicazione dei bandi di gara e la presentazione delle offerte, è stato l'impulso finale, che ha permesso di superare una situazione di scarsa attuazione iniziale¹¹⁶. Così, come indica Martín Delgado, grazie alle

come, il suo precedente lavoro, CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Las compras abiertas y la prevención de la corrupción», *Gestión y análisis de políticas públicas*, vol. 15, 2016.

¹¹²GIMENO FELIÚ, J. M., «Administración electrónica, transparencia y contratación pública: algunas propuestas de reforma», cit., p. 309.

¹¹³CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Cizur Menor, Thompson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 194 y 195.

¹¹⁴VALERO TORRIJOS, J., «La exigencia legal de formatos abiertos y reutilizables en la gestión de la contratación pública», cit., pp. 60 e 61.

¹¹⁵MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», cit., p. 20.

¹¹⁶ In European Commission, COM (2010), 571 definitiva del 18 ottobre: Green Paper on the generalisation of e-procurement in the EU, pag. 11, in cui si afferma che nel 2009 solo il 5% del volume degli appalti pubblici in Europa è stato effettuato attraverso procedure di e-procurement. Ciò dimostra la lentezza dei progressi nell'adozione degli appalti elettronici, almeno rispetto alle previsioni e alle ambiziose proiezioni del rapporto Bangemman, secondo cui nel 1997 una massa critica del 10% delle stazioni appaltanti avrebbe utilizzato le procedure telematiche di appalto del settore pubblico. Infatti, come sottolineato da DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., «La insistencia de la UE en la contratación pública electrónica -y sus correspondientes decepciones-», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015, p.3, nel 1997 "NOBODY" ha

cifre ottenute attraverso la tempestiva esecuzione del diritto di accesso davanti alla Direzione Generale dei Beni dello Stato¹¹⁷, rispetto alle 4.470 gare effettuate per via elettronica nel 2017, ne sono state aggiudicate 39.958 nel 2018¹¹⁸. Di queste ultime, 15.853 sarebbero state effettuate attraverso il PCSP. E, a sua volta, di quelle effettuate nel PCSP, 7.096 sarebbero state effettuate da stazioni locali, 4.011 da stazioni regionali e 4.756 da stazioni statali. Questi dati mostrano ancora un importante cammino da percorrere, ma segnano un chiaro trend di crescita.

Non va tuttavia trascurato il fatto che la continuazione di questa estensione delle soluzioni di *e-procurement* tra un insieme altamente frammentato di stazioni appaltanti dovrà prestare particolare attenzione al livello di complessità degli strumenti proposti in termini di usabilità.

A livello funzionale, uno dei principali elementi attraverso i quali l'ICT faciliterà il raggiungimento delle significative e numerose sfide sopra menzionate sarà la trasparenza amministrativa, presentata sotto un triplice aspetto o funzionalità¹¹⁹:

- La sua natura di mezzo attraverso il quale i cittadini possono ottenere informazioni sull'attività amministrativa che possono influire sul loro campo d'azione. Ciò sarebbe principalmente legato alla conoscenza della domanda delle amministrazioni aggiudicatrici da parte degli operatori economici in tempo reale.
- Come canale di conoscenza delle fondazioni su cui si basa l'attività amministrativa al fine di valutarne la ragionevolezza e anche di poter partecipare alla sua formazione. Che, nell'ambito della contrattazione elettronica, dovrebbe dar luogo a sistemi di trasparenza a due vie. Vale a dire che attraverso l'uso di mezzi elettronici non solo è possibile conoscere e prevedere le basi dell'attività di acquisto di un ente aggiudicatore, ma che tale ente ha anche i mezzi per accedere alle informazioni sui principali fattori e caratteristiche dell'offerta del settore specifico del mercato degli appalti pubblici al quale desidera rivolgersi.
- La sua natura di canale attraverso il quale il cittadino può controllare che l'amministrazione agisca realmente entro i parametri di legalità, obiettività, non

utilizzato gli appalti pubblici elettronici. L'obiettivo fissato nel 1996 è stato modificato dalla Commissione nel 2004, fissando il 2007 come nuovo orizzonte per l'attuazione degli appalti elettronici end-to-end. Cfr. Comisión Europea, COM(2004) 841 de 29 de diciembre: Plan de acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica, cit.. Di fronte ad un ulteriore fallimento, l'attenzione si è concentrata sugli obiettivi a breve termine per gli appalti elettronici in senso lato, continuando nel contempo a perseguire tempestivamente un'ampia gamma di appalti elettronici, cfr. Comisión Europea, COM(2006) 173, de 25 de abril: Plan de acción i2010 sobre e-government, cit.. Nel 2016, come indicato in Commissione Europea, Public procurement - a study on administrative capacity in the EU, data di consultazione 3 luglio 2019, all'indirizzo <http://www.ec.europa.eu>, il tasso medio di assorbimento degli appalti elettronici nell'UE è stato dell'11,28%.

¹¹⁷ MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», cit., p. 46.

¹¹⁸ 6,93% del totale delle offerte.

¹¹⁹ PIÑAR MAÑAS, J. L., «Revolución tecnológica, nueva administración y derechos fundamentales», *DIXI*, vol. 13, 2011, p. 67.

arbitrarietà, equità, imparzialità e massimizzazione dell'interesse pubblico. Cioè l'integrità degli appalti pubblici in tre segmenti del suo sviluppo, che sono la sua pianificazione orientata alla soddisfazione delle esigenze realmente esistenti, la corretta formulazione delle specifiche e la valutazione delle offerte e, infine, una coerente esecuzione del contratto.

In questo modo, si può vedere come, in primo luogo, l'uso di mezzi elettronici consenta una maggiore trasparenza, dal punto di vista della disponibilità dei dati, facilitando la formazione e la realtà del concetto di *open procurement*¹²⁰. Anche se, logicamente, il suo utilizzo richiederà un accesso efficace e un trattamento adeguato. Su questo primo punto, vi è stata un'influenza positiva della riforma della Direttiva RISP nel 2013, che, sebbene non si sia concretizzata in un obbligo generalizzato di formati aperti nella pubblicazione dell'informazione pubblica, ma solo nella sua preferenza —art. 5.4 de la LTBG— ha stabilito comunque una dinamica favorevole a essi, che si è tradotta nella sua richiesta in relazione ai bandi, avvisi e a tutta l'informazione pubblicata in relazione agli appalti pubblici sul profilo del committente —art. 63.1.II della LCSP— e presso la piattaforma nazionale —art. 347.8 della LCSP—. Disposizioni normative molto lodevoli che permetteranno, secondo le parole di CERRILLO I MARTÍNEZ, di presentare "condizioni che ne facilitino il riutilizzo grazie al fatto di essere facilmente localizzabili, riutilizzabili e non soggette a restrizioni tecniche o legali che ne limitino o ne ostacolino il riutilizzo"¹²¹.

Una volta superata la prima esigenza di disponibilità di informazioni in formato aperto, in genere in modo sufficiente, con alcune eccezioni come quelle che vedremo in relazione alla pubblicità trimestrale *ex post* degli appalti minori, dobbiamo quindi concentrarci su un uso fondamentale di queste informazioni in modo che sia possibile affrontare ogni singolo obiettivo affidato all'attività di approvvigionamento pubblico nell'attuale contesto di scarse risorse amministrative.

A tal fine, sarà essenziale che i mezzi elettronici consentano di automatizzare e utilizzare strumenti basati su *big data* che aiutino le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici a sistematizzare ed estrarre le informazioni pertinenti che possono essere contenute nella grande quantità di dati sugli appalti pubblici che saranno pubblicati secondo le modalità indicate. Più in particolare, questi sistemi analizzeranno, tra le altre cose, i dati dell'attività passata dell'Amministrazione, per proiettare nuove decisioni nel futuro¹²². A tal fine, è essenziale che i supporti elettronici contenenti tali informazioni soddisfino i requisiti minimi di interoperabilità tecnica. Inoltre, come *condizione sine qua non* per il funzionamento dei motori di ricerca per automatizzare l'elaborazione e il

¹²⁰CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «La contratación abierta en la futura ley de contratos del sector público», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 150, 2017, sezione I.

¹²¹*Ibid.*, sezione II.1.

¹²²COSTANTINO, F., «Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data», in *Diritto Pubblico*, vol. 2019, n.º 1, 2019, p. 46.

riutilizzo delle informazioni, sarà necessaria una soluzione per l'interoperabilità semantica nella descrizione dell'oggetto dei contratti, che oggi è sufficientemente costituita dalla nomenclatura CPV. In questo senso, il CNMC si è espresso a favore e ha sollecitato l'introduzione di nuove tecniche che contribuiscano all'efficienza della spesa pubblica canalizzata attraverso gli appalti pubblici, attraverso "sistemi informatici basati su *dati aperti* e *big data*", in quanto faciliteranno l'accesso alle informazioni sul mercato degli appalti pubblici da parte degli operatori economici¹²³, facilitando la concorrenza a parità di condizioni.

II. LA GIUSTIFICAZIONE DELLA STRUTTURA DELLO STUDIO EFFETTUATO

La possibilità di automazione ausiliaria nel funzionamento degli appalti pubblici tenendo conto delle esigenze dell'innovazione tecnologica, dei dati aperti, del riutilizzo delle informazioni del settore pubblico e dell'uso di algoritmi è l'oggetto e la tesi principale di questo studio. Questo rappresenta il culmine del percorso concettuale, teorico e giuridico che tratteremo con l'intento di giustificare la nostra proposta, che consiste essenzialmente nell'estensione di un'operazione analoga a quella del sistema dinamico di approvvigionamento a praticamente qualsiasi procedura di gara con una ricorrenza parametrizzabile e indipendentemente dal livello di frequenza della sua ripetizione. Ridurre, quindi, la portata degli accordi quadro a quei mercati degli appalti pubblici che presentano una struttura di offerta monopolistica o oligopolistica. L'obiettivo è quello di sfruttare le nuove tecnologie per realizzare innovazioni amministrative negli appalti pubblici, che comprenderanno il consolidamento delle piattaforme elettroniche di approvvigionamento, non solo come strumenti per la diffusione di informazioni dematerializzate, ma anche come sistemi integrati di approvvigionamento pubblico¹²⁴.

Ciò significa che ci limiteremo ad analizzare lo svolgimento della procedura di gara in senso stretto, ossia dalla sua preparazione all'identificazione dell'operatore economico al quale è aggiudicato l'appalto, tenendo conto, se del caso, delle eventuali modifiche apportate, nella misura in cui queste costituiranno una variazione o addirittura un'applicazione del capitolato d'onere che disciplina la procedura di gara in questione. D'altro canto, questo studio non riguarderà le procedure relative alla fatturazione e al pagamento dei contratti.

¹²³Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia. Informe de 5 de febrero, 2015.

¹²⁴GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», *Revista española de Derecho Administrativo*, vol. 184, 2017, p. 35.

Come primo passo, sarà necessario effettuare un'analisi degli strumenti di e-Government sulla cui interfaccia e programmazione si basano gli appalti pubblici elettronici. Questo esame è svolto nei due capitoli che compongono la Parte I di questo studio. Nel primo di questi, può essere sorprendente che prima di procedere all'analisi dello strumento principale del settore in questione, che è il profilo del contraente, ci soffermeremo su soluzioni generali di e-Government. Tuttavia, questo è utile da un duplice punto di vista. In primo luogo, poiché, come è stato indicato, la contrattazione pubblica costituisce una manifestazione dell'attività amministrativa in generale, della quale non viene fatta espressa menzione nel D.P.R. 1^a della Ley 39/2015. Ciò implica in questo ambito l'applicazione sussidiaria delle disposizioni della legge sopra citata, nonché della Ley 40/2015, e anche della DA 4^a. della LCSP benché si riferisca solo all'applicazione integrativa della Ley 39/2015¹²⁵. E, in secondo luogo, perché gli strumenti elettronici generali non solo costituiscono un chiaro punto di riferimento e di ispirazione per strumenti specifici nel campo della contrattazione pubblica, ma possono anche funzionare come un elemento che alla fine partecipa allo sviluppo delle procedure di gara —ad esempio, nell'ambito delle notifiche—, che integra le informazioni sulla contrattazione pubblica —come i portali di trasparenza integrati nei siti elettronici— e che ci fornisce le chiavi di funzionamento che sono di interesse per la riforma della contrattazione pubblica specifica —come vedremo è il caso della DEHú—.

Nel secondo capitolo ci concentreremo sui mezzi e gli strumenti elettronici che operano in generale e che vanno al di là dell'ambito predeterminato di una specifica amministrazione aggiudicatrice, da costituire come elementi nazionali o paneuropei. La loro presentazione è essenziale nella misura in cui costituiranno le aree elettroniche in cui saranno riunite le informazioni digitali di ogni stazione appaltante, disponibili nei rispettivi profili dell'appaltatore. Di conseguenza, questi strumenti saranno il budget indispensabile per la generazione di banche unificate di dati aperti che si riferiscono alla natura globale del mercato degli appalti pubblici e non solo ad un caso specifico di domanda —vedi il Registro dei contratti del settore pubblico, il PCSP e il SIMAP Portal—. Inoltre, gli altri sono indicati come strumenti essenziali in termini di funzionalità della procedura elettronica di appalto pubblico —vedi il DEUC, il ROLECE ed il e-Certis-, nonché come iniziative altamente suggestive per la materializzazione di un unico mercato degli appalti pubblici fornendo soluzioni di interoperabilità in tutte le sue dimensioni —vedi il PEPPOL e l'Open e-Prior-.

¹²⁵MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición», cit. GAMERO CASADO, E., «El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP», *Cuadernos de Derecho Local*, vol. 48, 2018, p. 155; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición», cit.p. 290.

Una volta esposti tutti gli strumenti che compongono la rete operativa, attuale o potenziale, degli appalti pubblici elettronici, potremo concludere questa prima parte dello studio analizzando la sua architettura giuridica in Spagna, per mostrare una certa miopia nella regolamentazione della sua dimensione esterna a favore della sua dimensione interna. O in altri termini, un indebolimento del principio di centralità dell'utente, alla ricerca di una garanzia incondizionata di auto-organizzazione delle varie amministrazioni territoriali.

La parte II del documento, che comprende il terzo e il quarto capitolo, analizza i vari scambi di informazioni e comunicazioni tra le parti coinvolte negli appalti pubblici. Il terzo capitolo si concentrerà sull'analisi di questi in un momento precedente l'inizio della procedura di gara. Grazie ad essa, si possono raggiungere due obiettivi molto importanti. Da un lato, la definizione di elementi oggettivi ed esternamente misurabili che consentano di valutare con un significativo livello di certezza la qualità della pianificazione e della preparazione delle azioni di appalto pubblico di ciascuna stazione appaltante. E, dall'altra parte, la generazione di un quadro che consenta alle stazioni appaltanti di conoscere le principali caratteristiche dell'offerta a cui saranno indirizzate le future procedure di appalto pubblico, non solo per iniziativa dell'ente aggiudicatore - preliminari consultazioni di mercato-, ma attraverso l'interazione volontaria e incoraggiata da parte degli operatori economici con le intenzioni contrattuali che sono state rese pubbliche nell'ambito dell'applicazione dell'articolo 28.4 della LCSP.

Nel frattempo, le comunicazioni e le informazioni generate una volta avviata la procedura di gara saranno analizzate nel quarto capitolo. Tra questi troviamo il bando di gara e l'annuncio di aggiudicazione, come elementi che generano informazioni essenziali, complete e definitive sulla realtà del mercato degli appalti pubblici in formato aperto, cioè suscettibile di essere riutilizzato. La richiesta di informazioni aggiuntive, come elemento di comunicazione tra operatori economici e stazioni appaltanti, che è stata potenziata in modo esponenziale dall'implementazione delle ICT e dovrebbe, a nostro avviso, far parte delle utilità della proposta fatta, a seguito di un'analisi dei difetti della sua insufficiente e non sistematica regolamentazione. Infine, questo capitolo dovrebbe concentrarsi sui canali elettronici utilizzati per la presentazione di proposte da parte degli operatori economici e per la ricezione delle risoluzioni emesse dalle stazioni appaltanti. Questo è il nucleo del rapporto tra l'amministrazione e l'Amministrazione, che è molto particolare nel campo della contrattazione pubblica, data la necessità di segretezza delle offerte, anche nei confronti dell'ente aggiudicatore in questione, nonché il carattere concorrenziale delle offerte, che darà luogo, in generale, a specialità nella notifica degli atti amministrativi inerenti agli atti pluralistici, a cui se ne aggiungeranno altre inerenti al loro sviluppo rispetto ai professionisti-amministratori.

Dopo aver spiegato tutto quanto sopra, nel sesto e ultimo capitolo, saremo in grado di affrontare la proposta fatta per l'implementazione di un modello di appalto pubblico in cui la logica del funzionamento di sistemi di acquisto dinamici sposta gli acquisti minori

e dove questi sono importati, in generale, in procedure di appalto aperte e ristrette. Un nuovo scenario in cui il riutilizzo dell'informazione pubblica in formato aperto, l'utilizzo di *grandi* sistemi di *dati* e l'automazione delle azioni amministrative attraverso algoritmi deterministici assumeranno un ruolo di primo piano, senza pregiudicare la loro successiva evoluzione verso altri di intelligenza artificiale.

Quest'ultima parte dello studio richiederà però un'analisi approfondita di quello che sarà il suo mezzo centrale per sistematizzare la grande quantità di dati generati nel mercato degli appalti pubblici: la nomenclatura CPV, che dovrà essere oggetto di automazione robotizzata anche ai fini del suo utilizzo come motore di ricerca, dell'assegnazione non manuale e/o della verifica di tali assegnazioni da parte dei mezzi personali dalle stazioni appaltanti. Studio da affrontare nello stesso capitolo sei.

Invece nel capitolo cinque saranno analizzate e inserite nella proposta forme di azione elettronica con un ruolo di primo piano, come il catalogo elettronico, come mezzo per anticipare e semplificare la presentazione delle offerte, e l'asta elettronica, come sistema che, se utilizzabile, completerà la procedura di gara elettronica fino all'aggiudicazione dell'appalto. Allo stesso modo, sarà necessario studiare il sistema dinamico di acquisto, come procedura di contrattazione eminentemente elettronica su cui si basa la linea di riforma proposta, così come quella dell'accordo quadro, che nella pratica di altri Stati membri e sempre più in Spagna tende a monopolizzare, a nostro avviso in modo indebito, le iniziative di promozione della contrattazione pubblica elettronica. È necessario distinguere i casi in cui il suo utilizzo è utile da quelli in cui, al contrario, può essere controproducente. Infine, non può passare inosservata la figura delle stazioni appaltanti che presentano una massima specializzazione nell'esecuzione delle procedure di gara, nonché nella fornitura di servizi ausiliari al resto dalle stazioni appaltanti. In altre parole, i centri di acquisto, che possono essere i soggetti naturalmente chiamati a gestire e/o supervisionare le proposte presentate.

Questi due capitoli costituiranno la terza e ultima parte di questo studio.

Evidentemente, non si ritiene che le proposte che emergono dal percorso tracciato costituiscano una soluzione monolitica o unica. Esse costituiscono un'ulteriore alternativa nell'interesse di costringere il legislatore nazionale a colmare alcune lacune nel funzionamento del nostro sistema di appalti pubblici. Queste carenze sembrano essere state evidenziate e stanno cristallizzando dinamiche precedenti e anacronistiche, nonostante il recepimento dei requisiti delle direttive europee sull'uso delle TIC¹²⁶. Tuttavia, bisogna riconoscere che tali proposte si baseranno anche sui contributi del legislatore spagnolo "di propria iniziativa, al di là delle piattaforme di

¹²⁶ MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», cit., p. 31

approvvigionamento"¹²⁷, come la precettiva richiesta dell'utilizzo di formati aperti e riutilizzabili rispetto alla pubblicazione di tutta l'informazione sulla gara sulle corrispondenti piattaforme.

III. PREMESSE METODOLOGICHE DELLO STUDIO SVOLTO

Seguendo i parametri classici per questa sorta di attività accademica, nelle diverse fasi del processo di elaborazione dello studio svolto è stata fatta una ricerca applicativa e descrittiva delle soluzioni di Amministrazione elettronica esistenti o proposte in ciascuna di esse; della sua regolamentazione normativa e dell'applicazione di quest'ultima nelle sedi giudiziarie e amministrative; nonché delle diverse posizioni e linee dottrinali.

Questa analisi ci ha portato, come non poteva essere altrimenti, al suo sviluppo nell'ambito della LCSP come regola di base per la regolamentazione dell'area della contrattazione pubblica; nonché nell'ambito delle Leggi 39 e 40 del 2015, che sono state istituite, rispettivamente, come regole di base per la dimensione esterna e interna dell'Amministrazione elettronica e, in generale, per la procedura amministrativa e il regime giuridico del settore pubblico; infine, della LTBG, nella misura in cui contiene la regolamentazione della pubblicità di natura conoscitiva relativa alla contrattazione pubblica e la LRISP, nella misura in cui costituirà la base giuridica per il funzionamento dei sistemi di *big data* analizzati in questo studio.

Queste norme sono quelli che presiederanno il presente studio, dato il suo approccio eminentemente nazionale. Tuttavia, l'analisi giuridica non sarebbe completa se non si estendesse alle normative europee visto che i principali impulsi che hanno promosso un'efficace digitalizzazione delle procedure di acquisto procedono dalle istituzioni europee. Tra di esse, presentano un ruolo da protagonista la Direttiva 2014/24/UE le altre direttive di quarta generazione sugli appalti pubblici, così come la Direttiva 2019/1024/UE sul riutilizzo delle informazioni del settore pubblico e dei dati aperti.

In relazione alla normativa, sia spagnola che europea, sarà necessario che il loro studio non si limiti esclusivamente alle loro versioni in vigore, ma che si segua il percorso segnato dalle loro modifiche successive, fino ad arrivare alla soluzione attuale.

L'analisi di questi due Ordinamenti Giuridici si è visto arricchito anche di un approccio approfondito a quello italiano. La proiezione della suddetta ricerca applicata e descrittiva della normativa italiana, in particolare sul d.lgs. n. 50/2016 e della giurisprudenza per mezzo della quale è attuato, è stata molto utile. Risultato logico se riteniamo che l'Italia è uno dei primi Stati membri che ha anticipato la regolamentazione

¹²⁷GAMERO CASADO, E., «El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP», cit., p. 152.

e l'implementazione di soluzioni elettroniche per gli appalti pubblici. Inoltre, per questo motivo è diventata uno degli esempi presi in considerazione dalla Direttiva 2004/18/CE. Al di là di questo carattere pioniere in un'ottica strumentale, possiamo anche evidenziare la sua anticipazione nelle riforme organizzative che si sono dimostrate fondamentali ad oggi, come è il caso della pianificazione degli appalti pubblici¹²⁸.

Così, la direzione presa dall'Ordinamento italiano su questo tema, ha presentato le sue prime manifestazioni in un momento in cui la figura della contrattazione pubblica elettronica in Spagna sarebbe risuonata, sicuramente, come qualcosa di strano e di fantascientifico. In particolare, si può fare riferimento all'art. 3, c. 2-bis della *legge regionale lombarda n. 14/1997*, che stabiliva che nei casi in cui fosse applicabile la trattativa privata con gli operatori economici, si poteva ricorrere ai mezzi telematici¹²⁹. Successivamente, il DPR n. 101/2002 ha introdotto per la prima volta, sempre limitatamente ai contratti di fornitura e di servizi, la disciplina dei sistemi elettronici di contrattazione in risposta al mandato dell'art. 24, c. 4 della *Legge n. 340/2000* e dell'art. 58, c. 5 della *Legge n. 388/2000*. Le norme settoriali dell'ordinamento giuridico italiano derivano dalla naturale evoluzione di due antecedenti fondamentali: il riconoscimento della piena validità del documento informatico nel 1997 *ex Legge n. 59/1997* —*Legge Bassanini*— e l'esistenza di previsioni e attività di *e-procurement* da parte di alcune amministrazioni aggiudicatrici infrastatali¹³⁰. Successivamente si è verificata una vera e propria effervescenza normativa, che si è parzialmente completata, a seguito della comparsa della Direttiva 2014/24/UE, con l'adozione del D.lgs. n. 50/2016, e che ha continuato a dare luogo a successive riforme, tra cui il D.L. n. 244/2016, in vigore dal 30 dicembre 2016, il D.lgs. n. 56/2017, in vigore dal 20 maggio 2017, la Legge n. 96/2017, in vigore dal 24 giugno 2017, la Legge n. 205/2017, in vigore dal 1° gennaio 2018, e il D.L. n. 76/2020, in vigore dal 15 settembre 2020.

Di conseguenza, ci troviamo di fronte a uno stato pionieristico della regolamentazione degli appalti pubblici elettronici. Inoltre, non c'è dubbio che il suo sistema giuridico ha avuto un'influenza decisiva sulle normative europee, che sono state poi recepite in Spagna. Va aggiunto che, poiché l'Italia ha una configurazione giuridica molto simile a quella della Spagna, entrambi i paesi condivideranno problemi simili da risolvere dal punto di vista della normativa sugli appalti pubblici. Si tratta quindi di uno Stato decentrato, con una simile idiosincrasia e una struttura delle stazioni appaltanti altrettanto frammentata. Più in dettaglio, dobbiamo sottolineare che l'Italia, nel corso di tutto lo sviluppo della suddetta normativa, si è fortemente impegnata in accordi quadro in un contesto di digitalizzazione, che ci ha aiutato a rilevare le controindicazioni di questo sistema e la corrispondente necessità di circoscrizione. Allo stesso modo, ha

¹²⁸BARONE, A., «Programmazione e progettazione nel codice dei contratti pubblici», in *Federalismi.it*, vol. 1, 2018, p. 2.

¹²⁹In particolare, viene utilizzato il termine "informazioni e tecniche informatiche".

¹³⁰GATTI, M., *E-Procurement. Il D.P.R. 101/2002 e gli acquisti in rete della P.A.*, cit., p. 114.

portato avanti lo sviluppo di importanti e dirompenti iniziative, che cercano di garantire una sufficiente "qualificazione" delle stazioni appaltanti, nonché l'utilizzo di sistemi dinamici di acquisizione a livello nazionale, attraverso la realizzazione del *Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione* -MEPA-.

Infine, abbiamo fatto uno sforzo importante affinché le proposte riflesse in questo studio, frutto del legame tra la teoria proposta e l'osservazione delle dinamiche messe in gioco, non costituiscano esclusivamente un giudizio di valore o un *desideratum*, ma qualcosa la cui fattibilità possa essere dimostrata empiricamente. Di conseguenza, le iniziative emerse durante lo sviluppo hanno avuto come risultato un prodotto in fase di verifica di funzionamento riconosciuto con il secondo premio del *1° Desafío Aporta 2017*, "Il valore del dato per l'Amministrazione", organizzato dall'ente statale Red.es. Si segnava così un percorso che è stato possibile continuare e alimentare grazie alla concessione di un aiuto ai gruppi di ricerca per la commercializzazione e la valorizzazione industriale dei risultati secondo il modello *proof of concept* o verifica di funzionamento (piano d'azione 2019), assegnato dalla Fundación Séneca, Agencia por la Ciencia y la Tecnología de la Región de Murcia, con un importo di 24.500 euro¹³¹.

In questo modo, è importante sottolineare che abbiamo avuto l'opportunità di fare un'analisi empirica delle proposte avanzate in questo rapporto. In particolare, lo studio empirico svolto si concentra sul bilancio operativo delle dinamiche di e-procurement che si intende promuovere: l'utilizzo della nomenclatura CPV. Di conseguenza, entro la metà del 2021, sarà realizzato un programma con la possibilità di accesso al mercato basato sull'utilizzo di algoritmi deterministici, in cui il CPV corrispondente di ogni procedura viene assegnato in modo automatizzato e quello potenzialmente assegnato dall'amministrazione aggiudicatrice viene controllato. Questo algoritmo può essere utilizzato nella stesura di un singolo foglio o nella consultazione di massa dei fogli contenuti in una data banca dati.

Questo carattere empirico è stato tradotto anche in un'analisi dei dati sugli appalti pubblici offerti dai portali per la trasparenza in formato aperto e riutilizzabile — principalmente il portale per la trasparenza della Región de Murcia—, elaborandoli

¹³¹ Aiuto 21093/PDC/19, di cui il direttore di questa tesi di ricerca è il Ricercatore Principale. L'avviso di pubblico accesso alla concessione di tali aiuti è stato emanato dalla Orden de la Consejería de Empleo, Universidades, Empresa y Medio Ambiente por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión, en régimen de concurrencia competitiva, de las Ayudas a grupos de investigación para la comercialización y la explotación industrial de resultados bajo el modelo "Prueba de Concepto" (PdC), incluidas en el Subprograma Regional de Fortalecimiento de las Capacidades de Transferencia y Emprendimiento del Sistema Universitario y de los OPI's de la Región de Murcia (Programa Regional de Apoyo a la Transferencia y Valorización del Conocimiento y el Emprendimiento Científico) del Plan de Actuación 2019 de la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia.

L'utilizzo dei mezzi elettronici come garanzia e opportunità dell'appalto pubblico efficiente pianificato,
trasparente e integro

attraverso lo strumento *Rstudio*, la cui disponibilità e formazione al suo utilizzo è stata possibile grazie alla Scuola di Dottorato dell'Università di Murcia.

**PARTE I.- PRESENTACIÓN Y ESTRUCTURA DE LAS HERRAMIENTAS
ELECTRÓNICAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

CAPÍTULO PRIMERO.- EL PERFIL DEL CONTRATANTE EN EL CONTEXTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

I. REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS

Los medios electrónicos son definidos por la Directiva 2014/24/UE como “los equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y almacenamiento de datos que se transmiten, envían y reciben por medios alámbricos, radiofónicos, ópticos o por otros medios electromagnéticos” —art. 2.1.19—. Definición coincidente con la establecida anteriormente por la Directiva 2004/18/CE y que constituye una designación de carácter abierto, sin que la normativa europea ni nacional establezca un “catálogo enunciativo” de aquellos “cuya utilización se admite”. A este respecto, a la hora de analizar el empleo de medios electrónicos en el funcionamiento de la actividad de los órganos de contratación, es muy oportuna la distinción efectuada por BERNAL BLAY entre su vertiente instrumental, esto es, de “herramienta de apoyo” de la mencionada actividad y su vertiente decisional, es decir, cuando el instrumento tecnológico se instituye en un medio de resolución automática de la tramitación de procedimientos sobre contratación pública¹³².

En el presente capítulo se abordará el estudio de las herramientas electrónicas de apoyo con las que cuentan los entes adjudicadores, difiriendo a ulteriores capítulos el análisis de otras posibles herramientas tecnológicas de apoyo susceptibles de implementación, y las de carácter decisional existentes —como las que pueden ser empleadas en el contexto de una subasta electrónica o de un sistema dinámico de adquisición— que pueda resultar igualmente posible su implementación.

¹³² BERNAL BLAY, M. Á., «Medios electrónicos -voz-», en BERMEJO VERA, J. y BERNAL BLAY, M.Á. (coords.) *Diccionario de contratación pública*, Madrid, Iustel, 2009, p. 393.

Cuando los medios electrónicos se empleen como un instrumento al servicio de la tramitación de un procedimiento de contratación y sea necesario su empleo por parte de los operadores económicos será preciso que, en todo caso, se cumpla con el *principio general de “no discriminación por razón de la indisponibilidad de medios”*¹³³.

Este principio ha sufrido una importante reformulación respecto de su configuración en la Directiva 2004/18/CE, toda vez que la legislación actual, al amparo de las modificaciones introducidas por la Directiva 2014/24/UE, ha excluido como contenido del mismo la potestatividad del empleo del medio electrónico y la exigencia de que siempre deba existir una alternativa en papel. Consecuentemente, a día de hoy, dicho principio partirá de la posibilidad del acceso general de los operadores económicos a las TIC, suponiendo una solvencia técnica básica que permita el empleo de este tipo de herramientas.

En efecto, los artículos 22 y 23.1 de la Directiva 2014/24/UE vienen a instituir como norma general la utilización obligatoria y en ambas direcciones de las comunicaciones electrónicas, con especial énfasis en la presentación de las ofertas. El cumplimiento de este mandato del legislador europeo ha cristalizado en el art. 54 de la LCSP, si bien su regulación en detalle ha quedado establecida en sede de Disposiciones Adicionales. El mismo ha venido a establecer el reto del legislador español de coherencia su transposición con la normativa general sobre administración electrónica y la regulación de los sujetos obligados a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas.

Reto derivado de que, con carácter previo a la LCSP, la Ley 39/2015, en consonancia con la voluntad expresada en su Exposición de Motivos (consistente en que el uso de medios electrónicos no pudiera ser considerado ya como “una forma especial de gestión”, sino, por el contrario, “la actuación habitual de las Administraciones”), introdujo la preceptividad para las personas jurídicas de relacionarse electrónicamente con la Administración. Obligación posteriormente reiterada, de manera sectorial, por la LCSP y que ha recibido la plena ratificación, en cuanto a su proporcionalidad y legalidad, por el Tribunal Supremo¹³⁴. En concreto, será necesario garantizar y procurar la armonía de dicha previsión de la Directiva 2014/24/UE con el art. 14 de la Ley 39/2015.

A la vista del contenido del artículo 14.2 en sus cuatro primeros subepígrafes, quedará de manifiesto que la propia normativa general española sobre procedimiento administrativo habilitaría a la LCSP para el establecimiento de comunicaciones exclusivamente electrónicas para los operadores económicos que no sean persona física o sus representantes, así como para aquellos profesionales que deseen contratar con la

¹³³ VÁZQUEZ GARRANZO, J. Y OTROS, «La utilización de técnicas electrónicas y telemáticas por las Administraciones Públicas en materia de contratación pública: introducción histórica», cit., p. 37.

¹³⁴ STS; Sala Tercera; de lo Contencioso-administrativo, 47/2018, de 17 de enero, rec. 3155/2016. FJ 4º.

Administración para el suministro, generalmente de servicios, cuyo desempeño requiera estar inscrito en un Colegio Profesional, como sería el caso de los abogados, los arquitectos o los corredores de seguros, entre otros. En estos casos, las previsiones de la LCSP serán una trasposición sectorial de lo previamente indicado por la Ley 39/2015.

No obstante, para cubrir la totalidad de la casuística que pueden representar los operadores económicos, incluyendo, por tanto, a las personas físicas que desarrollan una actividad económica sin obligación de colegiación, sería necesario recurrir o, más bien, ampliar la previsión de carácter general y de necesaria concreción ulterior prevista en el artículo 14.3 de la Ley 39/2015. Por medio de este cauce, a nivel material, no constituiría mayor problema la inclusión de estos operadores económicos dentro del ámbito subjetivo del indicado precepto, toda vez que su participación como licitadores y, por ende, la ejecución de una actividad de dirección propia de un trabajador autónomo, permitirá determinar su inclusión dentro de aquellos “colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios”¹³⁵.

Como quiera que, desde un punto de vista de técnica legislativa, no sería adecuado confiar a esta vía el cumplimiento de la obligación establecida por la Unión Europea, ya que requeriría de la intervención reglamentaria de todas y cada una de las Administraciones competentes, a los efectos de su entero cumplimiento nacional, es por ello que se hacía precisa una regulación específica de carácter básico que permitiera establecer, *ex lege* y a nivel nacional, un incremento sectorial en materia de contratación pública, de esta obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración, de tal modo que llegue a alcanzar, sin excepción, a todos los operadores económicos. En este contexto, la DA 15^a¹³⁶, en su epígrafe segundo, ha venido a determinar que “la tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en la presente Ley conllevará la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los mismos por medios exclusivamente electrónicos”, mientras que el subsiguiente epígrafe tercero ha venido a determinar que: “la presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional”¹³⁷.

La parquedad o asertividad en estas disposiciones —similar a la que veremos en otros aspectos de la DA 15^a en el epígrafe siguiente— ha sido completada por el TACRC al

¹³⁵ Sobre esta consideración se fundamenta la Orden ESS/214/2018 de 1 de marzo (Modificación de la Orden ESS/484/2013, que regula el Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social), por la que desde el 1 de octubre de 2018 todos los autónomos han de relacionarse electrónicamente con la Tesorería General de la Seguridad Social.

¹³⁶ Su carácter básico viene expresamente indicado en el segundo párrafo de la DF 1^a.3 de la LCSP, *a sensu contrario*.

¹³⁷ En este sentido se expresa la RTARC 632/2018, de 29 de junio, rec. 516/2018 FD 11^o.

venir a determinar, expresamente, que la obligación de relacionarse electrónicamente con los entes adjudicadores alcanza también a las personas físicas. Apoyando tal conclusión, igualmente de forma expresa, en el desplazamiento de la *lex generalis* por la *lex specialis*. De esta manera, se disipa cualquier tipo de duda que pudiera existir de que lo dispuesto por la LCSP no constituye un desarrollo *stricto sensu* del art. 14.3 de la Ley 39/2015. En todo caso, la armonía que entendemos existe con el indicado precepto, podría actuar como un indicio de la constitucionalidad de la DA 15ª de la LCSP en la materia que ahora nos ocupa¹³⁸.

De este modo, las indicadas disposiciones han constituido una clara disrupción cuyo núcleo consiste en la introducción del indicado componente de preceptividad en el empleo de medios electrónicos desconocido en las previsiones de la Ley 30/1992 y de la LAECSP.

Esta mutación o evolución del principio general de “no discriminación por razón de la indisponibilidad de medios”, al contrario de lo que podría suponer en el ámbito general de relación con los ciudadanos, no viene a constituir, realmente, la generación de una “tiránica obligación”¹³⁹ insolidaria e insensible a una brecha digital todavía existente. Así, en el ámbito de la contratación pública, el administrado presenta, de manera connatural, una cualificación y solvencia técnica transversal y básica necesaria para el desarrollo de su actividad económica, fuere cual fuere, y con independencia de que el destinatario de la misma sea de naturaleza pública o privada. Por consiguiente, la cualificación mínima que garantice sus posibilidades de contacto electrónico con la Administración en todas sus dimensiones, en los términos expresados por el art. 14.3 de la Ley 39/2015, se desprende, de forma consustancial, de las condiciones subjetivas que lo hacen apto para el desarrollo del objeto a que se destine el procedimiento de compra pública.

En consecuencia, en el concreto ámbito de la contratación pública, no podemos compartir los posicionamientos que ven con buenos ojos la posibilidad de un régimen jurídico diverso para los operadores económicos de menor tamaño, tales como las microempresas. Debe tenerse en cuenta a este respecto que la utilización de las soluciones de administración electrónica requiere, fundamentalmente, un equipamiento tecnológico coincidente, en líneas generales, con el que deberá emplearse en el ejercicio de la actividad económica de cualquier sector económico de nuestra actual sociedad de la información, ya sea en su dimensión estrictamente de desarrollo *inter privados* del

¹³⁸ *Ibid.*, rec. 516/2018, FD 11º. En esta última se indica que “los licitadores que actúen como personas físicas también estarían obligados a la presentación de ofertas por medios electrónicos, pues la disposición adicional decimoquinta les obliga a ello, que está en vigor y prevalece como Ley especial sobre la Ley 39/2015, por lo que carecen de la facultad de elección que les otorga el apartado primero del artículo 14 de la Ley 39/2015”.

¹³⁹ VÁZQUEZ GARRANZO, J. Y OTROS, «La utilización de técnicas electrónicas y telemáticas por las Administraciones Públicas en materia de contratación pública: introducción histórica», cit., p. 37.

negocio o de rendición de cuentas ante la autoridad competente, relativa al cumplimiento de la legalidad y a la equidistribución de la renta y la riqueza.

Adicionalmente, debe señalarse que dichos instrumentos tecnológicos consisten, fundamentalmente, en ordenadores con conexión a Internet y en la utilización de herramientas de software de código abierto y sistemas de firma electrónica avanzada basada en certificados cualificados. A la vista de ello, cabe destacar que, según se desprende de los datos sistematizados por MEDINA ARNAIZ¹⁴⁰, la práctica totalidad de Pymes —97 %— y una gran mayoría de microempresas —80 %— disponen de ordenadores con conexión a Internet. De otra parte, como se ha tenido ocasión de señalar, al 100 % de ellas se le insta a relacionarse electrónicamente con la Administración por medios electrónicos empleando sistemas avanzados o cualificados de firma electrónica; fruto de lo cual, el 92,3 % de las Pymes y grandes empresas y un 72,1% de las microempresas lo hacen directamente, correspondiendo el resto a entes que interactúan con la Administración por medio de terceros o representantes. Por último, el 85 % de Pymes y grandes empresas, así como el 64,8 % de las microempresas, utilizan herramientas de software de código abierto, tales como navegadores, registros electrónicos o el aplicativo de java de la PCSP para la presentación electrónica de ofertas.

Datos de los que, en nuestra opinión, se desprende la evidencia de que es factible que las empresas de cualquier tamaño y, por ende, también aquellos sujetos que desempeñan una actividad por cuenta propia, accedan, también en el concreto ámbito de la contratación pública, a los medios necesarios que permitan interactuar con la Administración de manera electrónica. Así pues, no iría en menoscabo de la conclusión indicada el hecho de que solo una de cada cinco Pymes se encuentre “altamente digitalizada” en la UE, puesto que la utilización de este tipo de herramientas necesarias para el acceso a servicios públicos electrónicos en materia de contratación pública tan solo viene a requerir un nivel moderado de digitalización, no siendo impedimento para su utilización.

Sin embargo, tal posicionamiento no empece en nuestra coincidencia con aquellos puntos de vista por los que se señala que, a pesar del periodo de *vacatio legis* de la Ley 39/2015, tras el 2 de octubre de 2016, la adhesión de determinadas Administraciones a otros medios de notificación electrónica —como la DEH— en los que solo actuaban hasta entonces otras Administraciones —como la Agencia Estatal de Administración Tributaria— produjo un *gap* o sorpresa en el sector empresarial provocada por una ruptura de la inercia anterior, advertida exclusivamente en un plano formal-teórico y sin una suficiente difusión concreta y práctica. Falta de difusión, y de concienciación real del sector empresarial mediante acciones de pedagogía más llana y cercana, que abocó

¹⁴⁰ MEDINA ARNÁIZ, T., «Avanzando en la reducción de las cargas administrativas vinculadas a la selección del contratista», cit., p. 130.

a que aquella tuviera lugar por medio de la fuerza de los hechos y como efecto del rechazo automático de las notificaciones administrativas. Fenómeno que, desde la perspectiva de aquel momento inicial, solo cabe vislumbrar, desde nuestro punto de vista, como excesivamente severo y, por supuesto, indeseable.

Es más, partiendo de un enfoque práctico y/o *ius* naturalista, aun siendo conscientes de su difícil defensa *ius* positivista, entendemos que en el indicado periodo de transición, ocasionado por la evolución del principio general de “no discriminación por razón de la indisponibilidad de medios”, se provocaron situaciones ciertamente contrarias al art. 24.1 CE que, en sede judicial, con carácter general, se entendieron como falta de diligencia —no la negamos desde un punto de vista formal *ius* positivista— por parte del administrado¹⁴¹. Así las cosas, es evidente que no se establecieron los medios necesarios para la modificación de inercias inevitables derivadas del funcionamiento anterior de la Administración, tales como la exclusiva asociación de los canales de notificación electrónica con determinadas Administraciones o la confianza de la consulta de dichas notificaciones por medio de apoderados que, al limitar por cuestiones técnicas su representación respecto de la actuación de las Administraciones anteriormente notificadoras en forma electrónica y no entrar en vigor las disposiciones relativas al registro general de apoderamientos electrónicos, dejaron de manera “sobrevvenida” de ser vectores de control respecto de la totalidad de buzones electrónicos.

Así, es lo cierto que, como señala GIMENO FELIÚ¹⁴², también en el ámbito de la contratación pública se echó en falta un periodo de transición que hubiera evitado reales situaciones “injustas” o, al menos, perjudiciales para el administrado, que podrían haber sido evitadas con un mayor esfuerzo por parte de los poderes públicos.

La aplicación indicada llevada a cabo hasta 2016 afectó, aunque lo fuera con carácter transversal, a la relación con la totalidad de las Administraciones Públicas e incluso con los Tribunales de Justicia —en este caso fue felizmente corregida, en el marco de aplicación de la Lec., la *ortodoxa* (por literal) y más bien *radical* aplicación inicial, por parte del Tribunal Constitucional¹⁴³—. Ahora bien, tras la consolidación y generalización a partir de dicho momento de la necesaria relación por medios electrónicos con la Administración y dados los expuestos niveles de competencias y de disposición de medios, por parte de los operadores económicos de cualquier tamaño,

¹⁴¹ Esta afirmación ha de ser matizada en relación al ámbito de la AEAT, dada la específica disposición del art. 5 del Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre, por el que se regulan supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, habiendo sido lo deseable que las previsiones del mismo hubieran sido extendidas en relación a todas las Administraciones Públicas.

¹⁴² GIMENO FELIÚ, J. M., «Administración electrónica, transparencia y contratación pública: algunas propuestas de reforma», cit., p. 300; En igual sentido PRÉBISSY-SCHNALL, C., «La dématérialisation des marchés publics: un outil efficace de lutte contre la corruption», cit., p 208.

¹⁴³ STC, Sala Segunda, 47/2019, de 8 de abril.

resulta patente que el acceso a las soluciones de administración electrónica es completamente asequible, independientemente de que a la hora de dicho acceso se opte, dentro de las facultades de autoorganización y de determinación de la política empresarial, por la utilización de recursos propios de la organización o por recurrir a servicios de asesoramiento externo. Asequibilidad que indicamos en este punto, sin perjuicio del análisis que se efectuará en el epígrafe III del capítulo segundo sobre el posible caos del sistema que se derivaría de no conseguirse, y mantenerse, un adecuado nivel de coordinación interadministrativa o, incluso, de la generación de una mal entendida competencia o carrera tecnológica entre los poderes públicos en la que primaran elementos de carácter político sobre determinados principios, tales como el de lealtad institucional.

Es evidente que la integración de dichos medios y competencias, necesarios para la utilización de los servicios de administración electrónica, presentará un coste de oportunidad para la empresa respecto del mantenimiento de los sistemas de funcionamiento analógicos previos. A pesar de que el estudio de impacto efectuado, fundamentalmente a nivel europeo, del que deriva en gran parte la respuesta del legislador español, nos pone de manifiesto, como se ha tenido ocasión de indicar en la introducción del presente trabajo y como se ha analizado en mayor detalle en trabajos previos que exceden del objeto de este, que dichos costes de inversión para la integración de los medios existentes y accesibles en nuestro actual entorno se verán sobradamente recompensados por las ventajas del gobierno abierto o de la administración electrónica, también en sede de contratación pública, y con especial énfasis, en lo que respecta a los operadores económicos de menor tamaño¹⁴⁴.

De la mano de la obligatoriedad del uso de medios electrónicos, se ha verificado una considerable reducción de los plazos de los operadores económicos para la presentación de las ofertas. En el ámbito del TRLCSP estaban previstos con una posible duración mínima de hasta 52 días —art. 159.1 del TRLCSP— cuando el procedimiento se realizaba sin la utilización de medios electrónicos¹⁴⁵, mientras que el mayor de los plazos previstos en la LCSP para la presentación de ofertas es de 35 días —art. 156.2—. Este fenómeno constituye una consecuencia natural de la reducción de los plazos operacionales de los procedimientos de compra pública, fruto de la utilización de medios electrónicos que permiten una mayor “rapidez y eficacia”, cuando no inmediatez, en lo que a la transmisión de información entre los sujetos implicados se refiere¹⁴⁶.

¹⁴⁴ MORCILLO MORENO, J., «Brecha digital y contratación pública», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, p. 266.

¹⁴⁵ El uso de medios electrónicos permitía su reducción en 7 días.

¹⁴⁶ VÁZQUEZ GARRANZO, J. Y OTROS, «La utilización de técnicas electrónicas y telemáticas por las Administraciones Públicas en materia de contratación pública: introducción histórica», cit., p. 67.

Dada esta evolución del principio general de “no discriminación por razón de la indisponibilidad de medios”, deberá extremarse el cuidado en que se verifiquen una serie de requisitos en el uso de medios electrónicos, entre los que podemos destacar:

- La compatibilidad de los medios electrónicos requeridos por las soluciones tecnológicas, y/o programas de presencia común y general en el mercado, con todos y cada uno de los extremos de la operativa que englobe la participación en un procedimiento de compra pública. Esto es, desde el acceso a los documentos electrónicos puestos a disposición por el ente adjudicador hasta la última de las actuaciones para el envío de la oferta correspondiente y ulterior seguimiento de la selección y adjudicación del contrato. Al mismo tiempo, este requisito exige que la obligación de relación electrónica de la Administración no sea un factor que predetermine o influya dentro del correspondiente mercado de las soluciones tecnológicas necesarias, de manera que no influya en la libertad de los consumidores dentro del mismo¹⁴⁷. Esta disponibilidad general de los instrumentos tecnológicos requeridos por la Administración viene a constituir un concepto indeterminado carente de concreción u orientación legal alguna, que conduce a la necesidad de que exista un hecho notorio o evidente, socialmente extendido, que ponga de manifiesto su extensión generalizada del uso o accesibilidad a tal uso¹⁴⁸.

- La neutralidad tecnológica del medio escogido—DA 16^a.1.a) a c) TRLCSP—, en función de la cual deberá quedar garantizada la independencia en la elección de las alternativas tecnológicas existentes en el mercado, tanto por parte de los operadores económicos como por parte de las Administraciones Públicas¹⁴⁹. De esta manera, será necesario que las herramientas tecnológicas, cuyo uso sea necesario para operar en un procedimiento de contratación pública, “sean compatibles con los productos informáticos de uso general” —DA 16^a.1.a)—. Con tal previsión lo que se pretende no es ya la posibilidad de acceder o adquirir las herramientas necesarias para la utilización de servicios electrónicos, sino posibilitar la reutilización de estas con independencia de los fines originales con que dichos medios fueron adquiridos. Hecho este que, de conseguirse, sin lugar a dudas, potenciará la eliminación de obstáculos que puedan dificultar el intercambio electrónico entre operador económico y ente adjudicador.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 42.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 50.

¹⁴⁹ Señala PALOMAR OLMEDA, A., «Marco general de la utilización de medios tecnológicos en la contratación administrativa», en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.) *Contratación Administrativa Electrónica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 164, una fuerte interrelación entre este requisito y el anteriormente detallado al considerar que no podrán ser considerados como instrumentos tecnológicos que cumplan con el criterio de neutralidad tecnológica “aquellos que son utilizados por un número de usuarios suficiente para ser considerada una minoría”. Tratándose en todo caso de un concepto cuya indeterminación debe conducirnos a recurrir a los usos y prácticas profesionales existentes en cada momento. Si concluimos, pues, que la interpretación del concepto jurídico indeterminado previsto por la LCSP requiere acudir a un elemento consuetudinario, el mismo, tal y como establece el art. 1.3 del C.c. deberá ser probado, debiendo plantearnos en este punto sobre quién recaerá la carga de la prueba.

Además de la necesidad de la utilización de formatos abiertos y neutralmente tecnológicos por parte de los órganos de contratación, la DA 16ª.1.j) de la LCSP, al referirse a la totalidad de los documentos electrónicos que integran los expedientes de contratación, permitirá que se exija a los licitadores el cumplimiento de dichos requisitos.

- Alternativa provisión de los medios necesarios por parte del poder público. Este requisito se contempla como elemento complementario o alternativo en relación con los casos en los que sea difícil el cumplimiento de los dos anteriormente expuestos. Su previsión se recoge en el epígrafe 7 de la DA 15ª de la LCSP, en virtud del cual se establece que, para el caso de que el ente adjudicador desee que los operadores económicos empleen en la tramitación del procedimiento sistemas o programas que no cuenten con los requisitos de difusión y neutralidad antes mencionados, este lo podrá hacer, siempre y cuando ofrezca, de manera gratuita, el acceso completo y directo por medios electrónicos a dichas herramientas y/o dispositivos. El acceso en las condiciones indicadas deberá facilitarse desde la fecha de publicación del anuncio de licitación o desde el envío de la invitación para licitar. Por su parte, la forma de acceso deberá especificarse en el correspondiente anuncio o invitación.

Subsidiariamente a dicho acceso completo, el ente adjudicador podrá garantizar a los operadores económicos, que así lo requieran, el uso de mecanismos provisionales que se hallen disponibles gratuitamente en línea. Esta segunda posibilidad viene acompañada en la DA por una coetilla adicional, la cual podría generar cierta duda sobre el alcance de esta obligación excepcional impuesta por la Administración. El referido inciso delimita, efectivamente, la garantía a que nos referimos al limitar la obligación del órgano de contratación respecto de “los licitadores que no tienen acceso a las herramientas y dispositivos que se trate o que no tienen la posibilidad de obtenerlos en el plazo fijado, siempre que la falta de acceso no pueda atribuirse al licitador en cuestión”. Entendemos que esta excepción, en consonancia con la finalidad y línea marcada por las disposiciones generales previas, no sugiere que se pueda conceder un plazo de tiempo a los operadores económicos para que adquieran en el mercado soluciones tecnológicas determinadas que no se encuentren disponibles, y/o que no sean compatibles, con carácter general, con el resto de herramientas, sino que se vendría a establecer la posibilidad de que el operador económico conceda un plazo, bien a través del propio anuncio de licitación, bien mediante el empleo de un anuncio de información previa, para que sea posible acceder y/o realizar la instalación del programa de manera gratuita y en línea.

Por último, en estos casos, el órgano de contratación deberá admitir un canal alternativo para la presentación de las ofertas.

Una especificación, que no una excepción, sobre esta regla general la podemos encontrar en relación a los contratos públicos de obras, de concesión de obras, de servicios, en concursos de proyectos y en contratos mixtos en los que los anteriores se

encuentren presentes. En estos casos, la DA 15ª epígrafe 6 de la LCSP permite expresamente que el ente adjudicador pueda solicitar el empleo de “herramientas tecnológicas específicas, tales como herramientas de modelado digital de la información de la construcción (BIM), debiendo ofrecer sistemas de acceso alternativos en el caso de que dichas herramientas no se hallen “generalmente disponibles para los operadores económicos”. Así, lo que se viene a establecer es la posibilidad de emplear herramientas electrónicas especializadas propias de determinados sectores de actividad profesional, asumiéndose que su empleo mantiene una fuerte vinculación con la solvencia técnica y la capacidad de obrar que deberán presentar los operadores económicos para poder concurrir a dichas licitaciones. De hecho, tales instrumentos se orientan a la digitalización de maquetas o planos de determinadas obras o servicios mediante concretos formatos de documento electrónico. No obstante, solo se podrá requerir su empleo sin posibilidad de otra alternativa (como los medios físicos), cuando el formato de documento electrónico solicitado se pueda obtener a través de herramientas de amplia difusión que no aboquen a los profesionales a optar por una determinada solución o programa informático.

- Posible garantía de la integridad, trazabilidad, fecha, envío, recepción y autoría de los datos. Con tales requisitos se trata de garantizar que toda modificación ulterior o alteración de la documentación presentada pueda ser comprobada y, en su caso, puesta de manifiesto. Al mismo tiempo se trata de asegurar la existencia de constancia sobre la fecha y hora de envío, puesta a disposición de la recepción, acceso por el interesado, integridad del contenido e identidad del remitente —DA 16ª.1.e) de la LCSP—. Estos requisitos podrían encontrar dificultades en el aseguramiento de su cumplimiento cuando el medio de intercambio de comunicaciones sea distinto a la DEH o a un portal *web* que reúna las condiciones técnicas de una sede electrónica, cuestión que será tratada en el epígrafe III del capítulo cuarto. En todo caso, no resulta ocioso indicar que al establecer la DA 16ª de la LCSP la obligación de acreditar los referidos extremos a cargo de las “aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones y notificaciones”, en cierto modo, viene a reproducir las garantías generales de la administración electrónica establecidas en el articulado de la Ley 39/2015.

- La confidencialidad de las ofertas presentadas por los operadores económicos —DA 17ª.b) de la LCSP—, de manera que la trazabilidad antes referida se extienda, en el caso de las ofertas, a la factible comprobación de todos y cada uno de los accesos que se hayan podido producir al contenido de las comunicaciones. Aspecto especialmente importante en aras a garantizar que los operadores económicos no puedan presentar ofertas económicas en situación de ventaja o privilegio al conocer el contenido de aquellas otras ya presentadas por la competencia, lo que, evidentemente, vulneraría de forma manifiesta los principios de igualdad de trato, no discriminación y libre competencia —DDAA 15ª.5 y 16ª.1.d) a f) de la LCSP—. Al menos, deberá garantizarse razonablemente que, de acaecer dicho riesgo, existan sistemas de alerta que dejen constancia, registro y trazabilidad de actuaciones desviadas en este sentido.

- Aunque no se refiera de forma expresa, de la DA 16^a.1.h) de la LCSP se infiere la vocación de disponibilidad de estos medios electrónicos. Así, la indicada disposición contempla la posibilidad de emplear la huella digital o *hash*¹⁵⁰ en lugar del documento electrónico completo al que aquella pertenece para la presentación de ofertas, siempre y cuando se presente el documento correspondiente en un plazo máximo de 24 horas, so pena de que, en caso contrario, se tenga al licitador como desistido de su oferta. Esta garantía específica del ámbito de la contratación trata de solventar aquellas situaciones de horas punta en la utilización de los medios electrónicos para la presentación de las ofertas, cercanas a la preclusión de los plazos correspondientes, en las que se pueda producir la ralentización de los servicios. En tales casos, el manejo de huellas digitales permitirá una actuación electrónica más ágil que aquella otra a la que daría lugar la presentación de documentos con un elevado, muchas veces excesivo, volumen (megabytes) de información.

Esta implementación de medios electrónicos, potenciada de manera muy significativa con la evolución del principio de “no discriminación por razón de la indisponibilidad de medios”, responde, como se indicaba de manera expresa en el art. 3 de la LAECSP, a la percepción de estos medios como instrumentos que permiten la mejora de la eficiencia relativa a la organización, gestión y actividad interna de las Administraciones Públicas¹⁵¹. En efecto, la implementación de estos sistemas electrónicos puede disminuir significativamente el tiempo de intercambio de información, de extracción de la misma de los registros y expedientes electrónicos e, incluso de reasignación o modificación de determinadas tareas propias de sus recursos humanos, como resultaría de la automatización de determinadas actividades mediante el empleo de medios electrónicos, ya sea con carácter de herramienta auxiliar o bien como motor decisorial de determinados actos administrativos. En concreto, la Comisión Europea ha venido a establecer como ventajas de la contratación en la que se empleen estos medios, frente a los procedimientos de licitación en papel, las siguientes¹⁵²:

- Mayor capacidad de concurrencia de los operadores económicos, derivada de la automatización y centralización de los sistemas de información o

¹⁵⁰ En palabras del indicado precepto, “se entiende por huella electrónica de la oferta el conjunto de datos cuyo proceso de generación garantiza que se relacionan de manera inequívoca con el contenido de la oferta propiamente dicha, y que permiten detectar posibles alteraciones del contenido de esta garantizando su integridad”.

¹⁵¹ VÁZQUEZ GARRANZO, J. Y OTROS, «La utilización de técnicas electrónicas y telemáticas por las Administraciones Públicas en materia de contratación pública: introducción histórica», cit., p. 32

¹⁵² Comisión Europea, COM(2010) 571 final de 18 de octubre: Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE, cit.; Comisión Europea, COM(2011) 15 final, de 27 de enero: Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente, cit.; Comisión Europea, COM(2012) 179 de 20 de abril: Estrategia en pos de la contratación pública electrónica, cit.; IESE BUSINESS SCHOOL, *La licitación electrónica en el sector público español. Presente y futuro*, 2011; JIMÉNEZ, J. M., «El nuevo escenario de la contratación pública electrónica», *Libro Blanco. Licitación Pública Electrónica. Federación de Municipios de Madrid*, 2014.

de publicación de anuncios. Fruto de ello es esperable una reducción de los costes y un incremento de la rapidez en la búsqueda de información mediante la implementación de sistemas de alerta, así como que se permita el acceso inmediato, desmaterializado y desterritorializado a los pliegos que han de estar presentes siempre en una licitación.

- Una mayor transparencia en el modo de licitación de su ulterior ejecución y de los resultados de los procedimientos de compra pública efectuados.

- Reducción de los costes organizacionales tanto de Administraciones Públicas como de operadores económicos.

- Posibilidad de acceso a sistemas de incremento de la eficiencia de la actividad de compra de los entes adjudicadores. Entre estos sistemas destaca, entre otros, la centralización tanto de la actividad administrativa, llamada a dar soporte a los procedimientos de compra, como de la de los propios procedimientos de compra de varios entes, con la consiguiente generación de economías de escala. Se prevé que dicha centralización se efectúe sobre la base de organismos especializados, tales como las centrales de compra, los cuales, a su vez, podrán actuar como asesores y/o revisores expertos de la actividad de aquellos.

- Y la contribución a una desterritorialización del procedimiento que favorezca las contrataciones internacionales o entre regiones.

Como contrapartida a estas ventajas derivadas del uso de medios electrónicos su implementación requerirá de una importante inversión inicial. La Comisión Europea ha estimado que “el logro de la competencia requerida para llevar a cabo la contratación por medios electrónicos exige inversiones a lo largo de toda la cadena de contratación a fin de desarrollar la capacidad necesaria y gestionar el paso de un sistema a otro”. De otra parte, “el coste de la inversión en estructuras de contratación electrónica a escala nacional y regional— desde los portales electrónicos a soluciones más completas— se sitúa entre el medio millón y los cinco millones de euros”¹⁵³. Por último, indica que los costes de mantenimiento “varían entre varios miles y varios millones de euros, en función, lógicamente, del tamaño y la sofisticación del sistema”¹⁵⁴. Es lo cierto que determinados puntos de vista, dentro de la doctrina, indican que tales costes de inversión podrían reducirse inicialmente mediante la implantación de sistemas de pago por uso¹⁵⁵.

Como destacan las propias fuentes de la Comisión Europea citadas, las inversiones materiales en el *hardware* y *software* necesario deben ser acompañadas de otras, destinadas a la adaptación del capital humano a esta nueva realidad, a fin de vencer la

¹⁵³ Información obtenida por la Comisión Europea del portal <https://joinup.ec.europa.eu/collection/egovernment/studies>. Fecha de consulta, 24/11/2020.

¹⁵⁴ Comisión Europea, COM(2010) 571 final de 18 de octubre: Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE, cit., p. 6.

¹⁵⁵ PIN ARBOLEDAS, J. R., «La gestión del cambio. Aspecto crucial que determina el éxito», *Libro Blanco. Licitación Pública Electrónica. Federación de Municipios de Madrid*, 2014, p. 29.

resistencia inicial que puedan presentar los operadores económicos y los propios integrantes de los entes adjudicadores para el empleo de los medios electrónicos. Resistencia que vendrá determinada, a menudo, por la existencia de la inercia a mantener los estándares de trabajo anteriores y propios del funcionamiento en papel, los costes de reorganización interna y el desconocimiento real de las ventajas aportadas por los nuevos sistemas de funcionamiento. Igualmente, la falta de interoperabilidad puede conducir a sistemas de funcionamiento de las distintas plataformas y procedimientos electrónicos de compra que varíen entre sí, generando cada uno de ellos unos costes de aprendizaje y de equipamiento tecnológico que desincentive la participación de determinados operadores económicos; o estableciendo directamente la imposibilidad de emplear medios esenciales o básicos, utilizados en la relación con otros organismos, tales como el certificado digital¹⁵⁶.

Inversión relativa al capital humano de los entes adjudicadores y operadores económicos, dirigida a vencer la resistencia al cambio, que, para su efectividad, como indica VÁZQUEZ GARRANZO, será imprescindible que se acompañe con medidas normativas por la que se determine la preceptividad del uso de los nuevos medios en sustitución de las “prácticas conocidas y habituales”¹⁵⁷.

II. INTEGRACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA. HERRAMIENTAS COMUNES

En el contexto expuesto de avance decidido de la administración electrónica, consolidado definitivamente con la entrada en vigor de las Leyes 39 y 40 de 2015, la LCSP ha optado por establecer “un régimen propio y específico” para la implementación de medios electrónicos dentro de la dinámica de la contratación pública. De esta manera, se ha dado lugar a un marco normativo sectorial que llega a desgajarse claramente de la regulación de las Leyes 39 y 40 de 2015¹⁵⁸, llegando a señalar la doctrina, con carácter extendido, que la tramitación de la LCSP 2007 respecto de la LAECSP y de la Ley 39/2015, con relación a la LCSP se efectuó, en ambos casos, con “recíproca indiferencia”¹⁵⁹. No obstante, dicha especialidad solo tiene un alcance parcial.

¹⁵⁶ Comisión Europea, COM(2010) 571 final de 18 de octubre: Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE, cit., pp. 12 y 13.

¹⁵⁷ VÁZQUEZ GARRANZO, J. Y OTROS, «La utilización de técnicas electrónicas y telemáticas por las Administraciones Públicas en materia de contratación pública: introducción histórica», cit., p. 88.

¹⁵⁸ PALOMAR OLMEDA, A., «Marco general de la utilización de medios tecnológicos en la contratación administrativa», cit., p. 137.

¹⁵⁹ VÁZQUEZ GARRANZO, J. Y OTROS, «La utilización de técnicas electrónicas y telemáticas por las Administraciones Públicas en materia de contratación pública: introducción histórica», cit., p. 26.

Efectivamente, la LCSP, en su regulación del fenómeno de la contratación pública electrónica, se fundamenta en instituciones básicas de la administración electrónica establecidas por la normativa general. Así, puede observarse, por ejemplo, cómo la DA 15ª de la LCSP se remite en este punto al art. 43.1 de la Ley 39/2015 y mantiene, en términos generales y aun con posibles dinámicas distintas, los sistemas de notificación de la normativa general.

En concreto, se prevé expresamente por la LCSP la utilización de la Dirección Electrónica Habilitada y la sede electrónica en relación a un determinado acto que se deba de poner en conocimiento de un operador económico de manera individualizada, adicionalmente o como elemento sustitutivo de su publicación con carácter general. La concreción del uso de uno u otro sistema dependerá de la decisión del poder adjudicador, generalmente plasmada en los pliegos aplicables a cada procedimiento de contratación. Si bien, junto a estos medios electrónicos de notificación, podrán establecerse otros adicionales, tales como el correo electrónico o la PCSP.

Sin perjuicio del análisis *in extenso* de la figura de la notificación que se efectúa en el epígrafe III del capítulo cuarto, baste ahora con limitarnos al análisis de estos instrumentos concretamente aludidos por la DA 15ª de la LCSP.

De este modo, nos referimos al concepto de sede electrónica toda vez que es este el ámbito idóneo para la realización de la comparecencia electrónica del administrado. Una comparecencia electrónica, en sentido estricto, deberá verificarse en un sitio electrónico que reúna los requisitos técnicos de la sede. En efecto, por aplicación de las propias DDAA 15ª, 16ª y 17ª de la LCSP, debe entenderse, a pesar de la referida omisión, que la comparecencia electrónica deberá verificarse en portal electrónico que cumpla con los requisitos de una sede electrónica. En este sentido, no es preciso que se trate de lo que podríamos denominar como la sede electrónica institucional u ordinaria del poder adjudicador, sino que puede ser cualquier portal electrónico con las características técnicas y subsiguiente funcionalidad que sea referido en los pliegos. No obstante, en ausencia de indicación alguna en los pliegos, por aplicación de la normativa general, la comparecencia electrónica habrá de efectuarse en la propia sede electrónica institucional del poder adjudicador¹⁶⁰.

Por su parte, en cuanto a la ausencia del adjetivo “única” en la DA 15ª.1 de la LCSP a la hora de ser referida la DEH, debe entenderse, desde nuestro punto de vista, como una remisión a este instrumento regulado por la normativa administrativa general, empleando la terminología presente en la normativa de desarrollo de las Leyes 39 y 40/2015 a nivel estatal, como son el art. 38 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos; y la Orden PRE/878/2010,

¹⁶⁰ MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», cit., p. 1948.

de 5 de abril, por la que se establece el régimen del sistema de dirección electrónica habilitada previsto en el artículo 38.2 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre.

En relación a los mencionados dos instrumentos de notificación, ha de denotarse que la administración electrónica ha supuesto un cambio de paradigma, en la práctica, de la notificación, toda vez que la transición desde el envío postal a la comparecencia electrónica ha modificado, en última instancia, la lógica que residía tras la forma de contacto de la Administración con los administrados.

De la estructura de funcionamiento de estas herramientas se desprende cómo la pauta “envío por parte de la Administración y recepción por parte del administrado”, propia de la administración en papel, se traslada a una dimensión donde la “recepción” del administrado pasa a concebirse, en todo caso, como una “comparecencia”. Cambio terminológico que no es baladí y que reside en el hecho de que en el nuevo contexto de administración electrónica la verificación de la notificación implicará un cambio actitudinal relevante por parte del destinatario de la notificación, al cual dejará de requerírsele un comportamiento pasivo: no entorpecer la recepción en el domicilio correspondiente de la notificación, para solicitarle un comportamiento activo: la personación en un determinado sitio web.

Es lo cierto que, una vez superada la barrera inicial de equipamiento y de conocimientos tecnológicos necesarios, la carga de la comparecencia se verá fuertemente disminuida en virtud de los efectos de desterritorialización y desmaterialización derivados de medios electrónicos. No obstante, dicha simplificación de la “carga” o acción de comparecer podrá verse exponencialmente reducida en el caso de que los lugares electrónicos, o “no lugares”, en los que ha de realizarse la comparecencia presenten una marcada pluralidad, fragmentación y descoordinación tecnológica.

Hay que tener en cuenta que la regulación de las notificaciones y comunicaciones electrónicas por parte de la DA 15ª no es exhaustiva, dejando patentes lagunas como el rechazo de la notificación y los requisitos de la comparecencia electrónica, los cuales deberán ser suplidos por la normativa general, esto es, por la Ley 39/2015¹⁶¹.

1. LA SEDE ELECTRÓNICA

Hemos de partir, en este punto, del art. 38 de la Ley 40/2015, así como de la previa y vigente definición de VALERO TORRIJOS¹⁶², por la que se indica que la sede electrónica

¹⁶¹ MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», cit., p. 32.

¹⁶² VALERO TORRIJOS, J., «Acceso a los servicios y a la información por medios electrónicos», en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.) *La Ley de Administración Electrónica*.

constituye “una serie de páginas web alojadas en un servidor, al que se puede acceder desde equipos remotos, mediante la conexión a una dirección que viene representada por una URL”, a las cuales pueden dirigirse los ciudadanos “para obtener información o realizar actuaciones administrativas”. De modo que aquella constituirá “una prolongación virtual de las oficinas administrativas tradicionales”. Bases sobre las que MARTÍN DELGADO¹⁶³ insiste en la distinción entre el concepto de “dirección electrónica”, referido en la definición de sede electrónica que contiene el mencionado precepto de la Ley 40/2015, y el concepto propiamente dicho de sede electrónica. A los cuales se uniría, adicionalmente, el de “punto de acceso”.

El primero —dirección electrónica— vendría a referir, exclusivamente, la puerta de acceso a un determinado portal electrónico o portal de Internet, concepto este último que, a su vez, es definido por el art. 39 de la Ley 40/2015 como “el punto de acceso electrónico cuya titularidad corresponda a una Administración Pública, organismo público o entidad de Derecho Público que permite el acceso a través de Internet a la información publicada y, en su caso, a la sede electrónica correspondiente”.

Mientras que el concepto global de sede electrónica vendría a referirse a una “oficina electrónica”, accesible mediante su correspondiente dirección electrónica, en la que se desarrollan una serie de actuaciones, procedimientos y servicios propios de la actividad de la Administración titular de la misma “que requieran la autenticación de la Administración Pública o de los ciudadanos por medios electrónicos” —Vid. art. 4.1 de el RD 1671/2009. Es decir, como señala MARTÍNEZ GUTIÉRREZ¹⁶⁴, la sede electrónica constituirá un subtipo o especie determinada del concepto más amplio de portal de Internet.

A ambos conceptos se uniría, finalmente, el de “punto de acceso”, que vendría a constituir un portal de Internet, accesible mediante su correspondiente dirección electrónica, hipervinculado a otros portales o a secciones de la sede electrónica de una determinada Administración. Esto es, un portal de Internet en el que constarán las direcciones electrónicas de terceros portales o de una sede electrónica. A nivel estatal, el art. 9 del RD 1671/2009 prevé el Punto de Acceso General de la Administración General del Estado¹⁶⁵. A pesar de su denominación, este portal reúne la doble condición de sede electrónica a través de la cual se podrán realizar trámites relativos a

Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2010, p. 237.

¹⁶³ MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», cit., pp. 1930 a 1932.

¹⁶⁴ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El régimen jurídico de la Administración digital: aspectos procedimentales», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Madrid, Iustel, 2020, p. 172.

¹⁶⁵ https://sede.administracion.gob.es/PAG_Sede/LaSedePAG.html?hc=&tam=. Fecha de consulta 14/11/2020.

procedimientos y servicios públicos de la AGE e, incluso, de otras Administraciones mediante la celebración al efecto del correspondiente convenio. Su titularidad corresponde a la Secretaría de Estado de Política Territorial y Función Pública del Ministerio de Política Territorial y Función Pública y su regulación consta, fundamentalmente, en la Orden HAP/1949/2014. Entre los servicios propios del Punto de Acceso General como sede electrónica encontramos: la Dirección Electrónica Habilitada —portal 060—¹⁶⁶ el Registro Electrónico, la Inscripción en pruebas selectivas, Cambio de domicilio, Notificaciones electrónicas, Registro Electrónico de Apoderamientos, Registro de Funcionarios Habilitados, Cotejo de documentos por CSV y Validación de documentos y expedientes ENI. En su condición de punto de acceso en sentido estricto, el Punto de Acceso General incluye el directorio de sedes electrónicas previsto en el art. 8 del RD 1671/2009, donde figura la dirección electrónica de todas las sedes electrónicas de la AGE, junto con la indicación de sus respectivos titulares, denominación y ámbito de aplicación. Función de punto de acceso que también se prestará respecto de la Dirección Electrónica Habilitada Única.

A los efectos de que un portal de Internet corriente obtenga los cimientos que permitan el establecimiento de una “oficina o sede electrónica”, se deberán de cumplir una serie de requisitos, recogidos en el art. 38 de la Ley 40/2015, y que son:

- Oficialidad de todo lo publicado en ellas.
- Garantía de la identificación de su titular y del establecimiento de comunicaciones seguras mediante certificados reconocidos o cualificados de autenticación de sitio web o medio equivalente.
- Garantía del principio de acceso y de no discriminación¹⁶⁷.
- Capacidad de activación de la responsabilidad de la Administración, o poder adjudicador correspondiente, por perjuicios ilegítimos que pueda provocar la información publicada o los servicios públicos ofrecidos¹⁶⁸.
- Integridad, veracidad y actualización permanente de lo publicado en ella.
- Contar con los medios necesarios para la formulación de sugerencias y quejas por parte de los usuarios.
- Cumplimiento del principio de neutralidad tecnológica y empleo de estándares abiertos, de modo que se permita su acceso desde el mayor número de plataformas posibles.

¹⁶⁶ https://notificaciones.060.es/PC_init.action. Fecha de consulta 14/11/2020.

¹⁶⁷ PUNZÓN MORALEDA, J. Y OTROS, *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público*, cit., pp. 194 a 196.

¹⁶⁸ Para mayor detalle sobre este punto, véase, VALERO TORRIJOS, J., «Responsabilidad de la Administración Pública por información publicada en Internet (Comentario a la STSJ de Canarias de 25 de enero de 2007)», *Aranzadi social*, vol. 17, 2008.

- Ser interoperables
- Garantía de una correcta disponibilidad del servicio.

Los anteriores requisitos son similares a los contenidos en la DA Decimosexta de la LCSP.

Las condiciones e instrumentos de creación de las sedes electrónicas serán concretados por cada Administración pública siempre y cuando se respeten los requisitos mínimos indicados y con sujeción a los principios de transparencia, publicidad, calidad, y accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad ¹⁶⁹. En el caso de la AGE, dicho procedimiento de creación se halla regulado en el art. 3 del RD 1671/2009.

De manera adicional, a nivel de la AGE, será posible la creación de una o varias sedes electrónicas derivadas de otra sede electrónica. Estas sedes electrónicas derivadas, o subsedes, deberán tener una dirección electrónica accesible desde la sede principal, sin perjuicio de que sea posible el acceso electrónico directo. Tales subsedes deberán cumplir los mismos requisitos que las sedes electrónicas principales, salvo en lo relativo a la publicación de la orden o resolución por la que se cree, la cual podrá tener lugar, exclusivamente, a través de la sede de la que dependan. Además, a los efectos de tener en cuenta el contenido mínimo de estas subsedes, se tendrá en cuenta también el de la sede principal.

Por su parte, el art. 6 del RD 1671/2009 establece como contenido mínimo de las sedes electrónicas de Administraciones estatales el siguiente:

- Identificación de la sede, así como del órgano u órganos titulares y de los responsables de la gestión y de los servicios puestos a disposición en la misma y, en su caso, de las subsedes de ella derivadas.
- Información necesaria para la correcta utilización de la sede, incluyendo el mapa de la sede electrónica o información equivalente, con especificación de la estructura de navegación y las distintas secciones disponibles, así como la relacionada con la propiedad intelectual.
- Servicios de asesoramiento electrónico al usuario para la correcta utilización de la sede.
- Sistema de verificación de los certificados de la sede, que debe ser accesible de forma directa y gratuita.

¹⁶⁹ En cuanto a la transparencia como principio jurídico véase VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del «big data»», en GIMENO FELIÚ, J.M. y DE GUERRERO MANSO, C. (coords.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2018*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, p. 94, donde se establece que “la transparencia ha avanzado hasta convertirse en un parámetro axiomático incuestionable de lo que debe ser la actuación general del sector público que ya nadie discute”. En igual sentido véase CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, cit., p. 152.

- Relación de sistemas de firma electrónica que, conforme a lo previsto en este Real Decreto, sean admitidos o utilizados en la sede.
- Información relacionada con la protección de datos de carácter personal, incluyendo un enlace con la sede electrónica de la Agencia Española de Protección de Datos.
- Relación de los servicios disponibles en la sede electrónica.
- Carta de servicios y carta de servicios electrónicos.
- Relación de los medios electrónicos que los ciudadanos pueden emplear para comunicarse con la Administración titular.
- En su caso, acceso al estado de tramitación del expediente, publicación de los diarios o boletines y publicación electrónica de actos y comunicaciones que deban publicarse en tablón de anuncios o edictos, indicando el carácter sustitutivo o complementario de la publicación electrónica.
- Verificación de los sellos electrónicos de los órganos u organismos públicos que abarque la sede.
- Comprobación de la autenticidad e integridad de los documentos emitidos por los órganos u organismos públicos, comprobación que abarca tanto la sede como que hayan sido autenticados mediante código seguro de verificación.
- Indicación de la fecha y hora oficial.
- En aquellos casos en los que el titular ostente competencia sobre territorios con régimen de cooficialidad lingüística, se posibilitará el acceso a sus contenidos y servicios en las lenguas correspondientes.
- Con dicho contenido se trata de cumplir con los principios y requisitos antes expuestos y que deben verificarse en toda sede electrónica nacional.

2. LA DIRECCIÓN ELECTRÓNICA HABILITADA ÚNICA Y EL SERVICIO DE NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS

La Dirección Electrónica Habilitada es un servicio electrónico gratuito, disponible por lo general en nuestro país de manera permanente, que tiene como objeto recibir de manera unificada las notificaciones administrativas de todos los organismos de una Administración Pública o de una pluralidad de estas. Dicho servicio se materializa mediante un portal *web*, con su correspondiente dirección electrónica, que reúne las principales características técnicas de una sede electrónica, donde se aloja un buzón electrónico. En efecto, la práctica nos muestra que este tipo de servicios, aun hipervinculados con sedes electrónicas, se sitúan fuera de las mismas. Ahora bien, la propia naturaleza del servicio, en cumplimiento de los requisitos de notificación establecidos en la Ley 39/2015, no los de la LCSP, reunirá las condiciones de seguridad y las tecnologías de trazabilidad e identificación propias de una sede electrónica.

A través de la dirección habilitada, de manera trazable, se enviará al sistema la notificación por parte de la Administración u organismo correspondiente, se pondrá a disposición del interesado y se permitirá a este acceder mediante los sistemas de firma electrónica habilitados al efecto, cual es el uso de certificados cualificados o DNIE.

En el caso de los administrados que no estén obligados a relacionarse con la Administración de manera electrónica, su creación se hará a solicitud del interesado respecto de los trámites y/u organismos seleccionados. Por su parte, en relación a los administrados obligados a relacionarse de manera electrónica con la Administración, su generación y puesta a disposición se hará de oficio, formando parte de la responsabilidad y diligencia del administrado procurar el debido acceso a la misma a los efectos de que no se produzcan puestas a disposición de notificaciones que por el transcurso de diez días naturales se presuman rechazadas.

La regulación de este servicio se encuentra en el art. 38.2 del RD 1671/2009, en el RD 1363/2010 y en la Orden PRE/878/2010. Es de destacar el art. 5.1 del RD 1363/2010, en el que respecto de la Agencia Tributaria Estatal se prevé que, si se lleva a cabo la generación de oficio de una dirección electrónica habilitada, ello se comunicará por medios no electrónicos al interesado sin perjuicio de que se entienda realizado en el momento en el que se acceda con éxito a la primera notificación electrónica. Previsión de la que se carece en el resto de ámbitos.

En el campo de la Administración estatal el principal sistema empleado hasta la fecha como Dirección Electrónica Habilitada es el Servicio de Notificaciones Electrónicas o notificaciones060¹⁷⁰. Este servicio se halla alojado en el dominio notificaciones.060.es, titularidad de la Secretaría de Estado de Función Pública. Su gestión ha sido encargada a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y tiene como objeto permitir el acceso al ciudadano a su Dirección Electrónica Habilitada. Dicho acceso, al igual que en el caso de las sedes electrónicas, no podrá realizarse mediante programa instalado en local, sino que deberá efectuarse por medio de un navegador que conduzca a la indicada y correspondiente dirección electrónica¹⁷¹.

Las Administraciones de ámbito territorial subestatal y sus correspondientes organismos vinculados podrán adherirse a este servicio estatal, de manera que sus notificaciones electrónicas se efectuarán por medio de la Dirección Electrónica Habilitada generada y accesible en relación al mismo. En la actualidad, se encuentran adheridas la Comunidad Autónoma de Navarra, Canarias, Murcia y algún organismo de otras Comunidades Autónomas. También figuran adheridas 7 Diputaciones Provinciales y 48

¹⁷⁰ https://notificaciones.060.es/PC_init.action. Fecha de consulta 14/11/2020.

¹⁷¹ GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 14ª, Madrid, Tecnos, 2018, p. 402.

Ayuntamientos¹⁷². Un alcance, más allá de la AGE, notablemente modesto, siendo oportuno resaltar la ausencia de la Dirección General de Tráfico dentro del ámbito de la propia AGE.

No obstante, está previsto que este sistema de Dirección Electrónica Habilitada sea sustituido, a corto plazo, por la Dirección Electrónica Habilitada Única¹⁷³. Su ubicación se encuentra actualmente en el dominio dehu.redsara.es, titularidad del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

Este sistema presenta un sistema de funcionamiento distinto del de la DEH, en tanto en cuanto no representa un servicio de funcionamiento exclusivo dentro de un solo proveedor del servicio, sino que su funcionamiento se basa en el establecimiento, en cada Administración u organismo que desee o deba adherirse, de un punto único de notificaciones —PUC—. Dicho punto se facilitará, además, a las entidades interesadas por medio del Servicio Compartido de Gestión de Notificaciones —también denominado, Notifica—¹⁷⁴. A pesar de ello, es posible la utilización de sistemas propios que sean interoperables con la DEHú.

A través de los indicados puntos únicos de notificaciones, en los que se concentrarán y gestionarán de manera automatizada todas las notificaciones o comunicaciones emitidas por los organismos emisores, se efectuará la conexión con la Dirección Electrónica Habilitada Única, que actuará a modo de Punto Único de Notificaciones para todas las Administraciones Públicas. Adicionalmente, los PUC propios de cada organismo emisor podrán gestionar la publicación o puesta a disposición de las notificaciones en sus respectivas sedes electrónicas. De manera adicional, el diseño de la DEHú prevé que, junto a las notificaciones, se establezca un apartado de comunicaciones por medio del cual las Administraciones pueden facilitar información que desean hacer llegar a los ciudadanos sobre su actividad pública y que no constituyen actos administrativos en los que aquellos figuren como interesados.

Como se ha indicado, este sistema está previsto que sustituya al sistema notificaciones 060 una vez que finalice la fase final de desarrollo en que se encuentra¹⁷⁵. Para cuando esta finalice, se prevé que su acceso se pueda efectuar por los ciudadanos a través del servicio de carpeta ciudadana alojado en la sede del Punto de Acceso General. Está previsto, igualmente, que el acceso por los usuarios de este servicio no solo se pueda

¹⁷² Información accesible en https://notificaciones.060.es/PCPublic_publicInfo.action. Fecha de consulta, 22/9/2020.

¹⁷³ <https://dehu.redsara.es/>. Fecha de consulta, 22/9/2020.

¹⁷⁴ <https://administracionelectronica.gob.es/ctt/notifica#.X2oenGgzaUk>. Fecha de consulta, 22/9/2020.

¹⁷⁵ De lo indicado por agentes privados expertos en el sector, como la Asesoría Jurídica GTT, se desprende que dicha sustitución presenta cierto retraso, dado que alguna de las fechas que se habían barajado para la sustitución era el mes de marzo de 2019. Información obtenida en la web del indicado operador, accesible en <https://www.gtt.es/boletinjuridico/dudas-frecuentes-en-relacion-con-la-puesta-en-marcha-del-sistema-de-notificaciones-electronicas/>. Fecha de consulta: 22/09/2020.

verificar mediante una interfaz *web*, sino que, además, se contempla la posibilidad de utilización de una interfaz de servicio web para grandes destinatarios, es decir, “personas jurídicas que reciben un volumen importante de notificaciones y comunicaciones y que disponen de medios para implementar sistemas informáticos para acceder y comparecer a sus notificaciones y comunicaciones de forma automática y distribuirlos entre sus diferentes centros/departamentos¹⁷⁶. Dicho servicio recibe la denominación de LEMA y permitirá la gestión de las notificaciones administrativas a través de sistemas en local configurables de manera personalizada. No obstante, este servicio sería solo la puerta de entrada, o el elemento que permitiría la conexión de tales *softwares*, siendo necesario su desarrollo por los grandes destinatarios.

En la actualidad, fuera del ámbito estatal, se encuentran adscritos cerca de 6000 municipios, 28 diputaciones provinciales, además de otros entes locales y las Comunidades Autónomas de Aragón, Islas Baleares, Canarias, Cantabria, Madrid, Murcia y Navarra, así como las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Otras autonomías como Andalucía, Asturias, Cataluña y Valencia han adscrito solo a determinados organismos¹⁷⁷. En consecuencia, puede observarse cómo el grado de penetración de esta solución en niveles territoriales no estatales ha superado abiertamente al de la DEH del Servicio de Notificaciones Electrónicas 060.

A modo de resumen, se podría decir que mientras el Servicio de Notificaciones Electrónicas establece una herramienta tecnológica estatal por la que se hace necesario el uso de una misma Dirección Electrónica Habilitada por todas las Administraciones adheridas, bajo la gestión de la FNMT, la DEHú actúa a modo de “aglutinador” de todas las notificaciones aceptadas, rechazadas o a disposición, de las que disponga un administrado en todas y cada una de las sedes electrónicas o direcciones electrónicas habilitadas empleadas por los diversos organismos adheridos al sistema.

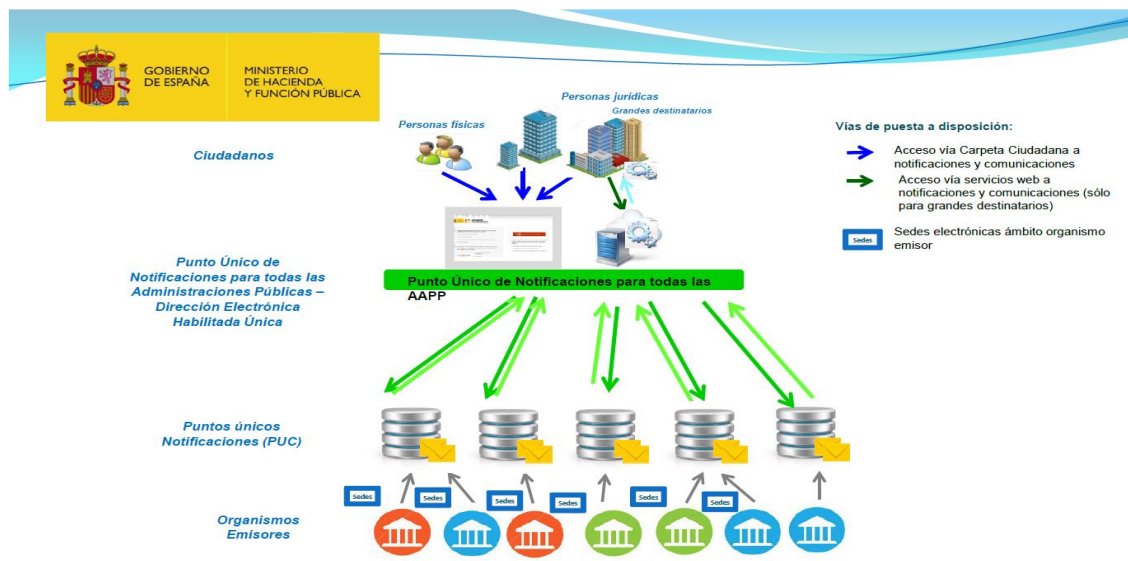
El ministerio de Hacienda y Función Pública esquematiza de manera gráfica el funcionamiento de la DEHú del siguiente modo¹⁷⁸:

¹⁷⁶ Ministerio de Hacienda y Función Pública, Punto único de notificaciones para todas las Administraciones Públicas Dirección Electrónica Habilitada única (DEHú), fecha de consulta, 22/11/2020 en <https://administracionelectronica.gob.es/ctt/resources/Soluciones/2311/Descargas/DEHu-CTT.pdf?idIniciativa=2311&idElemento=12898>; Ministerio de Hacienda y Función Pública, Punto Único de notificaciones y comunicaciones para las Administraciones Públicas fecha de consulta 23/11/2020 en <https://administracionelectronica.gob.es/ctt/resources/Soluciones/2311/Descargas/PUNotificaciones-Especificaciones-LEMA-v1-9.pdf?idIniciativa=2311&idElemento=11690>.

¹⁷⁷ Información obtenida del Listado de Emisores DEHú actualizado a 2 de agosto de 2020, accesible en <https://dehu.redsara.es/>. Fecha de consulta 22/11/2020.

¹⁷⁸ Ministerio de Hacienda y Función Pública, Punto único de notificaciones para todas las Administraciones Públicas Dirección Electrónica Habilitada única (DEHú), cit., p. 5.

Imagen 1



III. EL PERFIL DEL CONTRATANTE COMO HERRAMIENTA PROPIA DEL PODER ADJUDICADOR

La regulación del perfil del contratante se recoge en el art. 63 de la LCSP donde se conceptúa como un portal electrónico titularidad de un poder adjudicador, difundido exclusivamente a través de Internet, en virtud del cual se asegura la transparencia y el acceso público, libre y sin necesidad de identificación previa, a toda la información y documentos relativos a su actividad contractual tanto de carácter específico como general. La información de carácter específico se refiere a aquella relativa a un concreto procedimiento de licitación, mientras que la de carácter general es la relativa a la actividad de compra pública, en su conjunto, de un determinado organismo, tal y como podrían serlo las instrucciones internas de contratación y modelos de documentación e, incluso, los datos de contacto del ente adjudicador —p. ej. número de teléfono, fax, dirección postal y dirección de correo electrónico—. En términos del Ministerio de Hacienda y función Pública, esta herramienta ha sido definida como “página web en la que el órgano de contratación publicitará toda la información referente a su actividad contractual”¹⁷⁹. En relación a esta conceptualización del perfil del contratante como página *web* orientada a la difusión de información, con carácter general nos

¹⁷⁹ Ministerio de Hacienda y Funación Pública, Glosario de términos de la Ley de Contratos del Sector Público, fecha de consulta, 23/11/2020 en: <http://www.minhafp.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/%0APatrimonio/GLOSARIO.pdf>

encontraremos, en aplicación de los conceptos analizados en el epígrafe II.1 del presente capítulo, con un portal electrónico accesible mediante su correspondiente dirección electrónica y respecto del cual la sede electrónica de su titular deberá actuar como punto de acceso.

Ahora bien, como advierte MARTÍN DELGADO¹⁸⁰, la calificación del perfil del contratante como portal *web*, a la vista del ya analizado art. 39 de la Ley 40/2015, no deja de ser problemático. Así, como indica el referido autor, el perfil del contratante no constituye realmente, desde un punto de vista conceptual y con arreglo a la Ley 40/2015, un portal de Internet, sino el conjunto de una determinada información sobre la actividad de compra pública de un poder adjudicador, accesible electrónicamente a través de un concreto portal. Hemos de destacar como completamente acertada la anterior precisión en relación a que, en última instancia, el perfil del contratante es la información y los servicios electrónicos que eventualmente puedan ofrecerse, por lo que el concepto de portal *web*, como tal, queda limitado al concreto punto de acceso que permite el enlace o acceso a aquellos.

Si se procede a la contraposición entre el actual art. 63 de la LCSP y el art. 53 del TRLCSP, puede apreciarse cómo en el primero deja de hacerse referencia al perfil del contratante como portal electrónico accesible a través de la página web “institucional” del organismo al que pertenece el poder adjudicador, toda vez que la nueva disposición ha venido a determinar que estos perfiles no se alojarán en las webs de los propios entes adjudicadores, sino en portales de contratación establecidos al efecto de carácter estatal o autonómico.

En este sentido, debemos apuntar que la LCSP establece una pauta de gran calado y que se instituirá, como veremos en detalle más adelante, en una importante herramienta de coordinación del sistema nacional de compra pública. Dicha pauta consiste en determinar la ubicación o, al menos, la forma de acceso de ese conjunto de información relativo a la actividad contractual de los entes adjudicadores. En efecto, la LCSP establece que dicha información y servicios que constituyen el perfil del contratante deberán alojarse en la PCSP o en la plataforma de la Comunidad Autónoma correspondiente, en caso de existir.

Exigencia legal reproducida expresamente en la causa de nulidad a la que se refiere el art. 39.2.c) de la LCSP. Es por ello que, en el caso de que se afirmara que “el incumplimiento u omisión de información obligatoria tiene consecuencias específicas, diferentes de las derivadas del incumplimiento relativo al lugar de publicación”, sería necesario efectuar una serie de matizaciones. Así, por un lado, debería señalarse que el incumplimiento de la ubicación de la información, en lo que respecta a su alojamiento en una plataforma del sistema policéntrico español —ya fuere la PCSP o una plataforma

¹⁸⁰ MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», cit., p. 1919.

autonómica—, al ser expresamente mencionado en las causas de nulidad específicas de la LCSP, será de aplicación preferente a la de su posible consideración como causa de anulabilidad de carácter formal, al ser susceptible de situar en posición de indefensión al administrado. De hecho, desde nuestro punto de vista, dicha previsión expresa del art. 39 de la LCSP tiene pleno sentido al orientarse a la protección de potenciales operadores económicos que puedan haber tenido un indebido desconocimiento de la existencia del procedimiento, siendo el instituto de la nulidad el que puede permitir, en mayor medida, su control difuso, de oficio y mantenido en el tiempo. De esta forma, no habría diferencia entre el incumplimiento objetivo de publicidad y el locativo.

No obstante, es lo cierto que la LCSP, dentro de los confines del alojamiento en la plataforma de contratación correspondiente, sí permite la admisión de un nivel de flexibilidad o indeterminación en el sentido de que la dirección electrónica de la plataforma de alojamiento no viene predeterminada, al tiempo que tampoco se establece una taxatividad absoluta sobre el apartado de la plataforma en la que debe figurar la información. Es por ello por lo que se ha venido a determinar que no podrá considerarse información relevante, ni tan siquiera información adicional, cuando los datos requeridos, a pesar de no figurar en la concreta documentación del procedimiento de licitación, sí figuren públicamente disponibles en la zona de datos e información general del perfil del contratante, viniendo a exigirse como requisito de diligencia media del operador económico haber procedido a la consulta de dicha información pública antes de proceder a la solicitud de información adicional¹⁸¹.

En relación a esta función de difusión del perfil del contratante, el art. 63.7 de la LCSP, en la misma línea que sus predecesores, los arts. 53.3 del TRLCSP y 42.3 de la LCSP 2007, se refiere exclusivamente a la necesidad de contar con un mecanismo que permita dejar constancia indubitada del momento en el que se produce el inicio de la difusión pública de la información. Es decir, con un sistema sello de tiempo —sin hacer mención a otros sistemas de identificación— por medio del cual sea posible disponer de medios técnicos que garanticen la asociación de una información o datos con su puesta a disposición a través de un determinado canal, desde un momento determinado, así como la garantía de que los mismos no han sido modificados¹⁸².

Limitación que, en este punto, presenta plena lógica, dado que su finalidad es la de proceder a la publicación de comunicaciones o anuncios de carácter general puestos a

¹⁸¹ Vid. STSJ Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-administrativo, número 164/2013, de 28 de febrero, rec. 344/2012, FD Tercero, en el cual se viene a señalar que se determina que, aunque en los pliegos se establecía la obligación de haber enviado por fax justificación de la presentación de oferta y no figurar el número correspondiente en los pliegos, éste sí se encontraba disponible públicamente en el perfil del contratante.

¹⁸² SUBIRANA DE LA CRUZ, S., «Instituciones específicas», en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.) *Contratación Administrativa Electrónica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 273. Como señala la autora, entre las entidades certificadas para la prestación de este tipo de servicios de sellado de tiempo encontramos a la FNMT.

disposición de todo el público y no de un administrado en concreto. Sobre el referido extremo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón ha puesto de manifiesto que “en la medida en que la publicación en el Perfil del Contratante produce efectos jurídicos, y teniendo en cuenta la obligatoriedad de salvaguardar las garantías de cada procedimiento, el sistema técnico debe permitir acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el perfil [...], por lo que debe incorporarse a la firma electrónica del documento electrónico la fecha electrónica”¹⁸³.

Además, como se ha tenido ocasión de entrever, el perfil del contratante permite el acceso a servicios públicos electrónicos relativos a los procedimientos de compra pública llevados a cabo por su titular, tales como el establecimiento de sistemas de alerta, suscripciones, realización de comunicaciones y notificaciones electrónicas y envío de ofertas, entre otros. Para ello se requerirá, obviamente, el acceso del licitador a las correspondientes secciones del portal mediante un determinado sistema de identificación. Este sistema podrá variar en función de lo previsto por el poder adjudicador. En efecto, baste con señalar que la exigencia del art. 9.2 de la Ley 39/2015 de sistemas basados en certificados electrónicos cualificados de firma electrónica o sello electrónico, o sistemas de clave concertada u otros análogos, se ve considerablemente matizada en el ámbito de la contratación pública.

Así, la DA 16^a.1.f) de la LCSP viene a establecer que “los órganos de contratación deberán especificar el nivel de seguridad exigido para los medios de comunicación electrónicos utilizados en las diferentes fases de cada procedimiento de contratación que deberá ser proporcional a los riesgos asociados a los intercambios de información a realizar”. Disposición que, unida a lo previsto en la Orden EHA/1307/2005 y los arts. 31 a 33 y Anexo II del ENS, deja abierto que cada ente adjudicador, en aplicación de las pautas señaladas en el Anexo de la última disposición citada, determine el sistema de identificación que los operadores económicos deban emplear en el uso de los servicios puestos a disposición por su correspondiente perfil del contratante.

De dicha valoración y evaluación de riesgos se suele desprender que servicios tales como el sistema de alertas o la solicitud de información adicional requerirán tan solo de sistemas de firma electrónica simple, concretados mediante registro en el portal *web* e identificación mediante usuario y contraseña. De hecho, con independencia del análisis que se efectuará más adelante, debe anticiparse que en algunos casos este sistema de identificación también es empleado para la realización de notificaciones. No obstante, la presentación de las ofertas a través de estos perfiles, ha de considerarse un caso especial de servicio electrónico respecto del que la DA 17^a de la LCAP exige una serie

¹⁸³ Informe 5/2008, de 3 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la Orden del Departamento de Presidencia del Gobierno de Aragón por la que se establece el sistema informático Perfil de Contratante del Portal del Gobierno de Aragón, p. 4.

de requisitos técnicos específicos¹⁸⁴ que harán necesaria una garantía técnica y un cifrado que conducirá a la necesaria utilización de los medios de identificación previstos en el art. 9.2 de la Ley 39/2015.

Por ello, será en los apartados del perfil del contratante en los que se desarrollen servicios electrónicos *ex* sistemas de identificación simples, donde encontraremos la manifestación más clara y propia de esta herramienta en su condición de *tertium genus* respecto del portal electrónico y la sede electrónica¹⁸⁵. Por su parte, el apartado del perfil destinado a la presentación de ofertas adquirirá, necesariamente, tales requisitos técnicos que harán difícil, cuando no imposible, su diferenciación funcional y de garantías respecto de una sede electrónica. Consideración que debe hacerse extensiva a aquellos apartados y servicios del perfil para los que su titular requiera los sistemas de identificación previstos en el art. 9.2 de la Ley 39/2015. Aún en estos casos, no se deberá concluir la necesidad de que tales apartados del perfil sean integrados dentro de la sede electrónica del poder adjudicador, sino a que aquél adquiera tal naturaleza¹⁸⁶.

Esta herramienta fue prevista por primera vez en el Anexo VIII de la Directiva 2004/18/CE bajo la denominación de perfil del comprador¹⁸⁷, careciendo de definición y de una regulación específica y exhaustiva dentro de la normativa europea. Dicho texto legal se limitaba a la determinación de su posible contenido, en concreto su Anexo VIII.2.b), en el que el perfil se venía a establecer como un portal con “información sobre las licitaciones en curso, las compras programadas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados y cualquier otra información útil de tipo general, como, por

¹⁸⁴ Tales requisitos son: - restricción total de acceso a los datos antes de que finalicen los plazos especificados; - restricción a personas autorizadas a la hora de fijar o modificar las fechas de apertura de los datos y documentos recibidos, así como al acceso a la totalidad o a parte de los datos y documentos presentados. Sujetos que serán los únicos que podrán dar acceso a los mismos; - establecimiento de un sistema que permita detectar e identificar vulneraciones de las previsiones anteriores.

¹⁸⁵ Sobre la conexión del concepto de sede electrónica con el de perfil del contratante y, a través de éste, con el de Plataforma de Contratos del Sector Público, véase DE JUAN CASERO, L. J., «Perfil del contratante y Plataforma de contratación del sector público», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015 p. 2. Opinión contraria a dicha conexión muestra GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», cit. p. 11. Cuestión no pacífica en su origen, que hemos de entender zanjada en virtud de lo establecido en el art. 4 del RD 1671/2009.

¹⁸⁶ Sobre la relación entre los conceptos de sede electrónica y perfil del contratante véanse las diferentes perspectivas antes expuestas en DE JUAN CASERO, L. J., «Perfil del contratante y Plataforma de contratación del sector público», cit., p. 2 y GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», cit., p. 204. En este punto hemos de destacar el acertado criterio expresado por VALERO TORRIJOS, J., «La transposición en España de la normativa europea sobre contratación pública electrónica: Una oportunidad para la innovación tecnológica», cit., p. 34, donde se aboga por una regulación coordinada y de remisión expresa del perfil del contratante a la sede electrónica.

¹⁸⁷ A la vista de la estructura del mercado de la contratación pública, donde el ente adjudicador actúa como demandante y el operador económico como oferente, siendo ambos contratantes, debemos de considerar como más acertada la denominación europea de “perfil del comprador”. Sobre este punto, nos remitimos a trabajos previos, donde se aborda la estructura del mercado de la contratación pública en mayor profundidad. Si bien, dada la utilización unívoca del legislador español del término perfil del contratante, se empleará preferentemente esta denominación.

ejemplo, un punto de contacto, los números de teléfono y de telefax, una dirección postal y una dirección electrónica”. Definición que en gran parte ha sido mantenida por la Directiva 2014/24/UE.

Si bien, desde su primera regulación en 2004, se han experimentado notables incrementos en la información que se ha de facilitar de forma telemática, dichos incrementos antes de la aprobación de la LCSP (incluso de la Directiva 2014/24/UE), se originaron por medio de lo dispuesto en el artículo 8.1.a) de la LTBG, al potenciar la información exigida en cuanto a su acceso electrónico sobre contratación pública, incluida la relativa a contratos menores. No obstante, dicho incremento de información activa no tenía una intencionalidad operativa, sino cognoscitiva, siendo predicada y prevista fuera de las plataformas específicas del funcionamiento de los procedimientos de compra pública, como es el Portal de Transparencia ubicado dentro del portal institucional de la Administración correspondiente¹⁸⁸.

Posteriormente, y en consonancia con los avances de la LTBG, la LCSP ha buscado incrementar la transparencia a través del Registro de Contratos del Sector Público y el propio perfil del contratante, tal y como se adelanta en el epígrafe V del Preámbulo de la LCSP, toda vez que resultaría ilógico que, independientemente de sus formas específicas de presentación o agregación, cuantitativamente se dispusiera de mayor cantidad de información accesible *online* en portales orientados a la ciudadanía en general que en aquellos otros destinados a la interrelación con los operadores económicos¹⁸⁹.

Así, puede observarse, en primer lugar, cómo el carácter potestativo general del art. 53.2 del TRLCSP a la hora de establecer la información que debe figurar en el perfil del contratante, distinta de la obligación ya existente de incluir los anuncios de adjudicación, ha dado paso a la preceptividad derivada del art. 63.3 de la LCSP por la cual se instituye en necesaria la publicación, a través de este portal, de los siguientes documentos que deben formar parte del expediente de contratación:

- La memoria justificativa del contrato.
- El informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios.
- El PCAP y el PPT que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso.
- El documento de aprobación del expediente.

¹⁸⁸ Esta dimensión, como se señala en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del “big data”», cit., p. 103, trata de “democratizar” el acceso de los ciudadanos a los procedimientos de compra pública, permitiendo el conocimiento de datos sobre la misma a sujetos totalmente ajenos a la licitación. Generalmente como un sistema de control difuso *a posteriori*.

¹⁸⁹ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», cit., p. 203.

- Los anuncios de licitación — información también requerida en el art. 135— y de información previa.
- Los anuncios de adjudicación —información también requerida en el art. 151—.
- La formalización del contrato —información también requerida en el art. 154—.
- Los anuncios de modificación.
- Los anuncios de concurso y de resultados de concursos de proyectos.

En todo caso, la LCSP prevé que de los documentos relacionados se debe desprender, al menos, la información del procedimiento de licitación y del contrato relativa al objeto “detallado” del mismo, su duración, el presupuesto base de licitación y el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, la motivación en virtud de la cual se haya acordado una modificación del contrato, los medios a través de los que, en su caso, se ha publicitado el contrato y los enlaces a esas publicaciones¹⁹⁰, el número e identidad de los licitadores participantes en el procedimiento, así como todas las actas de la mesa de contratación relativas al procedimiento de adjudicación y su composición, con identificación de sus miembros indicando expresamente sus cargos¹⁹¹ o, en el caso de no actuar la mesa, las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente, el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas, la designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados para la aplicación de este tipo de criterios de adjudicación cuando así lo requiera su ponderación, indicando su identidad y su cargo, los informes sobre las ofertas incursas en presunción de anormalidad a que se refiere el artículo 149.4 y, en todo caso, la resolución de adjudicación del contrato o, en su defecto, la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, el desistimiento del procedimiento de adjudicación, la declaración de desierto¹⁹², o su anulación, así como la interposición de recursos y la eventual suspensión aparejada a los mismos.

¹⁹⁰ Toda vez que los anuncios en los que figure dicha información no solo serán puestos a disposición a través del perfil del contratante, sino, también a través de medios de publicidad adicionales, tales como el portal SIMAP en el caso de los contratos SARA o el BOE.

¹⁹¹ La LCSP viene a determinar expresamente que no se admitirán “alusiones genéricas o indeterminadas o que se refieran únicamente a la Administración, organismo o entidad a la que representen o en la que prestasen sus servicios”.

¹⁹² La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, el desistimiento del procedimiento de adjudicación, la declaración de desierto, serán actos que a efectos de su recurribilidad alcanzan una naturaleza de actos análogos o asimilables al acto de adjudicación tal y como ha tenido ocasión de establecer el TACRC, entre otras, en su Resolución de 28 de diciembre de 2018, rec. 1212/2018, FJ Cuarto. Aunque en otros casos se ha determinado su recurribilidad por tratarse de actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento de licitación —vid. RTACRC de 26 de agosto de 2019, rec. 741/2019, FD Segundo—.

Se trata de un conjunto de información generoso que supera al sistema de información de otros países de nuestro entorno, como Italia, donde, por cuestiones relativas a la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas¹⁹³, no se contempla en su normativa sobre contratación la publicación de las modificaciones acaecidas durante la ejecución de aquellos.

No obstante, dicha información es perfectible desde el punto de vista del control, no tanto funcional de la Administración, en lo que se refiere al desarrollo de un concreto procedimiento de licitación y los intereses de los operadores económicos que intervienen en el mismo, sino desde la perspectiva de obtención de información de carácter cognoscitivo tanto desde un punto de vista *ad extra* como *ad intra*. Dicho extremo susceptible de mejora, se refiere, en nuestra opinión, tanto a la publicación de la cuantía económica de la oferta presentada por cada uno de los licitadores (no solamente del que ha resultado finalmente adjudicatario) como al valor medio económico de las ofertas recibidas.

Por otro lado, cuando la información esté referida a contratos menores de más de cinco mil euros, o inferiores a dicha cantidad en los que el sistema de pago no sea el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores, deberá publicarse, al menos, con carácter trimestral, e indicar su objeto, duración, el importe de adjudicación y la identidad del adjudicatario. De otra parte, la LCSP establece la forma de sistematización de la información conjunta de los contratos menores indicando que estos serán ordenados por la identidad del adjudicatario.

Finalmente, el perfil incluirá dentro de su información la relativa a la formalización de los encargos a medios propios cuyo importe sea superior a 50.000 euros, antes de impuestos. Cuando los mismos se encuentren entre 5.001 y 50.000 euros, la información relativa a los mismos se publicará, al menos, trimestralmente, incluyendo como mínimo su objeto, duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo. La sistematización de esta información conjunta se llevará a cabo, por indicación expresa de la LCSP, sobre la base de la identidad del medio propio.

Este sistema de información pública, establecido respecto de los contratos menores y la utilización de medios propios, no resulta, a nuestro entender, tan loable. Y no tanto por

¹⁹³ Es extendida en Italia, dentro del procedimiento de contratación pública, la general identificación de una estructura bifásica, cuya primera fase, denominada de *evidenza pubblica*, abarca todas las operaciones realizadas por el ente adjudicador tendentes a poner en conocimiento de los operadores económicos su previa decisión de contratar, los términos iniciales de esta y a seleccionar al operador económico adjudicatario, mediante un procedimiento por el que se concreta la identidad de la contraparte, así como los términos finales del contrato. Tras lo cual, se iniciará una segunda fase de formalización y ejecución del contrato. División respecto de la que, con carácter general, se efectúa la atribución: derecho público-fase de *evidenza pubblica*, derecho privado-fase de estipulación y ejecución del contrato, sin perjuicio de la existencia de excepciones en ambos sentidos. Vid. Corte Costituzionale, Sentenza n. 401/2007, 23 novembre; SCOCA, S. S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, pp. 65 y 66; MELE, E., *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, Milano, Giuffrè Editore, 2011, pp. 15 a 21.

su publicidad de carácter retroactivo, lo cual presenta cierta lógica dadas las necesidades de actuación ágil por parte de estos contratos, ni tampoco por el contenido cualitativo de dicha información que se extiende a su objeto, duración, identidad del adjudicatario e importe de adjudicación, sino por una exclusión de dicha información trimestral respecto de las actuaciones de valor estimado inferior a los 5.000 euros, en cualquier circunstancia, en cuanto al uso de medios propios, y ante otras relativas a la realización del pago en el caso de los contratos menores, lo que carece de explicación alguna, dada la previsión de publicación *a posteriori* y su necesaria tramitación en el seno del *back office* de manera electrónica, como hemos tenido ocasión de señalar. En efecto, ello implicará que los costes de inclusión de los datos, de una factura adicional en los sistemas de publicidad electrónica será prácticamente inexistente, máxime teniendo en cuenta que se trata de una actividad cien por cien automatizable. Motivo por el que no existe impedimento para su publicación por reducido que sea su valor estimado o su presupuesto base de licitación. A este respecto, señala GAMERO CASADO¹⁹⁴ que la exclusión de los deberes de publicidad de contratos en los que se haya empleado como sistema de pago el anticipo de caja fija o similar, en relación a un umbral de cinco mil euros, parece excesivo y desnaturaliza el espíritu y avance en la buena dirección que representa la LCSP en este aspecto.

En cuanto a su alcance material, es cierto que se trata de una información útil a la hora de fiscalizar posibles fragmentaciones de procedimientos de compra que realmente no debieran quedar enmarcados dentro del ámbito de aplicación del contrato menor, así como del cumplimiento del reciente y tristemente derogado principio de rotación de los operadores económicos adjudicatarios de un contrato de estas características. Sin embargo, entendemos que sería posible la previsión adicional de informes de insuficiencia de medios y memorias justificativas del contrato que se incorporen a esta publicidad trimestral, orientados a la fiscalización de la necesidad del contrato y del consiguiente gasto público canalizado a través del mismo.

Adicionalmente, sin vinculación a concretos procedimientos de compra pública, se deberá incluir la información de tipo general que pueda ser de utilidad a la hora de establecer contacto con el órgano de contratación o que arroje luz sobre el conjunto de su actividad de contratación. Entre los datos propios de esta información se encuentran la dirección postal, número de teléfono y fax, y dirección de correo electrónico, instrucciones internas elaboradas en relación al funcionamiento del servicio de contratación, modelos de documentos, etc.

Llegados a este punto, puede observarse cómo la información del perfil del contratante podrá subdividirse en dos categorías principales, de un lado, la información general de identificación del ente y actividad de contratación; y, en segundo lugar, la información

¹⁹⁴ GAMERO CASADO, E., «El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP», cit., p. 170.

particular sobre cada uno de los procedimientos de contratación pública iniciados. Al tiempo que puede distinguirse entre dos utilidades ofrecidas por el perfil: de un lado, la de plataforma electrónica de publicación de información —general o específica de cada procedimiento de contratación—; y de otro, la de plataforma de acceso a servicios públicos específicos en materia de compra pública.

El carácter de esta información será operativo, en el sentido de que buscará generar una transparencia y utilidad directamente predicables de la actividad de los operadores económicos. Finalidad que difiere de aquella otra, recogida en la LTBG para su publicación en los portales de transparencia, de carácter eminentemente cognoscitivo, relativa a que su objeto será ofrecer de manera difusa a todos los ciudadanos, también, en relación a esta faceta de su actividad, la posibilidad de fiscalizar la acción del organismo público correspondiente, dada su condición de agente decisor último en un Estado democrático y de derecho, también en relación a las opciones de aprovisionamiento adoptadas por los diversos entes adjudicadores.

A este respecto, un sector de la doctrina ha venido a señalar que la referencia diferenciada a los conceptos de información y documentos relativos a la actividad contractual podría ser entendida en el sentido de que el perfil del contratante ha de acoger necesariamente ambos tipos de información, relacionando el concepto de “información” a la de carácter cognoscitivo-extraprocedimental, mientras que el de “documentos” quedaría vinculado a una obligación de documentación de los posibles interesados fundamentalmente orientada al procedimiento de contratación en cuestión¹⁹⁵. Se aunaría, de este modo, la funcionalidad de portal de información pública y de plataforma de interacción funcional en lo que respecta a un concreto procedimiento de compra pública. No podemos compartir tal reflexión o consideración.

En efecto, desde nuestro punto de vista, los requisitos de documentación e información pública establecidos por el art. 63 de la LCSP responden a una misma naturaleza operativa de la información publicada, con un claro destinatario: el operador económico. La distinción entre ambos tipos de elementos a publicar respondería a un doble enfoque, formal y material, con el que se trataría de acotar definitivamente las obligaciones respecto de este tipo de publicidad de su actividad por parte de los poderes adjudicadores. En consecuencia, la información ofrecida por el perfil no actuaría como elemento sustitutivo ni adicional de las obligaciones de información pública contenidas en la LTBG y que han de contenerse en el portal de la transparencia, sino como información paralela que, aunque eventualmente pueda coincidir desde un punto de

¹⁹⁵ PALOMAR OLMEDA, A., «Marco general de la utilización de medios tecnológicos en la contratación administrativa», cit., p. 181.

vista material¹⁹⁶, se encuentra dirigida a un público y finalidad diferentes¹⁹⁷ que evidencian la idoneidad de emplear diversos sistemas de localización, acceso, sistematización y agregación de la información.

En la diversa dinámica y configuración de las referidas informaciones, cognoscitiva y operativa, ha de destacarse que, sobre esta última, la LCSP introduce una importantísima y valiente novedad. En concreto, el segundo párrafo de su art. 63.1 prevé que la información del perfil del contratante se publique en formatos abiertos y reutilizables durante un periodo de tiempo mínimo de 5 años, sin perjuicio del derecho de acceso que pudiera proceder respecto de expedientes anteriores. Lo que supone un notable avance frente a la mera preferencia expresada, en relación a estos formatos, por el art. 5.4 de la LTBG¹⁹⁸.

La utilización de formatos abiertos y reutilizables supone un elemento esencial a la hora de verificar que la digitalización y desmaterialización de la información sobre contratación pública permite, efectivamente, incrementar su alcance y, con ello, la presión competitiva¹⁹⁹ —potenciación de la información operativa— y el control social de las licitaciones —potenciación de la información cognoscitiva—, permitiendo reemplazar, en la práctica y de forma efectiva, al documento, como unidad elemental, por los datos. En consecuencia, la publicación mediante la utilización de este tipo de formatos constituirá realmente “un requerimiento sustantivo de cuya efectividad depende que se pueda afirmar la existencia de un verdadero modelo de contratación abierta”, en tanto en cuanto, de no existir, se sustraería la posibilidad de emplear los medios de búsqueda propios de tales portales o plataformas electrónicas, convirtiendo su gran cantidad de información, como se viene señalando, en ruido informático inservible²⁰⁰.

¹⁹⁶ Es más, consideramos que sería necesario que la extensión analizada del nivel informativo operativo llevada a cabo por la LCSP sea heredada por los sistemas de información de carácter cognoscitivo dadas las facilidades ofrecidas por la TIC, en consonancia con la utilización de formatos abiertos y reutilizables. Esto es, consideraríamos idónea la igualdad material de ambas, constituyendo su distinción fundamental la relativa a su diverso punto de acceso, forma de presentación, sistematización y forma de agregación.

¹⁹⁷ MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», cit., p. 1980.

¹⁹⁸ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Aspectos conexos relativos a la contratación pública», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Madrid, Iustel, 2020, p. 352.

¹⁹⁹ Como se señala en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del “big data”», cit., p. 107, este tipo de transparencia se muestra como medio indispensable para garantizar la igualdad de los operadores económicos y su libre concurrencia a los procedimientos de licitación.

²⁰⁰ Necesidad en el nuevo paradigma de administración electrónica tal y como analiza en profundidad VALERO TORRIJOS, J., «La exigencia legal de formatos abiertos y reutilizables en la gestión de la contratación pública», cit., pp. 50, 56 y 61.

La debida, adecuada y, sobre todo, funcional estructuración y organización de esta información, ya sea de un tipo u otro, es esencial dado que, como indica DE NICTOLIS, en aras a la consecución de la pretendida transparencia de carácter difuso o su empleo operativo dentro de la actividad ordinaria del mercado de la contratación pública, la accesibilidad *on line* es condición necesaria pero no suficiente ante la evidencia de que una ingente información sin la necesaria organización, esquematización y sistematización puede producir un “*rumore informatico*” con una capacidad informativa análoga a la del silencio²⁰¹. En consecuencia, para lograr una transparencia real, no bastará con la generación de meros repositorios electrónicos de información si la misma presenta una lista asistemática de datos interminable, siendo requisito *sine qua non*, a tales efectos, que la información pretendida sea accesible y comprensible, y que alcance un elemento cualitativo suficiente como para hacer viable una valoración adecuada de la gestión efectuada por los órganos de contratación²⁰². A tales efectos, es extremadamente necesario que a la estricta publicidad de la información se vincule una adecuada disponibilidad de la misma²⁰³, permitiendo que de la misma se pueda desprender la conformación de conocimientos con valor añadido por parte de los agentes implicados²⁰⁴.

En nuestra opinión, el mandato a favor de este tipo de formato de la información por parte del art. 63.1 de la LCSP, reproducido respecto de la PCSP en el art. 347.8 de la LCSP, presentará un influjo claro sobre la preferencia indicada por los arts. 5 y 8 de la LTBG. En efecto, cuando ambos tipos de información —cognoscitiva y operativa— coincidan en su aspecto material, difícilmente se podrá sostener o motivar la improcedencia de su no reutilización en dichos formatos para alimentar el portal de transparencia. Por ello, debiendo estar disponible la información en formato abierto y reutilizable, por imperativo de la LCSP, la no reproducción de este formato en el portal de transparencia debería considerarse, desde nuestro punto de vista, un incumplimiento del principio y mandato de preferencia de la LTBG. Disponibilidad que la regulación

²⁰¹ DE NICTOLIS, R., «Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà», en *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè Editore, 2017, p. 84. Determinación que entronca con lo referido en VALERO TORRIJOS, J., «El acceso y la reutilización de la información del Sector Público desde la perspectiva de la reforma de la Administración electrónica», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Madrid, INAP, 2017, p. 450, a la hora de vincular la utilización de datos abiertos y el respeto a las garantías de los ciudadanos.

²⁰² GIMENO FELIÚ, J. M., «Administración electrónica, transparencia y contratación pública: algunas propuestas de reforma», cit., p. 309.

²⁰³ TESSARO, T. Y PIOVESAN, S., *La riforma Madia del procedimento amministrativo. La legge 241/90 dopo la legge 124/2015*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2015, p. 127; CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, cit., p. 147.

²⁰⁴ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit.

sectorial en materia de contratos públicos podrá conducir, igualmente en nuestra opinión, a su presunción *iuris tantum*.

A lo anterior, cabe añadir que la LCSP no establece regulación especial en relación a la tramitación interna o gestión en sede de *back office* de los documentos e información que darán lugar a las publicaciones del perfil del contratante. En consecuencia, la normativa de aplicación al respecto será aquella de carácter general contemplada en las Leyes 39 y 40/2015, lo que, a su vez, ha de llevar a la aplicabilidad, en este aspecto, de las disposiciones previstas en el ENI y el ENS, así como en la Resolución de 19 de febrero de 2013 de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Norma técnica de Interoperabilidad de Reutilización de recursos de la información²⁰⁵.

Sobre la utilización de estos formatos, al no encontrarse expresamente regulados en el art. 39.2.c) de la LCSP entendemos que dicha cuestión excedería de la causa de nulidad mencionada. Lo que nos conduciría a la regulación general de la invalidez de los actos administrativos, recogida en los arts. 47 y 48 de la Ley 39/2015. En este segundo escenario, dicho incumplimiento, entendemos que no sería reconducible a las causas contempladas en el art. 47.1 de la Ley 39/2015, salvo el supuesto del apartado a) de dicho precepto al afectar a la igualdad en el acceso a la información sobre los procedimientos de contratación y, en consecuencia, a la igualdad de los licitadores a la hora de concurrir a la licitación. Fuera de dicho supuesto, la inobservancia de estos formatos por parte de los poderes adjudicadores solo podría dar lugar a la anulabilidad del contrato, aunque si tenemos en cuenta que dicho incumplimiento también se encuentra ausente de las causas de anulabilidad enumeradas en el art. 40 de la LCSP, su eficacia jurídica, o no, debería regirse, necesariamente, dentro del marco del art. 48 de la Ley 39/2015.

Llegados a este punto, siguiendo a VALERO TORRIJOS, cabría plantearse si el efecto de la anulabilidad podría tener cabida como defecto formal o de carácter sustantivo. En este sentido, debe colegirse que el formato de la información puesta a disposición a través del perfil del contratante es indispensable para que los anuncios y publicidad electrónica sean realmente eficaces. Por ello, el incumplimiento del referido mandato afectaría directamente a los principios de igualdad, libre concurrencia y libre competencia. Esto es, a piedras angulares de la compra pública, por lo que no es sostenible la defensa de dicho incumplimiento como un defecto formal cuando dicha carencia afecta a la información o a los datos indispensables para el completo y efectivo conocimiento de la convocatoria por parte de los operadores económicos, tales como el anuncio de licitación, el PCAP, el PPT, el objeto detallado del contrato, duración y presupuesto base de licitación²⁰⁶. Adicionalmente, aun cuando se apreciara que dicho

²⁰⁵ VALERO TORRIJOS, J., «La exigencia legal de formatos abiertos y reutilizables en la gestión de la contratación pública», cit., pp. 57 y 62.

²⁰⁶ *Ibid.*, pp. 67 y 68.

incumplimiento solo constituye un defecto formal y no una infracción de carácter sustantivo, también en este hipotético supuesto, por los argumentos expuestos, tendría que exigirse el cumplimiento de los requisitos del cumplimiento formal cualificado al que hace mención el art. 48.2 de la Ley 39/2015.

De otra parte, cuando el defecto en la utilización de los formatos adecuados afecte a otros tipos de información o datos que no hurten la posibilidad de conocer el procedimiento de licitación a los operadores económicos, la única forma de reconducir el mismo a causa de anulabilidad sería por medio de la constatación de un defecto formal indispensable para el fin del mismo o que sea susceptible de generación de “indefensión de los interesados”. Para este propósito, como expresa VALERO TORRIJOS²⁰⁷, las carencias derivadas de este incumplimiento que eventualmente pudieran predicarse respecto del perfil del contratante y de la función cognoscitiva o de control de una adecuada gobernanza por parte de los operadores económicos o, incluso, por otros administrados, podría permitir alcanzar la situación de anulabilidad *ex art.* 48.2 de la Ley 39/2015. No obstante, no parece previsible que dicho criterio vaya a ser asumido por el TACRC dada su doctrina²⁰⁸ sobre la legitimación para la impugnación de los actos acaecidos en el seno de procedimientos de contratación pública, en virtud de la cual se señala, con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁰⁹, que “el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad pública por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializa, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética”. Fruto de lo cual deberá apreciarse la falta de legitimidad cuando de la “estimación del recurso no podría derivarse ningún efecto positivo (beneficio) ni evitarse ningún efecto negativo (perjuicio) para la recurrente, pues ésta seguiría sin poder tomar parte en la licitación”. Al tiempo que el efecto positivo o la evitación de un efecto negativo de la estimación del recurso deberá ser cierto, ya se trate de uno actual o futuro o directo o indirecto, pero no cuando dicho perjuicio o beneficio sea “meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación”, no siendo posible su “mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento”. En definitiva, en palabras del TACRC²¹⁰, “tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad”.

En consecuencia, la impugnación como vicio de anulabilidad del defecto formal en la ausencia de formatos abiertos que dificulte o imposibilite el control difuso de la ciudadanía —también por medio de los operadores económicos, en cuanto parte de aquella más próxima al sector de la contratación pública—, se encontrará

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Vid. RTACRC 777/2017, de 8 de septiembre, rec. 633/2017, FD 4º.

²⁰⁹ Vid. SSTs de 19 de noviembre de 1993 y de 27 de enero de 1998

²¹⁰ RTACRC 374/2016, de 13 de mayo, rec. 293/2016, FD Segundo.

previsiblemente con su desestimación por falta de legitimidad para su interposición, al no haberse impedido el efectivo conocimiento de la licitación entre los operadores económicos.

Volviendo o retomando las consecuencias de ausencia de estos formatos respecto de los documentos o informaciones que son susceptibles de sustraer el conocimiento del propio procedimiento de licitación, dicha condición de anulabilidad conllevaría a que tal infracción sería subsanable por el mismo ente adjudicador, con la consiguiente ampliación de los plazos para presentar las ofertas, de manera similar a lo que el TACRC establece respecto del error en la utilización de los códigos CPV²¹¹, tal y como se analizará más adelante. No obstante, dicha condición de elemento generador de anulabilidad y, en consecuencia, subsanable por mor de la figura de la convalidación prevista en el art. 52 de la Ley 39/2015, provocará que en las situaciones en las que así lo haga el ente adjudicador no se podrá revertir de manera completa la situación de desigualdad informativa ya ocasionada entre los operadores económicos. Inevitablemente, y en mayor medida cuanto más reducido sea el plazo para la presentación de ofertas, los operadores económicos que conocieron de la publicación de la licitación, a pesar de tales defectos sustanciales, habrán tenido un mayor plazo para el estudio de los pliegos y la preparación de sus ofertas, sin que tal situación de ventaja o irregularidad, provocada por el propio ente adjudicador, pueda ser revertida a través del instituto de la anulabilidad.

Además, el efecto de las irregularidades mencionadas, así como la del error de codificación CPV del objeto del contrato, tendrán como principal efecto potencial el desconocimiento total de la existencia del acto administrativo iniciador del procedimiento de licitación, por lo que los medios de impugnación derivados del efecto de anulabilidad podrían no ser eficaces, toda vez que precluido el plazo para la interposición del correspondiente recurso (ordinario o especial), precisamente por efecto del defecto impugnabile y la consiguiente ignorancia de su existencia, quedará vedado el acceso a la solicitud de revisión de actos nulos contemplada en el art. 106.1 de la Ley 39/2015. Derecho procedimental que, respecto de este tipo de irregularidades, cobra una entidad esencial análoga a los supuestos contemplados en el art. 39.2.c) de la LCSP.

Si a todo lo anterior se une el difuso o general encaje que tendrían estos incumplimientos vía art. 47.1.a) de la Ley 39/2015, en relación con el art. 14 CE, entendemos predicable la conveniencia de una modificación del art. 39.2.c) de la LCSP en el sentido de que se amplíe el alcance de la nulidad para aquellos casos en los que no se empleen formatos abiertos y reutilizables en la publicación del anuncio de licitación, así como por la

²¹¹ RTACRC 78/2018, de 26 de enero, rec. 1243/2017, FD Quinto.

incorrecta codificación CPV del objeto del contrato, en tanto en cuanto suponen un importante óbice a los principios de igualdad, libre concurrencia y libre competencia²¹².

La importancia de la interactividad y sistematización lograda mediante la presentación de la información pública empleando los estándares referidos se pone de manifiesto, entre otras, en la enmienda 18 del Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, de 18 de septiembre de 2017, por la que se proponía la inclusión de un apartado 6 al art. 28 de la LCSP con la siguiente redacción:

Se establece como finalidad primordial de la ley facilitar el acceso de la mediana, la pequeña y la microempresa en la contratación pública.

A tal efecto, se respetarán las siguientes prescripciones:

a) Los órganos de contratación del Sector Público fijarán en los pliegos de contratación condiciones de solvencia económica y técnica que no sean desproporcionadas, excesivas e inadecuadas al objeto del contrato de forma que constituyan un obstáculo injustificado para la participación de la PYME en la contratación pública. En particular, no podrá exigirse a los operadores económicos un volumen de negocios mínimo que no sea proporcional al objeto del contrato.

b) La regulación reglamentaria de la clasificación empresarial de contratistas establecerá criterios que promuevan la participación de las PYMES en los procesos de contratación, evitando la fijación de categorías de importe excesivo que restrinja o dificulte la competencia.

c) Se establecerán en las plataformas de contratación electrónica un sistema de alertas que informe de las licitaciones previstas.

d) En el seno del Comité de cooperación en materia de contratación pública previsto en el artículo 326 deberá constituirse una sección con el objeto de establecer colaboraciones permanentes con las organizaciones empresariales representativas de la PYME en los diferentes ámbitos territoriales para el impulso de su participación en la contratación pública y la propuesta o adopción de las medidas administrativas y legales que lo aseguren.»

Como puede observarse, en dicha enmienda se vinculaba de manera directa la utilización de servicios electrónicos de alertas por parte de las plataformas de contratación (en las que se hallarán alojadas los perfiles del contratante), con la equiparación de todos los operadores económicos, en términos de igualdad de

²¹² VALERO TORRIJOS, J., «Transparencia, acceso y reutilización de la información del sector público», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *Transparencia y acceso a la Información Pública: de la teoría a la práctica*, Madrid, Iustel, 2019, p. 250.

oportunidades y libre concurrencia. Si bien, desafortunadamente, desde nuestro punto de vista, la misma fue rechazada en la sesión del Pleno del Senado en la que fue debatida.

Puede observarse cómo la LCSP mantiene un papel central del perfil del contratante al que instituye como núcleo del funcionamiento de la compra pública de Administraciones Públicas y poderes adjudicadores. Sin duda, el funcionamiento expuesto del perfil del contratante presenta funcionalidades que rebasan claramente las posibilidades de la administración en papel y la gestión y funcionamiento tradicionales de este sector. Ahora bien, la articulación de dicho funcionamiento sobre una serie de perfiles del contratante, independientes en cada poder adjudicador y ajenos entre sí, conduciría a un sistema nacional de compra pública donde quedarían sin efecto tales funcionalidades y potencialidades derivadas de la implementación de medios electrónicos.

A este respecto, puede observarse cómo el riesgo de la eventual configuración de un modelo de administración electrónica en isla se ha tratado de paliar mediante el sistema de alojamientos de los perfiles del contratante. Sistema en virtud del cual se tiende, en todo caso, hacia una estructura policéntrica limitada a un máximo potencial de diecisiete núcleos. Si bien, la dinámica anterior ha originado una experiencia y dinámicas previas donde, como ha puesto de manifiesto el informe CORA²¹³, ha tomado cuerpo en la práctica un modelo de organización en isla que presenta mayores problemas a la hora de obtener los medios necesarios para la implementación de soluciones de contratación pública electrónica con el consiguiente riesgo de que las Administraciones, más allá de cuestiones estratégicas de orientación al ciudadano o de unidad de mercado, se provean exclusivamente sobre la base de motivaciones económicas, mediante la compra de soluciones tecnológicas que les permitan el cumplimiento de los mínimos legales sobre el exclusivo criterio del precio —especialmente en el caso de aquellas de menor tamaño—²¹⁴, o incluso que lo hagan sin preocupación alguna sobre la coordinación en base a meros criterios electoralistas por los que se busque, básicamente, una —u otra— singularidad.

Fenómeno este del que se desprende un riesgo para la unidad de mercado nacional y, por extensión, del mercado europeo, toda vez que como se ha puesto de manifiesto, dependiendo del ente adjudicador al que el operador económico trate de dirigirse, podrían tener que efectuarse trámites adicionales o diferentes, así como podría resultar necesario el empleo de un *know how* y un equipamiento tecnológico distinto²¹⁵.

²¹³ Comisión para la reforma de las Administraciones Públicas (CORA) y Públicas, M. de H. y A., Reforma de las Administraciones Públicas, 2013, fecha de consulta 14 noviembre 2019, en <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:b1c69477-9882-41a5-9f6d-5cbb46fa12b4/reforma-AAPP.PDF>, p. 171.

²¹⁴ MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», cit., p. 41.

²¹⁵ Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, Informe anual de supervisión de la contratación pública de España, 2018, p. 202.

En definitiva, la construcción de un sistema de compra pública, eficiente y eficaz, que sepa realmente aprovechar las ventajas ofrecidas por las nuevas tecnologías y generar auténticas innovaciones administrativas, requerirá que su puesta en funcionamiento cuente con sistemas de cooperación y/o coordinación de todos los sujetos implicados. Para ello, será indispensable acoplar al funcionamiento de estos perfiles unos instrumentos de sistema orientados, en última instancia, a ofrecer un tratamiento uniforme del administrado con independencia del poder adjudicador con el que se interactúe.

CAPÍTULO SEGUNDO.- HERRAMIENTAS ELECTRÓNICAS DEL MERCADO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO SISTEMA

I. MEDIOS ELECTRÓNICOS NACIONALES PREVISTOS PARA LA ACTIVIDAD DE COMPRA DE CUALQUIER PODER ADJUDICADOR

Entre los medios electrónicos de aplicación respecto de la actividad de compra de todos los poderes adjudicadores encontramos los siguientes:

1. EL REGISTRO DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El Registro de Contratos del Sector Público del Ministerio de Hacienda y Función Pública es definido por la LCSP, en su art. 346, como “el sistema oficial central de información sobre la contratación pública en España” destinado a recoger los contratos adjudicados por todos los entes adjudicadores referidos en su art. 3 que no tengan la consideración de excluidos por la propia LCSP, y que presenten un precio igual o superior a los cinco mil euros, impuestos incluidos; o que, presentando un precio inferior al indicado umbral, el sistema de pago utilizado no haya sido el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores²¹⁶.

La información comunicada e inscrita, según los citados preceptos legales, deberá ser la identidad del adjudicatario, el importe de adjudicación, las modificaciones, las prórrogas, las variaciones de plazos o de precio, el importe final y su extinción. Esta información será agrupada en torno a un código identificador único e inequívoco en el

²¹⁶ Nos remitimos a la ya realizada cita de GAMERO CASADO, E., «El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP», cit., p. 170.

seno del Registro de Contratos²¹⁷. Para los contratos inscritos de precio inferior a los cinco mil euros, la información suministrada se limitará al órgano de contratación, la denominación u objeto del contrato, el adjudicatario, el número o código identificativo del contrato y el importe final. Limitación que, en el contexto actual, no consideramos oportuna pero que, sin duda, avanza en la corrección de la situación anterior regida por el art. 114 del RCSP 2000, donde se establecía la exclusión de este sistema de información de los contratos menores, salvo en lo que pudiera limitar dicha exclusión, la determinación de su art. 116.1, por el que se exigía la publicación de la información relativa a los contratos referidos a bienes o servicios de utilización común.

A tal información, recogida en el texto legal, se une una mayor concreción de la misma vía art. 31 y Anexo I²¹⁸ del RCSP, a los que su DF 1ª les otorga carácter básico. Sobre la base de dichos preceptos de desarrollo, a los datos antes indicados, se une la necesidad de comunicar, para todo tipo de contrato, el lugar de ejecución del contrato, el objeto del contrato con referencia expresa de su código CPV, la indicación de si se ha dividido en lotes, así como si se trata de un contrato mixto, el procedimiento y la naturaleza de la tramitación, las fechas de publicación, en su caso, y los medios de publicidad empleados, los plazos de ejecución, la revisión de precios establecida, el importe de las modificaciones y la variación del plazo de ejecución, la causa de resolución y el importe final del contrato por todos los conceptos referido al momento de su conclusión. Además, se habrá de hacer constar la indicación de la clasificación exigida en relación a los contratos de obras y de servicios, las aportaciones públicas a la construcción, en el caso de contratos de concesión de obra pública, y el plazo de concesión; la forma de determinar el importe del contrato en los contratos de servicios y de gestión de servicios públicos; los precios unitarios, cuando sea posible, de los contratos de suministro y país de origen de los productos adquiridos; y, en relación a los contratos adjudicados por procedimiento negociado, la indicación del supuesto de aplicación que amparó el uso del procedimiento, así como el número de invitaciones cursadas.

Puede observarse cómo el desarrollo reglamentario del Registro de Contratos lleva a cabo una determinación de los “datos básicos” de los contratos, con una mayor y generosa amplitud que supera, claramente, los datos generales enunciados a modo ejemplificativo por el texto legal. Tan solo podría señalarse que se echa en falta la remisión de dos datos que consideramos especialmente significativos a la hora de proceder al análisis del funcionamiento de la contratación pública, cuales son, el número de ofertas recibidas y el valor, a un promedio, de las ofertas económicas que no hayan resultado adjudicatarias. Incluyendo, en ambos casos, con la correspondiente

²¹⁷ Establece el art. 346.7 de la LCSP que “El Ministerio de Hacienda y Función Pública determinará las reglas de asignación de dichos identificadores únicos que resulten necesarios para asegurar la identificación unívoca de cada contrato dentro del Registro de Contratos del Sector Público, así como para su coordinación con los demás Registros de Contratos”.

²¹⁸ En el Anexo IX del RCSP 2001 se establecía un detalle de la información a suministrar similar a la actualmente contenida en el Anexo I del RCSP.

indicación, aquellas ofertas que hayan sido inadmitidas por haber sido consideradas incursas en baja temeraria. Igualmente, en lo que se refiere a los “importes del contrato”, queda clara la inclusión dentro de estos del Presupuesto Base de Licitación y del importe de adjudicación, si bien, sería adecuada la referencia expresa al valor estimado del contrato a los efectos de poder proceder a la comparación de este con el importe final desembolsado por la total tramitación y ejecución del contrato.

En sede del Registro de Contratos del Sector Público, se mantiene la previsión de una necesaria utilización de formatos abiertos y reutilizables. Previsión en este caso que deriva del art. 346.2 de la LCSP, donde expresamente se señala que la información indicada deberá ser sistematizada “siguiendo formatos y estándares abiertos adoptados a nivel internacional”. En la actualidad, el formato seguido con dichas características es el documento en formato “.csv”, con separaciones mediante tabuladores²¹⁹.

De manera análoga a lo señalado respecto de los perfiles del contratante, este registro vendría constituido por el conjunto de información indicado y no por el portal web y dirección electrónica que permiten su acceso. Encontrándose el primero y dirigiendo el segundo al portal institucional, que no a la sede electrónica, del Ministerio de Hacienda.

Si se procede a la comparación de este Registro con el portal de transparencia, sin ir más lejos de la AGE, se obtendría como primera conclusión que, a pesar de que la función de ambos es idéntica (que hemos venido a denominar como cognoscitiva o extraprocedimental), es lógica su existencia paralela y diferenciada. En efecto, los portales de transparencia de cada Administración permitirán acotar el tratamiento de dichos datos a los entes adjudicadores vinculados a cada una de estas —sin perjuicio de las leves diferencias que puedan generarse en la concreción de los ámbitos subjetivos contemplados, respectivamente, en los arts. 2 de la LTBG y 3 de la LCSP—, mientras que el Registro de Contratos del Sector Público abarcará la totalidad del Sector Público nacional al que se refiere el art. 3 de la LCSP. Sin embargo, y en consonancia con lo que se ha expuesto anteriormente en relación a los perfiles del contratante, carece de sentido que la información suministrada por los portales de transparencia sea más reducida. En concreto, podría destacarse la notable ausencia de la indicación de los códigos CPV en determinados portales de transparencia, como ocurre en el caso del portal de transparencia de la AGE²²⁰.

De otra parte, aunque resulta loable que se permita la descarga de la información del Registro de Contratos del Sector Público en formatos que permiten su tratamiento automatizado, es notable e indeseable la ausencia de un sistema de reorganización,

²¹⁹ Vid.

<https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Contratacion/junta%20consultiva%20de%20contratacion%20administrativa/paginas/registro%20publico%20de%20contratos.aspx>. Fecha de consulta 25/11/2020.

²²⁰ Vid. <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/buscar.htm?categoria=licitaciones&lang=es>. Fecha de consulta 25/11/2020.

selección y sistematización mediante interfaz *web*, propio de los portales de transparencia. Al tiempo que no solo sería deseable, sino también posible, que el ofrecimiento de la información no fuera con carácter retroactivo, como se verá más adelante, sino en tiempo real. A este respecto, debería procederse a la coordinación del perfil del contratante y de la PCSP con el Registro de Contratos del Sector Público y correlativos Registros autonómicos, a fin de coordinar la información contenida en ellos y posibilitar un acceso telemático coordinado y bidireccional²²¹. A este respecto, debería procederse a la coordinación del perfil del contratante y de la PCSP con el Registro de Contratos del Sector Público y correlativos Registros autonómicos, a fin de coordinar la información contenida en ellos y posibilitar un acceso telemático coordinado y bidireccional²²².

En efecto, la posibilidad de descarga de los indicados documentos permitirá su manejo, con el correspondiente control difuso de legalidad, a sujetos expertos, pero no al público en general. Sobre este extremo, cabe indicar que la información contenida en el Registro de Contratos se encuentra a disposición de los órganos de las Administraciones Públicas que lo requieran para el ejercicio de sus competencias, tales como el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de su potestad de fiscalización de la actividad de compra de los entes adjudicadores, o el Gobierno de la Nación, a los efectos de poner en conocimiento de las Cortes Generales un informe sobre la contratación pública en España en el que se analicen los datos que se desprenden del Registro de Contratos del Sector Público. Informe del cual, tras dicha remisión a las Cortes será puesto en conocimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por parte del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Pero también, con las limitaciones propias que puedan derivar directamente de la aplicación del derecho a la protección de datos o de las previsiones sobre confidencialidad de determinados aspectos de las ofertas o los contratos, previstos, entre otros, en el art. 133 de la LCSP, la información del Registro se empleará para nutrir los portales de transparencia que faciliten el acceso público y general de estos datos a través de Internet.

Por ello, consideramos que ha de avanzarse en el sentido de completar materialmente la información disponible en los portales de transparencia, igualándola con la prevista para su publicación en el Registro de Contratos del Sector Público y los perfiles del contratante. Al tiempo que debe hacerse lo propio respecto a la usabilidad e interfaz del Registro y su régimen de disponibilidad de datos. De esta manera, se establecería, sin perjuicio de los Registros de ámbito infraestatal que puedan constituirse, una estructura de información cognoscitiva, en materia de contratación pública, conformada por los

²²¹ GÓMEZ MANRESA, M. F., «La contratación electrónica: Una apuesta del Derecho europeo por la sostenibilidad de la Administración Pública», *Revista Internacional de Derecho Ambiental*, vol. III-8, 2014, pp. 277 a 280.

²²² *Ibid.*, pp. 277 a 280.

portales de transparencia a nivel de Administración, con sus correspondientes poderes y entes adjudicadores, vinculados y por el Registro de Contratos del Sector Público, que permitiría el acceso a este tipo de datos de manera conjunta para todos los entes adjudicadores españoles.

Es lo cierto que como se desprende del art. 333.2 del TRLCSP, la finalidad original de esta herramienta era de carácter cognoscitivo a nivel de control institucional nacional e internacional. Indicaba expresamente el referido precepto que “el Registro de Contratos del Sector Público constituye el sistema oficial central de información sobre la contratación pública en España y, como tal, el soporte para el conocimiento, análisis e investigación de la contratación pública, para la estadística en materia de contratos públicos, para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de España en materia de información sobre la contratación pública, para las comunicaciones de los datos sobre contratos a otros órganos de la Administración que estén legalmente previstas y, en general, para la difusión pública de dicha información, de conformidad con el principio de transparencia”. Del mismo modo, no es menos cierto, como ya se ha tenido ocasión de indicar, que, incorporando las prevenciones adecuadas, las TIC permiten, sin mayor esfuerzo, acoplar a dicho control institucional difuso un control ciudadano de legalidad, igualmente difuso.

No obstante, también ha de reconocerse que la información puesta a disposición a día de hoy²²³, mediante formatos abiertos y reutilizables por parte del Registro de Contratos del Sector Público para todo el público, es excesivamente limitada. Fenómeno que puede desprenderse del hecho de que tales formatos no estaban previstos en el TRLCSP y que la última recopilación de dicha información disponible está referida al año 2018. Es más, en lo que se refiere a las previsiones del RCSP 200 sobre el empleo de la información del Registro para su intercambio entre diferentes organismos públicos, podríamos concluir que, a grandes rasgos, y aun sin hacer remisión directa a las Cortes Generales, se preveía un sistema de intercambio del análisis de los mismos en cierto modo análogo; donde, precisamente, la principal diferencia se encontraba en la fuerte limitación de su acceso general. En este punto, el acceso general solo permitía la consulta de datos de contratos determinados.

Así, las cifras del total adjudicado durante el referido ejercicio 2018, limitadas a los organismos del Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales, Universidades y Mutuas, son las siguientes:

²²³ Fecha de último acceso: 15/01/2021.

Tabla 1:
Totales 2018²²⁴

Abierto	Importe	19.165.342.852	Asoc. para la Innovación	Importe	60.951
	%	69,92%		%	0,00%
Abierto Simplificado	Importe	555.450.738	Concurso Proyectos	Importe	5.506.597
	%	2,03%		%	0,02%
Restringido	Importe	33.884.303	Diálogo Competitivo	Importe	10.826.625
	%	0,12%		%	0,04%
Negociado	Importe	1.844.295.900	Directo	Importe	3.093.614.050
	%	6,73%		%	11,29%
No consta ²²⁵	Importe	2.701.311.143			
	%	9,86%			
Total general	Importe				27.410.293.159
PIB ESPAÑA 2018 ²²⁶	Importe				1.202.193.000.000
Porcentaje sobre el PIB de la contratación Publica %					2,28%

Así las cosas, queda de manifiesto que el volumen de contratación reflejado en dicho servicio de información centralizado, mediante los indicados documentos en formato abierto, presenta importantes deficiencias cualitativas y cuantitativas que conducen a un reflejo de la repercusión de la contratación pública sobre el PIB de nuestro país de tan solo el 2,28% indicado en 2018, cuando la estimación total del peso sobre el PIB nacional de este mercado de la contratación pública oscila entre el 10 y el 20%²²⁷.

Las comunicaciones entre el Ministerio de Hacienda y Función Pública y los poderes adjudicadores se efectuarán por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. Previsión vigente que modifica la regulación anterior del RCSP 2001—arts. 115.2 y .3—donde estas comunicaciones electrónicas por parte de los órganos de contratación presentaban tan solo carácter potestativo, a pesar de que sí estableciera la obligación de que la información suministrada lo fuera en formatos electrónicos. Estas indicaciones de la LCSP y del RCSP son desarrolladas y concretadas por la Orden EHA/1077/2005. En concreto, su art. 3 establece que dicha puesta a disposición en formato electrónico sea canalizada a través del correo electrónico o, en su defecto, por imposibilidad técnica,

²²⁴ Información extraída de la web del Registro Contratos del Sector Público cuyo hipervínculo se ha transcrito en la nota anterior.

²²⁵ Procedimientos comunicados con la categoría "otros" o sin determinar por los órganos de contratación.

²²⁶ Dato obtenido del Instituto Nacional de Estadística a través de la información puesta a disposición a través del siguiente enlace

https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736164439&menu=res ultados&idp=1254735576581. Fecha de consulta 15/1/2021.

²²⁷ E/CNMC/04/18. Radiografía de los Procedimientos de Contratación Pública en España. 7 febrero 2019. P. 3. <https://www.cnmc.es/expedientes/ecnmc00418>

mediante soporte magnético u óptico normalizado. Junto a este Registro a nivel nacional, la LCSP prevé que las Administraciones Públicas de ámbito infraestatal puedan disponer de sus propios Registros de Contratos, en cuyo caso la comunicación de información al Registro de Contratos del Sector Público se podrá realizar mediante la interconexión e intercambio automatizado de información entre este y el Registro correspondiente.

Específicamente, la Orden EHA/1077/2005 contempla que, a los efectos de la remisión electrónica de la información al Registro de Contratos del Sector Público, el Ministerio de Hacienda establezca en su página web una aplicación destinada a tal fin, así como otra destinada a la generación de los documentos que debían ser objeto de comunicación. Herramienta esta última, que podría ser sustituida por cualquier otra cuyo empleo fuera decidido por el órgano de contratación, siempre y cuando se cumpliera o fuera compatible con los formatos y especificaciones del Anexo I de la Orden EHA/1077/2005²²⁸. Por lo que respecta a los ya referidos formatos de los documentos transmitidos, en los que figure la información requerida de los contratos, el meritado Anexo I de la orden describe de manera exhaustiva su estructura y codificación, para lo que se parte de un juego de caracteres: ISO/IEC - 8859 - 1 («latin alphabet – 1») y de un formato: conforme con XML 1.0 (W3C, Recomendación de 4 de febrero de 2004).

En lo que se refiere al contenido y plazos de las comunicaciones, el Anexo I y el art. 31 del RCSP determinan que las comunicaciones por parte de los órganos de contratación se remitan antes de la finalización del primer trimestre del ejercicio siguiente al que corresponda la información. La determinación del ejercicio al que ha de corresponder cada información se hará de acuerdo al año en que se haya producido la adjudicación definitiva del contrato para aquella información de la que se disponga y se desprenda del inicio, tramitación y finalización del procedimiento de licitación. Mientras, el ejercicio *a quo*, para la información indicativa de incidencias posteriores acaecidas durante la ejecución del contrato, será aquel en el que se haya producido cada una de ellas, salvo que el órgano de contratación opte por una comunicación unificada de todas ellas. En este último caso, el ejercicio en cuestión será el que se haya producido la incidencia comunicada más tardía. Finalmente, el importe final del contrato y su extinción corresponderán al ejercicio en el que esta se haya producido. Dichos plazos de comunicación vienen a reducir a la mitad los anteriormente previstos en el RCSP 2001 —art. 115.3 (derogado por la disposición derogatoria única del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo)—, donde, dada la menor implementación (en aquel momento) de soluciones de administración electrónica, el intercambio de información entre los diferentes Registros de Contratos requería de la remisión al titular del Registro estatal

²²⁸ Tales aplicaciones son accesibles en <http://rpc.minhap.es/regcon2/>, donde se establece con carácter abierto el acceso a los esquemas de los documentos en formato “.xml” que son requeridos, junto con las instrucciones para su adecuada cumplimentación.

de la información recabada por los registros de ámbito territorial inferior con periodicidad anual, dentro del primer semestre del ejercicio siguiente al que se halle referida la información. Registro de que era titular la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, equivalente a la actual Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado²²⁹. Para dicha comunicación de información, si bien es cierto que no se requería el empleo de medios de transmisión informáticos, sí se establecía que fuera facilitada en soportes de esta naturaleza. No obstante, dicho progreso en la actualización o transmisión de la información por parte de los órganos de contratación a los correspondientes Registros de Contratos no deja de ser claramente insuficiente dado que la situación actual de la técnica permitiría que los perfiles del contratante, y/o las plataformas en los que aquellos se encuentren alojados, transmitan de manera automática y en tiempo real la información requerida para su inclusión en el Registro de Contratos conforme se disponga de la misma. Así pues, aunque la normativa actual vaya un paso más allá del RCSP 2001, se mantiene el anclaje en ciertas estructuras mentales propias de la administración en papel, como la dificultad de disociar los conceptos de documento y dato. Estas deben ser actualizadas al nuevo contexto establecido por la normativa actual, entre ella la Directiva 2019/1024/UE y su inclusión del concepto de dato dinámico²³⁰.

2. LA PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

La PCSP viene a constituir una “plataforma electrónica” accesible para los interesados mediante un portal único —en palabras del art. 347 de la LCSP— o un “espacio virtual de contacto entre los órganos de contratación del Sector Público y los interesados” —en términos de la Exposición de Motivos de la Orden EHA/1220/2008—, de cuya puesta a disposición se encargará la Dirección General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda y Función Pública, con la finalidad principal de que todos los órganos de contratación del Sector Público puedan dar difusión y alojar, a través de Internet y mediante la necesaria utilización de estándares abiertos y reutilizables —art. 347.8 de la LCSP—, los perfiles del contratante; contando para ello con un sistema de sellado de tiempo que permite acreditar de forma fehaciente el inicio de la difusión pública de la información que se incluya en la misma. Como se ha tenido ocasión de analizar en sede del art. 63 de la LCSP, la agregación de los perfiles del contratante en esta plataforma electrónica —o sus análogas autonómicas— constituye un imperativo legal. Así, aunque en relación a los contratos no SARA el cómputo del plazo para la

²²⁹ Tal equivalencia se prevé expresamente en la Disposición Final Primera del RD 256/2018.

²³⁰ VALERO TORRIJOS, J., «Protección de datos de carácter personal, datos abiertos y reutilización de la información del sector público», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Madrid, Iustel, 2020, p. 439.

presentación de las ofertas se anuda a la publicación en el perfil del contratante —vid. p. ej. Art. 156.6 de la LCSP—, dicha previsión se hace desde la perspectiva de que, en última instancia, la designación de uno u otro elemento constituirá una metonimia del todo o del binomio²³¹ fundamental que conforman. Ello se desprende del art. 39.2.c) de la LCSP donde se contempla como causa de nulidad la ausencia de anuncio de licitación en ese todo o conjunto del perfil más plataforma.

Se aprecia, pues, el carácter esencial o crítico de la PCSP en nuestro país²³², debiendo reforzarse *ad infinitum* todos los sistemas de seguridad y proceder a abordar esta cuestión con una mentalidad abierta en la que la opción más adecuada pasaría no solo por el refuerzo de las barreras del servidor de aquella, sino por acciones de deslocalización de la información en diversas infraestructuras o, incluso, en la utilización de tecnologías de registro distribuido.

El presente estadio de la PCSP representa una evolución de su primera versión, cuya implantación en nuestro ordenamiento jurídico se produjo, bajo la denominación PLACE, ex art. 309 de la LCSP 2007 y, posteriormente, a través del art. 334 TRLCSP²³³, constituyéndose desde el principio como “un portal único de uso obligatorio para los órganos de contratación de la AGE, sus Organismos Autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades Públicas estatales, y cuyo objetivo es dar cobertura a los distintos órganos de contratación del Sector Público”, a fin de que los mismos lleven a cabo la publicación de su perfil del contratante, ofreciendo información sobre sus procedimientos de compra pública y servicios complementarios. Mediante las disposiciones contenidas en la DA Tercera de la Ley 20/2013, la PLACE pasó a tener su denominación actual, amén de introducirse el régimen de publicación general mínima contenido en el tercer párrafo del art. 347.3 de la LCSP sobre el que profundizaremos más adelante, iniciándose de este modo un claro cambio de rumbo respecto de su dinámica inicial²³⁴.

En el ya expuesto contexto terminológico que nos ocupa²³⁵, y siguiendo la distinción señalada por MARTÍN DELGADO entre el elemento material esencial del concepto en

²³¹ Sobre el concepto de binomio conformado por el perfil del contratante y la plataforma de contratación correspondiente, como pieza central del sistema de contratación pública español, véase, MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», cit., p. 1983.

²³² GIMENO FELIÚ, J. M., «Administración electrónica, transparencia y contratación pública: algunas propuestas de reforma», cit., p. 315.

²³³ Precepto que responde en su origen a la recomendación contenida en Centro de Publicaciones del Ministerio de Economía y Hacienda, Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, Madrid, 2004

²³⁴ GIMENO FELIÚ, J. M., «Unidad de mercado y Contratación Pública: redefiniendo los perfiles del contratante», *Observatorio de la Contratación pública*, 2013.

²³⁵ Vid. epígrafe II.1 del presente capítulo.

cuestión —contenido o información— y los elementos tecnológicos que le dan soporte —portal y dirección electrónica correspondientes—²³⁶, la PCSP se instituiría en un conjunto de perfiles del contratante a los que se da soporte técnico y acceso mediante una dirección electrónica y un portal de Internet relacionados, todos ellos, con un único dominio²³⁷, y a los que se ofrece, por parte del titular de este, una serie de servicios relativos a los procedimientos de compra pública, tales como el sistema de buscador y filtrado de licitaciones, de alertas, de identificación electrónica, de presentación de ofertas, de avisos y comunicaciones entre operador económico, entre otros. El desarrollo reglamentario previsto en el art. 347.7 de la LCSP, en cuanto a las especificaciones técnicas relativas a la operación y utilización de los servicios prestados por la PCSP, ha sido efectuado a través de la Orden EHA/1220/2008, siendo de destacar que, al hilo de estos servicios, parte de la doctrina pone de manifiesto, como es el caso de MORCILLO MORENO, que los mismos presentan una situación de infrautilización al definirlos la PCSP “básicamente” como “un instrumento de publicidad a través del cual, exclusivamente por Internet, los órganos de contratación difundirán la información y documentos relativos a su actividad contractual”²³⁸.

De manera adicional, respecto de los perfiles del contratante que se hallen fuera de dicho conjunto, la PCSP se instituirá en un punto de acceso, tanto a nivel general como específico, de las diversas licitaciones que puedan ser objeto de publicidad en aquellos.

El acceso a la información será completamente libre, mientras que el sistema de identificación de los operadores económicos, para poder acceder a los servicios de licitación comunes para todos los perfiles del contratante alojados, seguirá diversos sistemas de identificación, desde la firma electrónica simple hasta la utilización de certificados digitales avanzados basados en certificados cualificados. Es decir, se seguirá una dinámica de diversidad similar a la expuesta respecto de los perfiles del contratante²³⁹, manteniéndose su naturaleza en la de *tertium genus* cuando se refiere a portal institucional y sede electrónica²⁴⁰, donde en algunas de sus secciones se mantendrá o predominará una naturaleza o requisitos propios de portal institucional, en otras de punto de acceso y, en otras, de sede electrónica.

El desarrollo inicial de esta plataforma fue efectuado entre los años 2016 a 2019, ascendiendo su coste a 5.894.045 euros. Su mantenimiento anual representa unos

²³⁶ Vid. epígrafe III del presente capítulo.

²³⁷ En este punto, la Exposición de Motivos de la Orden EHA/1220/2008 se refiere a la información de la PCSP como accesible “a través de un portal único”.

²³⁸ MORCILLO MORENO, J., «Brecha digital y contratación pública», cit., p. 254.

²³⁹ Ibid., p. 256.

²⁴⁰ MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», cit., p. 1971.

800.000 euros, aproximadamente, sin repercusión de coste alguno para las entidades no estatales adheridas ni para los operadores económicos²⁴¹.

La LCSP prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla puedan establecer, dentro de sus respectivos ámbitos territoriales, sus propias plataformas similares a la PCSP. Ámbito de contratación pública por parte de entes adjudicadores vinculados a Administraciones infraestatales que presenta un importante y mayoritario alcance en la práctica. Específicamente, la Comisión Europea señaló, ya en 2012, que el 87 % de la contratación pública en España era realizada por entidades no estatales²⁴², a lo que se unen las estimaciones de la OIRESCON, referidas al año 2017, por las que se determina que el 85,36 % de los contratos celebrados en España lo han sido por entidades no estatales —un 50,67 % por entidades autonómicas y un 34,69 % por entidades locales—²⁴³. El porcentaje más alto de toda la UE.

En caso de verificarse la puesta en funcionamiento de las plataformas autonómicas, estas deberán alojar los perfiles de contratante de sus organismos y entidades vinculadas, o dependientes, de manera obligatoria. De este modo, tales perfiles del contratante se gestionarán y difundirán, exclusivamente, a través de la correspondiente plataforma. Tales plataformas autonómicas deberán cumplir con las mismas características de funcionamiento antes expresadas respecto de la PCSP. Del mismo modo, en el caso de estas plataformas autonómicas, se producirá la misma asociación, antes mencionada, de perfil más plataforma, a los fines de los principales efectos derivados legalmente de la obligación de la difusión de la información por parte de los entes adjudicadores. Ahora bien, ha de resaltarse que se añade un matiz importante, puesto que el art. 347.3 de la LCSP, en su tercer párrafo, indica que: “en cualquier caso, e independientemente de la opción elegida por las Comunidades Autónomas o las Ciudades Autónomas [...] estas deberán publicar, bien directamente o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información, en el caso de que contaran con sus propios servicios de información, la convocatoria de todas las licitaciones y sus resultados en la Plataforma de Contratación del Sector Público”. Es decir, en el caso de emplearse perfiles alojados en una plataforma distinta a la PCSP, deberá publicarse por interconexión, el anuncio de licitación y de adjudicación en esta última²⁴⁴.

²⁴¹ MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», cit., p. 46.

²⁴² Comisión Europea, e-Procurement Uptake. Final Report, 2015, pp. 22 y 23.

²⁴³ Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, Informe anual de supervisión de la contratación pública de España, 2019, p. 21.

²⁴⁴ Por aplicación analógica de lo establecido por la STC 237/2015, de 19 de noviembre, rec. 6720/2011 respecto a la publicación en los Boletines Oficiales, debe concluirse que la publicación por interconexión en la PCSP también constituirá un mandato de carácter básico.

El incumplimiento de esta disposición no se contempla como causa de nulidad²⁴⁵ en el art. 39.2 de la LCSP, ni como causa de anulabilidad en el art. 40 del mismo texto legal. Por ello, es necesario acudir a la Ley 39/2015, alcanzándose una conclusión similar a la indicada anteriormente respecto de la falta de los formatos abiertos y reutilizables. Así, en nuestra opinión, la falta de dicha interconexión podría acogerse a la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.a) de la Ley 39/2015 en relación con el art. 14 CE²⁴⁶, toda vez que al hurtar el reflejo de la información básica de un procedimiento de licitación del portal de Internet, destinado a su sistematización y acceso a nivel nacional, se podría concluir inductivamente la vulneración del derecho a la igualdad de trato, no discriminación y libre concurrencia de una pluralidad de operadores económicos de otras Comunidades Autónomas o de otros Estados miembros. A lo que, subsidiariamente, cabría añadir que provocaría la incursión del procedimiento de licitación en causa de anulabilidad²⁴⁷, en tanto en cuanto supone el incumplimiento y total ausencia de un elemento previsto legalmente como integrante del contenido material del procedimiento de licitación, directamente ligado a posibilitar la participación de los operadores económicos. Desde nuestro punto de vista, esta ausencia no es un mero incumplimiento formal. Como señalábamos anteriormente, con apoyo en lo indicado por MARTÍN DELGADO, el perfil del contratante, la PCSP o la plataforma, en última instancia, no es un conglomerado de portales de Internet y/o de direcciones electrónicas, sino que representan un conjunto de información. Así pues, la inexistencia de hipervínculo e identificación de un anuncio de licitación en la PCSP no conduciría al defecto de un enlace electrónico, sino a la carencia misma de la información de esta PCSP a la que como mínimo, toda licitación del Sector Público español debe dar lugar. Resulta de interés, en este punto, la consideración efectuada por el TJUE, acerca de la naturaleza de las plataformas electrónicas de contratación, por la que se señala que las mismas constituyen una herramienta esencial conectada al ejercicio de funciones públicas, y no meramente a su actuación, dentro de la actividad económica²⁴⁸.

No obstante, en el supuesto de que el incumplimiento a que nos venimos refiriendo, publicación por interconexión del anuncio de licitación y de adjudicación en la PCSP caso de emplearse perfiles alojados en una plataforma distinta, no implicara su nulidad de pleno derecho en los términos del art. 47.1.a) de la Ley 39/2015, sino la anulabilidad de los puntos 1 o 2 del art. 48, en la práctica esta consideración de anulabilidad y no de

²⁴⁵ MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», cit., p. 1933.

²⁴⁶ A favor de la nulidad, pero en virtud de haber prescindido del procedimiento legalmente establecido véase GIMENO FELIÚ, J. M., «La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia», *Observatorio de la Contratación pública*, 2014 pp. 3 y 4.

²⁴⁷ A favor de esta tesis, véase DE JUAN CASERO, L. J., «Perfil del contratante y Plataforma de contratación del sector público», cit. pp. 4 y 5

²⁴⁸ STJUE, Sala Quinta, de 7 de noviembre de 2019, asunto C-687/17/P, par. 17 a 19.

nulidad no tendría relevancia alguna. En efecto, si este incumplimiento pudiera considerarse como una simple ausencia de un punto de acceso respecto de una información que obra efectivamente en la correspondiente plataforma autonómica, no podría negarse que inductivamente se estaría sustrayendo a las publicaciones en cuestión el alcance o fin que, en virtud de la LCSP, le es propio: la exigencia de la transmisión de información a nivel nacional o europeo y no solo regional.

Por ello, dada la generalidad de los principios y preceptos a aplicar que permiten considerar que se trata de la causa de nulidad del art. 47.1.a) de la Ley 39/2015 pero que también se han interpretado para situaciones similares en las que no existe tal nulidad²⁴⁹, y la insuficiencia del instituto de la nulidad para este tipo de incumplimientos, como se ha tenido tiempo de apuntar anteriormente, consideramos que sería deseable la mención en el art. 39.2.a) de la LCSP, no solo de los medios de publicidad preceptivos, “de conformidad con el artículo 135”, sino también, de conformidad con el art. 347.3.III.

En este sentido, cabe indicar que el párrafo tercero del art. 347.3 de la LCSP no se refiere directamente al anuncio de licitación, sino a “la convocatoria de todas las licitaciones”. Ello implica que, además del referido anuncio, existirán casos en los que la obligación de publicación indirecta o por hipervínculo alcanzará a los anuncios de información previa. Como norma general y *stricto sensu*, la convocatoria se producirá con plenos efectos desde que se lleve a cabo el anuncio de licitación abriéndose entonces el plazo para la presentación de ofertas. No obstante, es lo cierto que el anuncio de información previa puede tener un efecto directo en la duración de los plazos para la presentación de las ofertas, existiendo, incluso, la posibilidad de llevar a cabo un anuncio de información previa en sustitución de un anuncio de licitación. Así pues, entendemos que en ambos casos no podrá negarse la condición del anuncio de información previa en cuestión como elemento integrante de la convocatoria del procedimiento de licitación, sin perjuicio de que dicha convocatoria se efectúe por medio de fases sucesivas.

Fuera de estos casos, los anuncios de información previa deben considerarse solo como manifestaciones del procedimiento de preparación del contrato, sin que, ni siquiera de manera parcial, puedan ser considerados, en sentido estricto, como parte de su convocatoria.

Ahora bien, lo anterior no impide considerar que el conocimiento de un anuncio de información previa permitirá a los operadores económicos la obtención de una importante y valiosa información, con independencia de su influencia directa en la tramitación del posterior procedimiento administrativo. Como se infiere del art. 28.4 de la LCSP, sobre el que se profundizará en el epígrafe II del capítulo tercero, estos anuncios de preinformación facilitan la posibilidad de realizar las actuaciones de preparación que se puedan considerar oportunas a los efectos de situarse en una mejor posición a la hora de concurrir a una futura licitación. En consecuencia, excluir estos

²⁴⁹ Vid. RTACRC 119/2016, de 12 de enero, FD Séptimo.

anuncios del ámbito de aplicación de la publicación indirecta a la que se refiere el art. 347.3.III de la LCSP, podría ser contrario a los propios principios y objetivos que justifican la existencia del propio precepto.

A nuestro entender, menor relevancia presenta el párrafo cuarto del art. 347.3 de la LCSP respecto de la difusión a nivel nacional y europeo, por el que se establece la determinación expresa de que en el caso de la existencia de discrepancias entre la información que figure en una plataforma autonómica y la PCSP deberá “prevalecer” la información contenida en el sistema de información autonómico. Decisión que ha de considerarse lógica, más allá de las responsabilidades patrimoniales que, eventualmente, se pudieran derivar contra la Dirección General de Patrimonio del Estado, responsable de la PCSP —p.ej. al no permitir el correcto funcionamiento del buscador y sistematizador de información—, dado que la PCSP actúa como punto de acceso de la plataforma autonómica, siendo el contenido esencial de la primera al respecto el hipervínculo o expresión de la dirección electrónica por el que se podrá acceder a la sección correspondiente de la segunda.

De otro lado, en el caso de las Comunidades y Ciudades Autónomas que no establezcan sus propias plataformas de contratación, se deberá proceder al alojamiento de sus correspondientes perfiles del contratante en la PCSP, pudiendo utilizar todos los servicios que ofrezca la misma, así como participar en su gestión en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezcan y de acuerdo con los convenios que a tal efecto se suscriban entre el Ministerio de Hacienda y Función Pública y el órgano de Gobierno de la respectiva Comunidad o Ciudad Autónoma. Actualmente, han alojado sus perfiles del contratante en la PCSP un total de 17.484 poderes adjudicadores²⁵⁰, lo que supone un fuerte incremento sobre el número de estos entes en 2015, cuando la PCSP contaba con alrededor de 4.000 perfiles alojados²⁵¹, e incluso respecto de 2018, momento en el que contaba con 5.289 perfiles del contratante alojados²⁵².

Mediante la regulación expuesta, la LCSP procura evitar una estructura del sistema en isla o centralizada, abogando, como en el caso italiano, por un *sistema a rete* o policéntrico ²⁵³, en el que el nivel de fragmentación máximo será el de las Administraciones autonómicas. En efecto, respecto de las entidades locales, el art. 347.3 de la LCSP, en su último párrafo, viene a establecer que sus órganos de contratación, así como los de sus entidades vinculadas o dependientes, podrán optar, de forma

²⁵⁰ MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», cit., p. 46

²⁵¹ PALOMAR OLMEDA, A., «Marco general de la utilización de medios tecnológicos en la contratación administrativa», cit., p. 179.

²⁵² Información ofrecida por el Ministerio de Hacienda y disponible en https://administracionelectronica.gob.es/ctt/place/infoadicional#.X3X_ZGgzaUk. Fecha de consulta 15/1/2021.

²⁵³ GUERRA, M. P., «Dalla spending review a un “sistema” del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti tra centralizzazione e policentrismo», cit., pp. 19 y ss.

excluyente y exclusiva, bien por alojar la publicación de sus perfiles de contratante en la Plataforma de Contratación de la Comunidad Autónoma de su ámbito territorial, o por alojarlos en la PCSP²⁵⁴. Se veda, en consecuencia, la posibilidad de establecer plataformas de contratación a nivel de municipio o provincial, sobre la base de las Diputaciones Provinciales, poniéndose coto, de este modo, a la extensión policéntrica de nuestros sistemas de publicidad en materia de contratación pública, pasando de contar con cuatro niveles en potencia: estatal, autonómico, provincial y municipal²⁵⁵, a solo los dos primeros.

Con esta reducción de los posibles polos de información contractual operativa y de servicios de licitación, junto con el sistema centralizado de publicación indirecta de las convocatorias de las licitaciones de todos los entes del Sector Público español, se trata de conjugar, a un tiempo, el respeto a la autonomía y autoorganización de las Administraciones territoriales infraestatales con un sistema de información operativo en materia de compra pública libre de sesgos informativos, en función de la procedencia geográfica de los operadores económicos. Sesgo que supondría un perjuicio especialmente significativo respecto de las Pymes y de los operadores económicos de otros Estados miembros.

Esta tendencia de agrupación de unos puntos de información sobre los procedimientos de contratación pública, basados exclusivamente en la figura del perfil del contratante, fue aplaudida desde un inicio por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la que vino a afirmar que este tipo de plataformas, sin necesidad de alcanzar su unicidad, al agregar diversos perfiles del contratante, evitan una “dispersión de información” que lleva aparejada “una dificultad de identificación y acceso”²⁵⁶, al tiempo que se contiene la “fragmentación tecnológica del mercado de la contratación pública”²⁵⁷ dada la

²⁵⁴ La remisión de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley foral 2/2018, de 13 de abril de contratos públicos de Navarra a su artículo 4, podría llevarnos a concluir que se veda a las entidades locales navarras a adherirse a la PCSP. Esta imposición parece cuestionable en los términos de autonomía y autoorganización que son analizados en el presente epígrafe. Igualmente, dado el carácter básico del art. 347, establecido sobre la base del art. 149.1.18 CE, no parece que la indicada interpretación fuera conforme a nuestro contexto constitucional.

²⁵⁵ Sobre ello, resulta de interés lo indicado en su día por el Informe 72/2008, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por el que se venía a señalar que: “[...] De ahí que, sin perjuicio de que cada órgano disponga de su propio perfil, este se sitúa físicamente en una plataforma común, que puede estar situada a nivel estatal, autonómico, provincial o municipal”. Tras lo que se viene a añadir que: “Por lo expuesto, la Junta Consultiva Administrativa entiende que la organización interna de la difusión de la información sobre los contratos establecida en la Ley de Contratos del Sector Público en las Corporaciones Locales ha de ser ejercida por cada una de ellas ya sea adhiriéndose a una plataforma concreta de ámbito territorial superior o estableciendo una propia en la que tendrán cabida los diferentes perfiles de cada uno de los diferentes órganos de contratación de la misma”.

²⁵⁶ Informe número 72/2008, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, p. 2.

²⁵⁷ Término empleado con enorme precisión en GALLEGO CÓRCOLES, I., «Breves notas sobre el uso de medios electrónicos en la contratación pública», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Madrid, INAP, 2017, p. 327.

traslación de decenas de miles de perfiles del contratante a “solo” diecinueve —veinte contando el estatal— polos de desarrollo potencialmente independientes, autónomos o cuyo desarrollo estará “protegido” por su capacidad de autoorganización²⁵⁸.

Aun así, es lo cierto e inevitable que dicha estructura policéntrica conllevará la imposibilidad de mantener una total homogeneidad en nuestro mercado nacional de la contratación pública cuando se efectúe el “salto” desde las operaciones de obtención de información operativa, por parte de los operadores económicos, a aquellas otras destinadas a participar en los procedimientos de licitación. Es decir, el aplicativo al que puedan dar lugar las diversas plataformas diferirá en esta subsiguiente fase de la actuación de los operadores económicos. Siendo necesaria, a los efectos de contener, armonizar o compatibilizar estas diferencias, la adopción de medidas de coordinación o cooperación que traten de evitar un comportamiento completamente ajeno de cada plataforma, respecto de la estructura presentada por el sistema nacional de compra pública considerado en su conjunto. Es decir, será necesario que estas plataformas presenten cierto nivel de interoperabilidad en su vertiente *ad extra* o relativa a la interacción con los administrados, como extremo fundamental que les permita “relacionarse con un solo interlocutor, sin peregrinar de uno a otro portal, del modo más accesible y seguro posible”²⁵⁹. Simultáneamente, debe tenerse en cuenta que dicha interoperabilidad será necesaria a los efectos de que la pluralidad de plataformas no implique una excesiva dificultad de acceso a la información pública por parte de los ciudadanos, así como de la labor de auditoría de los órganos de control, derivada fundamentalmente de una estructuración heterogénea de los datos y documentos, que dificulte la utilización, consulta y tratamiento de datos abiertos y reutilizables, existentes en diversas ubicaciones electrónicas, de manera automatizada²⁶⁰.

A la vista de todo lo anterior, la PCSP deviene en un “nodo informativo central” que actúa como “plaza” donde será posible poner en contacto a los oferentes y demandantes del mercado de la contratación pública²⁶¹; sin que ello implique su institución en un nodo central de licitación, pero que no impide que nos encontremos con una importante herramienta de interoperabilidad entre todos los poderes adjudicadores estatales²⁶², por

²⁵⁸ Escenario que ahora sí, podría resultar manejable para los operadores económicos, como se señala en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del “big data”», cit., p.112.

²⁵⁹ MORCILLO MORENO, J., «Brecha digital y contratación pública», cit., p. 271.

²⁶⁰ MARTÍN DELGADO, I., «Presentación», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, p. 15.

²⁶¹ PALOMAR OLMEDA, A., «Marco general de la utilización de medios tecnológicos en la contratación administrativa», cit., p. 195.

²⁶² Según los datos ofrecidos por el Ministerio de Hacienda, disponibles en https://administracionelectronica.gob.es/ctt/place/infoadicional#.X3X_ZGgzaUk, el número de perfiles del contratante de la AGE o dependientes o vinculados a esta era de unos 1350. Fecha de consulta 15/1/2021.

cuanto se establece como un medio de creación de perfiles del contratante en base a unos mismos estándares, y de acceso a la información incluida en todos ellos de manera unificada e indexada. Lo que, en última instancia, facilitará el acceso de los operadores económicos a los poderes adjudicadores, en la línea de lo predicado por la Exposición de Motivos de la Orden EHA/1220/2008²⁶³. Efecto extensible de manera significativa mediante técnicas de cooperación y la firma del correspondiente convenio²⁶⁴.

GIMENO FELIÚ se muestra especialmente crítico con el sistema elegido por el Estado para el desarrollo de la PCSP, así como por las CCAA que han optado por la creación de sus propias plataformas de contratación²⁶⁵. En efecto, el indicado autor pone de relieve que dicha opción de desarrollo para este tipo de medios electrónicos genera la “imposición” de una única solución tecnológica. Este efecto sería contrario a derecho al ser susceptible de generar un monopolio público, no previsto legalmente, del que se desprendería un falseamiento de la competencia al excluir de este ámbito la iniciativa privada y conculcando, en consecuencia, el art. 128.2 CE y la Ley de la Defensa de la Competencia²⁶⁶. Es más, este modelo conduciría a invadir las competencias de otros niveles territoriales mediante efecto del denominado *spending power*, en virtud del cual, la generación y financiación del instrumento en cuestión y la posterior adhesión de entes adjudicadores no estatales o no autonómicos, vendría a influir de manera decisiva sobre la autoorganización y autonomía de diseño de sus propios servicios electrónicos. De manera simultánea, se extendería de manera homogénea a todos los niveles territoriales una solución propia y pensada para uno de ellos, pero que podría no resultar adecuada a las especiales características de los demás. En términos más precisos, se procedería a “congelar” la solución del nivel territorial que genera la herramienta para todos ellos. Congelación, de la que resultaría la imposición de idénticas soluciones de licitación para todos los entes adjudicadores cuando ello podría ser ineficiente y dar lugar a una burocratización indebida de los procedimientos.

Finalmente, este modelo que es contemplado como una “práctica de uniformización administrativa”, presentaría como patologías asociadas la generación de un riesgo innecesario y el establecimiento de la plataforma en cuestión como una infraestructura crítica al producir una fuerte concentración de información pública sensible; así como un sistema ineficiente, contrario al principio constitucional de eficiencia —art. 31 CE—, en tanto en cuanto los gastos desprendidos de su funcionamiento podrían reducirse

²⁶³ GARCÍA JIMÉNEZ, A., «El perfil del comprador europeo: una forma de innovar en contratación pública», *Revista de administración pública*, vol. 192, 2013 p. 387.

²⁶⁴ GARCÍA ATIENZA, A., «E-Procurement: Una ventana a la transparencia», en *La Regeneración del sistema: Reflexiones en torno a la calidad democrática, el buen gobierno y la lucha contra la corrupción*, Valencia, AVAPOL, 2015 p. 201.

²⁶⁵ GIMENO FELIÚ, J. M., «Administración electrónica, transparencia y contratación pública: algunas propuestas de reforma», cit., pp. 314 y 315.

²⁶⁶ En refuerzo de este posicionamiento, GIMENO FELIÚ refiere lo señalado en Autoridad Vasca de la Competencia, Resolución de 11 de noviembre de 2015. Expediente 7/2013, por la que se sanciona a organizaciones públicas por la utilización indebida de los encargos a los medios propios.

considerablemente mediante el recurso a soluciones negociadas por los operadores económicos en los mercados privados, las cuales, a su vez, evitarían que el desarrollo efectuado por el ente territorial correspondiente generara respuestas rígidas debido a los estándares exigidos para su funcionamiento. Efecto este último que limitaría la interoperabilidad o interconexión con otras plataformas, especialmente las existentes en otros Estados miembros, y sus consiguientes efectos negativos en la competencia competitiva a nivel europeo y nacional.

En definitiva, lo que subyace en el análisis expuesto es una argumentación favorable (al menos desde un punto de vista de oportunidad y de legalidad) respecto de uno de los modelos de impulso de la contratación electrónica: la externalización del diseño de sistemas de contratación pública electrónica, a pesar de que junto a este sistema de implementación de soluciones de compra pública electrónica encontramos otros dos: (i) la utilización de agencias con infraestructuras tecnológicas y programas de formación específicos y (ii) el modelo basado en empresas públicas que actúan como entidades privadas que prestan servicios de contratación electrónica²⁶⁷. Este modelo, basado en la externalización del diseño de sistemas de contratación pública electrónica, se articularía sobre la base de contratos suscritos con los prestadores de aquellos.

Sin embargo, y sin perjuicio de estar de acuerdo con el contenido de los considerandos 19 de la Decisión 1720/1999/CE y 25 de la Decisión 2004/387/CE, donde se indica que “la adopción de una filosofía de mercado constituye el mejor medio de lograr la eficacia en función del coste, la capacidad de respuesta, la flexibilidad y la capacidad de adaptación a los cambios tecnológicos en la implantación y explotación de ese tipo de redes lo que implica la selección de proveedores sobre una base competitiva, en un entorno de pluralidad de proveedores”²⁶⁸; también hemos de coincidir con MARTÍN DELGADO en que ninguno de los tres modelos presenta una clara ventaja sobre los otros, puesto que cada uno de ellos presenta su propia retahíla de ventajas e inconvenientes²⁶⁹.

Podría destacarse en este punto, cómo el sistema de base privada promulgado para el desarrollo de herramientas electrónicas de contratación pública requerirá de las prevenciones adecuadas para garantizar la interconexión de la solución comprada por un determinado organismo con el resto de sistemas de administración electrónica empleados a nivel nacional y europeo, así como la generación de una cautividad tecnológica del ente de que se trate. Cuestión que no es baladí, toda vez que estos han sido los principales problemas manifestados por el modelo portugués, basado en un modelo de gestión completamente externalizado de compra pública electrónica. En este

²⁶⁷ HAIM FARIDIAN, P., «Innovation in Public Management: Is Public E-procurement a wave of the Future? A theoretical and Exploratory Analysis», *International Journal of Public Administration*, vol. 38, 2017, p. 656.

²⁶⁸ Aunque ambos considerandos se pronuncian en el mismo sentido, se ha transcrito la redacción de la Decisión 1720/1999/CE.

²⁶⁹ MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», cit., pp. 43 a 46.

sentido, ASSIS RAIMUNDO ha puesto de manifiesto con todo detalle en el I Congreso Innovap, que la libertad de elección de las plataformas electrónicas por parte de los órganos de contratación para el desarrollo de sus procedimientos de compra pública, incluidos los servicios de certificación, genera incumplimientos en la práctica al presentar insuficiencias en los logros efectivos de interoperabilidad de las plataformas certificadas, con los consiguientes problemas en el intercambio de la información. Problemática, cuya posible solución por parte de los poderes públicos se ve complicada por la generación de un mercado de la contratación pública en este sector con un marcado carácter de monopolio bilateral²⁷⁰, donde el poder negociador de los operadores económicos tensiona la dirección del funcionamiento del sistema en busca de su propia rentabilidad económica y en detrimento, si es necesario, de la obtención de la gratuidad, la disponibilidad y el libre acceso²⁷¹.

Por su parte, en relación a los inconvenientes destacados respecto del sistema de desarrollo propio por parte de los poderes públicos de su equipamiento tecnológico, nos encontraríamos con que el citado monopolio público, o desarrollo mediante medios propios de la correspondiente plataforma de contratación, no respondería al capricho de la Administración correspondiente de inmiscuirse en una actividad económica privada, sino a una respuesta al mandato de las directivas de cuarta generación, en virtud de las cuales, tales plataformas, más allá de sitios *web* establecidos para el intercambio de anuncios y notificación, deberán constituir estructuras que den soporte a sistemas de licitación electrónica. Mandato cristalizado en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 12.1 de la Ley 39/2015, sin que en dicho artículo se predetermine si su cumplimiento por parte de las Administraciones ha de hacerse por medios propios o mediante el recurso a los mercados privados. Igualmente, quedaría en entredicho la predeterminación de la existencia de un monopolio público en función de la forma en que ha sido desarrollada la PCSP, porque es lo cierto que de la LCSP no se desprende deber alguno de los entes autonómicos y locales de adherirse a la misma, al tiempo que no resulta de aplicación en materia de contratación la DA 2ª de la Ley 39/2015.

Así las cosas, no podemos compartir el criterio de que la existencia de la PCSP constituye un centro de gravedad que condiciona irremediabilmente la decisión de los entes adjudicadores de otros niveles territoriales, ya que como pone de manifiesto la existencia de plataformas propias en autonomías de diversa configuración, tales como Andalucía, Cataluña, Galicia, La Rioja, Madrid, Navarra y País Vasco, la adhesión o no a la PCSP es fruto de una ponderación de los niveles autonómicos entre tres principales opciones, todas ellas igualmente válidas para el cumplimiento del mandato general del art. 12 de la Ley 39/2015: el desarrollo por medios propios de una plataforma de

²⁷⁰ Sobre la estructura, funcionamiento y peculiaridades de este tipo de mercados de la contratación pública nos remitimos a trabajos previos que exceden del objeto del presente.

²⁷¹ Intervención debidamente documentada en MEDINA ARNÁIZ, T., «Conclusiones del I Seminario de expertos Innovap-CLM», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, p. 320.

contratación, la contratación de tales servicios en el mercado privado o la adhesión a la solución puesta su disposición por el Estado, en clara realización, en este último caso, de una actividad de cooperación de la que se derivan economías de escala a nivel organizativo.

En consecuencia, creemos que los datos parecen indicar que la extensión del uso de la PCSP en otros ámbitos territoriales no es fruto del indicado *spending power*, sino de unos resultados de funcionamiento y condiciones de puesta a disposición que han convencido a un amplio segmento de sectores subcentrales.

Es más, dicha cooperación del Estado con otras Administraciones territoriales no es fruto únicamente de su voluntad generosa, sino de un mandato legal contenido en el art. 157 de la Ley 40/2015, por el que se insta a que todas las Administraciones deban poner a disposición de las demás las aplicaciones por ellas desarrolladas o, en general, de cualesquiera soluciones de cuyos derechos de propiedad intelectual dispongan. A lo que se une la necesidad de que estas otras Administraciones deban consultar en el directorio general de aplicaciones disponibles la existencia previa, con posibilidad de reutilización, de soluciones que puedan satisfacer total o parcialmente sus necesidades²⁷². Precepto confirmado por el Tribunal Constitucional²⁷³, aunque sujeto a interpretación conforme, en el sentido de que el mismo debe entenderse como referido a un deber de consulta y justificación y no a un poder de control y supervisión por parte de la AGE, de manera análoga a la interpretación conforme recibida por la DA 2ª de la Ley 39/2015. Interpretación del Tribunal Constitucional junto a la que debemos recordar el ya referido criterio del TJUE por el que se señala que la plataforma destinada a la publicidad de la actividad contractual y a la presentación de las ofertas se encuentra fundamentalmente conectada al ejercicio de funciones públicas, más que al desarrollo de una actividad económica de metacontratación por parte de los entes adjudicadores.

Es por ello que el efecto o congelación que se pueda provocar del *modus operandi* estatal en otros ámbitos territoriales no derivará de una imposición indirecta desde dicho estamento, sino de la decisión política de que ello constituye la opción más adecuada para sus intereses desde el punto de vista de estos últimos; al tiempo que la medida del art. 157 de la Ley 40/2015 no respondería a un efecto de *spending power* central, sino a una solución *spending review* que ni siquiera se adoptaría como medida de coordinación, sino de cooperación y que, a la vista de las cifras de su coste de

²⁷² Ejemplo de la eficacia de este precepto lo encontramos en la puesta a disposición de la herramienta tecnológica que da soporte a la actividad electrónica de la Central de Compras de la Diputación de Castellón a favor de la homóloga de la Diputación de Burgos. Vid. PEÑA ALONSO, J., «La Central de Contratación de la Diputación de Burgos. Experiencia práctica en la gestión de acuerdos marco y la licitación electrónica de contratos menores», cit., p. 182. Dicho precepto cuenta con disposiciones análogas en otros países como el art. 69 del d.lgs. 82/2005, de 5 de marzo —CAD— italiano, con la particularidad de que, en este caso, la cesión habrá de ser gratuita.

²⁷³ Vid. STC 132/2018, de 13 de diciembre, rec. 3774/2016, FD Sexto.

implantación y de mantenimiento anual indicadas en el presente epígrafe, parecen eficaces.

3. REGISTRO OFICIAL DE LICITADORES Y EMPRESAS CLASIFICADAS DEL SECTOR PÚBLICO

El ROLECSP constituye un registro dependiente del Ministerio de Hacienda y Función Pública cuya llevanza corresponde a los órganos de apoyo técnico de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Su objeto lo constituye la inscripción de los operadores y de los datos de los mismos “que resulten relevantes para acreditar las condiciones de aptitud de los empresarios para contratar con las Administraciones Públicas y demás organismos y entidades del Sector Público, incluidas las facultades de sus representantes y apoderados, así como la acreditación de todo ello ante cualquier órgano de contratación del Sector Público” —art. 337.1 de la LCSP—. Está previsto legalmente que despliegue eficacia general en toda España, de manera que sus efectos acreditativos deberían ser operativos, sin distinción alguna y con la misma eficacia, respecto de todos los órganos de contratación del Sector Público. —art. 340.3 de la LCSP—.

Este registro alcanzó una fuerte proyección con la entrada en vigor de la LCSP. Uno de los principales motivos se encuentra en el art. 159.4.a) de la LCSP, por el que se establece que la inscripción en el ROLECSP —que no la clasificación de la empresa respecto de su solvencia técnica— será un elemento preceptivo para la participación en los procedimientos abiertos simplificados²⁷⁴. Dicho incremento sobrevenido de la proyección y difusión del ROLECSP, como instrumento útil entre los operadores económicos, produjo un fenómeno descrito por la Junta Consultiva de Contratación Pública como un “ingente número de solicitudes” que no podían ser atendidas en tiempo, provocando que una pluralidad de operadores económicos no pudieran licitar en procedimientos abiertos simplificados, aun “habiendo sido diligentes en sus solicitudes [...] por razones que les resultan completamente extrañas”²⁷⁵. Constatación de la circunstancia acaecida en los primeros meses de vigencia de la LCSP que llevó a

²⁷⁴ JOSÉ HIERRO, M., «Inscripción obligatoria en el Registro de Licitadores: «vuelva usted mañana»», *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, 2018, fecha de consulta, 5/1/2021, en <https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDA0NzQ3MrBUK0stKs7Mz7M1MjCOMLA0MgMJZKZVuuQnh1QWpNqmJeYUpwIASSST4jUAAA A=WKE>. Como se analiza en profundidad en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «¿Estar inscrito en el ROLECSP para participar en un procedimiento abierto supersimplificado?», *Observatorio de Contratación Pública*, 2018, fecha de consulta en <http://www.obcp.es/opiniones/estar-inscrito-en-el-rolecsp-para-participar-en-un-procedimiento-abierto>; esta obligación de inscripción en el ROLECSP no se hará extensiva al procedimiento abierto simplificado sumario previsto en el art. 159.6 LCSP, toda vez que en los mismos no será precisa la demostración de solvencia alguna.

²⁷⁵ Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública de 24 de septiembre de 2018.

la JCCP a recomendar la no aplicación del art. 159.4.a) hasta que el ROLECSP consiguiera normalizar la gestión de las numerosas solicitudes pendientes de inscripción, “lo que previsiblemente sucederá en un lapso de tiempo necesariamente breve”. Es cierto que en la actualidad dicha situación transitoria de anormalidad ya ha sido superada, siendo en la práctica dicha inscripción relativamente rápida y pudiendo tramitarse en lapso de una semana. Si bien, no es extraño encontrar párrafos de carácter atávico en los pliegos de contratación de diversos poderes adjudicadores en los que se sigue haciendo mención a esta circunstancia²⁷⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, la propia LCSP prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan constituir registros análogos propios, cuyo alcance o eficacia de acreditación se verá limitado respecto de “los órganos de contratación de la propia Comunidad Autónoma, de las entidades locales de su ámbito territorial, y de los organismos y entidades dependientes de unas u otras” —art. 341.3 de la LCSP—. De otra parte, también se prevé que aquellas Comunidades Autónomas que no establezcan su propio Registro de licitadores y empresas clasificadas serán las competentes para la práctica, dentro del ROLECSP, de las inscripciones de oficio de los acuerdos de clasificación adoptados, así como de las prohibiciones para contratar declaradas por sus propios organismos. La realización de dichas inscripciones por parte de entes autonómicos en el seno del ROLECSP requerirá de la adopción previa de convenio al efecto con el Ministerio de Hacienda y Función Pública. En este punto, encontramos cómo las Comunidades Autónomas de Asturias, Baleares, La Rioja, Castilla-La Mancha, Canarias y Cantabria, han procedido a la integración de sus registros de licitadores autonómicos en el ROLECSP, manteniendo la competencia en la gestión de inscripciones, y ante las cuales puede solicitarse la misma si se tiene el domicilio social en su territorio. Por su parte, la Comunidad Autónoma de Madrid, tras proceder a dicha integración no ha optado por esta posibilidad de participación en las gestiones de inscripción que prevé el art. 340.2 de la LCSP.

Los datos que, a los efectos indicados, se harán constar de cada operador económico, serán los correspondientes a su personalidad —válida constitución en el caso de las personas jurídicas— y capacidad de obrar —habilitación legal para el desempeño de la actividad y coincidencia del objeto social o actividad habitual con el objeto del contrato, en el caso de personas jurídicas—; los relativos a la extensión de las facultades de los representantes o apoderados con capacidad para actuar en su nombre y de obligar al operador contractualmente; los referentes a las autorizaciones o habilitaciones profesionales y a los demás requisitos que resulten necesarios para actuar en su sector

²⁷⁶ Vid. cláusula 17.1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación de servicios mediante procedimiento abierto simplificado elaborado por la Universidad Internacional de Andalucía —UNIA— en relación a su expediente tramitado con el número AB10/2020.

de actividad²⁷⁷; los datos relativos a la solvencia económica y financiera; y, por último, los datos relativos a la existencia o no de prohibiciones para contratar²⁷⁸.

Como puede observarse, la inscripción en el ROLECSP, por sí sola, solo ofrecerá información sobre los requisitos subjetivos de los operadores económicos consistentes en su adecuada capacidad de obrar en relación al contrato en cuestión, su solvencia económica y financiera y sobre la ausencia de prohibiciones de contratar vigentes que, eventualmente, pudieran vedar su acceso al mercado de los contratos públicos. No se ofrece, por el contrario, información sobre la solvencia técnica específicamente requerida por el ente adjudicador. Así las cosas, sobre este extremo, como se verá más adelante, deberá procederse a su acreditación por parte de todos los licitadores mediante declaración responsable, aportando el adjudicatario la documentación acreditativa una vez haya sido propuesto como tal y con carácter previo a la formalización del contrato.

No obstante, el ROLECSP también puede establecerse como medio al servicio de los operadores económicos acreditativo de la ostentación del nivel de solvencia técnica mínimo. A estos efectos, se deberá seguir el procedimiento de clasificación de empresas, previsto en los arts. 77 a 83 de la LCSP, determinando el acuerdo que recaiga la solvencia del operador económico conforme al referido sistema de clasificación, el cual será inscrito en el ROLECSP de oficio o, en su caso, comunicado a dicho registro, por los propios organismos autonómicos competentes para su adopción. Este sistema de clasificación de empresas, en conjunción con el ROLECSP, viene a constituir, de un lado, un instrumento potestativo de simplificación documental respecto de los requisitos de solvencia técnica, en caso de resultar adjudicatario de un contrato —arts. 87.2 y 92 de la LCSP, en relación con el segundo párrafo de su art. 77.1.a) y su art. 77.1.b)—; mientras que, de otro lado, se establece como un sistema preceptivo de verificación de los requisitos de solvencia técnica, *extra* órgano de contratación, cuando dicha operación es especialmente compleja, o se prevé que así sea, dada la naturaleza y volumen del contrato. Especial complejidad, o criticidad de este aspecto, reconocida en los procedimientos de contratación referidos en el primer párrafo del art. 77.1.a) de la LCSP.

Para facilitar la eficacia del ROLECSP, contemplada en el art. 87 de la LCSP²⁷⁹, su art. 139.1 establece que la presentación de una proposición en un procedimiento de adjudicación conllevará la autorización de la mesa y del órgano de contratación para consultar los datos obrantes en los Registros de licitadores. A tales efectos, el aplicativo de Java empleado por la PCSP para la presentación de las ofertas recoge un apartado

²⁷⁷ Información prevista en el art. 339 de la LCSP.

²⁷⁸ Información prevista en el art. 338.2 de la LCSP.

²⁷⁹ Establece este precepto en su segundo epígrafe que: “en todo caso, la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público acreditará frente a todos los órganos de contratación del Sector Público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de solvencia económica y financiera del empresario”

específico de “autorizaciones”, referido a la “autorización para consultas a sistemas terceros de la administración”, en el que se permite que el operador económico acepte o niegue la posibilidad de consultar el ROLECSP, los datos obrantes ante la Agencia Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social, el Servicio de Verificación de Identidad y la Caja General de Depósitos. Llama la atención la ausencia de la autorización de consulta de los datos obrantes en los Registros de licitadores autonómicos.

El art. 343.1 de la LCSP establece la obligación expresa de los operadores económicos de procurar, en todo momento, la actualización, cuando sea necesaria, de la información obrante en el ROLECSP. Así, estos deberán poner en conocimiento del Registro cualquier variación de sus datos, así como el acaecimiento de cualquier circunstancia que determine la concurrencia de una prohibición de contratar susceptible de inscripción en dichos Registros. De no proceder a la comunicación oportuna para la actualización de la información del ROLECSP, ya sea por incurrir en dolo, culpa o negligencia, ello podría dar lugar a la suspensión de la inscripción del empresario y de sus efectos, así como del derecho a la expedición de certificados del empresario, salvo en lo relativo a las inscripciones practicadas de oficio. Sin perjuicio de lo anterior, cuando el órgano encargado de la llevanza del Registro tenga conocimiento de que los datos de un asiento son incorrectos, incompletos o no actualizados, procederá a su rectificación de oficio.

Dado lo anterior, como recoge el art. 96 de la LCSP, la inscripción en el ROLECSP acreditará frente a todos los órganos de contratación del Sector Público —estatal o no estatal— las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera y técnica o profesional, clasificación y demás circunstancias inscritas, así como la concurrencia o no de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo. Resumidamente, se podría llevar a cabo la siguiente sistematización de la información que figura o puede figurar en el ROLECSP, respecto de cada operador económico:

Tabla 2²⁸⁰

Constitución empresa / Objeto social	Representación	Solvencia económica y financiera	Solvencia técnica	Ausencia de prohibiciones de contratar
Inscripción directa en el ROLECSP	Inscripción directa en el ROLECSP	Inscripción directa en el ROLECSP	Inscripción en el ROLECSP del acuerdo de clasificación	Inscripción directa en el ROLECSP

Por su parte, la inscripción en el Registro de Licitadores de una Comunidad Autónoma tendrá los mismos efectos acreditativos predicados del ROLECSP respecto de los organismos propios, dependientes o vinculados de dicha Comunidad Autónoma, así como de las entidades locales incluidas en su ámbito territorial. Para hacer valer las inscripciones de estos registros, el art. 96.3 de la LCSP establece que las mismas sean certificadas por el organismo encargado de la llevanza del Registro en cuestión, pudiendo emplear para ello medios electrónicos, informáticos o telemáticos. Es más, como establece el art. 140.4 de la LCSP, cuando un ente adjudicador desee consultar información que se halle disponible en el ROLECSP, el operador económico no estará obligado a aportar documento justificativo alguno, debiendo proceder dicho ente a su consulta. Misma dinámica que se reproducirá respecto de registros análogos de otros Estados miembros accesibles “de modo gratuito”.

Teniendo en cuenta que las acreditaciones y demás información obrante en el ROLECSP es plenamente eficaz ante todos los entes adjudicadores nacionales y, previsiblemente, de la Unión Europea, podría cuestionarse la eficacia o necesidad de la existencia de los registros de licitadores autonómicos, máxime cuando el elemento de mayor cercanía que, en su caso, pudiera haberse esgrimido en un ámbito de administración en papel, se ve fuertemente limitado en otro de administración electrónica. Es en este punto donde tales registros autonómicos son contemplados como una manifestación de la autonomía y capacidad de autoorganización de las Comunidades Autónomas. Una manifestación de la capacidad de autoorganización de los entes autonómicos en lo que respecta al funcionamiento de su *back office*, pero que, al mismo tiempo, no debe suponer la necesidad para los operadores económicos de tantas inscripciones como registros infraestatales haya. Así, como hemos tenido ocasión de señalar, esta manifestación de autonomía y autoorganización no se traducirá —o no

²⁸⁰ Tabla inspirada en la consulta del ROLECSP documentada en el Acta de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Onda (Valencia), de 15 de septiembre de 2020, en la que se recoge la propuesta de adjudicación relativa al procedimiento de contratación pública seguido con número de expediente D.2.2/2020/1.

debería traducirse, sobre la base de la letra de la LCSP— en efectos *ad extra* o directamente derivados del nivel de servicio o actuación administrativa, ya que, en todo caso, el operador económico podrá hacer valer la inscripción en el registro estatal en cualquier ámbito territorial nacional.

De este modo, se plantea la existencia de los registros de licitadores autonómicos de forma análoga al establecimiento de los tribunales administrativos de contratación autonómicos o de los consejos (tribunales) económico-administrativos municipales (regionales). Organismos administrativos estos que constituyen una manifestación material de dicha autonomía, en virtud de la cual se configuran organismos independientes y especializados, a los efectos de actuar como garantes de la legalidad del procedimiento administrativo cuando aquellos sean fruto de competencias exclusivas o compartidas. Procede entonces que sobre dichos extremos conozcan organismos autonómicos o locales de la región en cuestión, de los cuales podrá emanar una “doctrina” o criterios interpretativos diversos y legítimos como fruto de dicha atribución competencial. En última instancia, en el caso de resultar necesaria su “casación” a nivel nacional ello se hará a través del recurso a la vía judicial.

Ahora bien, en el presente caso, el mantenimiento de la capacidad de autoorganización y autonomía de las Comunidades Autónomas se encontrará enfocada, en mayor medida, a su aspecto formal-procedimental y no tanto al material. Debe tenerse en cuenta que en los registros de licitadores deben registrarse los datos cuya recopilación sea requerida y admisible en la normativa general sobre contratos por parte de los operadores económicos. Además, no deben existir diferencias en cuanto a los sistemas de clasificación o preclasificación siendo los criterios objetivos necesarios para la obtención de un determinado nivel de clasificación únicos para toda España. Elementos que resultan lógicos desde el punto de vista de que, en caso de no ser exigible así, podría desdoblarse el sistema o requisitos de solvencia de un determinado contrato a fin de favorecer el acceso de los operadores económicos de la Comunidad Autónoma correspondiente; o incluso, establecer diferentes cargas para la inscripción en un Registro que actuara como medio de simplificación documental; o en relación al procedimiento abierto simplificado, como un requisito previo *sine qua non* con el que deberán contar los operadores económicos. Consecuentemente, el sentido de este Registro de licitadores autonómicos solo deberá tener una vertiente funcional-organizacional de carácter interno, de modo que la misma sea empleada por la Administración autonómica correspondiente para organizar o sistematizar sus fuentes de información y procesamiento electrónico de sus procedimientos de compra, entre otros efectos (y necesidades) de su capacidad de autoorganización.

En este contexto, partiendo de la taxatividad del art. 340.3 de la LCSP, los Registros autonómicos deberían adoptar un papel en el que su función se limite, en todo caso, a organizar y sistematizar, según sus criterios propios, la información de aquellos operadores económicos que se hallen inscritos o clasificados en el ROLECSP. Información que deberá ser aceptada e integrada, sin mayor trámite, cuando provenga

del Registro estatal. Partiendo de esta premisa, será imprescindible que se articulen sistemas de interoperabilidad que permitan el acceso, la compartición o la consulta automatizada de la información del ROLECSP, a fin de que esta sea absorbida por el sistema autonómico, y sistematizado, según sus parámetros, a los efectos procedimentales que procedan. O bien, que se realice su inclusión de oficio en el Registro autonómico por parte del ente adjudicador que precise de la misma, pero sin que, en ningún caso, ello pueda conllevar una carga procedimental adicional para el operador económico.

A pesar de la importancia crítica de este aspecto, solo es tratado de manera somera en la LCSP, concretamente en su art. 345 de la LCSP, limitándose a instar de manera genérica a ambos tipos de registros a facilitarse “mutuamente” información sobre las prohibiciones de contratar que consten en los mismos, al tiempo que delega en el reglamento de desarrollo, articulado a través de Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública²⁸¹, el establecimiento del procedimiento y las especificaciones necesarias para el intercambio de dicha información por medios electrónicos. Es decir, la LCSP se limita en su articulado a plantear un intercambio de información en lo que respecta a las prohibiciones de contratar, fundamentándolo en la cooperación interadministrativa; al tiempo que, mediante la remisión a reglamento, hace lo propio respecto del resto de la información destinada a la inscripción o clasificación de los operadores económicos, como puede colegirse del empleo, nuevamente en este segundo aspecto, del término “intercambio”. Expresión que viene a sugerir que la determinación de esta interacción entre registros, vía orden ministerial, partirá de un plano de igualdad entre sus niveles estatal y autonómico. Se pone de manifiesto, pues, *ex* LCSP, una apuesta decidida por la coordinación, cuya carencia ha generado sistemas de inoperancia y de cierta irregularidad, a la luz del propio art. 340.3 de la LCSP, como es el caso de la utilización en el País Vasco de su propio sistema de Registro de licitadores o, incluso, el de los registros locales de licitadores.

Consideramos, por tanto, la idoneidad de una mayor contundencia de la LCSP, en la misma línea de lo establecido por el art. 6.2 de la Ley 39/2015, sobre la necesaria interoperabilidad entre registros de apoderamiento generales y particulares de los distintos organismos de una Administración. Este precepto establece expresamente que estos “deberán ser plenamente interoperables entre sí, de modo que se garantice su interconexión, compatibilidad informática, así como la transmisión telemática de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se incorporen a los mismos”. Así como sobre la interoperabilidad de aquellos con los registros mercantiles, de la propiedad y los protocolos notariales. Es cierto que de la redacción del mencionado artículo no queda establecida, de forma meridiana, la obligación de interoperabilidad o interconexión plena entre los registros de apoderamientos correspondientes a diferentes

²⁸¹ Los actuales desarrollos reglamentarios del ROLECSP se encuentran en los arts. 8 a 20 del RCSP y en la Orden EHA/1490/2010.

Administraciones; pero, por el contrario, sí establece de manera clara, que tales registros de apoderamiento deben permitir comprobar la representación del administrado actuando al usar la expresión: “mediante la consulta a otros registros administrativos similares”, lo que debe entenderse establecido en beneficio de los ciudadanos. A lo anterior se une el hecho de que en el art. 6.4.a) de la Ley 39/2015 se establece la posibilidad de inscribir en estos registros un poder general válido ante cualquier Administración. Posibilidad de la que se infiere, aun sin la obligación de tal interoperabilidad de los registros de apoderamientos de las diversas Administraciones, que no podrá exigirse al ciudadano su obligatoria inscripción adicional en otros registros diversos a los que en los que ya conste, de manera que a falta de dicha información en el Registro de una determinada Administración, será ésta la que, de una manera u otra, deberá proceder a la consulta de la información que ya se encuentra disponible en otro de estos registros “análogos”.

Es cierto que podría argüirse, en este punto, que el art. 6 de la Ley 39/2015 prevé una serie de obligaciones de interconexión cuya dificultad de plasmación fáctica ha llevado a su diferimiento en el tiempo vía disposición transitoria²⁸². Sin embargo, ello no impide que, más allá de las dificultades extralegales, presupuestarias o de cooperación interadministrativa que puedan acaecer en nuestro país, la base legal establece claramente las indicaciones necesarias que han de verificarse en orden a que se den los presupuestos básicos para el correcto funcionamiento de la administración electrónica. Lo que nos lleva a colegir que habría sido recomendable que las expresas previsiones del art. 6 de la Ley 39/2015 (en aras a que la pluralidad de sistemas existentes, como manifestación de la capacidad de autoorganización de las diversas Administraciones, no dificulten la relación de los administrados con los poderes públicos), deberían haber sido replicadas en el ámbito del art. 345 de la LCSP.

Sea como fuere, la claridad del art. 96.1 de la LCSP debe llevar a considerar irregulares todas aquellas prácticas en las que, alegándose necesidades de carácter técnico u operativo de las herramientas tecnológicas utilizadas, no se permita la participación en determinadas plataformas a los operadores económicos por no hallarse inscritos en sus propios registros, a pesar de figurar en el ROLECSP o en el Registro autonómico que, por razón del territorio, resulte de aplicación. En estos casos, la obligatoriedad de inscripción en registros propios no debe hacerse cargar sobre los operadores económicos si los mismos ya se hallan inscritos en los registros previstos por el art. 96 de la LCSP, siendo, en su caso, una carga operativa que ha de correr por cuenta del gestor de la plataforma correspondiente, ya sea mediante la garantía de soluciones irrenunciables de interoperabilidad con aquellos, o mediante actuaciones manuales efectuados por dicho gestor²⁸³.

²⁸² Vid. Disposición Transitoria Segunda de la Ley 39/2015.

²⁸³ Es por ello que no podemos compartir prácticas como la contemplada en PEÑA ALONSO, J., «La Central de Contratación de la Diputación de Burgos. Experiencia práctica en la gestión de acuerdos marco y la licitación electrónica de contratos menores», cit., p. 178.

Lo que sí se prevé de manera clara en la LCSP, en su art. 337.4, es el deber de su interoperabilidad con el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado, previsto en el art. 6 de la Ley 39/2015, lo que como acaba de ser analizado, conduce de manera indirecta, al menos en teoría y bajo un punto de vista de deber legal, finalizado el periodo de *vacatio legis* de la DT Segunda de la Ley 39/2015, a su interoperabilidad con los registros de apoderamientos de las CCAA. El propio art. 337.4, último párrafo, establece, en previsión de la ausencia e incumplimiento de dicho deber de interoperabilidad, que, en caso de discrepancia entre los poderes inscritos en ambos registros, prevalecerá la información inscrita en el ROLECSP. Según PALOMAR OLMEDA, dicha decisión de preferencia de la información que figure en el ROLECSP sobre la que pueda existir en un registro general de apoderamientos solo tendrá sentido cuando ambas representaciones sean materialmente compatibles y su vigencia coetánea²⁸⁴. No obstante, no podemos compartir dicha visión. En el caso señalado no habría realmente “discrepancia”, sino complementariedad. Efectivamente, cuando ambos poderes sean materialmente compatibles y los dos se encuentren en vigor, necesariamente y por el deber de interconexión o consulta que pasamos a analizar — con independencia de que haya sido observado o no—, ambos deberán ser válidos, sin que sea necesaria ninguna determinación de prevalencia de uno sobre otro o de exclusión de los efectos de uno de ellos. Solo en la medida en la que el propio contenido del poder inscrito en el registro general de apoderamientos no permita al representante actuar en procedimientos de compra pública tendría sentido su inaplicación.

Dicha prelación entendemos que puede tener sentido, en su caso y precisamente, cuando una concesión de poderes o representación previa de un operador económico quede sin efecto por otra posterior, de lo cual, normalmente, quedará reflejo de manera inevitable, en el registro general de apoderamiento. No obstante, si pese a ello, dicho operador económico quiere mantener la posibilidad de que el anterior representante pueda actuar en relación a procedimientos de compra pública, en estos casos, se entendería que la inscripción en el ROLECSP como representante de la empresa en este ámbito material, efectuada sobre la base de un apoderamiento en su día válido, ya sea *apud acta* o mediante escritura notarial, mantendrá su vigencia por los propios actos y voluntad del operador económico. Efecto, en el ámbito de los contratos públicos, independiente de la dinámica de apoderamientos que haya debido seguirse en el Registro General de Apoderamientos. A efectos ejemplificativos podríamos citar el mantenimiento del anterior administrador único de una sociedad, a pesar de que este haya sido cesado y sustituido mediante escritura posteriormente inscrita en el Registro General de Apoderamientos. En este caso, el nuevo administrador podrá actuar en el procedimiento de contratación pública como representante del operador económico, dados los efectos generales de dicho Registro General, pero también podrá hacerlo, y a los exclusivos

²⁸⁴ PALOMAR OLMEDA, A., «Marco general de la utilización de medios tecnológicos en la contratación administrativa», cit., p. 192.

efectos de la esfera de la contratación pública, el anterior administrador único si de dicho mantenimiento se infiere la voluntad del operador de mantenerlo como representante adicional en relación a este tipo de procedimientos.

A la arquitectura conformada por los registros estatales y autonómicos hemos de unir los efectos que puedan surtir en nuestro país, como parte del Mercado Único de la Unión Europea, los certificados de los registros análogos de otros Estados miembros. A tales efectos, el art. 97 de la LCSP iguala la validez de aquellos certificados a los que pudiera haber emitido el ROLECSP respecto de operadores económicos nacionales del Estado del organismo en cuestión.

Como última pieza de esta red de registros encontramos la existencia de los registros de licitadores de las Entidades Locales. Estos registros representan una realidad previa cuyo mantenimiento no se ve obstaculizado por la creación del ROLECSP, sin perjuicio de que las inscripciones de este último deban surtir plenos efectos en relación a la actividad contractual de los entes adjudicadores que cuenten con registros locales propios²⁸⁵, así como las contenidas en los respectivos registros autonómicos *ex art.* 341.3 de la LCSP. Al no contar aquellos con reflejo alguno en la LCSP, ello conduce a entender que, en base a la literalidad del art. 159.4.a) de la LCSP, se desprenda la insuficiencia de la inscripción en estos registros a la hora de cumplir con el requisito de inscripción requerido por los procedimientos abiertos simplificados. Normalmente, su existencia responderá a la necesaria utilización de los mismos dentro de la dinámica de funcionamiento de sistemas electrónicos de licitación empleados por estas Administraciones locales. Por ejemplo, en los sistemas diseñados por las Diputaciones Provinciales cuando actúan como ente agregador de la demanda y/o gestor de tales sistemas en relación a los municipios de su ámbito territorial.

II. MEDIOS ELECTRÓNICOS EUROPEOS PREVISTOS PARA EL FUNCIONAMIENTO COORDINADO DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Respecto de estos medios electrónicos europeos, fundamentalmente en relación a los contratos SARA y de forma común para todos ellos, resulta necesario poner de manifiesto que en la exposición de los mismos se aprecia una forma de actuación de la Unión Europea, en virtud de la cual, la implementación de estos medios electrónicos se suele efectuar en dos fases. Una primera, establecida como periodo de prueba de la herramienta en cuestión, en la que se establece su uso como potestativo por parte de

²⁸⁵ Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, Informe 22/2008, de 29 de septiembre, pp. 2 y 3.

todo aquel poder adjudicador u operador económico que lo desee. Finalizada esta primera fase con éxito, daría paso a una segunda fase de implantación obligatoria mediante la técnica de la coordinación *ex* directiva, actuando la Comisión Europea como ente coordinador. De las herramientas que se pasan a exponer, se encontrarían dentro de la indicada primera fase PEPPOL y e-Certis, mientras que en la segunda se hallarían, actualmente, tanto el Portal SIMAP como el DEUC.

1. PLATAFORMA SIMAP

El Portal SIMAP²⁸⁶ o Sistema de Información de los Mercados Públicos viene a representar el principal medio en uso para el acceso electrónico a los anuncios oficiales en materia de contratación pública a nivel de toda la Unión Europea. Entre tales anuncios se encuentran el de “información previa” y el de “licitación”, permitiendo su búsqueda de manera indexada y sistematizada a través de su conexión con la versión digital del DOUE. Su implementación inicial responde a la Directiva 2004/18/CE, estando garantizado su mantenimiento a medio plazo al haber ratificado su uso la nueva Directiva 2014/24/UE (Anexo VIII 3º).

Al mismo tiempo y en relación a su configuración *ad intra*, el Portal SIMAP supone un medio de conexión entre la OPUE y los poderes adjudicadores para que los segundos puedan hacer llegar a la primera la información que pretenden publicar en el DOUE. A tal fin, será necesario garantizar la operatividad de la interconexión de las redes nacionales empleadas para el funcionamiento de los sistemas nacionales de administración electrónica —como la red SARA, en el caso de España—y la red TESTA, a nivel europeo.

La Red SARA, acrónimo de “Sistema de Aplicaciones y Redes para las Administraciones”, en palabras del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital constituye “un conjunto de infraestructuras de comunicaciones y servicios básicos que conecta las Administraciones Públicas españolas e instituciones europeas facilitando el intercambio de información y el acceso a los servicios”²⁸⁷. Esto es, una intranet en la que pueda desarrollarse el funcionamiento de las soluciones de administración electrónica de todas las Administraciones españolas, que, al mismo tiempo, reúne las características técnicas necesarias para su integración dentro del sistema de intranet constituido con carácter paneuropeo.

Su implantación respondía a lo previsto por el art. 43 LAECSP donde se venía a expresar que: “la Administración General del Estado, las Administraciones autonómicas y las

²⁸⁶ Cuyas siglas responden a la expresión francesa: “Système d'Information pour les Marchés Publics”

²⁸⁷ Información disponible en <https://administracionelectronica.gob.es/ctt/redsara#.X3rUZ2gzbc>, fecha de consulta 05/10/2020.

entidades que integran la Administración Local, así como los consorcios u otras entidades de cooperación constituidos a tales efectos por estas, adoptarán las medidas necesarias e incorporarán en sus respectivos ámbitos las tecnologías precisas para posibilitar la interconexión de sus redes con el fin de crear una red de comunicaciones que interconecte los sistemas de información de las Administraciones Públicas españolas y permita el intercambio de información y servicios entre las mismas, así como la interconexión con las redes de las Instituciones de la Unión Europea y de otros Estados Miembros”. Es cierto que en la Ley 40/2015 no se prevé expresamente esta red a la que hacía alusión la LAECSP, pero ello no supone que no la contemple. Esta ley en vigor, al contrario que la LAECSP, ha sido aprobada tras la aparición del ENI y el ENS, motivo por el cual al momento de redacción del art. 156 de la Ley 40/2015 el legislador era plenamente consciente de la remisión al art. 13 del ENI, así como, en segundo grado, a la Resolución de 19 de julio de 2011 que aprueba la NTI de requisitos de conexión a la red de comunicaciones de las Administraciones Públicas españolas. Preceptos reglamentarios de desarrollo en los que, ahora sí, se prevé expresamente la existencia de la Red SARA, sus requisitos de conexión y las condiciones en las que cualquier órgano de una Administración o Entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de aquella, accederá a dicha Red. A grandes rasgos, puede destacarse cómo el art. 13 del ENI establece diversas formas de integración de las diversas Administraciones en la Red SARA, bien mediante la conexión de sus sistemas de intranet propios, de forma análoga a la conexión entre la Red SARA y la Red TESTA, o bien, mediante la inclusión en la Red SARA de sus “nodos de interoperabilidad”.

En palabras del indicado ministerio, la red SARA se contempla como un instrumento de racionalización y ahorro en infraestructuras de comunicaciones que favorece la utilización de servicios comunes entre Administraciones, al tiempo que se califica como una red de actuación administrativa fiable²⁸⁸, segura²⁸⁹, eficaz²⁹⁰, eficiente²⁹¹ e interoperable²⁹².

Por su parte, la Red TESTA²⁹³ constituye un sistema análogo a la Red SARA a nivel europeo. En efecto, la Red TESTA establece un sistema de interconexión por medio de una intranet de los dominios locales de las Administraciones europeas y las de las Administraciones de los Estados miembros, de manera tal que dicha conexión no es

²⁸⁸ A tal efecto se destaca que se trata de una “red completamente mallada, sin puntos únicos de fallo, tecnología de última generación y soporte 24x7x365”.

²⁸⁹ Para ello se destaca la existencia de “tráfico cifrado y Sistema de Alerta Temprana ante incidentes de seguridad, en colaboración con el CCN-CERT”.

²⁹⁰ Destacándose un “ancho de banda de 10 Gbps en Ministerios y 100 Mbps en Comunidades Autónomas”.

²⁹¹ Donde “cada dato se trata según su naturaleza”.

²⁹² Empleando un sistema “gateway IPv6 común, para que los servicios de Administración Electrónica puedan ser accesibles a los ciudadanos utilizando conexiones IPv6”.

²⁹³ Cuyas siglas responden a “secure Trans European Services for Telematics between Administrations”

visible para terceros como sí lo sería si se efectuara por medio de Internet. De este modo, ha venido a ser considerado como un posibilitador de interoperabilidad técnica a nivel europeo²⁹⁴. Esta herramienta fue puesta en marcha de manera muy incipiente por la Comunidad Europea, constituyendo una de las primeras medidas en materia de contratación pública electrónica, con la intención de “mejorar los procedimientos de seguimiento y análisis de contratos, así como el intercambio de otros muchos datos útiles para que los proveedores seleccionen más fácilmente los contratos que les interesan”. De hecho, se reconocía como una vía indispensable a la hora de conseguir los principales objetivos de la contratación pública electrónica establecidos por la Comisión Europea.

Su funcionamiento se estructura a través de las siguientes herramientas a las que da acceso:

- TED²⁹⁵: Por la que se obtiene el acceso de todos los sujetos a la versión online del Suplemento del DOUE dedicado a la contratación pública europea. Este sistema se encuentra en vigor desde el mes de julio de 1998. Actualmente, la información sobre los procedimientos de licitación llevados a cabo por entes adjudicadores de toda la Unión Europea, incluidos los de las propias instituciones europeas, engloba: los anuncios de contratos públicos de obras, suministro, servicios y servicios públicos.

Adicionalmente, dicho portal presenta una proyección más allá de los confines de la Unión Europea, incluyendo los anuncios de contratos de ayuda exterior y del Fondo Europeo de Desarrollo —Estados de África, del Caribe y del Pacífico (ACP)—; de contratos los países de Europa Central y Oriental —PHARE— y de los nuevos Estados Independientes de dicha región —TACIS—; de contratos del Espacio Económico Europeo —es decir, incluyendo Noruega, Islandia y Liechtenstein—; de contratos destinados a servicios aéreos, de contratos relativos a la Agrupación Europea de Interés Económico —AEIE—; de contratos sometidos al Acuerdo sobre Contratación Pública —ACP—, celebrados en el marco del GATT/Organización Mundial del Comercio —OMC—, procedentes de Suiza; y de proyectos financiados por el Banco Europeo de Inversión —BEI—, el Banco Central Europeo —BCE— y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo —BERD—.

La sistematización de la información obrante en el DOUE permite una exploración intuitiva de las diversas regiones a las que se refiere la información de las licitaciones —utilización gráfica de los códigos NUTS—, indicando el número de “oportunidades de negocio” de las que disponen los operadores europeos en cada área geográfica.

Para cada región, o para la totalidad de las mismas, la información podrá ser sistematizada por tipo de anuncio, código CPV y país de la entidad contratante. La

²⁹⁴ GAMERO CASADO, E., «Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor», *Revista de administración pública*, vol. 179, 2009.

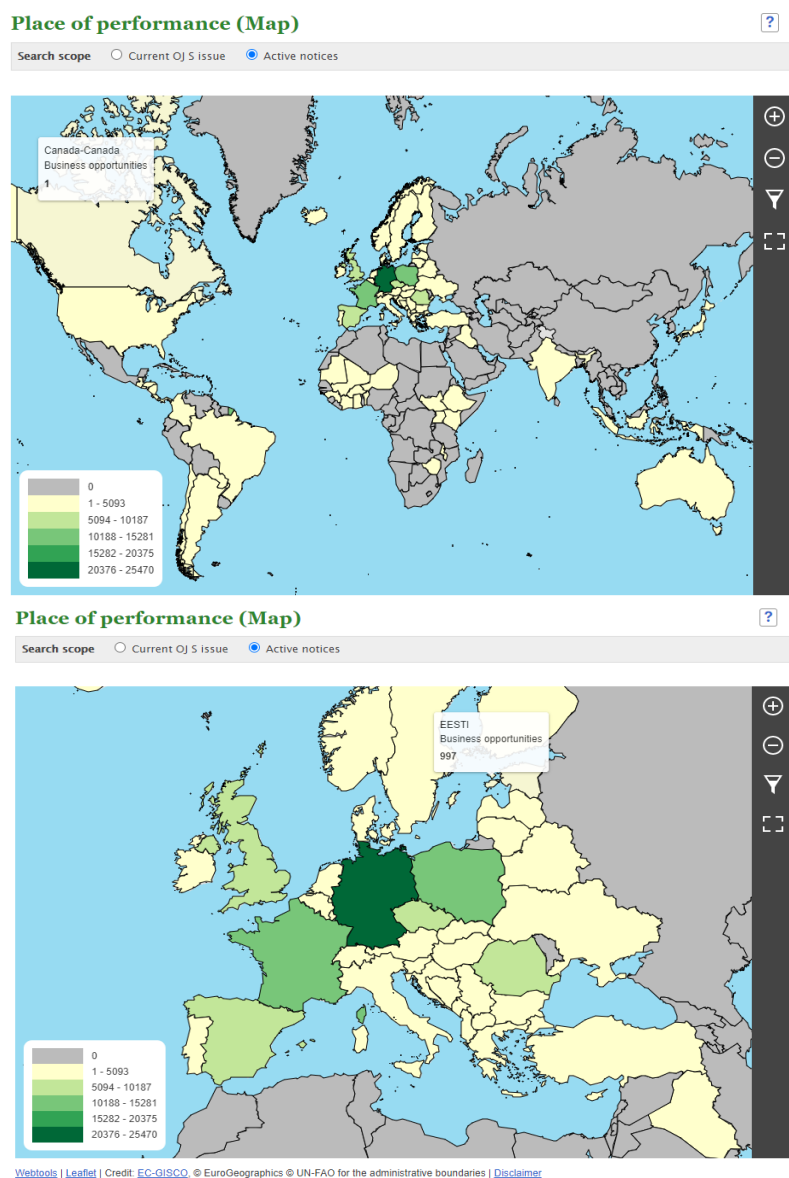
²⁹⁵ Que responde a las siglas “Tenders Electronic Daily”.

entrada correspondiente a cada contrato contará con un hipervínculo al perfil del contratante del ente adjudicador de que se trate.

Además, dicho portal cuenta con servicios electrónicos auxiliares de los procedimientos de licitación como lo es el sistema de alertas.

Se puede consultar cualquier lugar de ejecución (NUTS) en el ámbito europeo en un desplegable, así como navegar a través de la base de datos (TED) y elegir un lugar de ejecución (NUTS) en un mapa intuitivo que permite la consulta pinchando en el país que se desee con información inmediata de las oportunidades de negocio. Dicho mapa es de la forma que figura en los siguientes gráficos:

Imágenes 2 y 3²⁹⁶



²⁹⁶ Obtenidas de <https://ted.europa.eu/TED/browse/browseByMap.do>. Fecha de consulta 05/10/2020.

Se ofrece un servicio *RSS feeds* que permite²⁹⁷ que los lectores *RSS web* de páginas de Internet de terceros o lectores locales *RSS* extraigan la información deseada obrante en el Portal SIMAP, dentro de la *web* del usuario o sus equipos locales, facilitando significativamente su consulta y pudiendo filtrarla mediante este sistema sobre la base de los códigos CPV. Finalmente, la herramienta TED dispone de un sistema automático de traducción a todas las lenguas de la Unión Europea aplicable a cada uno de sus anuncios.

- *eNotices*: Por la que se ofrece el acceso a los poderes adjudicadores de una serie de formularios electrónicos prediseñados para que sean empleados en la elaboración de las comunicaciones que pretenden llevar a cabo en materia de contratación pública. A través de ellos y mediante su remisión a la OPUE permitirán llevar a cabo el correspondiente anuncio en el DOUE.

- *eSenders tool*: Por la que dichos poderes adjudicadores pueden proceder a la presentación electrónica de sus comunicaciones ante la OPUE de forma más ágil que mediante el uso de *eNotices* al proporcionar un sistema, generado *ad hoc*, que permite rellenar los formularios indicados de manera automática. Su instalación está prevista a través de un sistema de colaboración entre la OPUE y el poder adjudicador correspondiente.

- *eTendering*: Última de las herramientas incorporadas por el Portal SIMAP, destinada a la realización y publicación telemática del pliego de condiciones por parte de los poderes adjudicadores para convocatorias de licitación de la Unión Europea, que responde a las exigencias planteadas por la Directiva 2014/24/UE en relación al anuncio de licitación.

Estas tres últimas herramientas determinan que el Portal SIMAP pueda ser definido como “la plataforma de información de la contratación pública en Europa que utilizan los poderes adjudicadores para publicar los anuncios, obligatorios o facultativos, en el DOUE”²⁹⁸, a lo que se une la posibilidad de publicación de los pliegos tras la incorporación de la última de dichas utilidades.

A la vista de lo anterior, podemos comprobar cómo el portal SIMAP establece una solución centralizadora *ad extra* o una dimensión de *front office*, al permitir un acceso telemático único a las publicaciones de todos los procedimientos de licitación llevados a cabo en la UE —al menos, de aquellos sujetos a una regulación armonizada—, así como *ad intra* al marcar la forma y los requisitos que han de reunir todos los referidos poderes adjudicadores para relacionarse con la OPUE y poder publicar sus anuncios en

²⁹⁷ Información obtenida del material docente ofrecido en abierto por el Profesor del Departamento de Informática y Sistemas (DIS), de la Universidad de Murcia, Dr. D. Rafael Menéndez-Barzanallana Asensio. Accesible en <https://www.um.es/docencia/barzana/PRACTICAS/RSS-Google-Reader.html>. Fecha de consulta 05/10/2020.

²⁹⁸ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica: análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, cit., p. 77.

la versión electrónica del DOUE, al tiempo que se les facilitan las herramientas que permitirán, en un modo u otro, la conexión con los servicios de información europeos. Al primero de los objetivos, relativo a la actuación de los operadores económicos, se orienta la herramienta TED, mientras que, como se ha podido observar, las *herramientas eNotices, eSenders tool y eTendering* se destinarán a su utilización por los entes adjudicadores.

Quedan patentes las similitudes funcionales entre la PCSP y el Portal SIMAP, si bien no han de pasar desapercibidas las notables diferencias existentes entre ambos. Dejando a un lado su ámbito de aplicación, una de estas diferencias radicará en que mientras el portal SIMAP se constituye como un elemento totalmente externo para el poder adjudicador y su perfil del comprador, regido exclusivamente por una institución independiente como la OPUE²⁹⁹, la PCSP viene a constituir una herramienta en forma de portal *web* que se pone a disposición de los diversos poderes adjudicadores, ya sea de forma obligatoria o potestativa, a través de la cual cada uno de ellos desarrollará o publicará información de su propio perfil del contratante, aunque con el acceso y control directo de la Dirección General de Patrimonio del Estado dependiente del Ministerio de Hacienda.

Como consecuencia, no solo de su más intuitiva e interactiva interfaz, sino de su mayor ámbito de proyección con las correspondientes medidas de interoperabilidad lingüística —códigos CPV y sistemas de traducción de lenguaje natural—, resulta lógico que este portal sea conectado, en mayor medida, con la PCSP, de manera que todo anuncio publicado en esta última, ya sea de manera directa o por interconexión, debería reflejarse en las “oportunidades de negocio” contenidas en el Portal SIMAP con independencia de la distinción entre contratos SARA y no SARA. Posibilidad favorecida por el art. 51.6 de la Directiva 2014/24/UE³⁰⁰.

2. PROYECTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA PANEUROPEA EN LÍNEA — PEPPOL—³⁰¹

De forma adicional al Portal SIMAP, la UE ha desarrollado una serie de aplicaciones para usos específicos en la interconexión de las comunicaciones y demás elementos del

²⁹⁹ Sobre los efectos positivos del control o gestión de la plataforma de contratación por sujetos diversos a los entes adjudicadores véase, GIMENO FELIÚ, J. M., «Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos», *Observatorio de la Contratación pública*, 2014.

³⁰⁰ Sobre la utilización de dicha previsión véase, *Ibid.*; DE JUAN CASERO, L. J., «Perfil del contratante y Plataforma de contratación del sector público», cit. pp. 7 y 8.

³⁰¹ La información analizada y sistematizada en el presente epígrafe ha sido obtenida de <https://peppol.eu/>. Fecha de consulta 05/10/2020.

procedimiento de licitación en orden a favorecer la transmisión y acceso de aquellas mediante la utilización de medios electrónicos. Iniciativas para las que se estableció como fuente de cofinanciación el Programa de Innovación y Competitividad establecido por la Decisión 1639/2006/CE³⁰².

Entre estas iniciativas encontramos el Proyecto de Contratación Pública Paneuropea En Línea —PEPPOL³⁰³—. Inicialmente fue concebido en 2008 como un proyecto piloto financiado conjuntamente por la Comisión Europea y por los miembros del Consorcio PEPPOL. Dicho consorcio estaba integrado por 17 miembros, la mayoría de los cuales eran los principales organismos de contratación pública electrónica de sus respectivos Estados, siendo su procedencia: Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Noruega, Portugal, Suecia y Reino Unido.

Su objetivo, desde un inicio, ha sido establecer sistemas que faciliten la contratación pública electrónica transfronteriza mediante la elaboración, y/o adopción, de normas técnicas comunes, con el fin de que fueran seguidas por los entes adjudicadores y operadores económicos de toda la UE. En concreto, dentro de este objetivo general, se buscaba posibilitar que los operadores económicos pudieran comunicarse electrónicamente con cualquier organismo europeo en el desarrollo de un procedimiento de licitación.

En 2010, la Comisión Europea³⁰⁴ definía PEPPOL como “un gran proyecto de contratación pública electrónica transfronteriza gestionado por organismos del Sector Público de varios países de la UE y cofinanciado por la Unión Europea que tiene por objeto facilitar servicios e infraestructuras que empleen tecnologías de la información normalizados a gran escala para el desarrollo y la gestión de operaciones de contratación pública paneuropea en línea. El núcleo de PEPPOL lo constituye una red de transporte³⁰⁵ que permite a los socios comerciales que participan en actividades de contratación pública en línea conectar sus propios recursos electrónicos para llevar a cabo intercambios de documentos de forma segura y fiable. El proyecto aportará asimismo soluciones en los ámbitos del pedido electrónico y la facturación electrónica, y facilitará los elementos necesarios para la creación de sistemas para catálogos electrónicos, firma y validación y Expediente Virtual de la Empresa”.

Dado el éxito en el desarrollo e implementación de las soluciones de interoperabilidad creadas durante los primeros años de andadura de PEPPOL³⁰⁶, el consorcio dio paso desde el 1 de septiembre de 2012 a OpenPEPPOL. En esta dinámica, el Reglamento

³⁰² En el caso de PEPPOL, sus miembros contribuirán a su sostenimiento mediante el pago de unas tarifas preestablecidas.

³⁰³ Siglas que corresponden a la expresión en inglés “Pan European Public Procurement On Line”.

³⁰⁴ Comisión Europea, COM(2010) 571 final de 18 de octubre: Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE, cit.

³⁰⁵ El término transporte deriva de una traducción literal del inglés, si bien, desde nuestro punto de vista, y como se verá más adelante, sería más acertado el término “conexión”.

³⁰⁶ PEPPOL, Final report, 2012.

238/2014/UE hacía referencia a iniciativas como PEPPOL, calificándolas como “servicios digitales transfronterizos clave en el mercado interior, sobre la base de unos componentes elementales comunes”, los cuales han de contar con “prioridad frente a otras infraestructuras de servicios digitales, ya que los primeros son condición previa para las segundas”.

En la actualidad dicha iniciativa ha mantenido su vigencia, consolidando un sistema destinado a permitir el intercambio de documentos electrónicos estandarizados a través de un sistema de red propio o intranet, con la finalidad última de que los operadores económicos puedan realizar el ciclo completo de la contratación pública electrónica a través del mismo software, con una capacidad de interoperabilidad total a nivel de la Unión Europea e, incluso, con otros Estados externos a la UE, como Noruega o Singapur. El principal foco de atención de los protocolos y servicios interoperables de PEPPOL se centra en las comunicaciones e intercambio de información entre operadores económicos y poderes adjudicadores, en los que los primeros serán los emisores y los segundos los receptores.

Ha de tenerse en cuenta que el sistema PEPPOL no constituye propiamente, dentro de la nomenclatura de la normativa europea de contratación pública, una plataforma de compra pública. El conjunto de protocolos y servicios derivados de PEPPOL se instituirán en elementos de soporte, soluciones de interoperabilidad o servicios públicos relativos a la licitación, susceptibles de ser integrados dentro de las plataformas o instrumentos de compra pública desarrollados y existentes en cada Estado miembro. En otras palabras, PEPPOL permite el acceso a una infraestructura electrónica de conexiones basada en normas técnicas homogéneas para todos sus usuarios, capaz de conectar con las soluciones de compra pública electrónica ya existentes, y de suministrarles servicios de contratación electrónica, con formatos de documentos electrónicos normalizados. Este *software* planteado por PEPPOL permite un intercambio eficaz y seguro de información de forma telemática, estando caracterizado por tres pilares fundamentales:

- La regulación de los sistemas de supervisión y regulación de esta herramienta.
- El modelo de documento establecido para las diversas funciones dentro del ciclo de vida del procedimiento de licitación, el cual ha de reunir una serie de parámetros para que sea posible la utilización de este canal y que irán orientados a garantizar su interoperabilidad.
- El sistema red por el que se lleva a cabo la transmisión de la información o *eDelivery Network*.

Comenzando por el análisis de la configuración jurídica de la estructura de PEPPOL, ha de señalarse que la dirección y gestión de esta iniciativa recae en una asociación sin ánimo de lucro, constituida sobre la base del derecho belga en septiembre de 2012, denominada OpenPEPPOL.

La asociación OpenPEPPOL admite la adhesión de miembros en virtud de las siguientes categorías: (i) usuarios finales, entre los que pueden encontrarse organismos de contratación del Sector Público, operadores económicos y otros usuarios finales de los servicios desarrollados en el seno de la iniciativa PEPPOL —con especial interés en la inclusión de asociaciones de PYMES, organizaciones comerciales y de operadores económicos—; (ii) entidades gubernamentales que tengan la consideración de “Autoridades de la red PEPPOL”, sobre la base de los acuerdos de infraestructura de “transporte”³⁰⁷ de la iniciativa PEPPOL; y (iii) proveedores de servicios de PEPPOL, entre los que se encontrarán los proveedores de publicaciones de metadatos de servicio —SMP—, de puntos de acceso utilizados por la intranet de PEPPOL y de servicios previos a la adjudicación de los contratos públicos. Adicionalmente, podrán adherirse otras organizaciones con un interés compartido en las actividades de OpenPEPPOL que se integren como observadores.

El funcionamiento de esta asociación se rige por los estatutos elaborados al efecto³⁰⁸, en los cuales se prevé la existencia de una Asamblea General, como máxima autoridad de la Asociación y órgano de decisión. La Asamblea está compuesta por todos los miembros de PEPPOL, agrupados, en función de su categoría, en torno a las denominadas “comunidades de intereses”, esto es, en función del *status* por el que han sido admitidas para su integración en la asociación. Estas comunidades son las encargadas de la elección de su representante principal, así como de cualquier otro representante necesario para unirse a la Junta de Gestión del Cambio del Acuerdo y a otros órganos de la Asociación en los que participen miembros de diversas comunidades de miembros.

De forma paralela, los miembros de PEPPOL se agruparán en comunidades de dominio ³⁰⁹ específico, entre las que encontramos la comunidad relativa al funcionamiento de la red *eDelivery*, la comunidad relativa a los servicios y soluciones previos a la adjudicación del contrato y la comunidad relativa a los servicios y soluciones posteriores a la adjudicación del contrato. Cada comunidad elige a su representante principal, su propio Consejo de Administración del Cambio, así como a todo representante que se considere necesario para incorporarse a cualquier organismo en el que se integren representantes de diversas comunidades.

La Asamblea General es quien elige al Consejo Electoral, encargado de asegurar la disponibilidad de candidatos elegibles y calificados para las elecciones al Consejo

³⁰⁷ Nuevamente, el concepto infraestructura de transporte responde a la traducción literal de la terminología empleada por PEPPOL. Si bien, desde un punto de vista semántico creemos que sería más adecuada la traducción “infraestructura de conexión”.

³⁰⁸ Accesible en https://peppol.eu/wp-content/uploads/2019/02/OpenPEPPOL10th-General-Assembly-2018_-Revised-Statutes-%E2%80%93-As-of-October-30th-2018_EN_v1.0.pdf. Fecha de consulta 10/1/2021

³⁰⁹ El término “dominio” responde a una traducción literal de la versión en inglés, si bien, desde nuestro punto de vista, sería más acertado el término “ámbito”.

Directivo. Dicho Consejo está compuesto por el Secretario General, que es la más alta autoridad de PEPPOL y es elegido por la Asamblea General, y un mínimo de tres y un máximo de nueve miembros, también elegidos por la Asamblea General. Su función será la de supervisar las actividades llevadas a cabo por la asociación OpenPEPPOL. Todas las categorías de miembros, agrupadas, como se ha visto en autoridades PEPPOL, proveedores de servicios y usuarios finales, estarán igualmente representadas en el Consejo Directivo. En la actualidad cada comunidad cuenta con dos representantes. Finalmente, existen órganos sectoriales de coordinación orientados a la prosecución de la colaboración y coordinación de las distintas comunidades.

Como puede observarse, la estructura planteada de los órganos de dirección de PEPPOL pone de manifiesto una iniciativa de colaboración público-privada para el desarrollo de estas soluciones de interoperabilidad. Aquellos que se integren como miembros de la iniciativa a título de usuarios finales o proveedores de servicios, con el consiguiente pago de las tasas asociadas a dicha condición, tendrán acceso a verificar la pertinencia y la utilidad de las especificaciones y servicios de PEPPOL mediante un examen continuo de los requisitos comerciales, podrán participar en la posible expansión de las especificaciones y servicios de PEPPOL a otras áreas de uso, así como en el desarrollo de la normalización de la contratación electrónica y la adopción de normas en Europa y fuera de ella, contando además, con acceso a un amplio grupo de miembros de los sectores público y privado con experiencia en múltiples países e industrias.

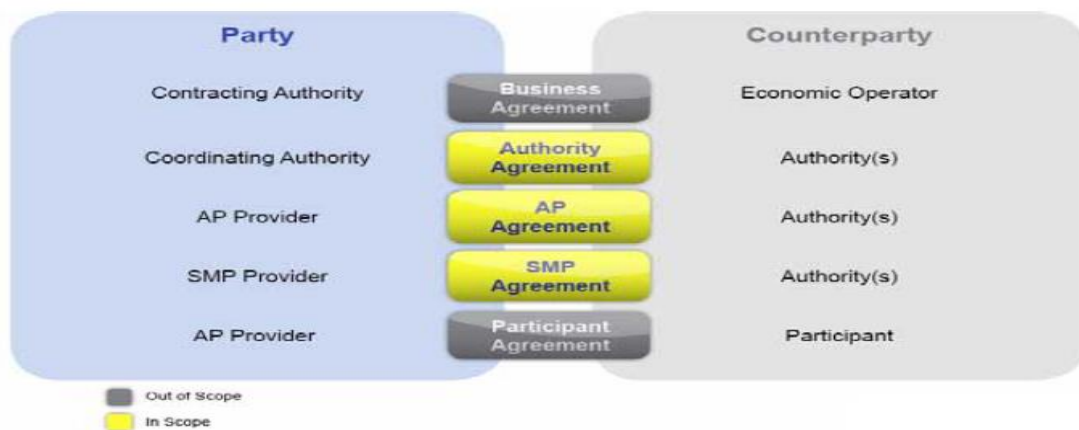
OpenPEPPOL, con su mencionada composición, actúa como Autoridad de Coordinación de PEPPOL, estando encargada del control de todos los componentes centrales de la Red, de determinar, gestionar y supervisar las especificaciones técnicas y de servicio adoptadas, del funcionamiento del localizador de metadatos de servicio, así como llevar a cabo los acuerdos de infraestructura de transporte y sus anexos. Como apoyo de su gestión, esta autoridad central delega en autoridades locales la aplicación y el uso de la infraestructura dentro de un ámbito territorial o material. Estas autoridades serán normalmente organismos públicos especializados en materia de administración electrónica de cada Estado con representación institucional en PEPPOL, como en el caso de Italia, donde dicho papel recae en la AgID. Estas autoridades “locales” PEPPOL son las responsables de asegurar que los servicios de Punto de Acceso —PA— y SMP se proporcionen, de conformidad con las normas técnicas y las especificaciones de servicio, mediante la celebración de acuerdos independientes para la provisión de un punto de acceso y un SMP con cada uno de los respectivos proveedores que vayan a encuadrarse dentro de su dominio. No obstante, estos proveedores también tienen la opción de firmar directamente acuerdos con la Autoridad de Coordinación. Para el desempeño de la labor de autoridad local PEPPOL, los organismos en cuestión deberán suscribir un acuerdo denominado “de autoridad PEPPOL”. Los tres tipos de acuerdos referidos conforman los denominados acuerdos de infraestructura de transporte o conexión de PEPPOL por los que, en cada uno de sus ámbitos de aplicación, establecerán el régimen de competencias, atribuciones y responsabilidades de cada

miembro PEPPOL. Régimen correspondiente a cada uno de estos miembros que será plenamente transparente para todos los demás.

La interacción entre usuarios finales orientados a la compra de bienes en el mercado de la contratación pública con aquellos otros orientados a la venta, dentro de los sistemas PEPPOL, se efectuará, como es lógico, de acuerdo con los procedimientos de compra pública que resulten de aplicación según la normativa que rija la actuación del ente adjudicador. Misma dinámica que se dará respecto de los miembros PEPPOL que tengan la consideración de entes adjudicadores a la hora de contratar los servicios de punto de acceso para permitir su integración en la intranet PEPPOL.

La formalización de estas relaciones dentro de PEPPOL puede representarse gráficamente del siguiente modo:

Imagen 4



Dentro de la referida vocación de PEPPOL de instituirse en un foco generador de soluciones de interoperabilidad transfronteriza en materia de contratación pública electrónica, este sistema ha procedido a la elaboración de las Especificaciones de Interoperabilidad Empresarial —BIS³¹⁰— para que sean aplicadas en los procedimientos de contratación electrónica, a fin de normalizar los documentos electrónicos intercambiados y validados a través de la intranet, en el contexto de una interrelación entre compradores del Sector Público y sus proveedores en toda Europa y fuera de ella.

Las especificaciones de contratación electrónica PEPPOL BIS, inicialmente fueron desarrolladas y establecidas en el seno de un acuerdo derivado de una sesión de trabajo realizada en el seno del Consejo Europeo de Estandarización —CEN—³¹¹ y debidamente documentada. A tales efectos, OpenPEPPOL ha de requerir a un miembro del CEN o a su Consejo de Administración la petición del acuerdo, con la ayuda del cual el peticionario presentará el borrador de un “proyecto de acuerdo”, una

³¹⁰ Siglas correspondientes a su denominación en inglés “Business Interoperability Specifications”.

³¹¹ En relación a este organismo, véase <https://www.cen.eu/about/Pages/default.aspx>. Fecha de consulta 20/11/2020.

autoevaluación del mismo en el que se indique, entre otras cuestiones, si el mismo entra en conflicto con los estándares europeos desarrollados por el CEN o un documento de armonización del Consejo Europeo de Normalización Electrotécnica —CENELEC³¹²—, y un análisis del nivel de interés de la propuesta para los diferentes sectores y agentes implicados de los diversos Estados miembros. Tras el análisis del proyecto y su visto bueno por parte del CEN se iniciarán las sesiones de trabajo con el fin de conseguir aquel acuerdo, que se adoptará, en su caso, por consenso. La duración inicial del acuerdo será de tres años, tras los cuales será posible su renovación por otros tres. Transcurrido dicho periodo, solo podrá procederse a la realización de un nuevo acuerdo.

Tales iniciativas promovidas por PEPPOL dieron lugar a los acuerdos CEN sobre interfaces de interoperabilidad empresarial para la contratación pública en Europa —BII—³¹³, que se adoptaron por primera vez en enero de 2010³¹⁴ —fase uno o BII1—. La segunda fase de los mismos fue adoptada en febrero de 2013³¹⁵ —fase dos o BII2—. Finalmente, la tercera fase tuvo lugar entre los meses de octubre y noviembre de 2015³¹⁶ —fase tres o BII3—. Tras los anteriores, no se han llevado a cabo nuevos acuerdos, si bien, aquellos han sido empleados como base para la elaboración de directrices de aplicación de PEPPOL, clasificadas en las directrices de los puntos de acceso —AP Guidelines—, las directrices de los servicios de preadjudicación —Pre-Award Guidelines— y las directrices de los servicios de postadjudicación —Post-Award Guidelines—. Igualmente, sobre la misma base se han llevado a cabo las Especificaciones de Interoperabilidad —BIS PEPPOL— de los servicios de pre y postadjudicación. Entre estas BIS PEPPOL se encuentra el estándar de facturación 3.0 desarrollada de acuerdo y en cumplimiento de la Directiva de la UE 2014/55/UE³¹⁷.

Finalmente, cabe reseñar que, a los efectos de conseguir sus objetivos y poner en práctica los estándares desarrollados, PEPPOL establece una infraestructura de conexión, transmisión e intercambio de documentos electrónicos que siguen los BIS correspondientes y que es compatible con los servicios de contratación electrónica implementados en los distintos Estados miembros. Se trata de la intranet de PEPPOL denominada *eDelivery Network*.

³¹² Siglas correspondientes a su denominación en inglés “European Committee for Electrotechnical Standardization”.

³¹³ Siglas correspondientes a su denominación en inglés “Business Interoperability Interfaces on public procurement in Europe”.

³¹⁴ Accesibles en <ftp://ftp.cenelec.eu/CEN/WhatWeDo/Fields/ICT/eBusiness/WS/BII/Phase1/>. Fecha de consulta 20/11/2020.

³¹⁵ Accesibles en <ftp://ftp.cenelec.eu/CEN/WhatWeDo/Fields/ICT/eBusiness/WS/BII/Phase2/>. Fecha de consulta 20/11/2020.

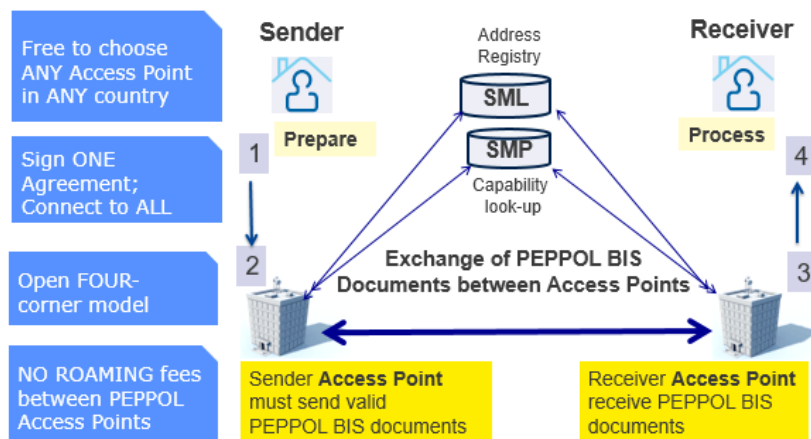
³¹⁶ Accesibles en <https://www.cen.eu/work/areas/ICT/eBusiness/Pages/WS-BII.aspx>. Fecha de consulta 20/11/2020.

³¹⁷ La última de las versiones de BIS 3.0 de facturación vio la luz en mayo de 2020, habiendo sido implementado el sistema para el intercambio de facturas electrónicas en materia de contratación pública en Alemania, Suecia, Polonia, entre otros.

A través de esta intranet se podrán ejecutar los servicios de preadjudicación y postadjudicación desarrollados por PEPPOL. Este sistema de intercambio se basa en lo que la propia documentación de PEPPOL viene a denominar como un modelo de 4 esquinas —4-model corner model— con el diseño que se incorpora seguidamente.

Todas las organizaciones participantes y usuarias finales de PEPPOL, tanto operadores económicos como entes adjudicadores, deberán contar con un punto de acceso —PA— a la intranet PEPPOL mediante el que se efectuará la conexión de los usuarios con la intranet de PEPPOL, así como el intercambio de documentos electrónicos con otros puntos de acceso. Tanto los entes adjudicadores como los proveedores de soluciones tecnológicas pueden elegir su proveedor de punto de acceso. Con independencia de la solución elegida el resto de puntos de acceso de la red le serán visibles. Sistema que PEPPOL denomina como “conectar una vez, conectar con todos”.

Imagen 5³¹⁸



Una vez cuenten con un punto de acceso, los miembros de PEPPOL harán públicos sus datos comerciales y las soluciones PEPPOL implementadas. Entre estos datos se encontrarán, entre otros, las direcciones de entrega, los procesos de contratación y los tipos de documentos compatibles. El medio por el que se harán públicos será un servicio externo empleado por PEPPOL denominado “Editor de Metadatos de Servicio” —SMP³¹⁹—. PEPPOL define el funcionamiento del servicio SMP como análogo al de una libreta de direcciones o un registro comercial en el que se contienen los datos necesarios de los participantes de una comunidad específica de contratación electrónica. Cada una de las entradas de este registro constituirá un servicio SMP, similar a un sitio *web* publicado en la red, con su nombre de dominio particular, pero dentro de la intranet facilitada a los miembros de PEPPOL.

³¹⁸ Imagen disponible en <https://peppol.eu/what-is-peppol/peppol-transport-infrastructure/>. Fecha de consulta 15/1/2020.

³¹⁹ Debido a las siglas de la expresión en inglés “Service Metadata Publisher”.

Para proceder a la emisión de documentos electrónicos por parte de un remitente a un destinatario en concreto, es necesario que el punto de acceso al sistema informático de cada miembro sea capaz de identificar al resto de puntos de acceso y determinar la identidad del otro participante al que corresponde realizar el envío del documento. Para lograrlo se ha establecido un servicio centralizado denominado Localizador de Metadatos de Servicio —SML³²⁰—. Dicho servicio es el que discrimina cuál es el SMP que ha de ser consultado para la obtención de los datos y formas de entrega de documentos. Esto es, de manera análoga, podría contemplarse el servicio SML como el navegador que da acceso a cada ubicación SMP en el interior de la intranet empleada por PEPPOL.

Puestos en contacto ambos miembros de PEPPOL la seguridad e integridad del envío de la documentación se basará en el uso de una infraestructura de clave pública —PKI—. A tales efectos, cuando los proveedores de puntos de acceso o SMP firman los acuerdos de esta infraestructura de “transporte”, les será proporcionado un certificado digital PEPPOL. Este certificado, que contiene la información clave para validar todas las comunicaciones en la intranet, será válido mientras el Acuerdo de Infraestructura de Transporte esté en vigor, pudiendo ser revocado si los proveedores de servicios incumplen el Acuerdo. De esta forma se garantiza que solo los proveedores conocidos y de confianza serán los que presten servicios en este servicio *eDelivery Network*.

Como servicios de postadjudicación desarrollados dentro de la *eDelivery Network* encontramos el servicio orientado a que los entes adjudicadores puedan efectuar pedidos electrónicos a los adjudicatarios de los contratos celebrados en determinados supuestos, tales como los acuerdos marco de manera individualizada —*eOrders*³²¹—; por medio de catálogos que describan en todo momento la gama de productos susceptibles de adquisición sobre la base del contrato en vigor —*e-Post Award Catalogues*³²²—; el servicio orientado al intercambio electrónico de albaranes —*eAdvance Shipping Notes*³²³—; el servicio orientado al intercambio de facturas electrónicas —*eInvoices*³²⁴—

³²⁰ Debido a las siglas de la expresión en inglés “Service Metadata Locator”.

³²¹ PEPPOL. Post Award Coordinating Community, BIS Order only 3.1, 2020, fecha de consulta, 15/1/2020, en <https://docs.peppol.eu/poacc/upgrade-3/profiles/3-order-only/>; PEPPOL. Post Award Coordinating Community, BIS Ordering 3.1, 2020, fecha de consulta en <https://docs.peppol.eu/poacc/upgrade-3/profiles/28-ordering/>; PEPPOL. Post Award Coordinating Community, BIS Order Agreement 3.0, 2020, fecha de consulta en <https://docs.peppol.eu/poacc/upgrade-3/profiles/42-orderagreement/>

³²² PEPPOL. Post Award Coordinating Community, BIS Catalogue Only 3.1, 2020, fecha de consulta, 15/1/2021, en <https://docs.peppol.eu/poacc/upgrade-3/profiles/1-catalogueonly/>

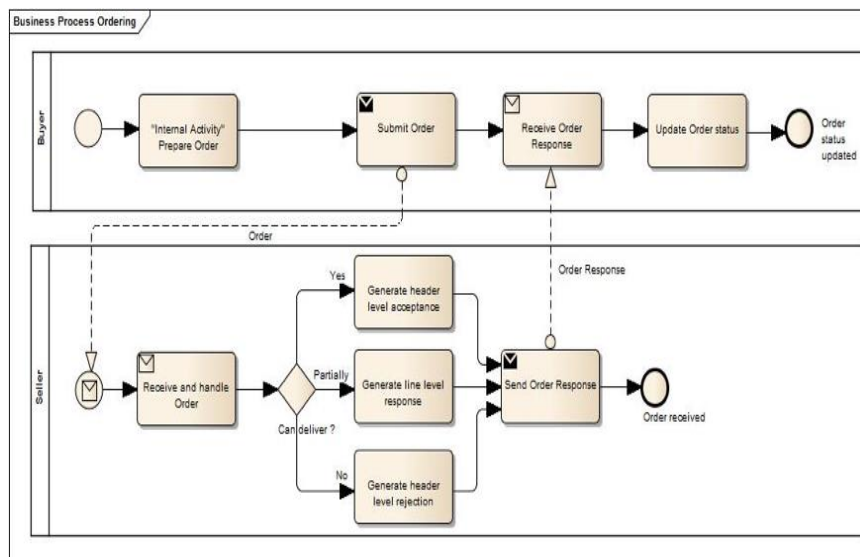
³²³ PEPPOL. Post Award Coordinating Community, BIS Despatch Advice 3.1, 2020, fecha de consulta 15/1/2021, en <https://docs.peppol.eu/poacc/upgrade-3/profiles/30-despatchadvice/>

³²⁴ PEPPOL. Post Award Coordinating Community, BIS Billing, 2020, fecha de consulta 15/1/2021, en <https://docs.peppol.eu/poacc/billing/3.0/bis/>

; y los servicios orientados al intercambio de comunicaciones entre el ente adjudicador y el operador económico u operadores adjudicatarios de un contrato³²⁵.

En lo que respecta a los servicios de *eOrders*, estos permitirán a los entes adjudicadores contar con un listado de productos con una estructura normalizada, asignándose a cada uno de ellos un código de identificación, una descripción en lenguaje natural y la unidad de medida de carácter unitario que le resulte de aplicación. No obstante, también será posible que la orden de pedido por parte del ente adjudicador no se siga sobre la base de un listado previo de productos, sino que describirá el producto requerido exclusivamente mediante lenguaje natural. Servicios más completos en relación a esta operación dentro de las *eOrders* de PEPPOL permiten, además, que, una vez recibida la orden por parte del operador económico, este, por el mismo conducto, pueda confirmar y aceptar el encargo. En caso de aceptación, se podrán solicitar modificaciones que, a su vez, deberán ser aceptadas o rechazadas por el ente adjudicador.

Imagen 6



PEPPOL prevé, adicionalmente, que la oferta no deba ser generada necesariamente por el ente adjudicador dentro de su intranet, sino que, alternativamente, otras variaciones del servicio de *eOrders* permitan que los entes adjudicadores efectúen el pedido fuera de la intranet, ya sea en la página web del proveedor³²⁶, en tienda, telefónicamente o mediante correo electrónico. Piénsese a este respecto en el caso de los contratos menores. Una vez realizado el pedido, será el operador económico quien se encargue de incluir dentro de la intranet los datos de aquel, enviando al ente adjudicador la

³²⁵ PEPPOL. Post Award Coordinating Community, BIS Message Level Response 3.0, 2020, fecha de consulta 15/1/2021, en <https://docs.peppol.eu/poacc/upgrade-3/profiles/36-mlr/>

³²⁶ En servicio descrito en PEPPOL. POST AWARD COORDINATING COMMUNITY, «BIS Punch Out 3.0», 2020, fecha de consulta 15/1/2021, en <https://docs.peppol.eu/poacc/upgrade-3/profiles/18-punchout/> se prevé que la página *web* del operador económico pueda conectarse al sistema PEPPOL de manera que la actuación del ente adjudicador en el interior de la misma se refleja de manera automática en el mismo, generando de esta forma el pedido correspondiente, que será enviado al vendedor a través de la intranet.

confirmación del pedido efectuado externamente al sistema. En todo caso, los sistemas de *eOrders* permitirán asociar el flujo del pedido con el funcionamiento de *eInvoices* y *eAdvance Shipping Notes* por los que se arbitrará el envío de facturas y albaranes por medio de la intranet PEPPOL con su correspondiente posibilidad de aceptación o rechazo.

En el caso de *eCatalogue* la dinámica será similar a la última indicada, al ser el operador económico el que, en el marco de una relación contractual ya establecida, o, incluso en previsión de una posible relación contractual ulterior, como se analizará más adelante, remita al ente adjudicador los productos puestos a disposición de este en forma de catálogo o una actualización del mismo. Recibido por el organismo contratante se podrá proceder a la aceptación o rechazo del catálogo y/o sus actualizaciones posteriores.

Estos servicios de postadjudicación son los que han obtenido un mayor desarrollo e implementación real en los Estados miembros, fundamentalmente el relativo a la facturación electrónica. Por supuesto, el proyecto PEPPOL también ha efectuado avances en relación a los servicios de preadjudicación, en los que corresponde detenerse, dado el objetivo que se pretende.

Entre estos servicios de preadjudicación se encuentran los sistemas de publicación de anuncios sobre el procedimiento de licitación —*eNotifying*—, de alertas, seguimiento y suscripción de licitación, de consulta de estado de la licitación —*eAccess*—, el sistema de presentación de ofertas —*eSubmission*— y de generación de catálogos de productos requeridos por los entes adjudicadores —*e-Pre-award Catalogue*—. Servicios en cuyo desarrollo participó activamente el proyecto *e-SENS* iniciado en 2013 y que, tras la generación de una multiplicidad de soluciones tecnológicas tendentes a la consecución de un mercado único, finalizó el 31 de marzo de 2017³²⁷. En este sentido, se ha de poner de manifiesto la existencia de acuerdos CEN BIS sobre presentación de ofertas en procedimientos abiertos y procedimientos restringidos, así como en relación a la publicación de anuncios de información previa, anuncios de licitación o anuncios de adjudicación.

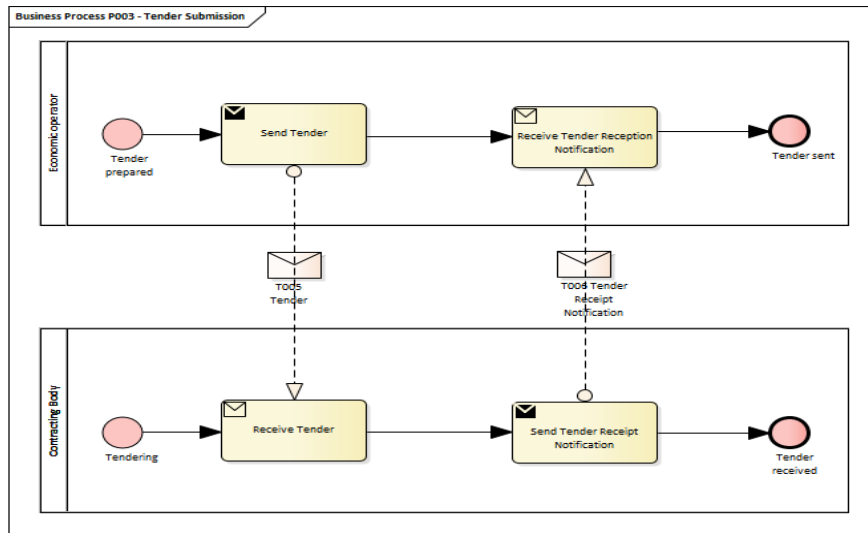
Estas iniciativas fueron desarrolladas a la luz de la Directiva 2014/24/UE, de manera que su diseño trata de garantizar su plena compatibilidad jurídica con la misma. Sobre este extremo se puede destacar cómo el servicio *eSubmission* establece los medios técnicos que garantizan que las ofertas no puedan ser accesibles hasta la finalización de su plazo de presentación mediante un sistema de encriptación de sobres, contando para ello con un procedimiento de sellado de tiempo; estableciendo, además, los servicios necesarios para que en relación a aquellas los entes adjudicadores puedan emplear los sistemas europeos de validación de firmas electrónicas³²⁸.

³²⁷ Vid. <http://www.esens.eu/>. Fecha de consulta 06/10/2020.

³²⁸ PEPPOL. Pre Award Coordinating Community, BIS Profile P003 «Tender Submission», 2019, fecha de consulta 10/9/2020, en <https://docs.peppol.eu/pracc/profiles/p003/>

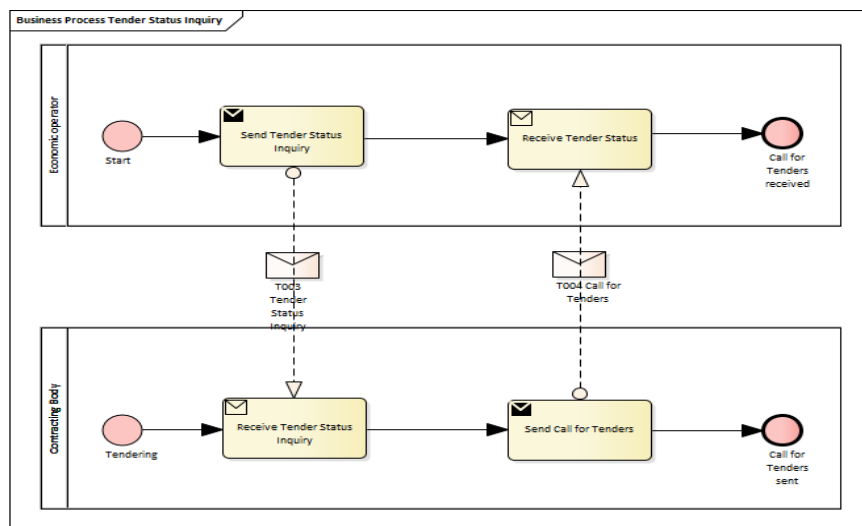
Como determina PEPPOL en su documentación de forma gráfica, este servicio de *eSubmission* contará con dos intercambios de documentos. Por un lado, el envío de la oferta debidamente encriptada por parte del licitador y, de otro, la recepción por este de la notificación de recepción de la oferta por parte del ente adjudicador. Los documentos incluidos en los sobres a través de los que se formule la oferta podrán presentar un formato estructurado o no estructurado.

Imagen 7



En cuanto al servicio de consulta del estado de la licitación, se permitirá que un operador económico, respecto de un procedimiento de licitación que sea de su interés y que tenga suficientemente identificado, efectúe una consulta sobre su estado a los efectos de obtener información sobre los últimos trámites realizados³²⁹.

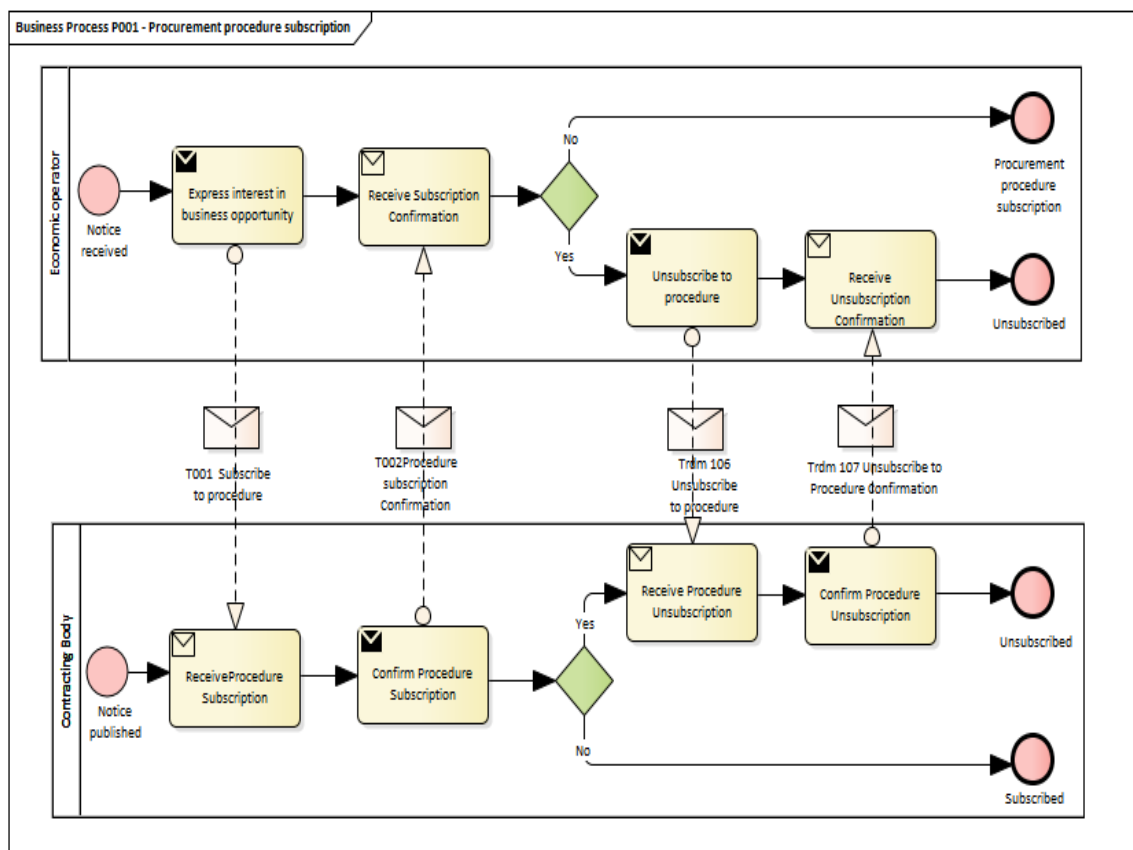
Imagen 8



³²⁹ PEPPOL. Pre Award Coordinating Community, BIS Profile P002 «Procurement document access», 2019, fecha de consulta 15 septiembre 2020, en <https://docs.peppol.eu/pracc/profiles/p002/>

En tercer lugar, el sistema de suscripción de un operador económico a un procedimiento de licitación iniciará su funcionamiento cuando este detecte un procedimiento de licitación que pueda ser de su interés. Al hacerlo, el operador económico podrá enviar al ente adjudicador que haya promovido la licitación una “expresión de interés”, la que recibida por el ente adjudicador conllevará que este sitúe al operador económico en la “lista de operadores interesados” correspondiente a la licitación en cuestión, lo que se le comunicará a aquel para su constancia. Para efectuar la petición de suscripción el operador económico debe identificarse adecuadamente. Una vez suscrito, el operador económico recibirá toda nueva documentación que se publique sobre ese procedimiento de compra pública. En cualquier momento el operador económico podrá anular su suscripción³³⁰.

magen 9



Entre los servicios de preadjudicación previstos por PEPPOL encontramos igualmente un catálogo previo a la adjudicación de contratos o un catálogo de necesidades de los entes adjudicadores. Tales catálogos serán elaborados mediante la estructura establecida por PEPPOL y se pondrá a disposición de los operadores económicos. Una vez elaborados serán recibidos por los operadores económicos que consulten la licitación o

³³⁰ PEPPOL. Pre Award Coordinating Community, BIS Profile P001 «Procurement procedure subscription», 2019, fecha de consulta 15 septiembre 2020, en <https://docs.peppol.eu/pracc/profiles/p001/>

que cuenten con un sistema de suscripción. Una vez que los operadores económicos accedan a la descripción de los productos que se contienen en el catálogo, podrán seleccionar los productos o servicios que cumplan con los requisitos pretendidos. La comunicación al ente adjudicador de los productos que se ajusten a la información contenida en el catálogo se hará mediante un sistema electrónico en el que indicará el código y descripción de producto, la unidad de medida empleada —UoM—, el precio ofrecido, el enlace a las imágenes del producto, el enlace a las etiquetas o certificados sociales o medioambientales de los que se disponga. A los efectos de cumplimentación de la oferta-respuesta al catálogo, se podrá reutilizar la información sobre la base de los códigos empleados por el ente adjudicador como, por ejemplo, el vocabulario CPV.

Finalizado el catálogo de oferta-respuesta por parte del operador económico, se podrán acompañar otros documentos estructurados, como el DEUC, u otros documentos no estructurados como, por ejemplo, los que contengan información adicional en formato “.pdf”. Cargados dichos documentos en el sistema, este enviará la oferta al ente adjudicador a través de su punto de acceso. Una vez recibida será bloqueada, impidiendo su acceso hasta el momento de finalización del plazo para la presentación de las ofertas. Alcanzada la indicada fecha, el sistema importará la información contenida en cada una de aquellas en formato “.xml” al sistema de valoración establecido por el ente adjudicador, procediendo a su valoración.

La entidad adjudicadora, tras recibir a través de su punto de acceso los catálogos de preadjudicación de los distintos proveedores, como parte de los paquetes de ofertas, procederá a bloquear las ofertas. Cuando llegue el momento de abrir dichas ofertas, el sistema de licitación importará los archivos .xml del catálogo de preadjudicación a su servicio de valoración buscando y encontrando la mejor oferta de productos y/o servicios. Por su parte, el ente adjudicador recibirá los catálogos realizados por los operadores económicos para comprobar los requisitos subjetivos de los licitadores, así como para efectuar la valoración de la oferta basada en criterios que no sean susceptibles de su valoración automática. Una vez que se haya determinado el catálogo o catálogos seleccionados se llevará a cabo su formulación definitiva a la vista del contrato formalizado —*post-award Catalogue*—, se pondrá a disposición del ente adjudicador y se contará con una herramienta de búsqueda para facilitar el acceso a la información de aquellos. Además, el sistema está preparado para los casos en los que el ente adjudicador sea una central de compras. En este supuesto, se procederá al envío automático de los catálogos seleccionados en su versión definitiva a los organismos a los que la central dé soporte³³¹.

³³¹ PEPPOL. Pre Award Coordinating Community, BIS Pre-Award Catalogue, 2019, fecha de consulta 15/9/2020, en <https://docs.peppol.eu/pracc/catalogue/1.0/bis/>.

El funcionamiento de estos servicios de preadjudicación ha de facilitarse en el seno de la intranet incorporando los requisitos técnicos para su funcionamiento establecidos por la Comunidad del ámbito de preadjudicación³³².

Es del todo significativo que entre los componentes de OpenPEPPOL³³³ no se encuentre ninguna Administración española, mientras que sí lo hacen otras pertenecientes a los principales países de la UE³³⁴—.

3. LOS FRUTOS DE LAS ESTRATEGIAS EUROPEAS DE INTEROPERABILIDAD: OPEN E-PRIOR Y SU LÍNEA DE ACTUACIÓN

En la Comunicación de la Comisión Europea “Una Agenda Digital para Europa”, tras señalar los principales problemas detectados en materia de interoperabilidad, se promovió la Estrategia Europea de Interoperabilidad y el Marco Europeo de Interoperabilidad —EIF (por sus siglas en inglés)—.

Tras su promoción inicial, el EIF fue recogido en el Anexo 2 de la Comunicación COM (2010) 744 final: Hacia la interoperabilidad de los servicios públicos en Europa, como resulta de su parte introductoria (página 3): “La presente Comunicación introduce la Estrategia Europea de Interoperabilidad (EIS) y el Marco Europeo de Interoperabilidad (EIF) de los servicios públicos europeos, dos elementos clave de la Agenda Digital que, conjuntamente, promueven la interoperabilidad entre las Administraciones Públicas”³³⁵. Posteriormente, fue sometido a revisión y tuvo como resultado su valoración en la Comunicación COM (2017) 134, de 23 de marzo, en el que se ofrecen 47 recomendaciones relativas a la implementación de sistemas de interoperabilidad que da lugar al documento Nuevo Marco Europeo de Interoperabilidad³³⁶.

En el EIF se promulgaban 12 principios a los que debían orientarse las políticas de interoperabilidad, los que, tras su última revisión, han quedado en el siguiente orden: 1) Interoperabilidad y subsidiariedad; 2) Apertura; 3) Transparencia; 4) Reutilización; 5) Neutralidad tecnológica y portabilidad de datos; 6) Centralidad del usuario; 7) Inclusión

³³² PEPPOL. Pre Award Coordinating Community, BIS eDelivery guide for pre-award; PEPPOL. Pre Award Coordinating Community, BIS eDocuments guide for pre-award.

³³³ Información accesible en <https://peppol.eu/who-is-who/openpeppol-member-list-2/>. Fecha de consulta 05/10/2020. Datos actualizados a 02/10/2020.

³³⁴ Se puede destacar la presencia de dos organismos protagonistas de la contratación pública en Italia, tales como la AgID y la CONSIP, S.p.A.

³³⁵ Accesible en el siguiente enlace: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2010/ES/1-2010-744-ES-F1-1.PDF>. Fecha de consulta 15/1/2021.

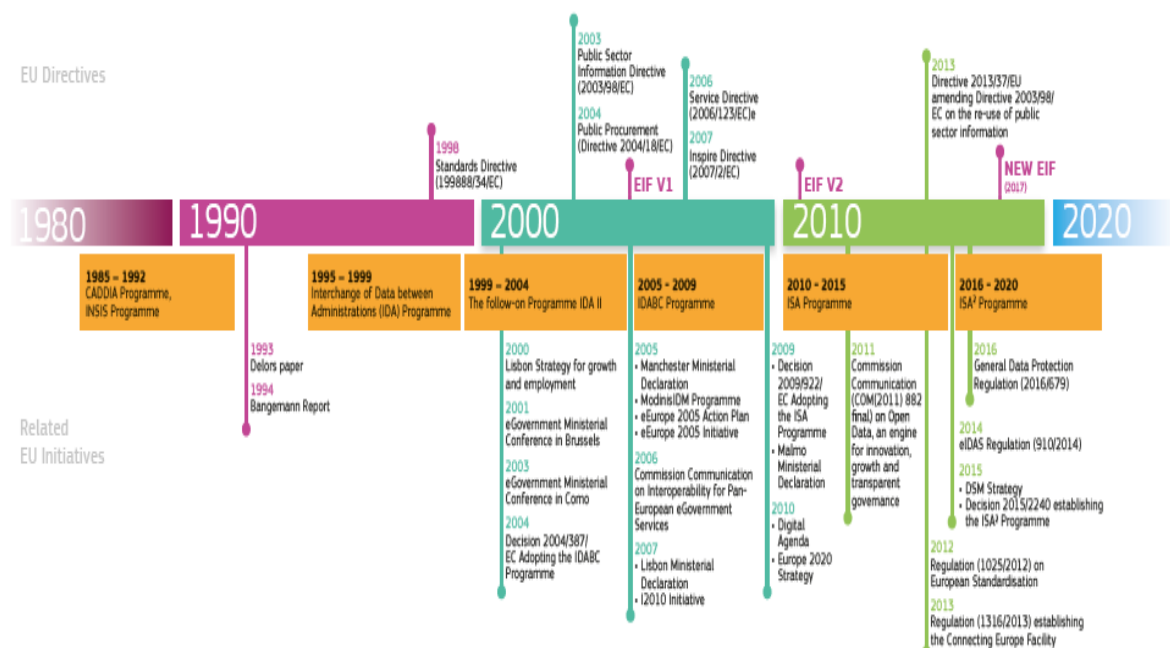
³³⁶ Accesible en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/isa2/sites/isa/files/eif_brochure_final.pdf. Fecha de consulta 15/1/2021.

y accesibilidad; 8) Seguridad y Privacidad; 9) Multilingüismo; 10) Simplificación Administrativa; 11) Conservación de la información; 12) Efectividad y Eficiencia.

Producto de dichas iniciativas, se promovió el programa ISA²³³⁷ establecido mediante la Decisión 2015/2240/UE. En relación a dicho programa existe informe de la Comisión Europea³³⁸ en el que se hace balance de los resultados obtenidos y de la multitud de herramientas para favorecer la interoperabilidad a las que se había dado lugar³³⁹.

Esta línea de acción de la Unión Europea representa su sexto estadio de evolución, encontrándose sus primeros antecedentes en la Decisión del Consejo 86/23/CEE, de 4 de diciembre de 1986, por la que se establecía el programa *Community information systems concerned with imports/exports and the management and financial control of agricultural market organizations* (CADDIA) y en la Comunicación del Consejo COM (1984) 380 – 2, de 3 de julio, sobre *coordination of the activities of the member states and community institutions with a view to setting up a community inter-institutional information system* (INSIS). Se iniciaba entonces, en la segunda mitad de la década de los años ochenta, un iter mantenido de manera ininterrumpida con la adopción de sucesivas acciones tal y como puede verse en detalle en el siguiente gráfico.

Imagen 10³⁴⁰



³³⁷ Siglas correspondientes a la expresión inglesa “Interoperability Solutions for European Public Administrations”

³³⁸ Comisión Europea, Informe SWD (2019) 1615 final, de 23 de septiembre de 2019, resultados de la evaluación intermedia del programa ISA².

³³⁹ Dichas herramientas pueden ser consultadas en el siguiente enlace https://ec.europa.eu/isa2/solutions_en. Fecha de consulta 15/1/2021.

³⁴⁰ Gráfico disponible en la página institucional de la Unión Europea: https://ec.europa.eu/isa2/sites/isa/files/docs/publications/european_interoperability_timeline.pdf Fecha de consulta 26/8/2020.

Las mencionadas primeras acciones de esta concatenación temporal centrarían su atención en el establecimiento de soluciones de interoperabilidad orientadas a la dimensión interna del funcionamiento de la administración electrónica —medidas horizontales en la terminología del considerando 22 y artículo 3 de la Decisión 1720/1999/CE—. En concreto, se focalizaba la atención en el establecimiento de soluciones que permitieran el intercambio de datos entre Administraciones de diferentes Estados miembros. Tendencia que se mantuvo en la Decisión 95/468/CE, de 6 de noviembre, sobre la contribución comunitaria al intercambio telemático de datos entre las Administraciones en la Comunidad (IDA), así como en la Decisión 1720/1999/CE, de 12 de julio, por la que se aprueba un conjunto de acciones y medidas, al objeto de garantizar la interoperabilidad de las redes telemáticas transeuropeas destinadas al intercambio electrónico de datos entre Administraciones (IDA II), así como el acceso a las mismas.

Fue a partir de la aprobación de la Decisión 2004/387/CE, de 21 de abril, relativa a la prestación interoperable de servicios paneuropeos de administración electrónica al Sector Público, las empresas y los ciudadanos (IDABC), coincidiendo en dicho año con la Directiva 2004/18/CE, cuando se inició el impulso de soluciones de contratación pública electrónica. A tal efecto, a la ecuación anterior de medidas de interoperabilidad horizontal, principalmente por los fundamentos y bases establecidos por aquellos, se unió el impulso decidido de medidas de interoperabilidad orientada a la dimensión externa de la administración electrónica. En concreto, la Decisión 2004/387/CE contemplaba la figura de los “servicios paneuropeos de administración electrónica”, definidos en su art. 3.b) como: “servicios interactivos transfronterizos de información del Sector Público, ya sean sectoriales u horizontales, es decir, de índole transectorial, prestados por las Administraciones Públicas europeas a las Administraciones Públicas europeas, a las empresas, incluidas sus asociaciones, y a los ciudadanos, incluidas sus asociaciones, mediante redes telemáticas transeuropeas interoperables”. Es fácil colegir que, frente a dicha compleja definición y como expresa MARTÍNEZ GUTIÉRREZ³⁴¹, es netamente más clara la conceptualización de los indicados servicios que hace el Ministerio de Administraciones Públicas español, al indicar que tales servicios son aquellos “dirigidos a los ciudadanos, a las empresas y a las administraciones, así como las infraestructuras y servicios necesarios para el despliegue de los primeros”³⁴².

Dentro de esta sucesión de iniciativas para el fomento de la interoperabilidad, la denominada ISA² estableció la herramienta Open *e*-Prior como posible forma de conexión con la red PEPPOL. Por medio de dicho instrumento sería posible canalizar la utilización de los servicios de PEPPOL desde instancias europeas y sin perjuicio de la libertad de los usuarios para seleccionar los proveedores del punto de acceso PEPPOL.

³⁴¹ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., p. 268.

³⁴² Amutio Gómez, M.Á., *La construcción de los servicios pan-europeos de Administración electrónica: de IDA a IDABC*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2005, p. 11.

A estos efectos, Open e-Prior se constituye como un portal de administración electrónica a través del cual se puede acceder a una pluralidad de herramientas telemáticas, entre ellas —la de mayor importancia—, la red PEPPOL. El acceso a estos servicios se facilitaría, mediante las correspondientes medidas de seguridad e identificación, tanto a los poderes adjudicadores como a los operadores económicos³⁴³, permitiendo el uso de una versión gratuita de código abierto. Los servicios conectados a través de Open e-Prior, en su última versión 2.2.0, son los de postadjudicación³⁴⁴, incluyendo solo el servicio de *eSubmission* en relación a los de preadjudicación. La primera materialización, como servicio puesto en marcha completamente y abierto a su utilización por terceros realizado al amparo de la iniciativa ISA², en la misma línea de trabajo que Open e-Prior, es la plataforma *eTrustExchange* gestionada por la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea³⁴⁵.

En el caso de que una Administración decida emplear este servicio, deberá registrarse en la *web* de la Comisión Europea, facilitándole el gestor de la herramienta la condición de administrador de uno o varios apartados del servicio. Los operadores económicos que contraten con ella podrán pedir su registro en el servicio de *eTrustExchange*, el cual deberá ser validado por la Administración correspondiente antes de su confirmación. Una vez realizado el registro, el organismo administrador podrá dar de alta como usuario de este al operador económico. A partir de ese momento, los usuarios podrán enviar las facturas a la Administración correspondiente a través de la interfaz que figura con todo detalle expresada en el punto 3 de la “User Guide”, de la *eTrustEx Menu*³⁴⁶.

Las facturas enviadas por los operadores económicos que hayan adquirido la condición de usuarios del apartado correspondiente de *eTrustExchange* serán recibidas en la interfaz que igualmente figura con todo detalle en el punto 5.1 de la “User Guide” mencionada³⁴⁷.

La plataforma *eTrustExchange* se establece, del mismo modo indicado respecto de Open e-Prior, como un elemento intermedio o punto de acceso a través del cual sus usuarios, ya sean entes adjudicadores u operadores económicos, podrán acceder y emplear la intranet PEPPOL.

Como se puede apreciar en este ejemplo de implementación exitosa en la línea de la iniciativa Open e-Prior, el planteamiento de este tipo de plataformas parte de la conexión del *back office* del ente adjudicador con la intranet de PEPPOL a través de un punto de acceso desarrollado por la Comisión Europea, en el cual se ofrecen servicios auxiliares

³⁴³ EPRIOR, Facilitating interoperable electronic procurement across Europe. Technical Overview

³⁴⁴ Respecto de estos servicios, la última versión de Open e-Prior es la 2.2.0.

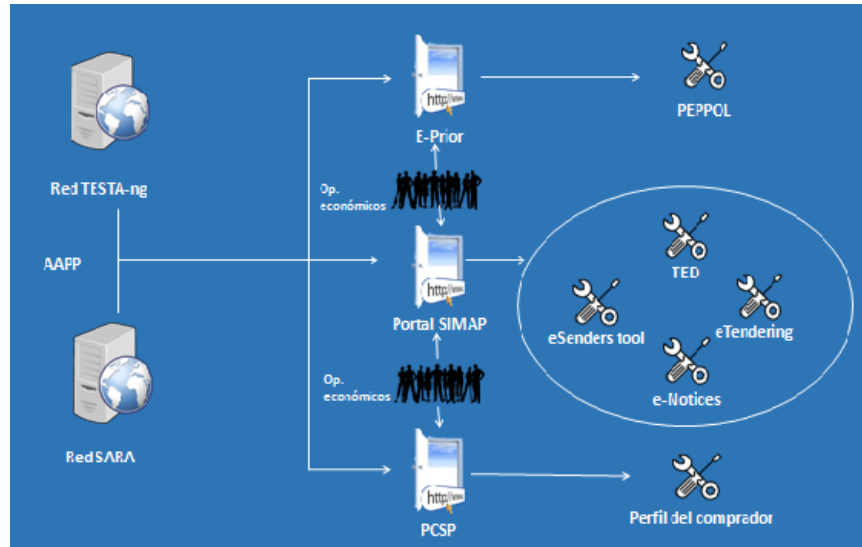
³⁴⁵ Dirección General de Competencia. Comisión Europea, *eTrustExchange*. User Guide, 2020, fecha de consulta 15/1/2020, en https://ec.europa.eu/competition/contacts/etrustex_user_guide.pdf.

³⁴⁶ *Ibid.* P. 7/18.

³⁴⁷ *Ibid.* P. 15/18.

del funcionamiento de PEPPOL como las herramientas suficientes para la conversión en documentos de “lectura humana” en formato “.pdf” o “.html”, o los documentos en formato estandarizado “.xml” empleados por la intranet de aquel.

Imagen 11³⁴⁸



4. E-CERTIS

E-Certis es un sistema de información establecido por la Comisión Europea, gestionado por su Dirección General de Mercado Interior, Industria, Emprendimiento y Pymes, nutrido de la información facilitada por los Estados miembros³⁴⁹. Su establecimiento responde a su expresa previsión en la Directiva 2014/24/UE tras su previo planteamiento en documentos previos de la Comisión Europea³⁵⁰. Dicha información se orienta a la constitución de una base de datos electrónica, puesta a disposición de los operadores económicos de forma gratuita, por la que se informa —art. 61 de la Directiva 2014/24/UE— de la naturaleza y contenido de los certificados y declaraciones, autodeclaraciones y justificantes exigidos en los procedimientos de contratación pública de los diferentes Estados miembros, así como de los organismos eventualmente vinculados a su expedición³⁵¹; y se recoge un sistema de equivalencias entre las distintas informaciones requeridas en el ámbito de la contratación pública por los entes adjudicadores de los diversos Estados miembros. Adicionalmente, está previsto que

³⁴⁸ Imagen de elaboración propia.

³⁴⁹ La dirección electrónica de este servicio es <https://ec.europa.eu/tools/ecertis/#/search>

³⁵⁰ Comisión Europea, COM(2010) 571 final de 18 de octubre: Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE, cit.

³⁵¹ Entre tales documentos se prevé la inclusión del DEUC en todos los idiomas de los Estados miembros de la UE. En el caso de España estos organismos emisores encuadrados en e-Certis son el Registro Mercantil Central, el ROLECSP, la AEAT y la TGSS.

dicha equivalencia de informaciones vaya acompañada con la puesta a disposición de los modelos de certificados o documental relativa a esa información.

Dicha información se puede sistematizar por países, ámbito material o aspecto de la licitación al que se refiere la documentación y si e-Certis cuenta o no con un modelo ejemplificativo. No obstante, a día de hoy se puede establecer, como punto de mejora del sistema de filtrado de la información, que la descripción de cada elemento se encuentra disponible exclusivamente en inglés, pese a ser esta descripción la única que permite identificar, caso de coincidir, dos elementos análogos de diversos países. Igualmente, se echa en falta una coincidencia absoluta de estas descripciones que permita su fácil localización por medio del sistema de ordenación por columna, tal y como lo demuestran, por ejemplo, los códigos iniciales de descripción establecidos por Italia y que impiden mantener un orden correlativo con sus equivalentes de otros países.

Con esta información, e-Certis se establece como un importante sistema de interoperabilidad organizativa y jurídica, permitiendo comprender y analizar, en el idioma propio, un glosario de elementos empleados en los procedimientos de licitación de cada Estado miembro y, con ello, la comprensión de la información que se le está facilitando o requiriendo en los pliegos. También permite acceder, en su caso, a los documentos relacionados con los mismos que le permitan elaborar documentación propia para la licitación en otro Estado miembro o “encontrar información equivalente recíprocamente aceptable”³⁵². De otra parte, se echa en falta que al comparar dos elementos de esta base de datos se pueda mantener en cada columna la posibilidad de acceder o descargar el documento de prueba correspondiente a cada uno de ellos. De todo ello, podría considerarse que estamos ante un medio de interoperabilidad lingüística —encontrándose entre sus principales beneficiarios a las Pymes, tal y como señala el Considerando 87— .

³⁵² MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica: análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, cit., p. 192.

El uso de medios electrónicos como garantía y oportunidad de una contratación pública eficiente, planificada, transparente e íntegra

Imágenes 12 y 13

Comparar

Criterios	2	Total	2
País	España		Italia
Nombre	Volumen anual medio de negocio.		SC 32 Volumen de negocios anual específico (Traducción automática)
Tipo	Criterio		Criterio
Ámbito	Todos los ámbitos		Todos los ámbitos
Criterio primario	Volumen de negocios anual medio (Traducción automática)		Volumen de negocios anual específico (Traducción automática)
Tipo de criterio	Criterios de selección: Solvencia económica y financiera		Criterios de selección: Solvencia económica y financiera
Legislación	Act on Public Sector Contracts.		Legislative Decree No. 50/2016
Artículo	87.1 a)		art. 83, co. 1, lett. b) and co. 4 lett. a)
Descripción	Artículo 87. Acreditación de la solvencia económica y financiera. 1. La solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación: a) Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiere el contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente. El volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media el valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros. El órgano de contratación indicará las principales razones de la imposición de dicho requisito en los pliegos de la contratación o en el informe específico a que se refiere el artículo 336. Cuando un contrato se divida en lotes, el presente criterio se aplicará en relación con cada uno de los lotes. No obstante, el órgano de contratación podrá establecer el volumen de negocios mínimo anual exigido a los licitadores por referencia a grupos de lotes en caso de que al adjudicatario se le adjudiquen varios lotes que deban ejecutarse al mismo tiempo.		«El operador económico tiene el volumen de negocios específico anual mínimo en el ámbito cubierto por el contrato, para el número de ejercicios solicitados en el anuncio pertinente o en los pliegos de la contratación a que se refiere el anuncio?» (Traducción automática)
Última actualización	05/02/2020		08/04/2020

[Volver a los resultados de la búsqueda](#)

España **Criterio** Breaching of obligations in the field of social law 10/05/2020

Tipo de criterio	Legislación	Artículo	Descripción
Motivos de exclusión: Motivos referidos a la insolvencia, los conflictos de intereses o la falta profesional	Act on Public Sector Contracts.	71.1 d)	Artículo 71. Prohibiciones de contratar: 1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 71, las personas en quienes concurre alguna de las siguientes circunstancias: d) No haberse comprometido el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres. En relación con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o con la Seguridad Social, se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el mismo cuando las deudas estén aplicadas, fraccionadas o se hubiera acordado su suspensión con sujeción a la mitigación de tales deudas. La acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad y de la obligación de contar con un plan de igualdad a que se refiere el primer párrafo de esta letra se hará mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, podrá establecer una forma alternativa de acreditación que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.

Pruebas vinculadas

[Self declaration of compliance in a procurement bid situation](#)

Italia Criterio	ES 11 SC Breaching of obligations in the field of labour law - Self Clearing	08/04/2020	<input type="checkbox"/>	
Italia Criterio	ES 09 SC Breaching of obligations in the field of environmental law - Self Clearing	08/04/2020	<input type="checkbox"/>	
Italia Criterio	ES 10 SC Breaching of obligations in the field of social law - Self Clearing	08/04/2020	<input type="checkbox"/>	
Italia Criterio	ES 10 Breaching of obligations in the field of social law	07/04/2020	<input type="checkbox"/>	

Tipo de criterio	Legislación	Artículo	Descripción
Motivos de exclusión: Motivos referidos a la insolvencia, los conflictos de intereses o la falta profesional	Legislative Decree No. 50/2016	art. 80, co. 5, lett. a)	«Ha incumplido el operador económico las obligaciones relativas al Derecho social definidas en la legislación nacional y europea, en los convenios colectivos o en las disposiciones internacionales enumeradas en el anexo I del Decreto Legislativo n.º 50/2016? El operador económico no tiene que declarar la infracción si el período de exclusión previsto en el artículo 80, apartado 10 bis, del Decreto Legislativo n.º 50/2016 ha finalizado. (Traducción automática)

Pruebas vinculadas

[ANAC business records events that can affect contracting with Public Administration](#)

Con este sistema de información, la Comisión Europea, a través de e-Certis, persigue que se intercambie información entre los órganos de contratación y entre estos y los operadores económicos, especialmente los establecidos en otros Estados miembros, respecto de los certificados y otros documentos que deban ser aportados en el seno de un procedimiento de licitación, a los efectos de acreditar la capacidad de obrar, la aptitud y la solvencia, al tiempo que se establecen los criterios de equivalencia entre la documentación que será, o podrá ser, solicitada con los documentos normalmente empleados en otro Estado miembro.

Paralelamente, la Directiva 2014/24/UE, en su art. 59.6, establece que esta base de datos sea nutrida con un listado completo de todas las bases de datos que puedan tener información relativa a los operadores económicos, en orden a servir de elemento de transmisión de información entre los poderes adjudicadores de los diversos Estados miembros, indicando, en el caso de existir, la dirección electrónica que permita su consulta gratuita. La anterior información, en materia de comprobación de la inexistencia de prohibiciones para contratar, se verá complementada por el Sistema de Exclusión y Detección Precoz³⁵³ —EDES— previsto inicialmente por el Reglamento financiero 2002/1605/CE, que fue establecido por el Reglamento 2008/1302/CE e impulsado definitivamente por la reforma de este último a través del Reglamento 2015/1929/UE. Actualmente, este servicio incluye a aquellos operadores económicos que se encuentran en alguna de las causas de prohibición para contratar recogidas en el art. 136 del vigente Reglamento 2018/1046/UE. Entre estas bases de datos serán incluidos en e-Certis los registros nacionales en los que figuren las listas de operadores acreditados y los sistemas de preclasificación. Se trata de un medio por el que se pretende dotar de virtualidad al mandato del art. 64.4 de la Directiva 2014/24/UE, por el que se requiere la existencia de una presunción *iuris tantum* acerca de la capacidad de los operadores económicos que se encuentren inscritos en “listas oficiales de contratistas, proveedores de suministros o de servicios autorizados o que cuenten con el correspondiente certificado de inscripción”. Este precepto ha sido interpretado (en realidad, se trata de una aclaración) por la JCCPE en el sentido de que las indicadas listas oficiales equivalen a los sistemas de clasificación recogidos en la normativa nacional³⁵⁴. A tales efectos, una plena conexión del ROLECSP con e-Certis, posibilitaría que el ROLECSP comprobara *per se* y de forma cierta la situación de inscripción de los operadores económicos de otros Estados miembros en sus respectivos registros nacionales. De esta forma, se podría dar por cumplido el requisito de inscripción en él o, alternativamente, se podría generar de oficio una inscripción propia en la que se trasvasara y, posteriormente, se actualizara, la información contenida en el registro del país de origen del operador económico. Dicha conexión también permite una compartición de la información en sentido inverso, esto es, la de poner a disposición del resto de registros de la Unión Europea el contenido certificado del ROLECSP sobre los operadores económicos españoles, a los mismos efectos indicados³⁵⁵. Respecto de esta orientación de la base de datos e-Certis, como indica MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, su último estadio de evolución deseable conllevaría pasar de su consideración como un punto de acceso a los diferentes servicios de registro nacionales a la creación de un único servicio

³⁵³ Accesible a través de la dirección electrónica https://ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/how-it-works/annual-lifecycle/implementation/anti-fraud-measures/edes/database_en. Fecha de consulta 16/1/2021.

³⁵⁴ Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, Informe 10/1996, de 7 de marzo.

³⁵⁵ MORCILLO MORENO, J., «Brecha digital y contratación pública», cit., p. 259.

de registro de operadores económicos a nivel europeo, aun cuando el mismo se estableciera sobre la base de un proceso de integración y funcionamiento autónomo de los registros nacionales³⁵⁶.

La relevancia fáctica de e-Certis se ve potenciada en virtud de lo establecido en el art. 61 Directiva 2014/24/UE, por el que se obliga a las Administraciones Públicas y demás poderes adjudicadores de cada Estado miembro a mantener actualizada la información destinada tanto a los poderes adjudicadores de terceros Estados miembros como a los operadores económicos. Obligatoriedad que viene anunciada y explicada en el Considerando 87 de la actual directiva. Como indica MEDINA ARNAIZ, esta actualización será un elemento indispensable para la operatividad de e-Certis, lo que requerirá del compromiso y participación activa de todos los Estados miembros³⁵⁷. No obstante, como se desprende del art. 61.2 de la Directiva 2014/24/UE, todavía no se ha dado el paso necesario para que en los procedimientos de licitación de cada Estado miembro solo puedan ser empleados documentos acreditativos accesibles a través de e-Certis. Tal extremo solo se exige a modo de preferencia. Así las cosas, consideramos que habrá que esperar hasta que se produzca el perfeccionamiento de esta base de datos, y su establecimiento con carácter preceptivo (en el expresado sentido) en la norma europea sucesora de la Directiva 2014/24/UE, para que los órganos de contratación españoles se vean definitivamente motivados para su utilización y se preocupen de su actualización. Futura preceptividad que viene anunciada en el considerando 87 de la Directiva 2014/24/UE. Estas mismas consideraciones se pueden realizar respecto de la posibilidad prevista en el art. 59.6 de la Directiva 2014/24/UE. La mera previsión de su posibilidad, y no de su obligatoriedad, puede no ser suficiente a la hora de asegurar su utilización, entre otros motivos, por el desconocimiento de los responsables del ente adjudicador del idioma en el que se encuentre dicho registro perteneciente a otros Estados miembros o, simplemente, por la falta de familiaridad con su interfaz. Coincidimos con MARTÍNEZ GUTIÉRREZ que la preceptividad de e-Certis lo instituiría o confirmaría como la “piedra angular del sistema electrónico de intercambio de información y documentación contractual de la Unión Europea formado por el archivo de documentos europeos únicos de contratación y las bases de datos de documentación contractual de los Estados miembros”³⁵⁸.

En relación con el mandato del art. 61.1 de la Directiva 2014/24/UE, la DA 35^a de la LCSP establece que será la JCCPE la encargada de las publicaciones correspondientes a España en e-Certis, así como su posterior actualización. En este punto, la LCSP señala

³⁵⁶ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica: análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, cit., p. 191.

³⁵⁷ MEDINA ARNAIZ, T., «Avanzando en la reducción de las cargas administrativas vinculadas a la selección del contratista», cit., p. 109; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica: análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, cit., p. 193.

³⁵⁸ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica: análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, cit., p. 193.

al ROLECSP como principal base de datos para la “acreditación de las condiciones de solvencia y aptitud de los empresarios españoles a efectos de la contratación pública”.

5. EL DOCUMENTO EUROPEO ÚNICO DE CONTRATACIÓN

MEDINA ARNAIZ define el DEUC como “una declaración responsable³⁵⁹ del operador económico que sirve como prueba preliminar para acreditar el cumplimiento de los requisitos de aptitud para contratar”, cuyos efectos se limitarán a un concreto procedimiento de licitación³⁶⁰. En sentido coincidente, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ se refiere a este documento como una declaración responsable de los operadores económicos por la que se pone de manifiesto que no se halla incurso en ninguna prohibición y que dispone de la suficiente capacidad y solvencia para contratar, y que se encuentra en disposición de acreditar todo ello cuando le sea requerido³⁶¹.

La formulación de esta declaración ha sido ideada desde instancias europeas sobre la base de la experiencia previa derivada de los documentos de precalificación de los operadores económicos empleados en el seno de algunos Estados miembros³⁶². A la luz de esta experiencia previa, se concibió un instrumento con análoga dinámica funcional al que se unía, de forma novedosa, su carácter netamente electrónico y plurilingüe, al encontrarse disponible en todas las lenguas de oficiales de los Estados miembros.

Su carácter electrónico ha permitido que su puesta en funcionamiento haya sido acompañada de plataformas electrónicas a nivel europeo en las que se ofrece el servicio en línea que permite su generación, importación y exportación³⁶³. Estas dos últimas utilidades facilitan su empleo y reutilización mediante su exportación y ulterior importación empleando a tal efecto un modelo de documento en formato abierto, concretamente, en formato “xml.” del que, eventualmente y ante el requerimiento en diversos procedimientos de contratación de los mismos requisitos a los licitadores, solo habría que sustituir los datos del procedimiento en cuestión, así como el campo de tipo de procedimiento, el cual no es importado en ningún caso. El servicio para el empleo de dichas utilidades es facilitado por la Comisión Europea, que, en el caso de España, es

³⁵⁹ Sobre el carácter de declaración responsable del DEUC, véase la Resolución de 6 de abril de 2016, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación.

³⁶⁰ MEDINA ARNÁIZ, T., «Avanzando en la reducción de las cargas administrativas vinculadas a la selección del contratista», cit., p. 124.

³⁶¹ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición», cit., p. 292.

³⁶² GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», cit.

³⁶³ Herramienta accesible en España en <https://visor.registrodelicitadores.gob.es/esp-d-web/filter?lang=es>. Fecha de consulta 15/1/2021.

canalizado a través del Ministerio de Hacienda³⁶⁴. A lo anterior, se une la posibilidad de que determinados datos puedan autocompletarse con la información que ya obre en poder de los poderes públicos, tal y como permite el ROLECSP, cuyo portal electrónico genera un DEUC en el que se incluye, de manera automática, toda la información de un determinado operador económico que figure en el mismo.

En cuanto al detalle y configuración de su contenido, ha de acudir al Anexo II del Reglamento de ejecución 2016/7/UE, en el que el modelo del DEUC aparece estructurado en seis partes. En la primera se recoge la información sobre el procedimiento de contratación y el ente adjudicador. La segunda, comprende la información del operador económico. La tercera parte incorpora una declaración del operador económico sobre la concurrencia o no de cada una de las circunstancias que podrían conducirle a hallarse incurso en situación de prohibición para contratar. La parte cuarta guarda las declaraciones del licitador sobre las circunstancias que determinarán el cumplimiento de la capacidad de obrar y solvencia necesaria para la realización del contrato, incluida aquella solvencia relativa a los extremos de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental. La parte quinta será exclusiva de los procedimientos restringidos o derivados del mismo, tales como los negociados con publicidad o el diálogo competitivo, relativos a la determinación de las variables que son establecidas en los pliegos a la hora de seleccionar a los candidatos a los que se les emitirán las invitaciones para la presentación de ofertas. En último lugar, la parte sexta recoge la manifestación de la veracidad de la información recogida en el documento, el hecho de encontrarse en situación de poder recabar todos los certificados acreditativos de la misma, el conocimiento de las consecuencias en caso de incumplimiento, la fecha y la firma del operador económico³⁶⁵.

La previsión del uso de esta declaración responsable con carácter general ha sido establecida por el art. 140 de la LCSP, en relación con el art. 159.4.c) de dicho texto legal. Según el tenor del indicado artículo, la acreditación del cumplimiento de los requisitos necesarios por parte de los operadores económicos para poder concurrir en el procedimiento de compra pública se llevará a cabo mediante una declaración responsable “que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación”, donde se establezca: i) que la sociedad está válidamente constituida y que, conforme a su objeto social, dispone de la capacidad de obrar necesaria para la ejecución del contrato en cuestión; ii) que la persona que actúe en representación del operador económico a la hora de presentar la oferta ostenta realmente la representación de aquel; iii) que se cuenta con la clasificación suficiente o, en su caso, se cumplen los

³⁶⁴ La dirección electrónica de dicho servicio es <https://visor.registrodelicitadores.gob.es/esp-web/filter?lang=es>. Fecha de consulta 15/1/2021.

³⁶⁵ Para mayor detalle, véase MEDINA ARNÁIZ, T., «Hacia una contratación pública electrónica: El uso del Documento Europeo Único de Contratación», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Madrid, INAP, 2017, pp. 372 y 373.

requisitos de solvencia técnica y económica exigidos en los pliegos; y iv) que no se halla incurso en prohibición de contratar. Además, cuando se trate de un procedimiento restringido, negociado, de diálogo competitivo o de asociación para la innovación, se indicará en la declaración responsable el cumplimiento y grado del mismo de los requisitos objetivos que se hayan establecido para la admisión en la licitación.

En el caso de que el empresario recurra a la solvencia y medios de otras empresas, para cumplir los requisitos mínimos exigidos en los pliegos, cada una de estas empresas deberán presentar declaración responsable adicional en relación a los mismos —arts. 140.1.c) y 140.1.e) de la LCSP—.

Por su parte, el art. 141 de la LCSP establece que junto con los pliegos deberá unirse el modelo al que ha de ajustarse la declaración responsable prevista. Documento que deberá seguir, en todo caso, el formulario del DEUC previsto en el Reglamento de Ejecución 2016/7/UE. Obligación matizada, respecto del procedimiento abierto simplificado, para el cual se prevé que su declaración responsable siga otro formato con modelos-tipo más sencillos que los previstos por el DEUC. A lo que debemos añadir la no exigibilidad de determinados requisitos de solvencia técnica y económica respecto del procedimiento abierto simplificado sumario.

Dicha inclusión del DEUC en la LCSP responde, en un principio, a la transposición de la Directiva 2014/24/UE, cuyo art. 59.1 instituye al DEUC como un documento de aceptación obligatoria por el ente adjudicador en aquellos casos en los que la licitación sea promovida por un poder adjudicador, independientemente de su condición de Administración Pública, mediante procedimiento abierto, restringido, negociado con publicidad, diálogo competitivo o asociación para la innovación, referida a un contrato de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.225.000 euros, o a servicios o suministros cuyo valor estimado sea igual o superior a 135.000 euros, cuando el poder adjudicador sea estatal; o igual o superior a 209.000 euros, cuando este sea de ámbito subestatal. Todo ello de obligado cumplimiento, según la directiva, solo en el contexto de los contratos SARA, puesto que la misma deja a “discreción” de los Estados miembros su utilización, o no, en el contexto de contratos no SARA³⁶⁶. En el caso de España, se ha establecido su utilización también respecto de procedimientos no SARA.

La determinación del ámbito objetivo de la obligación de empleo del DEUC se orienta, únicamente, por el tipo de procedimiento de licitación y no por el tipo de contrato, de manera que se extiende a los procedimientos de las tipologías señaladas, es decir, los relativos a contratos privados, administrativos especiales, de concesión de obra pública y de concesión de servicios públicos, así como a cualquier tipo de contrato que se licite por estos procedimientos, independientemente de su cuantía. Por lo que respecta al procedimiento abierto simplificado, se establece también la obligación de utilización

³⁶⁶ Comisión Europea, Comunicación COM(2017) 242, de 17 de mayo, relativo al examen de la aplicación práctica del documento europeo único de contratación (DEUC), p. 8.

del sistema de declaraciones responsables por parte de los licitadores a efectos de acreditar en primera instancia su idoneidad para participar en el procedimiento, si bien, en este caso no se exige que el modelo de declaración responsable que se ponga a disposición de los operadores económicos sea el propio del DEUC. Como se ha adelantado en los apartados anteriores, ello responde a la intención del legislador español de que en este tipo de procedimientos, sobre los que no alcanza la obligación del art. 59.1 de la Directiva 2014/24/UE, dada la mayor complejidad del DEUC respecto de las declaraciones responsables existentes con anterioridad, como se ha puesto de manifiesto por algunos sectores³⁶⁷, se puedan emplear otro tipo de declaraciones responsables de mayor simplicidad.

Sin poner en entredicho la lógica y la idoneidad de la previsión del art. 159.4.c) de la LCSP, creemos que este tipo de medida simplificadora, de perspectiva netamente nacional, debería haberse acompañado de otra de carácter más europea. Así, sería conveniente que, en tanto en cuanto los extremos contenidos en la declaración responsable propia del ente de contratación sean los contenidos en el DEUC, este modelo de declaración, vista su vocación multilingüe y transnacional-europeísta, debería ser admitido como alternativa a los modelos de declaración responsable, generalmente simplificados, que prevea el ente adjudicador. Además, también sería deseable la implementación de una herramienta que permitiera a los entes adjudicadores modelar los apartados del formato completo y general del DEUC limitando la declaración de los operadores económicos. Sobre esta última cuestión se profundizará más adelante.

A los efectos de conseguir esta funcionalidad, dentro de la iniciativa PEPPOL, uno de los servicios desarrollados prevé la preparación del modelo de DEUC que deberán emplear los licitadores permitiendo al ente adjudicador, de manera intuitiva, poder seleccionar los campos que consideren de interés en relación al contenido general y completo del DEUC. Una vez modulado el DEUC, la versión resultante se pondrá a disposición de los operadores económicos para que sea completada y se acompañe junto con la oferta³⁶⁸.

La necesidad de todo lo anterior, deriva de que los arts. 140, 141 y 159.4.c) de la LCSP no solo establecen la obligación de los entes adjudicadores de aceptar el DEUC, sino la obligación de que los operadores económicos lo empleen y lo acompañen necesariamente a las ofertas de los procedimientos abiertos, restringidos, negociados con publicidad, diálogo competitivo y asociación para la innovación. En efecto, constatada la obligatoriedad del tenor de los mencionados artículos, el DEUC no viene

³⁶⁷ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Breves notas sobre el uso de medios electrónicos en la contratación pública», cit., p. 328.

³⁶⁸ PEPPOL. Pre Award Coordinating Community, BIS ESPD (European Single Procurement document), 2018, fecha de consulta 14/9/2020, en <https://docs.peppol.eu/pracc/espd/bis/>

a constituirse como un derecho, o posibilidad de los operadores económicos, sino en una obligación procedimental de la que la presentación de la documentación acreditativa no constituye una alternativa. Por ello, caso de no cumplir con dicha obligación, se debe otorgar al operador económico plazo de subsanación para la presentación de la declaración oportuna³⁶⁹, en tanto en cuanto “el DEUC no es propiamente parte de la oferta, sino un medio de simplificar la tramitación”³⁷⁰. En cuanto a la presentación defectuosa del DEUC, el TACRC ha venido a diferenciar aquellos casos en los que las declaraciones efectuadas al corregirse supongan una modificación de la configuración de la oferta respecto de aquellas otras cuya rectificación no implique un cambio sustancial en la situación del operador económico³⁷¹.

Así las cosas, la obligación de utilización del DEUC no solo se establece con una dimensión pasiva —la preceptividad de la aceptación de su presentación—, sino activa —la obligación de su presentación en esta forma por los operadores económicos—. En relación a la dimensión pasiva de esta obligación, se ha de indicar que la aceptación del DEUC no ha de impedir, con carácter general, que los entes adjudicadores puedan solicitar la acreditación de determinados extremos de la condición de los licitadores que no esté contemplada en el formulario estandarizado de este documento, en tanto en cuanto. Si bien, en dicho caso, deberá especificarse la forma de acreditación de tales cuestiones adicionales —art. 140.2 de la LCSP—.

De esta forma, el legislador español hace suya la forma europea de acreditación de los extremos a los que se refiere el DEUC, en lugar de optar por un sistema nacional propio respecto del que el DEUC fuera una alternativa para los licitadores y, en especial, para aquellos pertenecientes a otros Estados miembros. Esta opción favorece, desde nuestro punto de vista, una homogeneización a nivel europeo, favorable a la conformación de un mercado único, también en el ámbito de la contratación pública. Ahora bien, a pesar de que el coste de las cargas burocráticas para la licitación en Estados diferentes al de origen del operador económico, con frecuencia y, sobre todo, en el ámbito de la Pyme, será muy superior para este a los que tendría que afrontar de tratarse de una licitación nacional, aunque el DEUC contribuye a facilitar la equiparación, esta no se consigue por completo (en lo que diferimos de los que afirman que el DEUC elimina completamente este problema), sino que, en el mejor de los casos, solo la reducirá, aunque pueda producirse de forma notable. En este sentido, debe aceptarse que el DEUC no es otra cosa que un modelo común para todos los tipos de procedimientos, en el que los concretos campos que han de rellenarse en cada procedimiento de licitación y el contenido de la información a suministrar será variable según los requisitos de solvencia

³⁶⁹ RTACRC 1068/2019, de 11 de noviembre.

³⁷⁰ RTACRC 167/2019, FD Quinto.

³⁷¹ Analizando un caso donde se permite la subsanación del error en el DEUC véase RTACRC 167/2019, de 22 de febrero. Ejemplo contrario puede consultarse en la RTACRC 1105/2019, de 7 de octubre.

requeridos por los pliegos³⁷². Por otro lado, la carga burocrática, consistente en la mera cumplimentación del DEUC, sí contará en estos casos con un incremento de su dificultad: la necesidad de la interoperabilidad lingüística que permita conocer a los operadores económicos el contenido de pliegos redactados en otras lenguas de la Unión. Aunque a estos efectos, e-Certis, como hemos visto, puede actuar a modo de diccionario específico y especializado, sin embargo, el actual estado de la técnica hace prever que esta no sería la solución final más eficaz, sino que deberán incluirse sistemas automáticos de traducción del lenguaje natural empleado por los pliegos, algunos de las cuales, como tendremos ocasión de analizar más adelante, ya han sido desarrollados a la luz de la iniciativa ISA². En esta línea, es cierto, como apunta MEDINA ARNAIZ, que, potencialmente, el DEUC podrá actuar como elemento de traducción de los requisitos exigidos a los operadores económicos³⁷³, pero dicha potencialidad requerirá del cumplimiento de una serie de condiciones en la actuación del ente adjudicador que, al menos en nuestro país y con carácter general, no se están cumpliendo. Esta actuación consistiría en la facilitación a los operadores económicos de un modelo de DEUC donde el ente pueda proceder a la selección de los campos que se han de completar o, al menos, relate los epígrafes del formulario general que son requeridos. Ello, sin duda alguna, aliviaría, esquematizaría y orientaría la dificultad de conocer qué información se está solicitando declarar a los efectos de participar como licitador, aunque, lógicamente, no eliminaría totalmente las barreras lingüísticas, ya que como se ha indicado, la información sobre esos requisitos se encuentra en el seno de unos pliegos puestos a disposición en otro idioma. Circunstancia esta que incrementará los costes de transacción derivados de la contratación de los servicios de experto en la materia del Estado del ente adjudicador o, como mínimo, de persona que domine la lengua oficial de aquel, pudiendo llegar a la conveniencia de que una persona con estas competencias forme parte de la plantilla del operador económico. Como se detalla a continuación, relegar en la mayor medida posible estos gastos al momento en que se conozca por el operador económico la condición de adjudicatario, será un elemento de gran importancia a la hora de fomentar la competencia transfronteriza.

La inclusión de este instrumento del legislador europeo en nuestro ordenamiento jurídico, responde a una voluntad de simplificación de los trámites y cargas para los licitadores a la hora de acceder a un procedimiento de compra pública, de manera que solo se deba proceder a la recopilación, actualización y presentación de toda la documentación acreditativa de los anteriores extremos cuando se conozca la propia condición de adjudicatario. Sin perjuicio de la posibilidad, evidentemente excepcional,

³⁷² Como se señala de manera más precisa en MEDINA ARNAIZ, T., «Hacia una contratación pública electrónica: El uso del Documento Europeo Único de Contratación», cit., p. 367, en este sentido el DEUC constituye un “formulario de máximos”.

³⁷³ *Ibid.*, p. 368.

de que, en cualquier momento, el ente adjudicador pueda solicitar la documentación acreditativa de los licitadores, si apreciara dudas al respecto.

Así las cosas, puede decirse que su objetivo central se enfoca hacia la reducción de los costes de licitación, pero no de los de formalización del contrato³⁷⁴, esto es, se trata de fomentar la participación de los operadores económicos desde el punto de vista de que los costes burocráticos de la acreditación de la capacidad, solvencia y no prohibición de contratar, solo deberán asumirse tras la certeza de la condición de adjudicatario y, con ello, de la de receptor del correspondiente precio. Ello permite afirmar que no se trata de un sistema definitivo de interoperabilidad organizativa a la hora de licitar ante diversos entes adjudicadores. Este objetivo no es el pretendido por el DEUC y solo sería factible mediante el establecimiento de sistemas que permitieran verificar el cumplimiento del principio de “solo una vez”³⁷⁵ en relación a la documentación que ya haya sido facilitada a otro ente adjudicador comprendido dentro de un determinado ámbito territorial³⁷⁶. Esta aplicación del principio de “una vez” se arbitró de forma parcial, de tal manera que no permite requerir la presentación de documentos a los operadores económicos que pudieran ser recabados por los entes adjudicadores a través de Internet y de forma gratuita. Si a este primer avance hacia el principio de “una sola vez” en materia de contratación pública, se le desea dotar, como es deseable, de una dimensión europea no solo teórica, sino real, será necesaria la integración del DEUC con el servicio e-Certis o, al menos, con los registros o servicios correspondientes nacionales, tales como el ROLECSP, la TGSS, la AEAT o los registros mercantiles, como se ha puesto de manifiesto desde las propias instancias europeas³⁷⁷. A este respecto, el art. 59.5 de la Directiva 2014/24/UE, en su último párrafo, viene a establecer que, a los efectos de favorecer el cumplimiento del principio de una sola vez, “los Estados miembros velarán porque las bases de datos que contienen información de interés sobre los operadores económicos y que pueden ser consultadas por los poderes adjudicadores nacionales puedan ser consultadas también, en las mismas condiciones, por los poderes adjudicadores de los demás Estados miembros”. La referida interconexión entre las diferentes herramientas mencionadas trata de “articular una auténtica red de documentación contractual en la Unión Europea que permita la reducción de las cargas burocráticas documentales y la reutilización de la

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 365.

³⁷⁵ Principio sobre el que se insiste en el Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020 para acelerar la transformación digital de la Administración. COM (2016), 179 final, de 19 de abril, p. 4. Dicho principio se encuentra en vigor dentro del ámbito de aplicación en este aspecto de la Ley 39/2015, tal y como se desprende de sus arts. 53.1.d) y 28.2.

³⁷⁶ MEDINA ARNÁIZ, T., «El Documento Europeo Único de Contratación: Un paso más para reducir la carga burocrática en la contratación pública», en GIMENO FELIÚ, J.M. (coord.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2016, p. 258.

³⁷⁷ PEPPOL y EUPLAT, To create a best practice for implementing interoperability and the «once only principle» in pre-award, fecha de consulta 15/1/2021, en <https://peppol.eu/wp-content/uploads/2018/11/EUPLAT-OpenPePPOL-position-paper-final-2.pdf>, p. 10.

documentación contractual que los operadores económicos hayan presentado previamente en procedimientos de contratación o en registros públicos³⁷⁸.

Por su parte, la consecución total del principio de una sola vez requeriría la previsión de servicios específicos adecuados para ello, que conectara, con el permiso del operador económico, con el *back office* de todos los poderes adjudicadores que tuvieran alojados su servidor en una determinada plataforma, así como con el de todos los poderes adjudicadores que tuvieran los perfiles del contratante alojados en plataformas interoperables con la primera. Punto sobre el que se profundizará en posteriores epígrafes. A este respecto, resulta muy interesante la propuesta de GARCÍA JIMÉNEZ, por la que se propone la creación de un perfil del proveedor, en consonancia con el servicio ChileProveedores —encuadrado dentro de la plataforma ChileCompra—. A través de este espacio de la plataforma de contratación correspondiente, solo accesible mediante certificado digital por el correspondiente operador económico, este podría almacenar toda su documentación acreditativa propia de los procedimientos de licitación en los que participe habitualmente. En consecuencia, la misma podrá ser consultada de manera directa por el ente adjudicador³⁷⁹.

No obstante, el objetivo y efecto de reducción de cargas burocráticas para los licitadores no es superfluo, sino que se instituye en un elemento complementario de la utilización de medios electrónicos, indispensable para que la desmaterialización y desterritorialización propia de los servicios en línea se materialice en un incremento notable de la participación de los operadores económicos. En efecto, al constituir los obstáculos burocráticos uno de los principales factores de disuasión de entrada en el mercado de los contratos públicos, a la hora de actuar como licitadores, los operadores que negocian unos mismos productos a los requeridos por los entes adjudicadores en los mercados privados, deben proceder a realizar una serie de trámites y de actuaciones de preparación desconocidos en esos otros mercados, máxime si dichos entes pertenecen a Estados miembros distintos a los del operador³⁸⁰. Estas cargas burocráticas, aunque puedan agilizarse en lo que respecta a la transmisión de documentación, no desaparecerán por la mera digitalización del procedimiento. En este sentido, en tanto no se establezca el principio de una sola vez, ha de reconocerse que el DEUC permite el desplazamiento “desde el licitador hacia el adjudicatario” de la carga burocrática derivada de la aportación de la documentación acreditativa³⁸¹, que ha de considerarse de

³⁷⁸ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica: análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, cit., p. 189.

³⁷⁹ GARCÍA JIMÉNEZ, A., *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*, cit., pp. 189 y 208.

³⁸⁰ MEDINA ARNÁIZ, T., «Hacia una contratación pública electrónica: El uso del Documento Europeo Único de Contratación», cit., p. 364.

³⁸¹ MEDINA ARNÁIZ, T., «Avanzando en la reducción de las cargas administrativas vinculadas a la selección del contratista», cit., p. 105. Principio establecido dentro del concepto de centralidad del usuario en Comisión Europea, *New European Interoperability Framework: Promoting seamless services and data flows for European public administrations*, 2017, p. 503.

gran importancia, puesto que como quiera que, en condiciones normales, una licitación supone la concurrencia de una pluralidad de operadores económicos para la obtención de un único negocio, el que solo eventualmente se convierte en un contrato con su consiguiente plusvalía e incentivo económico, la eliminación de las cargas burocráticas de licitación es un elemento esencial para conseguir realmente un incremento de la presión competitiva por parte de los operadores económicos, puesto que toda reducción de cargas, por pequeña que sea, incrementa exponencialmente el número de operadores económicos que, desde la óptica señalada, tratarán de “probar suerte” en un procedimiento de licitación.

Por último, y desde otro punto de vista, los efectos favorables de las declaraciones responsables redundarán también en beneficio de los órganos de contratación al facilitar la comprobación de la documentación administrativa presentada por los licitadores³⁸².

Dadas las especialidades de participación, en los procesos de contratación menor y en los negociados sin publicidad, no será necesaria la presentación de declaración responsable, al producirse en ambos una cierta simultaneidad de las fases de selección y adjudicación, sin perjuicio de que ello no haya de suponer que el licitador no deba cumplir con los requisitos correspondientes de aptitud para contratar³⁸³.

III. POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LAS MEDIDAS DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS HERRAMIENTAS ELECTRÓNICAS DE SISTEMA

Buena parte de las cuestiones con fuerte implicación jurídica que surgen en relación a los medios e instrumentos electrónicos implementados, analizados en los epígrafes anteriores, giran en torno al concepto esencial de interoperabilidad y grado de consecución de la misma entre las diferentes soluciones y herramientas electrónicas implementadas. Hecho que no ha de extrañar, al constituir este un elemento de carácter “básico, estructural y esencial” de la administración electrónica y, en consecuencia, de la contratación pública electrónica. Tal interoperabilidad se instituye en un objetivo irrenunciable para su viabilidad, hasta el punto de constituir un “nuevo principio jurídico del modelo de e-Administración”³⁸⁴.

³⁸² MEDINA ARNÁIZ, T., «Avanzando en la reducción de las cargas administrativas vinculadas a la selección del contratista», cit., p. 119.

³⁸³ *Ibid.*, pp. 119 y 120.

³⁸⁴ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición», cit., p. 291.

1. SITUACIÓN ACTUAL Y EVOLUCIÓN PREVIA DE LA COORDINACIÓN ESTATAL Y COOPERACIÓN INTERADMINISTRATIVA EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y COMPRA PÚBLICA

1.1 Los medios de interoperabilidad en las primeras normas españolas de administración electrónica.

En el ámbito de la contratación pública electrónica en España podemos encontrar más de 20.000 perfiles del contratante³⁸⁵, de manera que un funcionamiento independiente por parte de estos daría lugar a una excesiva fragmentación en el acceso a este tipo de procedimientos. Tal fragmentación acarrearía, necesariamente, una disminución de los efectos potenciadores de la concurrencia de los operadores económicos derivados del uso de medios electrónicos. Junto a ello, se generaría una mayor dificultad respecto de su gobernanza, toda vez que el uso de perfiles del contratante propios por parte de cada Administración territorial y su no presencia en plataformas centralizadas, como pudiera ser el Portal SIMAP o la PCSP, impide otro de los efectos propios de la contratación electrónica, cual es un mayor control de las actividades de contratación pública de los poderes adjudicadores locales y autonómicos³⁸⁶ derivado de su integración en medios regidos por organismos externos, como la Dirección General de Patrimonio del Estado o la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Además, esta fragmentación podría acarrear la aparición, incluso dentro de nuestras fronteras, de problemas de interconexión entre las diversas soluciones implementadas, de modo que no puedan intercambiar información, dando lugar a un sistema en isla con fuertes limitaciones operacionales³⁸⁷.

Es evidente que el enfrentamiento de tales problemas de fragmentación y aislacionismo técnico, semántico y organizativo de las soluciones tecnológicas implementadas debe ir de la mano con el respeto a la autonomía y autoorganización de todas las Administraciones. Máxime cuando la administración electrónica ha supuesto una

³⁸⁵ GARCÍA JIMÉNEZ, A., «El perfil del comprador europeo: una forma de innovar en contratación pública», cit. p. 386; GIMENO FELIÚ, J. M., «La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia», cit. p. 2; GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», cit. p. 7; MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», cit., p. 40.

³⁸⁶ Ámbitos territoriales de los poderes adjudicadores en los que como determina la Comisión Europea los riesgos de corrupción son mayores. Véase Comisión Europea, COM(2014) 38 de 3 de febrero: Informe sobre la lucha contra la corrupción.

³⁸⁷ Sobre las ventajas derivadas del empleo de una única Plataforma electrónica de contratación, o de un acceso centralizado a la información disponible en las mismas, véase Comisión Europea, COM(2010) 571 final de 18 de octubre: Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE, cit. p. 4; Comisión Europea, COM(1996) 583 final. Libro verde. La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro, cit. epígrafe 4.17. Sobre la inoperancia del sistema en isla véase GAMERO CASADO, E., «Reparto competencia y posibilidades competenciales», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Madrid, Iustel, 2020, p. 89.

potenciación exponencial de las interrelaciones entre la dimensión interna y externa de la actividad administrativa, convirtiendo de esta manera, en Estados de fuerte descentralización, como el español, el objetivo de una interoperabilidad entre medios electrónicos en una cuestión tan esencial como “espinosa para la operatividad a gran escala de la administración electrónica”³⁸⁸.

El reto de la interoperabilidad supuso, lógicamente, una novedad respecto del funcionamiento en papel de la Administración y en los primeros estadios de implementación de la administración electrónica. En la que hemos denominado, con apoyo en la doctrina, como la fase de informatización de las Administraciones —o subfase avanzada dentro de la de mecanización que se propone en este trabajo³⁸⁹—, el concepto de interoperabilidad se ceñía, principalmente, a una acción de “colaboración interadministrativa en materia tecnológica” entre Administraciones Públicas, desarrollado exclusivamente en el seno de lo que hoy conocemos como dimensión interna de la administración electrónica o *back office*. Ejemplo de este estado del alcance del concepto de interoperabilidad puede apreciarse en la definición introducida por el art. 3.f) de la Decisión 2004/387/CE y que, desde nuestro punto de vista, refería una interconexión técnica, jurídica, organizativa, semántica y lingüística en clave puramente interna o de *back office*, al referirse solo a “la puesta en común de información y conocimientos”³⁹⁰.

Esta circunscripción del concepto de interoperabilidad a las relaciones interadministrativas y al ámbito de organización de cada una de ellas se vio superada posteriormente hasta cobrar pleno significado en su dimensión externa y, por ende, afectando los derechos y el modo de relacionarse con la Administración de los ciudadanos³⁹¹. Este enfoque de la interoperabilidad fue introducido con la incorporación de las definiciones del art. 3.b) de la Decisión 2004/387/CE, el art. 2 de la Decisión 922/2009/CE y el art. 2 de la Decisión 2015/2240/UE. En tales preceptos encontramos los conceptos de “servicios paneuropeos de administración electrónica”³⁹², de “servicios

³⁸⁸ Comisión Europea, COM (2003) 567 final. El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa, p. 3.

³⁸⁹ Vid. Introducción.

³⁹⁰ Dicha apreciación debemos mantenerla respecto de las definiciones contenidas en sendos artículos 2 de las Decisiones 2004/387/CE y 922/2009/CE, ya que lo que se refiere sobre la base de este concepto es la factibilidad de intercambio automático de información y datos entre las TIC empleadas en el ámbito de la administración electrónica. Sistemas que estarán integrados en la organización de las Administraciones y no en elementos externos como las empresas o las personas físicas con la condición de administrado. La plasmación del efecto y condicionamiento decisivo de dicho concepto base de interoperabilidad en la esfera de los administrados recaerá en los conceptos tangenciales que se indican a continuación en el texto del presente trabajo. En sentido contrario, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., p. 272

³⁹¹ *Ibid.*, p. 271.

³⁹² Comisión Europea, COM (2003) 567 final. El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa, cit., p. 3.

comunes”³⁹³, de “herramientas genéricas”³⁹⁴, de “marcos comunes”³⁹⁵, de “marco de interoperabilidad”³⁹⁶ y de “capacitadores clave de interoperabilidad”. Conceptos definidos como “soluciones de interoperabilidad necesarias para permitir la prestación eficiente y eficaz de servicios públicos entre administraciones” y que incluso conectan expresamente el concepto de interoperabilidad con la interrelación con la ciudadanía.

En este estadio final, como establece GAMERO CASADO³⁹⁷, la interoperabilidad, como solución que permite que los sistemas de diferentes organizaciones puedan “conectarse e interactuar”, viene a constituir “un imperativo en un Estado políticamente descentralizado”, toda vez que su consecución será el elemento que, dentro del contexto de la administración electrónica, permita cohesionar la autonomía y autoorganización de todas las Administraciones territoriales con un acceso sin barreras y no compartimentado para la ciudadanía respecto de todas ellas. Es, por ello, que, lejos de parecernos grandilocuente, nos parece plenamente acertada la definición de este fenómeno que hace el profesor Gamero como “el desafío más importante que se plantea a la gestión administrativa en la primera mitad del siglo XXI”³⁹⁸, instituyéndose en el “motor de la administración electrónica”³⁹⁹, del cual, desde nuestro punto de vista, no

³⁹³ Definidos en la Decisión 922/2009/CE como “aplicaciones e infraestructuras operativas de naturaleza genérica que satisfagan las necesidades comunes del usuario en los distintos ámbitos políticos”. Siendo actualizada la definición en la Decisión 2015/2240/UE como “la capacidad organizativa y técnica para entregar un resultado único a las Administraciones Públicas europeas, con inclusión de los sistemas operativos, aplicaciones e infraestructuras digitales de naturaleza genérica que satisfacen necesidades comunes de los usuarios en distintos ámbitos geográficos o políticos, junto con su gobernanza operativa de apoyo”.

³⁹⁴ Definidas en la Decisión 922/2009/CE como “plataformas de referencia, plataformas compartidas y de colaboración, componentes comunes y módulos similares que satisfagan las necesidades comunes del usuario en los distintos ámbitos políticos”. Siendo actualizada la definición en la Decisión 2015/2240/UE como “sistemas, plataformas de referencia, plataformas compartidas y de colaboración y componentes genéricos que satisfacen necesidades comunes del usuario en distintos ámbitos geográficos o políticos”.

³⁹⁵ Definidos en la Decisión 922/2009/CE como “estrategias, especificaciones, metodologías, directrices, así como enfoques y documentos similares”, siendo actualizada la definición en la Decisión 2015/2240/UE como “arquitecturas de referencia, especificaciones, conceptos, principios, políticas, recomendaciones, normas, metodologías, directrices, activos semánticos y enfoques y documentos similares, tomados de forma individual o en conjunto”.

³⁹⁶ Definido en la Decisión 2015/2240/UE como “un enfoque concertado con respecto a la interoperabilidad para las organizaciones que desean colaborar en pro de la prestación conjunta de servicios públicos, que especifica, dentro de su ámbito de aplicabilidad, un conjunto de elementos comunes, tales como vocabulario, conceptos, principios, políticas, directrices, recomendaciones, normas, especificaciones y prácticas”.

³⁹⁷ GAMERO CASADO, E., «Administración electrónica e interoperabilidad», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Madrid, INAP, 2017, p. 500.

³⁹⁸ GAMERO CASADO, E., «Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor», cit., p. 294.

³⁹⁹ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Cooperación entre Administraciones Públicas para el impulso de la Administración Electrónica», en VALERO TORRIJOS, J. y GAMERO CASADO, E. (coords.) *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, p. 497.

dependerá, como señala MORO CORDERO, “el éxito o no de la implantación efectiva de la administración electrónica”⁴⁰⁰, ya que este fenómeno parece a todas luces y *ceteris paribus* irreversible, sino que determinará, en el nuevo modelo de administración, que se mantengan o incrementen los derechos y garantías del ciudadano⁴⁰¹.

Para su consecución, se puede bascular desde sistemas de implementación de soluciones de interoperabilidad centralizadas, rígidas y vinculantes, hasta otros descentralizados, flexibles y voluntarios. Los primeros, que conducirán a políticas de coordinación por parte de un organismo central, *a priori*, permitirán la obtención de una mayor eficacia con menores costes de tiempo e inversión inicial⁴⁰², eliminar las inseguridades resultantes de la falta de certeza sobre la renovación y mantenimiento de tales Convenios, así como asegurar una homogeneización del acceso de los ciudadanos a los servicios públicos electrónicos, con independencia de la Administración a la que se dirijan o que se dirija a ellos de oficio⁴⁰³. El segundo tipo de modelo es propio de políticas de cooperación interadministrativa, posibilitando, también *a priori*, dar cabida a un mayor número de soluciones tecnológicas, de manera que se permita el mantenimiento de cierto nivel de competencia entre los proveedores de las mismas, no cerrando el mercado a una determinada solución, con sus consiguientes efectos positivos en la introducción de incentivos a los operadores privados que participen en la prestación de los servicios, desarrollo y/o puesta a disposición de estas soluciones de mantener una actividad eficiente respecto de su competencia⁴⁰⁴. Al mismo tiempo, se asegurará la capacidad de autoorganización y la autonomía de todas las Administraciones territoriales en el ejercicio de sus competencias⁴⁰⁵.

Consciente, en cierta medida, de esta circunstancia, el legislador español ha tratado de darle solución de diversas maneras. En primer lugar, ante el surgimiento de la figura del

⁴⁰⁰ MORO CORDERO, M. A., «La interoperabilidad como necesidad», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Madrid, INAP, 2017, p. 519.

⁴⁰¹ Como señala NIETO GARCÍA, A., «Reforma administrativa y modernización de la Administración Pública», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, vol. 23, enero-abril, 1989, pp. 127 y 128, citado en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., p. 53, el efecto de la falta o la defectuosa modernización o adaptación de la Administración Pública, al contrario de lo que sucedería en el sector privado, no es su desaparición, sino la pérdida de eficacia e, incluso, su constitución en una “rémora social”.

⁴⁰² En concreto, se prescindiría de los costes de transacción derivados de la concertación de Convenios por parte de la AGE con cada una de las demás Administraciones Públicas territoriales y de los gastos de funcionamiento de los Organismos encargados de velar por la consecución de la cooperación necesaria.

⁴⁰³ En SOSA WAGNER, F. Y FUERTES LÓPEZ, M., «El principio de lealtad institucional», en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid, La Ley, 2010, p. 902, se recuerda el posicionamiento de LABAND, por el que se considera más certero y eficaz la actuación positiva del ente central o aglutinador, a la hora de dirigir el funcionamiento de la Unión, que la confianza en un concepto indeterminado de deber de fidelidad —el cual contribuiría, sin duda, a la consecución de medidas de coordinación—.

⁴⁰⁴ GIMENO FELIÚ, J. M., «Administración electrónica, transparencia y contratación pública: algunas propuestas de reforma», cit., p. 314.

⁴⁰⁵ GAMERO CASADO, E., «Administración electrónica e interoperabilidad», cit., p. 502.

perfil del contratante, la coordinación de todos ellos se efectuó por medio de políticas basadas, exclusivamente, en la cooperación interadministrativa. Esta elección mostraba indicios de que, efectivamente, la regulación de un “procedimiento administrativo común” dentro del nuevo paradigma de la administración electrónica, iba a encontrar nuevos retos, una resistencia estructural de nuestro modelo de Estado y, sobre todo, la necesidad de un nuevo enfoque que no había sido necesario en la regulación y situación precedente. Si se procediera a una traslación directa y lineal de la mentalidad de la administración en papel, se concluiría que, sobre la base de la misma habilitación contenida en el artículo 149.1.18 CE⁴⁰⁶ que daba sustento a las disposiciones de la Ley 30/92, el legislador estatal podría coordinar los medios electrónicos empleados por las Administraciones Públicas en sus relaciones con los ciudadanos, al ser el medio y/o soporte en el que se desarrollaría el procedimiento electrónico.

En un primer acercamiento, se podría considerar que nada obsta para que la proyección de la competencia estatal, reconocida en el art. 149.1.18 CE, pueda desplegarse dentro del funcionamiento de la sobrevenida realidad de la administración electrónica⁴⁰⁷. Hecho ratificado por la fundición del objeto de las antiguas leyes 30/92 y LAECSP en las leyes 39 y 40/2015, así como por las expresas disposiciones de sus títulos competenciales contenidas, respectivamente, en sus Disposiciones finales 1ª y 14ª. No obstante, la LAECSP⁴⁰⁸, a pesar de que partía de dicho “tronco común”, o compartido con la Ley 30/92, para la regulación específica de la actuación administrativa, canalizada a través de medios electrónicos⁴⁰⁹, optó inicialmente por la cooperación como principal herramienta de interoperabilidad. Decisión anunciada en su art. 4 y desarrollada, posterior y fundamentalmente, en sus arts. 21 y 40 a 60. Tales preceptos “obligaban”⁴¹⁰ a nuestras Administraciones Públicas a cooperar de tal forma que se consiguiera la implementación de soluciones de interoperabilidad tendentes a garantizar la interconexión de sus sistemas, programas y plataformas tecnológicas, empleados para

⁴⁰⁶ Véase sobre este punto MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.; GONZÁLEZ RIVAS, J. J.; HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J. Y OTROS, *Constitución Española (Comentada)*, Madrid, Colex, 1993 p. 524.

⁴⁰⁷ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., p. 312.

⁴⁰⁸ GAMERO CASADO, E., «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica; su posición en el sistema de fuentes», en *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008 pp. 69 y ss.; PIÑAR MAÑAS, J. L., «Revolución tecnológica y nueva administración», en *Administración Electrónica y Ciudadanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2011 pp. 45 y ss.

⁴⁰⁹ VÁZQUEZ GARRANZO, J. Y OTROS, «La utilización de técnicas electrónicas y telemáticas por las Administraciones Públicas en materia de contratación pública: introducción histórica», cit., p. 25.

⁴¹⁰ En torno al concepto de cooperación de carácter preceptivo, podemos señalar la existencia de tesis que mantienen la voluntariedad como nota básica de la cooperación, véase CABALLERÍA RIVERA, M. T., «La cooperación interadministrativa en la LBRL», *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, vol. 257, 1993 pp. 45 a 49. Véase igualmente STC 214/1989 de 21 de diciembre donde la cooperación se designa como “coordinación voluntaria”. Así como otras que cuestionan tal rasgo, véase al respecto SÁNCHEZ MORÓN, M., «La coordinación administrativa como concepto jurídico», *Revista de documentación administrativa*, vol. 230-231, 1992 pp. 24 y 25.

la prestación de servicios públicos electrónicos; y el reconocimiento mutuo de los documentos electrónicos y de los sistemas de identificación y autenticación⁴¹¹. En consonancia con lo anterior, establecía la DF Primera de la LAECSP que su título cuarto, precisamente en el que se contiene la regulación de las cuestiones de interoperabilidad, “será de aplicación a todas las Administraciones Públicas en la medida en que éstas participen o se adscriban a los órganos de cooperación o instrumentos previstos en el mismo”. Igualmente, de acuerdo con esta regulación general de la administración electrónica, en la normativa especial que regula la contratación pública electrónica, ese mismo año 2007, entraba en vigor el art. 309 de la LCSP 2007, regulador de la PLACE, en la que se preveía que se integraran todos los perfiles del contratante de los “órganos de contratación del Sector Público estatal” estableciéndose en su punto 5 que “la Plataforma de Contratación del Estado se interconectará con los servicios de información similares que articulen las Comunidades Autónomas y las Entidades locales en la forma que se determine en los convenios que se concluyan al efecto”.

Así las cosas, la consecución de una adecuada interoperabilidad de los medios electrónicos de las distintas Administraciones parecía confiarse plenamente a la cooperación voluntarista entre estas, limitándose el legislador a señalar las pautas que deben guiar tal cooperación. Pero tal conclusión no es completa, toda vez que la propia LAECSP en su DF Primera exceptuaba de la remisión a instrumentos de coordinación a su art. 42, en virtud del cual se introducían los fundamentos de dos instrumentos jurídicos orientados a la consecución de la interoperabilidad y la seguridad en relación a todo tipo de procedimiento administrativo electrónico: el ENI y el ENS, aprobados, tal y como indicada la referida norma, por Real Decreto del Gobierno, a propuesta de la Conferencia Sectorial de Administración Pública y previo informe de la Comisión Nacional de Administración Local.

Estas dos normas reglamentarias de desarrollo heredarían el carácter básico del cuerpo legal que las habilita, permitiendo que el ejecutivo central estableciera, ulteriormente, una serie de soluciones de interoperabilidad de manera preceptiva para todas las Administraciones Públicas⁴¹². En esta excepción a la regla general de la cooperación, la doctrina llegaba a identificar la base para el desarrollo de una labor estatal de coordinación que consideraba esencial a la hora de lograr eficientemente “un mínimo común denominador normativo que garantice un tratamiento común de todos los

⁴¹¹ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «Cooperación y coordinación entre administraciones públicas para el impulso de la administración electrónica. La interoperabilidad», en *Administración electrónica y ciudadanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011 pp. 679 y 680.

⁴¹² VALERO TORRIJOS, J., *Derecho, Innovación y Administración Electrónica*, Sevilla, Global Law Press, 2013 p. 187.

ciudadanos ante cualquier Administración Pública⁴¹³. Es decir, de establecer en sede de administración electrónica las bases precisas y de obligado y general cumplimiento para una efectiva interoperabilidad, al mismo tiempo que se garantizara, a nivel nacional, la posibilidad de abordar los retos de interoperabilidad venidos desde Europa⁴¹⁴. Entre ellos, el de permitir un acceso a los operadores económicos a los procedimientos de licitación electrónica en base a un mismo y único equipamiento tecnológico —y sus consiguientes costes de aprovisionamiento y aprendizaje de uso⁴¹⁵— y en condiciones de igualdad⁴¹⁶. Y, en última instancia, el de conseguir un punto de acceso único en el que aparecieran sistematizados, al menos, los anuncios de licitación de todos los procesos de contratación pública llevados a cabo en España⁴¹⁷.

No obstante, el anterior enfoque, previsto por la doctrina sobre la base de la DF Primera y el art. 42 de la LAECSP, no fue claramente confirmado por los posteriores desarrollos reglamentarios⁴¹⁸, debido a que, tanto el ENI como el ENS, delegaban el desarrollo de elementos esenciales que le habían sido encomendados a un segundo nivel de desarrollo reglamentario generado por los propios esquemas. En concreto, el ENS prevé el desarrollo y concreción de sus principales elementos a través de Instrucciones Técnicas de Seguridad aprobadas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a propuesta del Comité Sectorial de Administración Electrónica a iniciativa del Centro Criptológico Nacional —art. 29.2 del ENS—. La DA 4ª del ENS prevé un total de ocho

⁴¹³ GAMERO CASADO, E., «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica; su posición en el sistema de fuentes», cit. pp. 83 y 84.

⁴¹⁴ Nótese cómo el legislador nacional en el art. 42.4 LAECSP establece la obligación de que la regulación que lleven a cabo los Esquemas Nacionales sea acorde con los procesos de interoperabilidad europeos.

⁴¹⁵ IESE BUSINESS SCHOOL, *La licitación electrónica en el sector público español. Presente y futuro*, cit. p. 19.

⁴¹⁶ PIÑAR MAÑAS, J. L., «Revolución tecnológica y nueva administración», cit. pp. 47 y 48. Siendo este uno de los objetivos últimos que subyacen sobre la competencia constitucional exclusiva atribuida por el art. 149.1.18º CE al Estado tal y como señala GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 2010 p. 46.

⁴¹⁷ Lo que ya venía a constituir una realidad en el ámbito europeo en relación con los contratos sujetos a una regulación armonizada sobre la base de lo establecido en la Directiva 2004/18/CE.

⁴¹⁸ Dicho resultado puede deberse a la dinámica de su elaboración. Sobre este extremo, el punto III del ENI establece que: “El presente real decreto se aprueba en aplicación de lo dispuesto en la disposición final octava de la Ley 11/2007, de 22 de junio y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42, apartado 3, y disposición final primera de dicha norma, se ha elaborado con la participación de todas las Administraciones Públicas a las que le es de aplicación, ha sido informado favorablemente por la Comisión Permanente del Consejo Superior de Administración Electrónica, la Conferencia Sectorial de Administración Pública y la Comisión Nacional de Administración Local; y ha sido sometido al previo informe de la Agencia Española de Protección de Datos. Asimismo se ha sometido a la audiencia de los ciudadanos según las previsiones establecidas en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno”. Como señala GAMERO CASADO, E., «Administración electrónica e interoperabilidad», cit., pp. 505 y 513, a dichas agrupaciones interadministrativas, les sería de utilidad el elemento de participación institucionalizada del sector privado, a efectos de una provechosa retroalimentación público-privada, en la misma línea que ha hecho el Sistema Público de Conectividad y Cooperación italiano—SPC—.

de estas instrucciones⁴¹⁹. Mientras que el ENI delega la concreción de elementos nucleares de su regulación en Normas Técnicas de Interoperabilidad —DA 1ª del ENI— aprobadas por el Ministerio de la Presidencia, a propuesta del Comité Sectorial de Administración Electrónica, siendo publicadas mediante Resolución de la Secretaria de Estado para la Función Pública, estando previstas un total de doce de estas normas⁴²⁰.

Esta arquitectura normativa, con desarrollo reglamentario de primer y segundo grado, condujo a un sector de la doctrina a considerar que realmente el desarrollo reglamentario del art. 42 de la LAECSP, al fin, había conducido a confirmar la cooperación como la única vía de establecer las bases del procedimiento administrativo electrónico⁴²¹, al

⁴¹⁹ a) Informe del estado de la seguridad. b) Notificación de incidentes de seguridad. c) Auditoría de la seguridad. d) Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad. e) Adquisición de productos de seguridad. f) Criptología de empleo en el Esquema Nacional de Seguridad. g) Interconexión en el Esquema Nacional de Seguridad. h) Requisitos de seguridad en entornos externalizados.

⁴²⁰ a) Catálogo de estándares: establecerá un conjunto de estándares que satisfagan lo previsto en el artículo 11 de forma estructurada y con indicación de los criterios de selección y ciclo de vida aplicados. b) Documento electrónico: tratará los metadatos mínimos obligatorios, la asociación de los datos y metadatos de firma o de sellado de tiempo, así como otros metadatos complementarios asociados; y los formatos de documento. c) Digitalización de documentos: Tratará los formatos y estándares aplicables, los niveles de calidad, las condiciones técnicas y los metadatos asociados al proceso de digitalización. d) Expediente electrónico: tratará de su estructura y formato, así como de las especificaciones de los servicios de remisión y puesta a disposición. e) Política de firma electrónica y de certificados de la Administración: Tratará, entre otras cuestiones recogidas en su definición en el anexo, aquellas que afectan a la interoperabilidad incluyendo los formatos de firma, los algoritmos a utilizar y longitudes mínimas de las claves, las reglas de creación y validación de la firma electrónica, la gestión de las políticas de firma, el uso de las referencias temporales y de sello de tiempo, así como la normalización de la representación de la firma electrónica en pantalla y en papel para el ciudadano y en las relaciones entre las Administraciones Públicas. f) Protocolos de intermediación de datos: tratará las especificaciones de los protocolos de intermediación de datos que faciliten la integración y reutilización de servicios en las Administraciones Públicas y que serán de aplicación para los prestadores y consumidores de tales servicios. g) Relación de modelos de datos que tengan el carácter de comunes en la Administración y aquellos que se refieran a materias sujetas a intercambio de información con los ciudadanos y otras Administraciones. h) Política de gestión de documentos electrónicos: incluirá directrices para la asignación de responsabilidades, tanto directivas como profesionales, y la definición de los programas, procesos y controles de gestión de documentos y administración de los repositorios electrónicos, y la documentación de los mismos, a desarrollar por las Administraciones Públicas y por las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de aquéllas. i) Requisitos de conexión a la Red de comunicaciones de las Administraciones Públicas españolas. j) Procedimientos de copiado auténtico y conversión entre documentos electrónicos, así como desde papel u otros medios físicos a formatos electrónicos. k) Modelo de Datos para el intercambio de asientos entre las Entidades Registrales: tratará de aspectos funcionales y técnicos para el intercambio de asientos registrales, gestión de errores y excepciones, gestión de anexos, requerimientos tecnológicos y transformaciones de formatos. l) Reutilización de recursos de información: tratará de las normas comunes sobre la localización, descripción e identificación unívoca de los recursos de información puestos a disposición del público por medios electrónicos para su reutilización.

Además, se prevé que para su redacción y mantenimiento se constituyan los correspondientes grupos de trabajo en los órganos colegiados con competencias en materia de administración electrónica.

⁴²¹ Lo que no es óbice para que cuenten con un contenido bien estructurado y desarrollado, referente en la UE, como señala GONZÁLEZ RUFO, M. Á., «La Plataforma de Contratación del Sector Público: El presente de la contratación pública electrónica.», en *El futuro de la contratación pública electrónica a la luz de las directivas europeas*, Murcia, Escuela de formación e innovación de la Administración Pública, 2016

apreciarse estas normas e instrucciones técnicas como elementos carentes de carácter normativo y constitutivos de actos administrativos tomados en el seno de la AGE, de tal manera que su trasposición e imposición a otras Administraciones territoriales devenía más que discutible⁴²². A lo que se añadía que, aun teniendo el segundo nivel de desarrollo carácter reglamentario, su nivel jerárquico le impediría alcanzar el carácter básico de las normas superiores de las que emanaban. Desde un punto de vista diferente, otro sector doctrinal vislumbraba este conjunto normativo, de primer y segundo grado, de carácter eminentemente técnico, como constitutivo de una regulación reglamentaria en ambos niveles, de coordinación estatal y “minuciosa”, que habría venido a cumplir con sus objetivos de manera solvente⁴²³.

Dentro de este segundo grupo doctrinal, GAMERO CASADO ha venido a calificar la regulación establecida por las Normas Técnicas de Interoperabilidad como un modelo “vinculante, rígido y unitario”⁴²⁴ que vino a situar a España “en la vanguardia de las políticas de interoperabilidad”. Entendemos muy acertada la utilización del concepto “unitario” a la hora de definir este modelo como caracterización que va más allá de la dicotomía centralizado-descentralizado. En efecto, la previsión de la intervención inicial, así como las acciones de mantenimiento y actualización posteriores de representantes de Administraciones de todos los niveles territoriales del Estado, conduce a que no se pueda hablar de un modelo centralizado; al tiempo que tampoco se puede señalar que la participación final en la aprobación de los elementos resultantes sea paritaria, en tanto en cuanto se trata de disposiciones reglamentarias cristalizadas en instrumentos netamente estatales. Ello deja en manos del Estado la potestad de tomar la decisión final en las fases de aprobación, modificación y derogación, tras los procesos deliberativos multinivel que hayan podido tener lugar⁴²⁵. Lo que sí nos conduciría a apreciar estas disposiciones como un elemento, en última instancia, de coordinación o de base para la misma. Situación distinta de la que hubiera derivado de la utilización de otros instrumentos, como podrían haber sido convenios multilaterales entre todas las Administraciones. Es por ello que coincidimos con el adjetivo utilizado, aunque también podríamos calificar a dicho modelo como de tramitación descentralizada y de adopción centralizada. En definitiva, se trata de aunar la participación de todas las Administraciones con el establecimiento de unas “reglas de juego”, claras y congeladas o cristalizadas tras el proceso deliberativo, de cuyo cumplimiento no se pueda escapar a conveniencia⁴²⁶.

⁴²² VALERO TORRIJOS, J., *Derecho, Innovación y Administración Electrónica*, cit., vol. 1 pp. 187 y 189.

⁴²³ GAMERO CASADO, E., «Administración electrónica e interoperabilidad», cit., pp. 506 y 507.

⁴²⁴ GAMERO CASADO, E., «Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor», cit., pp. 300, 301, 328 y 331.

⁴²⁵ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., pp. 319 y 320.

⁴²⁶ En palabras de la STC, Pleno, 181/1988, de 13 de octubre, FJ, Cuarto, del principio inherente de colaboración y lealtad constitucional se “postula la adopción de procedimientos de consulta, negociación o, en su caso, la búsqueda del acuerdo previo, para la concreción normativa de temas de tanto relieve”.

A la hora de verificar el carácter básico o no de las normas de desarrollo reglamentario de segundo grado del art. 42 de la LAECSP, hemos de partir del análisis del carácter básico de los arts. 41 y 42 de la LAECSP. Tal naturaleza constituye la respuesta de las Cortes al mandato constitucional consistente en su deber de concretar el alcance del ámbito competencial del Estado⁴²⁷. Con esta determinación sobre aspectos materiales concretos se producirá un condicionamiento o delimitación del posterior contenido de las normas de desarrollo autonómicas⁴²⁸, sin perjuicio de su “justiciabilidad”⁴²⁹. Esto es, de la fiscalización por el TC de la adecuada determinación de lo básico, a instancias de la Administración que se considere invadida en sus competencias⁴³⁰. A la hora de efectuar esta concreción surgirá “la necesidad de reconocer al legislador estatal un cierto margen de apreciación en cuanto a la fijación inicial de las condiciones que, por su carácter de básicas, deben ser objeto de ordenación uniforme en todo el territorio nacional”⁴³¹. En el caso de que se apreciara por el TC un exceso competencial del Estado a la hora de regular lo básico, invadiendo el ámbito de las competencias de desarrollo y vaciando “de contenido las correlativas competencias de la Comunidad”⁴³², “la invalidez no sería predicable de la norma en sí, sino de la regla, explícita o implícita, de vigencia territorial o de su grado de aplicabilidad, directa o supletoria”⁴³³. Así las cosas, no basta “con que el legislador estatal haya calificado de básica una norma para que deba ser reputada como tal, sino que es preciso que tenga materialmente ese carácter”. Lo que, por su parte, conduce a que “esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente”⁴³⁴, con independencia de su “autoconsciencia” o “autodefinición” como ley básica, como podría ser el caso de normas legales preconstitucionales que sean compatibles con el texto constitucional. De este modo, aun cuando en una determinada materia sujeta a competencias compartidas no existiera una norma que expresamente se determine como

de lo que dependerá el adecuado funcionamiento del Estado de las Autonomías. Lo que entendemos de aplicación, tanto para la puesta en marcha del Estado de las Autonomías a la que se refería la Sentencia citada, como para garantizar la operatividad de la Administración electrónica, y el respeto en su dinámica de funcionamiento de los ciudadanos.

⁴²⁷ STC 32/1981, Rec. 40/1981, FJ 5º.

⁴²⁸ STC 68/1984, Rec. 90/1982, FD 3º.

⁴²⁹ JIMÉNEZ CAMPO, J., «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonomico», *Revista española de derecho constitucional*, vol. 27, 1989 P. 84; REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «Rango normativo y legislación básica (A propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al principio de preferencia de ley)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. 4, 1998, p. 447.

⁴³⁰ Mediante el planteamiento del correspondiente conflicto de competencias.

⁴³¹ STC 154/1988, Rec. 162/1984, FJ 3º.

⁴³² STC 1/1982, Rec. 63/1981, FJ 1º.

⁴³³ STC 85/1983, Rec. 333/1982, FJ 3º. A este respecto, resulta de gran interés la diferenciación entre los conceptos de “ordenación básica” y “definición de lo básico” llevada a cabo por JIMÉNEZ CAMPO, J., «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonomico», cit., p. 73.

⁴³⁴ STC 213/1988, de 11 de noviembre, Rec. 279/1984, FD 2º. Recuérdese en este punto, el ya referido margen de discrecionalidad política del legislador estatal, lo que como señala *Ibid.*, pp. 42 y 54, impide que podamos determinar la existencia de un carácter material estricto que conduzca a una determinación de lo básico por parte del Estado meramente declarativa, sino más bien de carácter material constitutivo.

básica, no podrá sostenerse que las CCAA deban abstenerse de legislar sobre tales materias porque supondría privarles del ejercicio de competencias reconocidas en su Estatuto de Autonomía a expensas de la decisión de actuación del Estado; ni que, en tales supuestos, las CCAA puedan legislar libremente sobre la totalidad de la materia en cuestión, respetando exclusivamente los principios que se deriven directamente de la Constitución⁴³⁵, debiendo hacerlo, en todo caso, sobre un ordenamiento estatal vigente o, en palabras de CASTRO Y BRAVO, de un derecho común determinador de lo básico⁴³⁶.

En la determinación por parte del Estado del alcance de su acción, dentro de las competencias compartidas, deberán respetarse una serie de requisitos formales encaminados a conseguir “una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias” estatales y autonómicas, que cuente con unas garantías mínimas de publicidad, contradicción y debate⁴³⁷. Requisitos que solo se podrán obtener mediante la utilización del instrumento normativo de la Ley, con respeto al principio de Ley formal o principio de preferencia de ley⁴³⁸, el cual reduce el ámbito de aplicación del reglamento de desarrollo de una norma con rango de ley, al tiempo que “su rango reglamentario venga justificado por tratarse de materias cuya naturaleza exigiera un tratamiento para el que las normas legales resultaran inadecuadas por sus mismas características”⁴³⁹, bien por su “carácter marcadamente técnico”⁴⁴⁰, o porque estas presenten una naturaleza fuertemente vinculada “a los cambios que deriven de la modificación de las circunstancias”⁴⁴¹. Finalmente, será posible la utilización del reglamento respecto de los actos de ejecución que respondan directamente a las determinaciones de una ley de bases⁴⁴². Fuera de tales supuestos⁴⁴³, el Estado actuaría en la determinación de lo básico

⁴³⁵ STC 32/1981, Rec. 40/1981, FJ 6º.

⁴³⁶ JIMÉNEZ CAMPO, J., «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autónomo», cit. P. 49.

⁴³⁷ STC 69/1988, Rec. 66/1984, FJ 5º.

⁴³⁸ Concepto este último acuñado por la STC 147/1991, Rec. 384/1985, FD 4º y que expresamente se distingue del principio de reserva de ley, el cual se determina como inoperante en la delimitación regulación básica-regulación de desarrollo. Si bien, como señala REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «Rango normativo y legislación básica (A propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al principio de preferencia de ley)», cit., p. 456, dicho concepto acuñado por el TC no nos conduce a un escenario de “preferencia” entendido de acuerdo a la segunda acepción atribuida a dicho concepto por la RAE, sino, más bien, conforme a la primera de aquellas, aproximándonos de manera más que significativa, aun con otra denominación, a la órbita de la reserva de ley. Véase también al respecto la STC 69/1988, Rec. 66/1984, FJ 6º. En mayor profundidad, véase CAMARA VILLAR, G., «Educación y Enseñanza», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.) *Reformas Estatutarias y Distribución de Competencias*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2007, pp. 516 y 517.

⁴³⁹ STC 77/1985, Rec. 180/1984, FJ 16º. A diferencia del primero, este segundo requisito del principio de ley formal podría entenderse que matiza o restringe, aún más, las limitaciones que tendría en el presente ámbito la utilización del reglamento derivadas de la existencia de una reserva de ley, expresadas en la SSTC 83/1984 Rec. 80/1983, FJ 4º; 77/1985, Rec. 180/1984, FJ 14º; 99/1987, Rec. 763/1984, FJ 3º.

⁴⁴⁰ STC 76/1983, Rec. 316/1982, FJ 24º.

⁴⁴¹ STC 33/1984, Rec. 372/1982, FD 2º.

⁴⁴² STC 48/1988, Rec. 873/1985, FJ 3º.

⁴⁴³ Los cuales conllevarán el cumplimiento de los requisitos para el empleo del reglamento en materias sometidas constitucionalmente a reserva de ley o reserva de ley orgánica, toda vez que las condiciones de

con una insuficiencia de rango normativo que conduciría a que la norma infralegal en cuestión perdiera todo carácter básico, para constituirse en norma estatal de carácter subsidiario *ex art. 149.3 de la Constitución*⁴⁴⁴.

Sobre la base lo expuesto, en relación al art. 42 de la LAECSP y, por extensión, al art. 156 de la Ley 40/2015, podría concluirse que las disposiciones generales de carácter reglamentario que lo desarrollan, tanto en primero como en segundo grado, cumplirían los requisitos necesarios para heredar la condición de básicas. Así, el carácter básico del objeto regulatorio quedaría esclarecido a la luz de su pleno encaje en relación a la competencia estatal contemplada en el art. 149.1.18 CE, mientras que la ausencia de insuficiencia de rango normativo derivaría de su expresa previsión en norma legal —de primer o segundo grado descendente—, así como de su indiscutible carácter técnico. En tanto las normas e instrucciones de segundo grado son previstas por el instrumento reglamentario expresamente mencionado y regulado en cuanto a su tramitación por la Ley, las mismas pueden considerarse como una extensión de aquel, justificado por la especial complejidad técnica y su extremo dinamismo.

Independientemente de que, sobre la base de lo anteriormente indicado, se alcance la conclusión de que la regulación de la LAECSP y su desarrollo de primer y segundo nivel constituyan un modelo exclusivo de cooperación u otro mixto de cooperación y coordinación estatal, consideramos que sería muy oportuno el planteamiento de las consecuencias del incumplimiento de estas normas técnicas por parte de las diferentes Administraciones territoriales; o, incluso, de la inacción, ante la exhortación a la coordinación contenida en la LAECSP. Preguntas que no encuentran respuesta directa ni en la LAECSP ni en el articulado del ENI⁴⁴⁵, y de cuya respuesta depende el éxito de las innovaciones administrativas que plantean las TIC en las comunicaciones de la contratación pública, así como la posibilidad de cumplir con las obligaciones impuestas desde Europa.

Sea como fuere, cabe apreciar como intención regulatoria de la LAECSP la generación de “un marco jurídico estable, amplio, comprensivo de realidades diferenciadas y que se habrían ido introduciendo sin conformar un todo organizativo dotado de una mínima coherencia”⁴⁴⁶, basado en la utilización de sistemas compatibles y no aislacionistas. Es cierto que las manifestaciones conceptuales introducidas desde Europa, íntimamente relacionadas con la dimensión externa de interoperabilidad, no fueron recogidas en la LAECSP de una forma expresa. No obstante, sí se contenía la definición de interoperabilidad y sus diversas dimensiones, como consta en el anexo de definiciones

validez del reglamento por aplicación del principio de ley formal o de preferencia de ley serán análogos o, en todo caso, más onerosos que los derivados del principio de reserva de ley.

⁴⁴⁴ STC 203/1993, Rec. 28/1986, FJ 11º.

⁴⁴⁵ VALERO TORRIJOS, J., *Derecho, Innovación y Administración Electrónica*, cit., vol. 1 pp. 188 y 189.

⁴⁴⁶ VÁZQUEZ GARRANZO, J. Y OTROS, «La utilización de técnicas electrónicas y telemáticas por las Administraciones Públicas en materia de contratación pública: introducción histórica», cit., pp. 26 y 38.

al que remite su art. 5 y en el art. 4.e)⁴⁴⁷. Al mismo tiempo, las manifestaciones de la interoperabilidad en su dimensión externa tuvieron un reflejo más sutil a través de sus arts. 6.2. a, b), c), h) o k). Previsiones que se unían a la expuesta arquitectura del ENS, el ENI y sus respectivas instrucciones y normas técnicas de desarrollo, las cuales procuraron un cuidado tratamiento de la interoperabilidad, introduciéndose conceptos como el de “cadena de interoperabilidad”⁴⁴⁸ o el de “infraestructuras y servicios comunes”⁴⁴⁹.

Desde nuestro punto de vista, la práctica parece haber reflejado que, para la obtención de dicho resultado, es necesaria la inclusión de medidas de coordinación, aun de forma subsidiaria, que actúen como garantía del cumplimiento de los niveles de interoperabilidad deseados por el legislador⁴⁵⁰. De hecho, dentro del sistema de interoperabilidad planteado por la Unión Europea, sus instituciones se han constituido en un poder coordinador de los diferentes Estados miembros, generando una serie de soluciones de interoperabilidad cuyo uso obligatorio va imponiendo paulatinamente, tal

⁴⁴⁷ Si analizamos el concepto de interoperabilidad integrado en la Decisión 2015/2240/UE, de 25 de noviembre y lo comparamos con el establecido en el Anexo de la LAECSP, podemos encontrar como principal diferencia que en la segunda de ellas se prescinde del inciso por el que se indica que los sistemas que permitan “compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento”, “hayan sido acordados conjuntamente”. Dicha diferencia tiene pleno sentido si atendemos al marco en el que se establece cada una de ellas. Así, es plenamente coherente que dentro del contexto de la Unión Europea se piense, fundamentalmente, en un sistema de cooperación entre los Estados miembros, mientras que, a nivel nacional, dicha definición no muestra su opción apriorística por ninguna de las dos alternativas posibles para su implementación. Adicionalmente, la LAECSP incluye las siguientes definiciones: Interoperabilidad organizativa, definida como “aquella dimensión de la interoperabilidad relativa a la capacidad de las entidades y de los procesos a través de los cuales llevan a cabo sus actividades para colaborar con el objeto de alcanzar logros mutuamente acordados relativos a los servicios que prestan”. Interoperabilidad semántica, definida como “aquella dimensión de la interoperabilidad relativa a que la información intercambiada pueda ser interpretable de forma automática y reutilizable por aplicaciones que no intervinieron en su creación”. Interoperabilidad técnica definida como “aquella dimensión de la interoperabilidad relativa a la relación entre sistemas y servicios de tecnologías de la información, incluyendo aspectos tales como las interfaces, la interconexión, la integración de datos y servicios, la presentación de la información, la accesibilidad y la seguridad, u otros de naturaleza análoga”. Interoperabilidad en el tiempo, definida como “aquella dimensión de la interoperabilidad relativa a la interacción entre elementos que corresponden a diversas oleadas tecnológicas; se manifiesta especialmente en la conservación de la información en soporte electrónico”.

⁴⁴⁸ Dicho concepto es definido en el Anexo del ENI como “expresión de la interoperabilidad en el despliegue de los sistemas y los servicios como una sucesión de elementos enlazados e interconectados, de forma dinámica, a través de interfaces y con proyección a las dimensiones técnica, semántica y organizativa”.

⁴⁴⁹ Dicho concepto es definido en el Anexo del ENI como “instrumentos operativos que facilitan el desarrollo y despliegue de nuevos servicios, así como la interoperabilidad de los existentes, creando escenarios de relación multilateral y que satisfacen las necesidades comunes en los distintos ámbitos administrativos; son ejemplos la Red de comunicaciones de las Administraciones Públicas españolas, la red transeuropea sTESTA, la plataforma de verificación de certificados electrónicos”.

⁴⁵⁰ En este sentido véase CASARRUBIOS BLANCO, E. Y CRIADO GRANDE, J. I., «La e-Administración y cooperación entre niveles de gobierno en España. Las relaciones interadministrativas y la interoperabilidad dentro del Estado autonómico (y la Unión Europea)», en *VII Congreso español de ciencia política y de la Administración*, Madrid, AECPA, 2005; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «Cooperación y coordinación entre administraciones públicas para el impulso de la administración electrónica. La interoperabilidad», cit. p. 675.

y como se ha llevado a cabo a través de la Directiva 2014/24/UE. Culmen legislativo, en algunos aspectos, de la implantación de la contratación pública electrónica.

Es evidente, que la normativa española de estos primeros años sobre coordinación estatal e interadministrativa en materia de administración electrónica y compra pública, tuvo además de las dificultades mencionadas en los párrafos anteriores, la presión derivada de la necesidad perentoria de cumplir con las exigencias de la UE y la propia de una sociedad económicamente debilitada como consecuencia de la crisis financiera originada tras el año 2008, de forma que, realmente, fue a partir del año 2013 cuando empezaron a establecerse, ahora sí, inequívocas —y también torpes, como veremos, en determinados supuestos— medidas de coordinación estatal.

1.2 Aparición de sistemas de coordinación estatal en la Ley 20/2013 en el ámbito de la contratación pública.

El sistema de cooperación implementado en España no pudo desarrollarse de una forma adecuada, dado el elevado número de sujetos a coordinar, lo que vino a entorpecer la implantación de la contratación pública electrónica⁴⁵¹. Esta circunstancia motivó la incorporación paulatina de importantes matices de coordinación estatal.

El primer paso en pos de una intensificación de los logros en materia de interoperabilidad, dentro del ámbito de la contratación pública⁴⁵², se produjo en el año 2013 a través de la DA Tercera de la Ley 20/2013, por la que la PLACE pasaba a denominarse PCSP⁴⁵³, al tiempo que se obligaba a los poderes adjudicadores no estatales a la publicación directa o indirecta de los anuncios de licitación y adjudicación a través de la PCSP. A tales efectos, en la referida disposición adicional, se preveían dos vías de actuación: a) La adhesión del poder adjudicador en cuestión a la PCSP, alojando en esta su perfil del contratante; - o el establecimiento de mecanismos de interconexión con el perfil del contratante correspondiente establecido fuera de la PCSP, de forma que los indicados anuncios llevados a cabo en su propia plataforma fueran visibles desde la PCSP. Se establecía de este modo una reforma de fuerte calado que pondría los cimientos de la actual regulación de la PCSP, analizada en el epígrafe I.2 del presente capítulo. No obstante, esta medida de coordinación en torno a un instrumento estatal, que se adhería a la exclusiva referencia a la cooperación del art. 334.5 del TRLCSP, no se acompañaba de la regulación de las consecuencias de su incumplimiento. Por ello, la relevancia práctica del incumplimiento solo podría derivarse de una iteración lógico-jurídica de la que se extrajera la nulidad⁴⁵⁴ de los procedimientos de contratación pública

⁴⁵¹ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», cit. p. 5.

⁴⁵² GIMENO FELIÚ, J. M., «Unidad de mercado y Contratación Pública: redefiniendo los perfiles del contratante», cit.

⁴⁵³ Plataforma que había pasado de estar regulada en la LCSP 2007 a estarlo en el art. 334 del TRLCSP.

⁴⁵⁴ Por aplicación del art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, que se corresponde actualmente con el vigente artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015.

que no publicaran su anuncio de licitación —ya fuera de forma directa o indirecta— en la PCSP de no seguirse el procedimiento legalmente establecido al efecto⁴⁵⁵.

De este posicionamiento jurídico se habría desprendido la consolidación, desde ese año 2013, de una política de coordinación estatal dirigida a erigir la PCSP como una herramienta de transparencia que permitiera un conocimiento “integral” de todos los procedimientos de licitación iniciados a nivel nacional. Sin embargo, el mandato contenido en la DA Tercera de la Ley 20/2013 no tuvo una adecuada repercusión fáctica en el comportamiento de los poderes adjudicadores no estatales; a lo que se unió un criterio del TACRC que no favorecía dicha solución. Su resolución 119/2016 en su FD Séptimo indicaba que:

Una primera aproximación al tema podría pasar, sin duda, por trazar una equiparación entre la publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, de manera que la omisión de ésta última generaría la misma consecuencia anulatoria que la que acaece cuando falta la inserción en el periódico comunitario. Sin embargo, un examen más sosegado de la cuestión revela que esta asimilación no es posible, toda vez que:

α.- La exigencia de publicidad en el órgano europeo viene impuesta por la normativa comunitaria (artículos 35 y 36 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo), de manera que su incumplimiento entraña una vulneración de la legislación comunitaria, lo que, obviamente, no acaece con la que se refiere a la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Con este primer argumento, se trataba de evitar que se entendieran contradictorios los razonamientos del Tribunal Administrativo contenidos en los Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo de la resolución analizada. Tal posicionamiento jurídico resulta profundamente difícil de compartir al tratarse de una interpretación, en extremo formalista, que pretende desconocer los principios básicos de la contratación pública como son los de igualdad de trato y libre concurrencia que inspiraban las directivas europeas y la DA Tercera de la Ley 20/2013. Partiendo, pues, de la hipótesis de una extremada fragmentación de la información sobre procedimientos de contratación pública, así como del hecho de que la misma menoscaba el acceso de los operadores económicos a los procedimientos de licitación, se debería haber colegido que dicha disposición respondía, precisamente, a los principios y deberes establecidos por el legislador europeo. Piénsese que, en la administración en papel, los polos de información nacionales sobre los procedimientos de compra pública eran el BOE o los Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas. Lo que conllevaría a que, en virtud

⁴⁵⁵ En tal sentido se posiciona GIMENO FELIÚ, J. M., «La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia», cit. pp. 3 y 4. En sentido diferente, aunque también contrario al criterio del TACRC, estableciendo la anulabilidad y no la nulidad véase DE JUAN CASERO, L. J., «Perfil del contratante y Plataforma de contratación del sector público», cit. pp. 4 y 5.

de los sistemas de publicación electrónica, de mantenerse un sistema exclusivamente basado en perfiles del contratante independientes y/o no interconectados, de manera directa o indirecta, en el ámbito de la administración electrónica, se pasaría de una veintena, aproximadamente, de polos de información —susceptibles, además, de digitalización—, a otra veintena, pero de miles, de tales polos de información. Variación que, a pesar de los efectos novedosos que pudieran derivarse de las TIC, haría más funcional y garantista con los indicados principios el mantenimiento del funcionamiento en papel de la Administración.

A continuación la Resolución indicaba que:

β. – El artículo 37.1.a) TRLCSP se refiere sólo a los contratos sujetos a regulación armonizada que no han sido objeto de publicidad en el Diario de la Unión Europea, precepto que ha mantenido su redacción después de la introducción de la obligatoriedad de publicación en la Plataforma por parte de la DA 3ª de la Ley 20/2013.

En relación a este segundo argumento, hemos de señalar que la previsión especial contenida en el art. 37.1.a) TRLCSP, respecto de la necesidad de publicar los procedimientos de contratación pública sujetos a una regulación armonizada en el DOUE —y, en consecuencia, el uso del Portal SIMAP—, no es óbice para que a todos los procedimientos de contratación pública, incluidos los que no se hallen sujetos a una regulación armonizada, se les apliquen las disposiciones contenidas en nuestro ordenamiento interno, máxime, cuando lejos de ser contrarias a las previsiones de la normativa europea —traspuesta, entre otros por el art. 37.1.a) TRLCSP—, son acordes con la misma, toda vez que la interconexión con la PCSP ha de garantizar, a su vez, la interconexión con el Portal SIMAP. A lo que cabe añadir que los principios generales de la normativa europea sobre contratos públicos resultan de aplicación, como ha tenido ocasión de señalar el TJUE⁴⁵⁶, a todos los contratos públicos, ya sean SARA o no SARA.

Prosiguiendo la Resolución referida con la siguiente indicación:

γ. – El examen de las modificaciones introducidas en el TRLCSP y, antes, en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público revela que, cuando el legislador ha querido introducir una nueva causa de nulidad absoluta, ha acometido la modificación del TRLCSP, como sucedió con el supuesto contemplado en el apartado d) del artículo 32 d) TRLCSP, que trae causa de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

No podemos compartir este argumento por tratarse más bien de una opinión subjetiva que de un razonamiento basado en derecho. Con él, se viene a señalar que la ley especial

⁴⁵⁶ STJUE, Sala Quinta, de 16 de abril de 2015, C-278/14. En profundidad sobre este punto, véase MORENO MOLINA, J. A., *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Oxford, Chartridge Books Oxford, 2015, pp. 180 y 181.

—TRLCSP— desplaza a la ley general —Ley 30/92 en un primer momento y Ley 39/2015 en la actualidad— en lo no regulado por la primera. En efecto, dicha argumentación implica desconocer el verdadero sentido del principio *lex specialis derogat legi generali* al promulgarse la primacía de la ley especial incluso respecto de lo no regulado por esta. Lo que conduce a que la existencia de la ley especial suponga, irremediablemente, la completa derogación de la ley general en relación al concreto ámbito de aplicación de la primera. La inconsistencia de dicho argumento resulta, además, del hecho de que el propio TACRC en la letra a) del propio art. 32 del TRLCSP se remite expresamente a todas las causas de nulidad recogidas en el art. 62.1 de la Ley 30/92, haciéndolo también, posteriormente, en el art. 47.1 de la Ley 39/2015.

En cuarto lugar, la Resolución que nos ocupa argüía que:

δ.– Difícilmente puede entenderse que la inserción del anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público es un trámite esencial del procedimiento de licitación, cuando ni siquiera lo es la publicación en el Boletín Oficial del Estado para las Comunidades Autónomas y entidades integrantes de la Administración Local (artículo 142.1 TRLCSP).

En cuanto a este último argumento hemos de indicar que el art. 142.1 del TRLCSP regulaba la publicación de las convocatorias de licitaciones en el BOE, así como, en su caso, en los Boletines de ámbito territorial inferior correspondientes, no haciéndolo en cuanto a la utilización de las plataformas electrónicas de contratación, como pueden serlo los perfiles del contratante o la propia PCSP. Figuras a todas luces independientes, como lo demuestra el hecho de que el art. 177.2 TRLCSP, en relación a los procedimientos de contratación negociados, preveía que estos nuevos medios de publicación electrónica sustituyeran a medios tradicionales como el BOE. Medida que parte de la doctrina no solo aplaude, sino que reclama su extensión para todo tipo de procedimiento de contratación⁴⁵⁷. Por ello, entendemos que la cuestión planteada excedería del ámbito de aplicación, aún analógico, del referido art. 142.1 del TRLCSP, al tiempo que establecería unos mimbres para reforzar la involución antes detallada que supondría la transición, en estas condiciones, de la publicación en papel a la publicación electrónica.

Finalmente se concluía lo siguiente:

En esta tesitura, lo más razonable será entender que el solo incumplimiento de la DA 3ª de la Ley 20/2013 no determina la nulidad del procedimiento de licitación ni, menos aún, del contrato que en él se haya adjudicado; antes bien, habrá de llevarse a cabo un análisis singular en cada caso, a fin de determinar si existió o no indefensión o la falta de publicidad impidió que el anuncio cumpliera su misión (artículo 63.2 LRJPAC).

⁴⁵⁷ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», cit. p. 22.

Conforme a lo expuesto en los párrafos anteriores, no consideramos ajustada a derecho la conclusión transcrita de la resolución 119/2016 objeto de crítica, debiendo considerarse que respondía más a criterios funcionales que a otros estrictamente jurídicos.

1.3 El intento de las leyes 39/2015 y 40/2015 de apuntalar sistemas generales de coordinación estatal para la administración electrónica española y su instauración efectiva por la LCSP

Los arts. 155.3 y 157.3 de la Ley 40/2015 y la DA Segunda de la Ley 39/2015 introdujeron fuertes sistemas de coordinación estatal que rompían con la dinámica general previa de la LAECSP⁴⁵⁸. Disposiciones de la Ley 39/2015 y de la Ley 40/2015 orientadas, según señalaba parte de la doctrina, a “facilitar el intercambio, reutilización y herramientas electrónicas entre las distintas Administraciones Públicas para reducir costes y evitar el despilfarro de recursos públicos en aplicaciones electrónicas susceptibles de ser compartidas”⁴⁵⁹.

El referido artículo 155.3 de la Ley 40/2015, antes de su modificación por el art. 4.2 del Real Decreto-ley 14/2019, preveía que todas las AAPP debían adoptar las medidas tecnológicas necesarias para garantizar la posibilidad de interconectar su red con la del resto de Administraciones nacionales, así como con la del resto de Estados miembros e instituciones de la Unión Europea. Junto a ello, el art. 157.3 de dicho texto legal determinaba que las AAPP “con carácter previo a la adquisición, desarrollo o al mantenimiento a lo largo de todo el ciclo de vida de una aplicación, tanto si se realiza con medios propios o por la contratación de los servicios correspondientes, deberán consultar en el directorio general de aplicaciones, dependiente de la Administración General del Estado, si existen soluciones disponibles para su reutilización que puedan satisfacer total o parcialmente las necesidades, mejoras o actualizaciones que se pretenden cubrir, y siempre que los requisitos tecnológicos de interoperabilidad y seguridad así lo permitan”. De modo que, “en el caso de existir una solución disponible para su reutilización total o parcial, las Administraciones Públicas estarán obligadas a su uso, salvo que la decisión de no reutilizarla se justifique en términos de eficiencia conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”. Más allá de la previsión de coordinación del art. 157.3 de la Ley 40/2015, los epígrafes 1 y 2 de este precepto establecen una iniciativa de cooperación administrativa favorable a la obtención de “economías de

⁴⁵⁸ A pesar de que estas disposiciones siguen en vigor, nos referiremos a ellas en su exposición previa al comentario de las SSTs por las que se establece su interpretación conforme.

⁴⁵⁹ DE JUAN CASERO, L. J., «La utilización de los medios electrónicos en el procedimiento de contratación. El expediente electrónico de contratación», en CAMPOS ACUÑA, C. (coord.) *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*, Madrid, El consultor de los Ayuntamientos. Wolters Kluwer, 2018, epígrafe 3.3.

escala organizativas”⁴⁶⁰ de las que, incluso, podría depender la viabilidad del sistema de contratación pública electrónica.

El art. 7 de la Ley Orgánica 2/2012 en palabras del TC “obliga a todas las Administraciones Públicas a «valorar» las «repercusiones y efectos» sobre los «gastos o ingresos públicos presentes o futuros» de cada una de sus actuaciones (tanto si consisten en iniciativas legales o reglamentarias como si son actos administrativos, contratos o convenios de colaboración) con sujeción «estricta» a «las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera» (apartado 3); orientar la gestión de sus recursos a «la eficacia, la eficiencia y la calidad», aplicando al efecto «políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del Sector Público» (apartado 2); así como encuadrar sus políticas de gasto público «en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera» (apartado 1)”. Fruto de ello, la decisión de la implementación de soluciones propias o la adhesión a otros ya existentes requerirá que, “dentro de un marco de planificación plurianual, los gastos resultantes no desequilibren las balanzas (principio de estabilidad presupuestaria) ni desborden los límites de déficit, deuda pública y morosidad (principio de sostenibilidad financiera) y a que los beneficios consecuentes (en términos no solo económicos, sino también de calidad del servicio o de otro tipo), compensen los costes que ahorraría la adhesión a las plataformas centrales (principio de eficiencia)”⁴⁶¹.

A los efectos del mandato establecido en el art. 157 de la Ley 40/2015, el apartado tercero de la DA 1ª del ENI viene a recoger la previsión del Directorio de aplicaciones para su libre reutilización. En este se reflejará la relación de aplicaciones para su libre reutilización, incluyendo, al menos, los datos descriptivos relativos a nombre de la aplicación, breve descripción de sus funcionalidades, uso y características, licencia, principales estándares abiertos aplicados, y estado de desarrollo. Al mismo tiempo se ha constituido el Centro de Transferencias de Tecnologías —CTT—, por el que se busca fomentar la reutilización de soluciones de administración electrónica. El CTT es la respuesta al artículo 158 de La ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y al artículo 17 del Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica. Es de uso obligatorio en la Administración General del Estado y está a disposición del resto de Administraciones Públicas. Además se encuentra federado con aquellas comunidades autónomas que han decidido contar con su propio repositorio regional y con el repositorio de la Comisión Europea.

⁴⁶⁰ GIMENO FELIÚ, J. M., «Administración electrónica, transparencia y contratación pública: algunas propuestas de reforma», cit., p. 313.

⁴⁶¹ STC 55/2018, de 24 de mayo, rec. 3628/2016, FJ Undécimo, epígrafe c).

Paralelamente, la DA Segunda de la Ley 39/2015, venía a determinar que las Administraciones autonómicas y locales, pueden adherirse a las plataformas de administración electrónica establecidas por la AGE, o bien, establecer sus propias plataformas. Aunque en este último caso, la Administración en cuestión deberá acreditar la oportunidad de emplear su propio sistema en base a los criterios de eficiencia antes mencionados en relación al art. 157.3 de la Ley 40/2015. Adicionalmente, las citadas Administraciones deberán garantizar que su sistema propio cumple con los requisitos del ENI, el ENS, y sus normas técnicas de desarrollo, de modo que permita su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se realicen en sus correspondientes registros y plataformas. Texto, de cuya literalidad al referir la necesaria justificación del ente autonómico o local ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, *a priori*, se desprendería que, en caso de que no se procediera a la adecuada justificación de tales extremos, se podría imponer la utilización de las herramientas generadas por la AGE.

De este modo, la coordinación estatal en España, con las referidas leyes 39 y 40 de 2015, llegaba, en el ámbito de la administración electrónica, a un nivel sin precedentes. No se puede negar que esta forma de facilitación de la cooperación entre Administraciones a través del Registro de aplicaciones en uso, junto, en su caso, con las medidas de coordinación indicadas de las Leyes 39 y 40/2015, tiene una fuerte dimensión de viabilidad operacional, permitiendo aprovechar la experiencia generada en el empleo de la misma por parte de la cedente⁴⁶², al tiempo que garantiza la interoperabilidad de los instrumentos tecnológicos empleados en las distintas Administraciones⁴⁶³ y, en definitiva, evitando que los administrados deban enfrentarse a una pluralidad de servicios y plataformas electrónicos en los que tengan que reiterar operaciones ya efectuadas en otras, debiendo manejar sistemas, interfaces y pautas diversas, con su propio *know how*, diversas direcciones electrónicas e, incluso, diverso equipamiento tecnológico, fundamentalmente, a nivel de *software* de apoyo. No obstante, como se pasa a comprobar, en este viraje del legislador nacional no predominaba una búsqueda del cumplimiento de los requisitos que permitieran hacer funcionar, de manera eficaz, al sistema de administración electrónica, sino que lo hacía la búsqueda de la asequibilidad financiera en la implementación de estos instrumentos, en cierto modo, impuestos desde instancias europeas, en una época de dificultad económica derivada de los efectos de la crisis financiera precedente.

La adhesión a los sistemas de administración electrónica centrales posee otra fuerte vertiente o influencia de las técnicas de racionalización de los recursos públicos o de viabilidad financiera, ya que, como señala el TC “la generalización de todas ellas en

⁴⁶² CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Cooperación entre Administraciones Públicas para el impulso de la Administración Electrónica», cit., p. 763.

⁴⁶³ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., pp. 229 y 300.

cada una de las Administraciones, con la garantía de su efectiva interoperabilidad, conllevará fuertes desembolsos económicos que, además de inasequibles para algunos (p. ej., pequeños ayuntamientos), pueden desequilibrar las balanzas públicas y amenazar la sostenibilidad financiera”. Lo que requerirá o hace comprensible que el legislador adopte medidas, ya anunciadas en el preámbulo de la Ley 39/2015, que traten de compatibilizar “la apuesta por la administración electrónica con esta realidad y con los imperativos de la eficiencia (arts. 31.2 CE y 7 de la Ley Orgánica 2/2012), la estabilidad presupuestaria (arts. 135 CE y 3 de la Ley Orgánica 2/2012) y la sostenibilidad financiera (art. 4 de la Ley Orgánica 2/2012)”. Máxime cuando desde instancias internacionales se ha puesto de manifiesto la existencia en España de duplicidades “en el desarrollo y la utilización de los sistemas de tecnología de la información y comunicación en todos los niveles de la Administración”, instituidas como fuente de “ineficacia”, para cuya corrección serán necesarias medidas de “cooperación reforzada”⁴⁶⁴. Sobre este punto, el TC ha establecido que “el Estado puede sin duda promover válidamente al amparo del artículo 149.1.18 CE la implantación generalizada, al menor coste posible, de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en los procedimientos y servicios administrativos” siempre y cuando el modo de hacerlo no vulnere “la autonomía constitucionalmente reconocida a las Comunidades Autónomas (arts. 2, 137 y 156 CE y Estatutos de Autonomía) y a los entes locales (arts. 137, 140 y 141 CE)”. Aspecto este, respecto del cual, de igual manera, el TC afirma de manera contundente que “el diseño, creación y mantenimiento de «servicios de administración electrónica» es un aspecto central de la «potestad de autoorganización» inherente a la autonomía”⁴⁶⁵.

De hecho, estas adhesiones se comenzaron a establecer, en determinados casos, como requisito necesario para acceder a la financiación estatal de las autonomías a través del FLA. Sistema que, aunque inicialmente pudiera aparentar un medio de cooperación interadministrativa, entrañaba, realmente, una solución de coordinación estatal. Esta línea de actuación, que pretendía situarse en línea con las medidas de coordinación integradas en las Leyes 39 y /2015, fue considerada por algunos autores, como una imposición por la vía de los hechos, a los efectos de favorecer una tendencia recentralizadora del Estado, por la que se limitaría la autonomía de entes territoriales subestatales⁴⁶⁶. En concreto, este fomento, vía FLA, de la solución preestablecida por la DA Segunda de la Ley 39/2015, se estableció en la Orden PRE/710/2016, cuyo requisito

⁴⁶⁴ STC 55/2018, de 24 de mayo, rec. 3628/2016, FJ Undécimo, epígrafe b); OCDE, Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement, 2014.

⁴⁶⁵ Afirmación que, como indica el TC, ya fue determinada en su Sentencia 111/2016, de 9 de junio, rec. 1959/2014, FJ Undécimo.

⁴⁶⁶ FONDEVILA ANTOLÍN, J., «Estado de Derecho o imperium de la deslealtad institucional: breves consideraciones sobre la imposición por el Estado central a las Comunidades Autónomas de su adhesión a sistemas y plataformas electrónicas estatales», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP, 2017, pp. 527 y 528.

1.E incluía como compromiso de las CCAA, que accedieran a dicho fondo, a la firma de un convenio “para la prestación mutua de soluciones básicas de administración electrónica para ganar eficiencia y reducir costes”. De este modo, mediante el acceso a los sistemas implementados por la AGE, se buscaría “evitar gasto duplicado y reducir costes de funcionamiento, las Comunidades Autónomas”.

Las plataformas específicas de contratación pública y, en concreto, los portales destinados a alojar a los perfiles del contratante, no se encuentran entre los medios enumerados en el apartado E.1 de la referida condición. Motivo por el que, probablemente, no se ha incluido la consideración de estas plataformas en los convenios interadministrativos orientados a la obtención de financiación del FLA. Estas medidas de coordinación se centraban, fundamentalmente, en los siguientes medios electrónicos: Punto de Acceso General Personalizado y Carpeta Ciudadana; Registro Electrónico de apoderamientos; Registro electrónico; Punto general de entrada de facturas electrónicas de la Administración General del Estado —FACe— y a la plataforma *Emprende*; Plataforma de Intermediación de Datos; Archivo Electrónico Único; y sistema *CI@ve*⁴⁶⁷. Hay que reconocer que es lo cierto que sí se ha ido configurando, como factor incluido dentro de las “actuaciones y condiciones” relativas a las “condiciones fiscales y otras condiciones particulares de los préstamos”, el “compromiso de adoptar las medidas necesarias para su adhesión a los acuerdos marco y sistemas de adquisición centralizada que pueda desarrollar el Ministerio de Sanidad, [...] salvo autorización del Ministerio de Hacienda sobre la justificación aportada de las causas por las que se considera improcedente su adhesión”⁴⁶⁸.

Sin embargo, la reacción contra las novedades introducidas por la DA Segunda de la Ley 39/2015 y el art. 157 de la Ley 40/2015 no tardó en llegar. El 23 de junio de 2016 el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña interpuso recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley 39/2015, entre ellos, contra el último inciso del párrafo primero de la indicada DA. Recurso contestado por la STC 55/2018, de 24 de mayo, que en el punto 4º de su parte dispositiva establece “que la disposición adicional segunda, párrafo segundo, de la Ley 39/2015 no es inconstitucional interpretada en los términos del fundamento jurídico 11 f) de esta Sentencia”.

El TC destaca que dentro de las facultades que el art. 149.1.18 CE otorga al Estado se encuentra la posibilidad de que, a la hora de establecer los pilares básicos del procedimiento administrativo, ante cualquier Administración nacional se prevea la implementación, en palabras del preámbulo de la ley 39/2015, de “una administración

⁴⁶⁷ Programa para la aplicación del compartimento fondo de liquidez autonómico del Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas para el ejercicio 2019, Anexo, puntos 4, 6 y 9; *Ibid.*, p. 539.

⁴⁶⁸ Programa para la aplicación del compartimento fondo de liquidez autonómico del Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas para el ejercicio 2019, p. 23 (Anexo).

sin papel basada en un funcionamiento íntegramente electrónico”, mediante la determinación de la necesaria y obligatoria implementación de “medios electrónicos en la organización y procedimientos administrativos”⁴⁶⁹. Igualmente se indica, como posibilidad incluida dentro de las competencias del Estado, establecer un mandato legal para que las soluciones de administración electrónica establecidas por las Administraciones autonómicas y locales deban responder a los mandatos de eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, ya que, en última instancia, se trataría de obligaciones establecidas por los arts. 31.2 y 135 de la CE, que incumben también a estos entes integrantes del Sector Público. Lo que, al mismo tiempo, implicará su posible traducción en una obligación formal impuesta por el Estado a las Administraciones infraestatales para que motiven expresamente, con carácter previo y por escrito, el cumplimiento de tales deberes constitucionales impuestos a la actividad de todo el Sector Público⁴⁷⁰. Ante ello, se concluye que “la Comunidad Autónoma o ente local, si no presentase unas cuentas públicas equilibradas situadas en los límites de déficit, deuda pública y morosidad o si no explicase las ventajas operativas de una plataforma propia o si, haciéndolo, no justificara mínimamente que compensan los desembolsos que ahorraría la adhesión a los recursos electrónicos estatales, incumpliría, no solo la exigencia de motivación que el precepto controvertido impone específicamente, sino también los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y eficiencia que impone la Constitución (arts. 135 y 31.2 CE) y la Ley Orgánica 2/2012”⁴⁷¹.

El *quid* de la cuestión residía entonces en la expresión del inciso recurrido por el que se determinaba que tal obligación formal debía efectuarse “ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas”. Previsión de la que cabría extraer, como interpretación razonable de su literalidad, que el mencionado órgano de la AGE pudiera ejercer un control administrativo sobre la motivación efectuada por la Administración infraestatal. Pero, en el caso de verificarse esta interpretación, se vulneraría “la autonomía de las Comunidades Autónomas (arts. 2, 137 y 156 CE y Estatutos de Autonomía) y los entes locales (arts. 137, 140 y 141 CE)”, invadiéndose “las competencias de ejecución de las Comunidades Autónomas por atribuir a la Administración General del Estado una tarea de gestión o administración respecto de los entes locales”⁴⁷². Consecuentemente, se colegía la posibilidad y constitucionalidad de que el legislador exigiera a las Administraciones autonómicas una obligación de carácter formal, consistente en la necesidad de justificar, dentro del expediente administrativo correspondiente, el cumplimiento de los mandatos de eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad

⁴⁶⁹ STC 55/2018, de 24 de mayo, rec. 3628/2016, FJ Undécimo, epígrafe b).

⁴⁷⁰ Este tipo de comunicaciones o deberes formales sobre la actividad competencial propia de las CCAA ya había sido declarado constitucional en resoluciones previas del TC como la Sentencia del Pleno 201/1988, de 27 de octubre, FJ Cuarto, vinculándolo a los principios de colaboración, solidaridad y lealtad constitucional.

⁴⁷¹ STC 55/2018, de 24 de mayo, rec. 3628/2016, FJ Undécimo, epígrafes c).

⁴⁷² STC 55/2018, de 24 de mayo, rec. 3628/2016, FJ Undécimo, epígrafes d).

financiera, a la hora de proceder al desarrollo de su propia herramienta tecnológica. Si bien, en contra de lo que podría desprenderse del tenor literal del precepto, ante dicha justificación, la única posibilidad de reacción por parte de la AGE, en caso de desacuerdo, sería la de acudir a la impugnación del acto autonómico y su correspondiente motivación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, vedándosele cualquier posibilidad de decisión *motu proprio*, so pena de trasgredir la autonomía y autoorganización de la Administración autonómica correspondiente⁴⁷³. De ahí, que se declare expresamente la constitucionalidad de la DA Segunda de la Ley 39/2015, siempre y cuando sea interpretada en la forma indicada.

Paralelamente, la Ley 40/2015 también fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del gobierno catalán, según escrito formulado el 29 de junio de 2016. Entre las disposiciones impugnadas por dicho recurso se encontraba el art. 157.3. La contestación del TC se efectuó por medio de su Sentencia 132/2018, de 13 de diciembre, cuyo FJ Sexto, en la misma línea que la Sentencia 55/2018, confirmó la constitucionalidad del artículo, sin la necesidad ahora de la interpretación conforme, toda vez que el control administrativo ejercido por la AGE, respecto de la motivación de las Administraciones infraestatales, no se desprende de su tenor literal como ocurría en la DA Segunda de la Ley 39/2015. No obstante, el TC insiste en el hecho de que las posibilidades de justificación formal de las CCAA solo podrán ser contradichas por la AGE en sede jurisdiccional. Específicamente, el TC ha venido a concretar que el deber que se desprende de la Ley 40/2015 consiste en “acreditar y razonar en el expediente administrativo que los gastos necesarios para la adquisición, desarrollo o mantenimiento de soluciones propias no desestabilizan las cuentas públicas ni superan los límites de déficit, deuda pública y morosidad y que los beneficios netos (no solo los económicos) resultantes superan los derivados de emplear alguna de las aplicaciones presentes en el directorio general”.

De esta manera, tanto la DA Segunda de la Ley 39/2015 como el art. 157.3 de la Ley 40/2015, quedaban confirmadas como medidas de *spending review* con encuadre en las competencias previstas en los arts. 149.1.13 y .14 CE, en relación al art. 135 de dicha norma, y no como soluciones de coordinación estatal en materia de interoperabilidad; sin perjuicio de los efectos indirectos que, a este último respecto, pudieran generar.

Se confirmaba así el sentido de un fallo adelantado por GAMERO CASADO y FONDEVILA ANTOLÍN, entre otros⁴⁷⁴. Por parte de FONDEVILA ANTOLÍN, se defendía que el establecimiento de la necesidad de que las CCAA debieran acudir a la utilización de soluciones de administración electrónica estatal atentaría contra “el principio básico

⁴⁷³ STC 55/2018, de 24 de mayo, rec. 3628/2016, FJ Undécimo, epígrafe e).

⁴⁷⁴ GAMERO CASADO, E., «Administración electrónica e interoperabilidad», cit., p. 510; y FONDEVILA ANTOLÍN, J., «Estado de Derecho o imperium de la deslealtad institucional: breves consideraciones sobre la imposición por el Estado central a las Comunidades Autónomas de su adhesión a sistemas y plataformas electrónicas estatales», cit., p. 543.

competencial de la autoorganización de las Administraciones autonómicas” previsto en el artículo 148.1 CE, así como el de autonomía financiera. Fruto de ello, la determinación de unas concretas soluciones de administración electrónica eliminaría “la capacidad de decisión de una Administración de aportar «calidad» a los servicios públicos a prestar a los ciudadanos”. Además, el indicado autor venía a considerar que la exigencia de la adhesión a plataformas electrónicas estatales, como condición *sine qua non* para el acceso a la financiación o concesión de préstamos por parte del Estado, venían a constituir una “extorsión” en el sentido de la acepción primera del referido término recogido por la RAE, amén de desnaturalizar la figura del convenio empleado para vehicular la indicada adhesión⁴⁷⁵. No podemos compartir esta última consideración.

Así, en primer lugar, cabe que nos detengamos en la naturaleza del FLA. Dicha figura jurídica hunde sus raíces en la Ley Orgánica 2/2012, cuya DA Primera preveía la posibilidad de que las Administraciones territoriales autonómicas y locales pudieran acceder a “medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez”. Instrumento establecido en un periodo de grave crisis de deuda durante el cual el acceso a los mercados de financiación por parte de las Administraciones quedó prácticamente cerrado, con la consiguiente insuficiencia presupuestaria. En su desarrollo, el Real Decreto-ley 21/2012 venía a instituir un fondo dotado por los PGE por importe de dieciocho mil millones de euros, procedentes del programa de financiación del Estado, financiado mediante la emisión de deuda pública, adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y gestionado, en última instancia, por el ICO.

El objetivo del fondo sería su distribución entre las CCAA con la intención de dotarlas de liquidez a través de la concesión de créditos a interés reducido. Como contrapartida, las CCAA financiadas quedaban sometidas a las condiciones financieras establecidas mediante acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Lo que, finalmente, condujo a la ya mencionada Orden PRE/710/2016.

En dicho contexto, y sobre la base del articulado del Real Decreto-ley 21/2012, la obtención de créditos gestionados por el ICO con cargo al FLA venía a constituir, en primer lugar, una medida de carácter voluntario, en tanto en cuanto las CCAA podían optar por no acceder al mismo, como fue el caso de la Comunidad de Madrid, País Vasco, Navarra, Galicia, La Rioja, Castilla y León y las Islas Baleares. En segundo lugar, dicha financiación extraordinaria del Estado a las CCAA se establecía con carácter excepcional y, por ende, temporal, de manera que su mantenimiento sería revisado anualmente por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a los efectos de determinar el mantenimiento o no de las dificultades de acceso de las CCAA a los mercados financieros. Y, en tercer lugar, se trataba de créditos condicionados. En efecto, una vez adheridos a este sistema extraordinario de liquidez

⁴⁷⁵ FONDEVILA ANTOLÍN, J., «Estado de Derecho o imperium de la deslealtad institucional: breves consideraciones sobre la imposición por el Estado central a las Comunidades Autónomas de su adhesión a sistemas y plataformas electrónicas estatales», cit., pp. 529 y 543.

autonómico y producida la consecuente aceptación de las condiciones generales establecidas en la Ley Orgánica 2/2012 y en el Real Decreto-ley 21/2012, se produciría la concreción, en relación a cada préstamo, de las medidas *ad hoc* de ajuste económico-financieras. Sobre este extremo, el art. 14.2 del Real Decreto-ley 21/2012 venía a disponer que “las condiciones financieras aplicables a estas operaciones de crédito se establecerán por Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y del Ministerio de Economía y Competitividad”.

Redacción análoga a la contenida en el artículo 11.3 del Real Decreto-ley 17/2014, por el que se vino a derogar el anterior Real Decreto-ley 21/2012, aunque, manteniendo los rasgos básicos del FLA antes enunciados.

A la vista de lo anterior, entendemos que no se puede apreciar vulneración alguna de los principios de colaboración entre Administraciones ni del de autoorganización de las CCAA, por la exigencia de condiciones concretas de ajuste de gasto en el contexto de concesión de un préstamo. Antes al contrario, consideramos que la institución del FLA en las condiciones indicadas es, precisamente, una manifestación del cumplimiento de dicho principio y del deber de lealtad institucional, toda vez que, ante el cierre de los mercados financieros para los entes autonómicos, el Estado obtuvo por cuenta propia financiación externa a los efectos de redirigirla a aquellos. No obsta a dicha conclusión, el hecho de que en la misión de que las CCAA puedan afrontar los vencimientos de sus pagos más próximos y acuciantes, el Estado solo acepte proceder a la concesión de dichos créditos (de los que recordemos se instituye como responsable o deudor último) bajo unas determinadas condiciones que puedan cohonestar la actividad de rescate por parte del Estado con el principio de estabilidad presupuestaria que ha de regir su actividad, expresamente previsto por el art. 135.1 CE.

En la forma expuesta, el Estado asume una actuación voluntaria de colaboración con las CCAA en momentos de grave dificultad económica, si bien, la propia viabilidad de su auxilio pasará por la determinación de unas condiciones que, a su juicio y dentro del margen de discrecionalidad técnica o de decisión política, posibiliten recabar su consentimiento y su voluntariedad, con respeto a la legalidad aplicable.

No debe olvidarse tampoco el carácter sinalagmático del acuerdo o convenio, de manera que, en última instancia, el consentimiento de cada una de las partes se fundamentará en las ventajas que le reporta el acuerdo adoptado con la contraparte, una vez ponderadas y asumidas las obligaciones adheridas. De esta manera, el Estado tratará de dinamizar la economía, sobre la que las CCAA y EELL presentan un importante peso, mientras que estas buscarán la única fuente de liquidez que se les presenta como posible y a unas condiciones por debajo de las de mercado. En relación a las contraprestaciones asumidas, el Estado correrá con el riesgo del impago de sus prestatarios, debiendo cargar sobre su deuda pública la financiación extraordinaria concedida a las CCAA y estas asumirán una serie de ajustes que actuarán a modo de garantía para su acreedor. Entre

las diversas actuaciones de garantía, con la expresa habilitación del RDL 21/2012 primero y del RDL 17/2014 después, encontramos que el ejecutivo, por vía de reglamento, ha concretado las medidas de ajuste orientadas a la consecución de una serie de objetivos de estabilidad y de deuda pública. Dichas medidas han de ser acordadas por ambas partes conllevando la solicitud de “la reducción del Sector Público autonómico”, esto es, de sus partidas de gasto, así como “la supresión de las barreras o trabas al mercado interior y la eliminación de cargas administrativas”⁴⁷⁶ —vid. art. 25.a) del RDL 17/2014 en relación con los epígrafes primero y segundo de la DA 1ª de la Ley Orgánica 2/2012.

Se verifica, pues, a la vista de la normativa sectorial, que no existe ninguna obligación legal de adhesión. Cuestión distinta será el poder negociador que puedan presentar las partes al momento de fijar los términos del préstamo. Y que, incluso, pueda devenir en un contrato de “adhesión”, en tanto en cuanto el Estado no ceda en la necesidad de incluir una serie de cláusulas previstas por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, lo que no anula el carácter contractual o la existencia de consentimiento por todas las partes, lo que impide colegir, con arreglo a derecho, la posible existencia de medidas de coordinación que pudieran contradecir el reparto de competencias constitucionalmente establecido, al tratarse, en cualquier caso, de soluciones de cooperación interadministrativa. Este posicionamiento entendemos que puede ser confirmado mediante reducción al absurdo, ya que si diéramos por válida la tesis contraria en la que un ciudadano vea limitada su vía de financiación a su contratación con entidades financieras, debiendo ser estas las que establezcan las cláusulas de concesión del préstamo, se debería concluir que en este tipo de contratos se estaría produciendo necesariamente una situación de extorsión. Evidentemente, se podría producir una situación de abuso si se establecieran cláusulas de difícil comprensión para el ciudadano que vicieran su consentimiento, pero ello no puede ser predicable o imaginable respecto de una Administración Pública como una Comunidad Autónoma, más aún, cuando las condiciones pactadas afectan a su campo habitual de actividad y/o funciones. Igualmente, se podría colegir que los mercados de deuda a los que acude el Estado español extorsionan a este y a todos los demás, al predeterminar los tipos de interés a los que están dispuestos a conceder financiación.

En cuanto a la vigencia del valor normativo del ENI y ENS y sus normas e instrucciones de desarrollo a la luz de la Ley 40/2015, desde nuestro punto de vista, esta estructura y su alcance básico no se ha visto alterada por la letra del art. 156 de la Ley 40/2015 en relación a su situación durante la vigencia de la LAECSP. En sentido contrario, GAMERO CASADO⁴⁷⁷ viene a señalar que la omisión en dicho precepto de la expresa mención del instrumento reglamentario y del órgano competente para su aprobación, que sí figuraba

⁴⁷⁶ Programa para la aplicación del compartimento fondo de liquidez autonómico del Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas para el ejercicio 2019, p. 18.

⁴⁷⁷ GAMERO CASADO, E., «Administración electrónica e interoperabilidad», cit., pp. 506 a 512.

en el art. 42.3 de la LAECSP, ha disminuido uno de los requisitos que posibilitan el desarrollo reglamentario de materia básica, cual es una adecuada y completa determinación de la habilitación para dicho desarrollo. A la hora de dar respuesta a la pregunta planteada sobre las consecuencias del incumplimiento de las disposiciones del ENI y el ENS, el mencionado ilustre profesor destaca una involución en la transición entre la LAECSP y las leyes 39 y 40/2015, al omitir el art. 156 el procedimiento y forma de aprobación de dichos esquemas, guardando silencio donde antes el art. 42.3 de la LAECSP indicaba que los mismos serían aprobados por Real Decreto del Gobierno, a propuesta de la Conferencia Sectorial de Administración Pública y previo informe de la Comisión Nacional de Administración Local. De esta manera, aunque se cumpliría con el requisito del tipo de materia que permite esta delegación reglamentaria en materia básica, no existiría habilitación legal expresa al carecerse de indicación sobre quién y cómo elaboraría los instrumentos mencionados. Ello induciría necesariamente a que la mencionada estructura normativa se viera abocada a limitar su eficacia preceptiva a los organismos de la AGE.

Como se ha dejado entrever en el epígrafe III.1.1 del presente capítulo, no podemos compartir esta postura, pese a la consistencia de su argumentación, por distintas razones.

En primer lugar, la Disposición Final 14ª de la Ley 40/2015 no incluye al art. 156, ni ningún otro del Título III, como preceptos que no tengan carácter básico, por lo que ha de entenderse que están designados como tales.

Adicionalmente, encontramos el hecho de que a la entrada en vigor de la Ley 40/2015, al contrario de lo que ocurría al momento de entrada en vigor de la LAECSP, ya se habían promulgado y estaban en vigor el ENS y el ENI. Ya habían sido aprobados por mor del procedimiento y de la competencia y detalladas en una norma con rango legal anterior. De esta manera, la Ley 40/2015 parte de dicha existencia para nombrar expresamente como elemento de desarrollo técnico de sus preceptos, no ya a un futuro, como ocurría en el año 2007, sino a una realidad de nuestro ordenamiento jurídico. Así las cosas, dicha designación se ha de entender hecha a los indicados activos jurídicos en su totalidad, incluida su tramitación y órgano que los ha aprobado y no solo a su articulado. Lo que conllevaría que la Ley 40/2015, a pesar de no hacer una habilitación de desarrollo reglamentario propia y completa, hace suya la habilitación de la LAECSP que permitió el entramado de normas de desarrollo reglamentario de carácter básico de primer y segundo orden que ahora nos ocupa. De hecho, puede verse cómo no se hace referencia a “un” ENI o “un” ENS, sino “al” ENI y “al” ENS.

Por tanto, el art. 156 de la Ley 40/2015 prescindiría de las indicaciones de los apartados 3 y 4 del art. 42 de la LAECSP, precisamente, por partir de un marco jurídico distinto. En concreto, de un marco jurídico donde los desarrollos reglamentarios aludidos ya existen. En conclusión, el carácter vinculante y unitario de esta arquitectura,

generada en torno al ENS y al ENI, habría mantenido el mismo carácter de instrumento de coordinación estatal que presentaba inicialmente⁴⁷⁸.

No obstante, sí se ha de coincidir en el hecho de que, a pesar de lo anterior, la reiteración de tales apartados hubiera sido deseable a los efectos de dar certeza a una eventual derogación y sustitución del ENS y del ENI por nuevas disposiciones, caso en el que, ahora sí, podrían tenerse serias dificultades para atisbar la existencia de una habilitación de norma estatal básica en vigor, a la hora de proceder a su aprobación, obligando a una exégesis más sofisticada que pudiera sostener su existencia, en el caso de que la eventual modificación siguiera las mismas normas procedimentales y competenciales para su aprobación que los esquemas sustituidos.

Sobre la base de este punto de vista, no habría, al menos, de momento, menoscabo alguno de las previsiones de la LAECSP, pudiendo advertirse, en todo caso, un ahondamiento en el impulso de la interoperabilidad. En efecto, la Ley 40/2015, en la línea de lo adelantado por MARTÍNEZ GUTIÉRREZ ⁴⁷⁹, ha venido a identificar expresamente la interoperabilidad como un pilar esencial e indispensable para la implementación de la administración electrónica. Concretamente, se ha transitado de un mandato general a favor de la interoperabilidad *ex art.* 41 de la LAECSP, al establecimiento de un “principio ordenador de las relaciones interadministrativas”⁴⁸⁰ *ex art.* 3.2 de la Ley 40/2015, por el que se postula el funcionamiento electrónico, interoperable y seguro de la Administración.

De otra parte, es lo cierto que, a diferencia de la LAECSP —art. 40—, por la DA 9 de la Ley 40/2015, se reducen los instrumentos de la Comisión —antes Comité— Sectorial de Administración Electrónica a técnicas de cooperación interadministrativa, sin que por esta se puedan adoptar medidas de coordinación

Sea como fuere, y sin perjuicio de los efectos indirectos que la normativa sobre los medios generales de administración electrónica tendrá en materia de contratación pública, la LCSP se desmarcó de las previsiones de la DA Segunda de la Ley 39/2015, así como del art. 157.3 de la Ley 40/2015. Sin perjuicio de lo cual, cabe destacar que estas medidas, fundamentalmente de *spending review*, al igual que el ENI y el ENS, dada su forma participativa de elaboración, respondían a una serie de cautelas y buenas prácticas, previstas en el art. 22.7 de la Directiva 2014/24/UE, a la hora de facultar a la Comisión para la adopción de actos delegados orientados al establecimiento de normas técnicas que favorezcan la interoperabilidad⁴⁸¹. En concreto, se establece en el indicado

⁴⁷⁸ Nos adherimos pues al posicionamiento en este punto expresa en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., pp. 320 y 321; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El régimen jurídico de la Administración digital: aspectos procedimentales», cit., pp. 154 y 158.

⁴⁷⁹ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., pp. 275 a 277.

⁴⁸⁰ GAMERO CASADO, E., «Administración electrónica e interoperabilidad», cit., p. 507

⁴⁸¹ Especialmente en los ámbitos de presentación de ofertas, catálogos electrónicos y autenticación electrónica.

precepto que para la utilización de dichos poderes la Comisión debe seguir una línea de actuación por la que se recaben los puntos de vista de los diferentes sujetos implicados o afectados por su ulterior decisión; el análisis de si la medida que se ha decidido adoptar ha contado ya con una experiencia de aplicación práctica y, en caso afirmativo, las consideraciones suscitadas a las partes que tuvieron contacto con la misma; los costes de adaptación a la norma proyectada; y, en último lugar, las posibilidades de adaptación de soluciones ya existentes y establecidas a los mismos efectos.

1.4 La coordinación policéntrica introducida por la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público

Como hemos tenido ocasión de señalar en el epígrafe IV.1.2 del presente capítulo, la LCSP ha establecido un sistema de coordinación de corte policéntrico, de ámbito estatal y/o autonómico, de los perfiles del contratante de todos los poderes adjudicadores nacionales. Efectivamente, la senda iniciada por la Ley 20/2013 se cristalizaría en la LCSP, dando lugar a un definitivo elemento de coordinación policéntrica. Nuevo sistema base para la interoperabilidad de los perfiles del contratante para el que, como se desprende de lo anteriormente analizado, ha sido esencial, no solo la recepción en el art. 347 de la LCSP de las disposiciones de la DA Tercera de la Ley 20/2013, sino la acompasada introducción de la causa de nulidad del art. 39.1.c) de la LCSP. Sobre la base de este último precepto, no serán válidos los procedimientos de contratación pública que no publiquen su anuncio de licitación en un perfil del contratante alojado en la PCSP o en una plataforma autonómica.

No nos atrevemos a afirmar, sin embargo y evidentemente, que exista un sistema de coordinación estatal pleno como consecuencia de la publicación por interconexión en la PCSP de determinados anuncios contenidos en perfiles alojados en plataformas autonómicas. En efecto, en este concreto caso, como ya se ha analizado, no existe una regulación expresa que aborde de manera completa este deber de interconexión, ya que no se prevén de manera taxativa las consecuencias de su incumplimiento. Desde nuestro punto de vista, ello podría ser suplido por la aplicación de la normativa general, si bien, dada la constatada dinámica interpretativa de carácter laxo del TACRC —vid epígrafe V.1.2 del presente capítulo—, se debe concluir que en la práctica, realmente, no existirá tal solución de coordinación, en sentido estricto.

En lo que respecta al Registro de Contratos del Sector Público, se echa en falta la existencia de un verdadero sistema de cooperación o coordinación que permita su interconexión con todos los perfiles del contratante, a los efectos de que la información reflejada en aquel responda a una visión en tiempo real del mercado español de los contratos públicos.

Finalmente, en relación al ROLECSP, entendemos que sí se puede apreciar un elemento de coordinación nacional de corte organizativo, dada la firmeza con la que la LCSP establece la obligación de todos los entes adjudicadores de aceptar la inscripción de los

operadores económicos en este registro nacional. De manera que, en caso de no hacerlo, la exclusión del licitador sería manifiestamente encuadrable dentro del art. 48.1 de la Ley 39/2015 o, incluso, en su art. 47.1.a). Subsunción que, al contrario que en el caso de la interconexión entre plataformas de contratación, sí sería clara y que difícilmente admitiría argumentación en contrario.

Pero no podemos dejar de mencionar que el sistema de coordinación policéntrica establecida por la LCSP, en relación a los perfiles del contratante, presenta un elemento problemático en cuanto a su encaje constitucional que, al contrario que la DA Segunda de la Ley 39/2015 y el art. 157.3 de la Ley 40/2015, ha pasado desapercibido. Dicho elemento es la exclusión *ad limine* de las entidades locales del esquema policéntrico establecido por la LCSP, sobre la organización de los perfiles del contratante y su agrupación en torno a plataformas de contratación estatal y autonómicas.

El planteamiento de esta cuestión no supone nuestra censura del sistema de coordinación policéntrico con el nivel máximo de desagregación que se da en la Administración autonómica. Como se ha señalado, esta medida de coordinación es esencial y es la que ha posibilitado que el diseño del funcionamiento de la contratación pública electrónica en España haya transitado de un sistema en isla a otro en red o, al menos, continental, en el sentido de que los medios que puedan carecer de conexión entre sí tienen una envergadura notable y su número es reducido⁴⁸².

No obstante, hemos de analizar los efectos que se desprenden de la STC 55/2018 sobre la aseveración que contiene de que “el diseño, creación y mantenimiento de «servicios de administración electrónica» es un aspecto central de la «potestad de autoorganización» inherente a la autonomía”⁴⁸³. Así las cosas, el mismo razonamiento jurídico que conduce a la interpretación conforme efectuada por el TC respecto de la DA Segunda de la Ley 39/2015, podría llevar a concluir que el policentrismo de hasta 19 núcleos autonómicos en materia de contratación pública, estaría vulnerando el ámbito competencial y de autoorganización de los municipios u otras EELL. Estas Administraciones deberían mantener la libertad de establecer sus perfiles del contratante en otras plataformas libremente elegidas, creadas y/o participadas. Imperativo constitucional que nos conduciría a que de los veinte centros potenciales de fragmentación de las plataformas de contratación, se pasara hasta un potencial de otros 12.988 que representan las entidades locales que celebran contratos públicos en España y que también son poderes adjudicadores⁴⁸⁴.

⁴⁸² Como se señala en Comisión Europea, Working paper "Linking up Europe: the importance of interoperability for eGovernment Services, 2003, p. 4, la falta de interoperabilidad aboca a las Administraciones a una operativa aislada, así como a la generación de esfuerzos orientados a la implementación de la Administración electrónica de manera descoordinada.

⁴⁸³ STC 55/2018, de 24 de mayo, rec. 3628/2016, FJ Undécimo, epígrafe b).

⁴⁸⁴ Sobre el cómputo de las entidades locales véase CANTERO MARTÍNEZ, J., «La profesionalización de la contratación pública como herramienta de innovación», cit., p. 211.

Desde nuestro punto de vista, ello podría ser defendible, dada la peculiar naturaleza de la contratación pública, a la hora de determinar su inclusión dentro de los respectivos ámbitos competenciales de las AAPP. La determinación de esta naturaleza ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la *Corte Costituzionale* italiana en una dinámica del Estado italiano iniciada a principios del siglo XXI, cuyas líneas maestras coinciden en sus objetivos con las medidas referidas de las Leyes 39 y 40/2015, y que dada la idéntica naturaleza de la contratación pública en Italia y en España, así como el paralelismo entre el art. 117 de la *Costituzione* italiana y el art. 149 de la CE, consideramos de interés su análisis, aunque lo sea someramente.

El primero de estos pronunciamientos se dio a raíz de la regulación introducida por el artículo 24.6 de la *Legge n. 448/2001 —finanziaria 2002*⁴⁸⁵, el cual mantenía la posibilidad de no adhesión de entes no estatales a las “*convezioni*”⁴⁸⁶ previstas en la *Legge finanziaria 2000* o a las “*convezioni*” territoriales de la *Legge finanziaria 2001*, pero instituía la obligación para todos los entes locales —salvo las ciudades metropolitanas— de que, en el caso de que no se produjera tal adhesión, su actuación autónoma debía consistir, necesariamente, en la adjudicación del contrato en cuestión a través de una subasta inversa, donde el precio de salida sería el establecido en los acuerdos nacionales correspondientes al tipo de producto. De este modo, se incide de manera significativa en la autonomía de una parte importante, al menos cuantitativamente, de las Administraciones Públicas territoriales no estatales⁴⁸⁷. Régimen jurídico en el que la coordinación estatal empezaba a hacerse patente en el ámbito de la contratación pública local y que sería mantenido por el epígrafe 3 del artículo 24 de la *Legge n. 289/2002, —finanziaria 2003—*.

Ante ello, la región de Basilicata interpuso recurso de inconstitucionalidad⁴⁸⁸, fundamentado en que el mencionado artículo 24, en sus epígrafes 6 y 7, excedería de las competencias atribuidas al Estado, puesto que el artículo 117, c. 2 de la *Costituzione* en su apartado p)⁴⁸⁹ solo le concede la competencia sobre la regulación de los órganos

⁴⁸⁵ Leyes anuales equivalentes a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Posteriormente y hasta la actualidad pasaron a denominarse “*di stabilità*”

⁴⁸⁶ Se trata de un procedimiento de compra muy similar al acuerdo marco. De hecho, constituye una de las figuras previas acogidas por las Directivas de 2004 y 2014 a la hora de introducir a nivel europeo los acuerdos marco.

⁴⁸⁷ Previamente, el *decreto Legge 18 settembre 2001, n. 347*, en su artículo 2.1 había instado el establecimiento de las disposiciones necesarias por parte de las regiones a fin de que los correspondientes poderes adjudicadores sanitarios y hospitalarios se adhirieran a las referidas *convezioni*, a lo que en su epígrafe 2 añadía que la realización de un procedimiento de compra pública por parte de estos poderes adjudicadores tan solo podría llevarse a cabo para adquisiciones concretas en los que se demuestre la no conveniencia de actuación a través de *convezioni*, siendo los mismos comunicados al *Collegio Sindacale* y a la región correspondiente para su monitorización. Lo que suponía el establecimiento de un precedente sectorial de la expansión preceptiva del ámbito de centralización de la demanda de los poderes adjudicadores.

⁴⁸⁸ Cuestión de inconstitucionalidad interpuesta junto con sendos recursos de las Regiones de *Toscana* y *Emilia-Romagna* contra los epígrafes 2, 3, 4, 9 y 13 del artículo 24 de la *Legge finanziaria 2002* y resuelto en CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 36/2004, 26 gennaio*.

⁴⁸⁹ Precepto que había sido modificado en virtud de la *Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*.

de gobierno y de las funciones fundamentales de los municipios, provincias y ciudades metropolitanas, y donde en su segundo párrafo se establece la coordinación de las finanzas públicas como una competencia concurrente con las regiones, en las que la intervención del Estado queda limitada a la determinación de los principios fundamentales. Contrariamente, la representación procesal del Estado arguyó que los objetivos perseguidos por los preceptos impugnados se dirigían a la consecución del respeto del pacto de estabilidad y, consecuentemente, de los objetivos de la Comunidad Europea recogidos en normas comunitarias “de igual rango respecto de las normas constitucionales”, sin que importe, en consecuencia, la naturaleza básica o de desarrollo de los preceptos impugnados. La contrarréplica de la región de Basilicata recordó la doctrina constitucional por la que se establecía que las exigencias del derecho comunitario no podían alterar el reparto interno de las competencias legislativas de las diferentes Administraciones territoriales italianas, suponiendo, en otro caso, la trasgresión del principio constitucional fundamental de equilibrio entre la autonomía local y la unidad de la *Repubblica*, derivado del Título V de la parte segunda de la *Costituzione*.

Dicho debate entre Región y Estado fue finalizado por la *Corte Costituzionale*, en el sentido de que la obligación de adoptar los precios de las *convenzioni*, como precio de salida de una subasta inversa, no superaba los límites de intervención básica del Estado. Dicha respuesta se basaba en que la competencia de coordinación económica, y la discrecionalidad de la que dispone dentro de ésta —los cuales habían sido analizados previamente en la misma Sentencia en sede de los Fundamentos de Derecho relativos a las impugnaciones de los epígrafes 2, y 3 del artículo 24—, permite encuadrar, dentro del “poder del legislador estatal”, la facultad “de imponer a los entes regionales, por razones de coordinación financiera conexas a los objetivos nacionales, condicionados también por las obligaciones comunitarias, obligaciones en sus políticas de presupuesto, aunque estas se traduzcan, inevitablemente, en limitaciones indirectas de la autonomía de gasto de los entes”. Por tal motivo quedaba confirmada la constitucionalidad de tales previsiones.

Respecto de esta resolución de la *Corte Costituzionale*, ha de tenerse en cuenta la inexistencia en el art. 117 de la *Costituzione* italiana de atribución competencial expresa reconocida al Estado sobre contratación pública. Si a ello se añade que la cláusula residual de atribución de competencias no previstas se establece en favor de las regiones y no del Estado —párrafo cuarto del art. 117—, aquella podría considerarse atribuida a las regiones. No obstante, la *Corte* había establecido originariamente en relación al contrato de obras públicas, haciéndolo extensivo posteriormente a “toda la actividad contractual de la Administración Pública”⁴⁹⁰, que la competencia sobre dicho ámbito

⁴⁹⁰ CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 272/2004*, 27 luglio; *Sentenza n. 401/2007*, 23 novembre; *Sentenza n. 303/2003*, 1 ottobre.

dependerá de los diferentes aspectos materiales de cuya regulación se trate. Lo que lleva a concluir que la redacción de los párrafos primero y segundo del art. 117 no se refiere a materias en sentido “técnico”, sino a competencias de carácter general que podrán abarcar o estar presentes en estas materias técnicas⁴⁹¹ siempre con respeto a los principios de proporcionalidad y de adecuación. Tales indicaciones fueron, inicial y expresamente, establecidas en relación a competencias exclusivas del Estado, haciéndose extensivas, posteriormente, al desarrollo básico de competencias del Estado concurrentes con las regiones siempre que no se rebasara tal regulación de base⁴⁹².

A este respecto y como se ha indicado, si tenemos en cuenta la idéntica naturaleza de la contratación pública en Italia y en España, así como el paralelismo entre el art. 117 de la *Costituzione* italiana y el art. 149 de la CE, podría extrapolarse a nuestro ordenamiento jurídico la consideración de la contratación pública como una materia técnica al servicio de cada una de las competencias sustantivas contenidas en los arts. 148 y 149 CE y con su consiguiente reflejo en forma de procedimiento administrativo. La contratación pública no constituiría, por tanto, un fin en sí mismo, sino una “herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”⁴⁹³, por lo que solo podrá ser considerada como elemento competencial de forma conjunta con las competencias referidas en los indicados artículos a las que preste servicio. Esto sería suficiente para justificar, sobre la base del art. 149.1.18 CE, una competencia exclusiva en el procedimiento administrativo en materia de contratación pública desarrollado en una dimensión externa. No obstante, en el caso de España esta cuestión se ve simplificada al prever también dicho precepto, de forma expresa, la competencia exclusiva del Estado sobre la “legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas”.

Por las razones expuestas, la *Corte Costituzionale* avaló el influjo en materia de contratos públicos a través de la atribución competencial de esas materias generales o sustantivas. Entre ellas, tanto la materia de la Administración contratante para la cual sirve el suministro o de la que se desprende su necesidad, como aquellas otras de control y supervisión del gasto público canalizado a través del contrato. De este modo, la *Corte Costituzionale* venía a avalar, no solo la potestad estatal para exigir la concentración de la demanda de sus propios entes adjudicadores, sino también la posibilidad de que los

⁴⁹¹ TASSONE, A. R., «Il codice dei contratti pubblici e le autonomie», en SAITTA, F. (coord.) *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer; CEDAM, 2016, p. 107.

⁴⁹² CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 44/2014, 13 marzo, comma 6 del Considerato in diritto*.

⁴⁹³ GIMENO FELIÚ, J. M., «El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: Principales novedades. La orientación estratégica de la contratación pública.», cit., p. 20. Sobre la concepción de la contratación pública como “instrumento eficaz de intervención en la vida económica, política y social” véase SPIAZZI, D., «Appalto pubblico (Diritto Comunitario) -voce-», en *Novissimo Digesto italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1980, p. 338.

mismos predeterminaran diferentes aspectos procedimentales y contractuales de los procedimientos autónomos de licitación llevados a cabo en el ámbito local.

Resulta significativo que, también en el contexto español, a pesar de la mayor claridad que otorga el art. 149.1.18 CE a la hora de vislumbrar el alcance de la competencia del Estado sobre el ámbito objeto de estudio, nuestro Tribunal Constitucional no ha dejado pasar la ocasión de justificar la acción del Estado desde una perspectiva de estabilidad presupuestaria o *spending review*. Así, su Sentencia del Pleno número 84/2015, de 30 de abril, rec. 1884/2013 vino a señalar que las normas que disciplinan el procedimiento de preparación y adjudicación de un contrato público —FJ 5.a)—:

que la contratación se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y aseguran, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. En definitiva, estas reglas pueden considerarse materialmente básicas, pues constituyen el mínimo común uniforme que permite garantizar, de un lado, la igualdad de los licitadores y su tratamiento común ante las Administraciones [SSTC 141/1993, de 22 de abril, FFJJ 5 y 6 b); 56/2014, de 10 de abril, FJ 3] y, de otro, la eficiente utilización de los fondos públicos.

No obstante, partiendo de esta hipótesis de la contratación pública como elemento anejo o instrumental de las competencias generales, entendemos plausible que las mismas conclusiones que el TC establece respecto del control administrativo del Estado de las decisiones adoptadas por las CCAA en relación a la implementación de medios electrónicos, lo serían también respecto de los ámbitos estatal y autonómico en relación al ámbito local. Desde esta perspectiva, si tenemos en cuenta que la LCSP no establece para las EELL un control administrativo en orden a la implementación de plataformas de contratación para alojar sus perfiles del contratante, sino que directamente les impide su alojamiento en plataformas propias, obligando a hacerlo en plataformas autonómicas o en la PCSP, debería concluirse que se estaría condicionando de manera muy significativa el diseño, creación y mantenimiento de “servicios de administración electrónica”. En concreto, aquellos servicios para la licitación electrónica de contratos relativos a materias que sean de su competencia, de acuerdo con los arts. 25 a 27 de la LBRL. Lo que supondría, en última instancia, afectar las posibilidades de regulación de su nivel de servicio en relación con aquellas, especialmente un aspecto central como el de la «potestad de autoorganización» inherente a su autonomía, consagrada en los arts. 137, 140 y 141 CE, según desarrollo efectuado por el TC.

De todo lo anterior se desprende que las Leyes 39 y 40/2015 han detectado la existencia de un problema esencial de la administración electrónica en nuestro país, aunque la respuesta dada sea manifiestamente mejorable, tal y como pasamos a analizar en el siguiente epígrafe. A pesar de ello, en materia de contratación pública, la respuesta dada ha conseguido aquietar a las Administraciones autonómicas, aunque el diseño policéntrico establecido, pese a ser funcional y operativo, pueda generar ciertas dudas respecto de su constitucionalidad⁴⁹⁴.

2. CONSIDERACIONES SOBRE LOS LÍMITES Y POSIBILIDADES DE EXPANSIÓN DE LA COORDINACIÓN ESTATAL A LA LUZ DE LAS SENTENCIAS DEL TC DE 2018

A la hora de abordar la cuestión de la interoperabilidad de los servicios públicos de la administración electrónica, es indispensable hacer una especial referencia a dos dimensiones del funcionamiento de la contratación electrónica y que en ocasiones son objeto de confusión: el *back office* y el *front office*. Distinción, que a la luz de las leyes 39 y 40/2015, así como de la LCSP, parece no haberse efectuado.

Partiendo de la premisa de una debida evolución síncrona y coordinada de ambas dimensiones, donde el *back office* vaya preparando y habilitando el camino para la transformación del *front office*⁴⁹⁵, ha de colegirse que cada una de ellas debe contar con objetivos diversos de interoperabilidad, de diferente alcance y perspectiva en cuanto a su relación con el sistema de atribución competencial, inédita respecto del funcionamiento de la administración en papel. No obstante, dada la dinámica, destacada por GALLEGO CÓRCOLES, de urgencia y acción, en detrimento de otra de preparación y planificación, ambas se habrían confundido en un *totum revolutum*, cuyo fruto es que se aprecie al *back office* como único o predominante elemento de referencia en la implementación de soluciones para la administración electrónica.

De hecho, en la dinámica de implementación de los medios electrónicos, a los efectos de cumplir con los objetivos impuestos por el legislador europeo, parece ponerse de manifiesto, como constante, una predominante preocupación de los poderes públicos o poderes adjudicadores de salvaguarda de su autonomía en el seno del *back office*, sin

⁴⁹⁴ Como se desprende de lo indicado, las dudas que nos suscita este aspecto tendrían relación con la autonomía del ente local, que en la libertad que ello le otorga en el diseño de sus servicios públicos, debería permitirle elegir no solo entre una plataforma estatal o autonómica, sino también las que se pudieran desarrollar a nivel provincial o municipal. Tales dudas son expresadas, no obstante, por otros autores desde el punto de vista de la invasión del Estado de las competencias autonómicas sobre régimen local. Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I., «Aspectos conexos relativos a la contratación pública», cit., p. 355.

⁴⁹⁵ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Breves notas sobre el uso de medios electrónicos en la contratación pública», cit., p. 324.

atender a la repercusión que ello pudiera ocasionar en el *front office* o interfaz del servicio público electrónico para la ciudadanía. Como consecuencia de esta perspectiva incompleta o miope, se ha originado, en cierto modo, una “Torre de Babel” de soluciones de administración electrónica⁴⁹⁶, que, en el campo de la contratación pública, afecta de manera directa a la unidad de mercado del Estado y a los principios básicos de libre concurrencia y competencia⁴⁹⁷, así como a la libre circulación de bienes dentro de nuestras fronteras —art. 139.2 CE—. Esta confusión y el sentido de la misma, en un periodo de transición y transformación técnica respecto de los instrumentos puestos a disposición del Sector Público, ha tenido como principal efecto en nuestro país la existencia de una relativización de las facultades de coordinación del Estado en el establecimiento de un procedimiento administrativo común para todos los ciudadanos.

En este ámbito, si se analiza con profundidad la STC 55/2018, puede colegirse cómo sus afirmaciones a la hora de determinar que el “diseño, creación y mantenimiento de servicios de administración electrónica es un aspecto central de la ‘potestad de autoorganización’ inherente a la autonomía”, se están refiriendo al *back office* relativo a dichos servicios. Es evidente la interrelación entre las dimensiones externa e interna del funcionamiento de la Administración y que de dicho diseño se derivan diversos niveles de funcionalidad y/o calidad del servicio ofrecido al ciudadano dentro de la dimensión del *front office*. Pero también es lo cierto que dentro de la dimensión externa se integrarán otras consideraciones, directamente relacionadas con la competencia estatal establecida en el art. 149.1.18 CE y su referencia al régimen jurídico de las Administraciones Públicas, como elemento comprensivo de las bases del procedimiento, el régimen de recursos y de la organización de todas ellas. Con el fin último de que el Estado se instituya en garante “de un tratamiento uniforme de las instituciones esenciales atinentes a las públicas Administraciones y de que el régimen jurídico de las autonómicas no discrepe del referente al Estado”⁴⁹⁸.

En el ámbito de la Ley 30/92, puramente referido a la administración en papel, dicha distinción no suponía mayor problema, toda vez que las disposiciones del legislador estatal para la regulación de los elementos organizacionales y procedimentales

⁴⁹⁶ BLANCO GONZÁLEZ, F., «Subastas electrónicas y Sistemas dinámicos de contratación», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015, p. 65.

⁴⁹⁷ VIANA, C., «Contratación pública electrónica: la experiencia portuguesa», en GIMENO FELIÚ, J.M. (coord.) *Observatorio de los Contratos Públicos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2014, p. 289.

⁴⁹⁸ MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. Y OTROS, *Constitución Española (Comentada)*, cit., p. 524; GAMERO CASADO, E., «Reparto competencia y posibilidades competenciales», cit., p. 78. Coincidimos con este último autor en la determinación de que “la administración electrónica no constituye un título competencial específico, debiendo integrarse en los correspondientes al régimen jurídico básico del sector público y al procedimiento administrativo común”. Por tanto, dentro del respeto a la autonomía de las Administraciones territoriales a la hora de diseñar sus plataformas electrónicas, las cuales afectarán al contenido de los servicios prestados, existirá una competencia estatal a la hora de establecer las bases de un funcionamiento de dicha actividad administrativa electrónica orientada a garantizar el acceso en condiciones de igualdad de toda la ciudadanía española.

necesarios para garantizar el tratamiento uniforme de los administrados ante cualquier Administración, se centraba en aspectos del *front office* con una escasa incidencia en el *back office*. A modo ejemplificativo, la determinación en dicho contexto de la presencia de un registro público o del procedimiento de notificación, tan solo obligaba, en lo que es propio del *back office* de las Administraciones, a adecuar unos recursos y procedimientos prácticamente unívocos y sin sustitutivos posibles a las indicaciones efectuadas por el legislador estatal. Sin embargo, en un contexto de administración electrónica, esas mismas determinaciones tendrán, inevitablemente, un efecto mayor en sede de *back office*. Así, frente al envío de una carta o al estampado de un sello, con una única solución y escasas variantes, la estructuración y disposición de servicios en línea dispondrá en el mercado de una gran variedad de soluciones diferentes, no necesariamente compatibles entre sí. Como consecuencia inmediata, la limitación de los equipamientos tecnológicos y configuración de los dispositivos requeridos por los administrados —uniformidad de equipamiento—, así como del número de interfaces, lógicas de funcionamiento y sistemáticas de las herramientas —uniformidad funcional—, tendrán en el *back office* de la Administración, un efecto significativo (incluso, exponencialmente significativo) en el ámbito de la administración en papel. Como señala GAMERO CASADO, en los actuales marcos de administración electrónica, todo elemento propio del *back office* que conecta con el *front office* requiere de soluciones de interoperabilidad, de modo que esta no puede vincularse, exclusivamente, a cuestiones meramente organizativas. Aquella limitación referirá solo una de las dimensiones de la interoperabilidad, si bien la totalidad de los efectos e implicaciones de esta se harán notar, irremediabilmente, en el acto y procedimiento administrativo⁴⁹⁹.

Lo anterior debe conducir a una necesaria modificación del enfoque del art. 149.1.18 CE, a la hora de garantizar, también en un contexto de *e-Government*, el tratamiento común de todos los ciudadanos ante cualquier Administración Pública. Así, debe incluirse como elemento esencial al respecto, e incluido dentro de las atribuciones del indicado precepto constitucional, el concepto de interoperabilidad y su consecución en unos niveles de mínimos⁵⁰⁰. Lo que requerirá reconocer, desde todos sus niveles de implicación, la transición de aquel desde su rol de elemento accesorio o residual en la administración en papel al de auténtico protagonista o pilar de la viabilidad y garantías del sistema. En concreto, los niveles mínimos de interoperabilidad aludidos presentarán como finalidad la simplificación, así como mejorar la posición del ciudadano en relación a los actos, procedimientos administrativos y servicios públicos, a pesar de que el mismo pueda conducir necesariamente a un “paralelo constreñimiento de la potestad de autoorganización de todas las Administraciones Públicas”. Especialmente, en lo que

⁴⁹⁹ GAMERO CASADO, E., «Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor», cit., pp. 298 y 322.

⁵⁰⁰ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., pp. 205 y 331.

atañe al diseño de su trabajo administrativo y a los medios empleados para ello. En otras palabras, por este medio será necesario garantizar, en última instancia y dentro de la “unidad global del Estado”, una armonización de mínimos de la actuación de toda Administración, en tanto que la misma representa una manifestación de una parte del todo en que se integra⁵⁰¹.

Como efecto de lo anterior, podrá producirse de manera consustancial, en mayor o menor medida, un condicionamiento del desarrollo del medio tecnológico a fin de que responda a determinadas pautas, pudiendo llegar, incluso, a limitarse la selección de los productos ofrecidos por los proveedores en el mercado. Sin embargo, ello no puede menoscabar la competencia estatal establecida en el art. 149.1.18 CE, lo que exige proceder a su rearticulación o adaptación al nuevo paradigma de administración⁵⁰².

Como ha señalado el TC⁵⁰³, el alcance competencial del Estado, en relación al régimen jurídico de las Administraciones Públicas, determina que

“el Estado puede establecer, [...] principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las Administraciones Públicas”. Ello vendría a incluir “la regulación de la composición, estructura y competencias de los órganos de las Administraciones Públicas (STC 32/1981, fundamento jurídico 6.º), la organización de todas las Administraciones Públicas (STC 76/1983, fundamento jurídico 38), los aspectos organizativos e institucionales de esas Administraciones (STC 214/1989) o la composición, funcionamiento y organización de las mismas (STC 35/1982). [...] La personificación de las Administraciones para su constitución, funcionamiento y actuación en cualquiera de sus posibilidades legales (STC 14/1986, de 31 de enero), así como el campo de las relaciones interadministrativas y de la coordinación entre Administraciones Públicas (STC 76/1983, de 5 de agosto)”.

Por su parte, en relación al procedimiento administrativo común, en los propios términos utilizados por el TC⁵⁰⁴, “el adjetivo «común» que la Constitución utiliza, lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general

⁵⁰¹ Díez SÁNCHEZ, J. J., *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Madrid, Civitas, 1992, p. 104.

⁵⁰² Sobre la aplicación del art. 149.1.18 CE como base sobre la que podría fundamentarse el papel uniformador del Estado en materia de administración electrónica, véase, GAMERO CASADO, E., «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica; su posición en el sistema de fuentes», cit. pp. 69 y ss.; PIÑAR MAÑAS, J. L., «Revolución tecnológica y nueva administración», cit. pp. 45 y ss.

⁵⁰³ STC, Pleno, 50/1999, de 6 de abril, rec. 521/1193 y 547/1993, FJ Tercero.

⁵⁰⁴ STC, Pleno, 227/1988, de 29 de noviembre, rec. 824, 944, 977, 987, 988/1985, 995/1986 y, 512 y 1208/1987, FJ. Trigésimo Segundo.

del *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento”.

A la luz de dicha concreción del TC, entre los aspectos “comunes” o “basales” del procedimiento y de los servicios públicos en el ámbito de la administración electrónica se confirma, a nuestro entender, la inclusión de los requisitos técnicos de interconexión, la dirección electrónica a la que se ha de acceder⁵⁰⁵, incluida la propia interfaz en la que deberá actuar para el desarrollo electrónico de su interacción con la Administración, deviniendo recomendable la “homogenización de las herramientas tecnológicas, pero desde la posición del ciudadano”, como elemento facilitador de su acceso real y efectivo al procedimiento y al servicio electrónicos. Para cuyo objetivo, su configuración asistemática se instituirá en un importante obstáculo, cuando no impedimento⁵⁰⁶. A tales efectos y con carácter general, encontraríamos tres elementos esenciales, como son la sede electrónica, el registro electrónico y el sistema de notificaciones electrónicas⁵⁰⁷.

Así, por un lado, y de acuerdo con la afirmación del TC en su Sentencia 55/2018, deviene inviable establecer mandatos directamente referidos al *back office* de las Administraciones infraestatales, para evitar vulnerar su derecho de autoorganización. No obstante y a la vista de lo anterior, también debemos reseñar que en el actual paradigma de funcionamiento de la Administración no decae la competencia estatal del art. 149.1.18 CE, por lo que el legislador estatal puede predeterminar una serie de indicaciones de obligado cumplimiento que garanticen la interoperabilidad y homogeneidad de la dimensión externa de los medios electrónicos empleados. Actuación de coordinación legislativa necesaria para garantizar ese ya referido “mínimo común denominador normativo que garantice un tratamiento común de todos los ciudadanos ante cualquier Administración Pública”⁵⁰⁸, lo que, en el momento actual, tras la descoordinación previa a la LCSP, ha de pasar, fundamentalmente, por la consecución de soluciones de interoperabilidad proyectadas hacia el pasado, esto es, buscando hacer interoperables sistemas ya implantados. Lo que supondrá, evidentemente, una dificultad mayor que las soluciones de interoperabilidad proyectadas hacia el futuro⁵⁰⁹, pero cuyos costes es irrenunciable asumir en pos de la operatividad y garantías del sistema.

⁵⁰⁵ Sobre la importancia de este aspecto, precisamente en relación a la PCSP, véase MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., p. 454.

⁵⁰⁶ BLASCO DÍAZ, J. L., «Los derechos de los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración», *Revista española de Derecho Administrativo*, vol. 136, 2007, p. 12.

⁵⁰⁷ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., pp. 1910 y 1911.

⁵⁰⁸ GAMERO CASADO, E., «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica; su posición en el sistema de fuentes», cit. pp. 83 y 84.

⁵⁰⁹ GAMERO CASADO, E., «Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor», cit., pp. 299 y 300.

No en vano, el sexto principio del EIF, referido a la “centralidad del usuario”, viene a indicar que han de ser tenidos en cuenta los ciudadanos a la hora de determinar la forma en la que serán ofrecidos los servicios públicos electrónicos, de manera que se facilite su acceso respecto de cualquier Administración Pública⁵¹⁰. BLASCO DÍAZ, sobre este punto, viene a señalar que los propios principios que justifican el proceso de implementación de la administración electrónica —buena administración, eficiencia, eficacia, etc.— conllevan que en su “esencia” se encuentre la “exigencia” de que los ciudadanos no deban, bajo ningún concepto, resultar perjudicados por el mismo⁵¹¹, debiendo observarse un “principio de intangibilidad de las garantías del interesado y del procedimiento”⁵¹². Frente a lo que nos encontramos que la obligatoria utilización de una pluralidad de herramientas electrónicas, estructuradas de manera fragmentada e independiente, supondrá la imposición de un coste de adaptación a múltiples soluciones tecnológicas, el cual se traducirá en una fuerte barrera de acceso a la contratación pública, especialmente para las PyMEs⁵¹³.

Así pues, en defecto de la efectividad de las iniciativas de cooperación, la coordinación de la dimensión externa de la administración electrónica, dentro de los límites del art. 149.1.18 CE, debe establecerse como instrumento último por el que se garantice la necesaria posición de igualdad y acceso, en dichos términos, del ciudadano, frente a cualquier Administración⁵¹⁴. A tal efecto, la Comisión Europea viene a plantear la necesidad de contar con un único punto de contacto, homogéneo para los ciudadanos, con independencia de la Administración con la que se relacionen y que oculte la complejidad estructural propia del *back office* de cada Administración⁵¹⁵.

⁵¹⁰ Sobre la base de este principio coincidimos con MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El régimen jurídico de la Administración digital: aspectos procedimentales», cit., p. 174, en el hecho de que la regulación de la sede electrónica debería figurar en la Ley 39/2015 y no en la Ley 40/2015.

⁵¹¹ BLASCO DÍAZ, J. L., «Los derechos de los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración», cit., p. 2.

⁵¹² DE ASÍS ROIG, A., «Documento electrónico en la administración pública», *Cuadernos de derecho judicial*, vol. 11, 1996, p. 171.

⁵¹³ BROGGI, D., *Consip: Il significato di un'esperienza. Teoria e pratica tra e-procurement ed e-government*, Milano, FrancoAngeli, 2008, p. 42

⁵¹⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General. Tomo II*, Madrid, Iustel, 2018, p. 33. Aunque no se ha podido acceder al documento, entendemos que las consideraciones efectuadas en el presente epígrafe divergen de la línea seguida por el recurso de inconstitucionalidad 4261/2018, admitido a trámite el 6 de septiembre (BOE número 218, de 8 de septiembre de 2018, página 87699) promovido por la Comunidad Autónoma de Aragón frente a la LCSP. Entre los preceptos impugnados encontramos el art. 63.4 y 347.3, párrafos tercero y quinto.

⁵¹⁵ Comisión Europea, *New European Interoperability Framework: Promoting seamless services and data flows for European public administrations*, cit., p. 15; GAMERO CASADO, E., «Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor», cit., p. 294. Sobre experiencias en este sentido implementadas en nuestro país, véase MORO CORDERO, M. A., «La interoperabilidad como necesidad», cit., p. 520. La centralidad del usuario se trata de un elemento destacado tradicionalmente en el funcionamiento de la Administración, tal y como destaca MARTÍN MATEO, R., «El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total», *Revista de administración pública*, vol. 134, mayo-agosto, 1994, p. 11, citado en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., p. 54.

En este sentido, tanto el ENI como el ENS se confirman como elementos esenciales, pero que requieren ser debidamente complementados. Por un lado, con el establecimiento de la previsión expresa en la normativa de las consecuencias de su incumplimiento y, de otro, con la efectiva previsión de la interconexión general de los diversos medios y herramientas electrónicas empleadas en su dimensión externa. Ambas líneas de actuación van de la mano, tal y como pasamos a señalar.

Ante un acto administrativo o servicio público, provisto o apoyado a través de una estructura electrónica, que no cumpla con los requisitos del ENI y del ENS, se generarán, sin duda alguna, serias dificultades de prueba para el administrado, obligándole a recabar una información técnica que de manera completa solo obrará en poder de la Administración. Su obtención en vía administrativa puede verse, previsiblemente, obstaculizada o diferida en el tiempo. Al tiempo que su obtención en sede contencioso-administrativa obligará a la previa interposición de una acción judicial sometida, en materia de costas procesales, al criterio del vencimiento —dificultad de acceso a la información—.

Aun en el caso de que se obtenga una información completa que permita acreditar ante terceros el incumplimiento del ENI y el ENS, a veces, será conveniente valerse de peritos especialistas en la materia, incrementando los tiempos y el coste de su actuación —dificultad de comprensión de la información—.

Y, aun superados los escollos anteriores, podría no ser clara la influencia del incumplimiento del ENI y el ENS por la Administración actuaria, respecto de la validez de sus actos —dificultad de eficacia jurídico-subjetiva—. En relación a este último aspecto, si partimos de las consideraciones de la STC 55/2018, debemos colegir que el medio electrónico influye de manera decisiva en la calidad de los servicios prestados por la Administración. De este modo, se pone de manifiesto la existencia de una influencia sustantiva del medio en cada uno de los actos canalizados de alguna manera a través de aquel. Así las cosas, puede afirmarse que el medio empleado influye de forma decisiva en el acceso efectivo a la notificación del acto, así como posteriormente, en la formulación de la respuesta que resulte oportuna por parte del administrado. Esta afectación en la relación entre Administración y ciudadano debería conllevar que, en caso de incumplimiento por parte de la primera, podría denunciarse su validez *ex art.* 47.1.a) de la Ley 39/2015 en relación con los arts. 14 y 24.1 CE; o, en su defecto, y en todo caso, a través del art. 48.1 de dicha norma legal. No obstante, también asumimos de antemano que la anterior consideración o consecuencia no sea aceptada mayoritariamente y que sea contraargumentada con alegaciones similares a las ya expresadas por el TS en materia de administración electrónica. Nos referimos, concretamente, al criterio del Alto Tribunal sobre las notificaciones electrónicas que no vayan acompañadas por aviso al correo electrónico indicado por el administrado o asociado a su DEH. A este respecto, y en aplicación del art. 41.6 de la Ley 39/2015, se ha negado que se pueda apreciar mala fe de la Administración por la ausencia de aviso al correo electrónico de la puesta a disposición de una notificación en la correspondiente

sede electrónica o dirección electrónica, aun cuando las notificaciones previas en el procedimiento se hayan llevado a cabo en papel. Sin embargo, el TS sí considera que existe falta de diligencia por parte del administrado, en el caso de que teniendo conocimiento de la existencia del medio a través del cual se harán las notificaciones electrónicas, no proceda a comparecer en el mismo de manera periódica y deje transcurrir el plazo establecido para ello desde su puesta a disposición. Lo que implica la necesidad, en palabras del TSJ de Aragón, de una “revisión directa de los buzones, al menos una vez cada 10 días”⁵¹⁶. A la vista de ello también tendría cabida el punto de vista consistente en que, dentro de la diligencia debida —excesiva a nuestro entender— del administrado obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración, se encontrará el conocimiento, consulta y aprendizaje de la utilización de los medios electrónicos empleados por los poderes públicos, con independencia de su enésima potencial reproducción con variantes. Es más, dicho deber de revisión *motu proprio* de las correspondientes plataformas de notificación, en relación a un concreto sector de profesionales, como son los profesionales de justicia, ha sido mantenido por el TC con la indicación, respecto de la asincronía en la implementación de las soluciones tecnológicas en los diferentes territorios y/o la utilización de herramientas diversas, de que la actuación en diversas zonas geográficas por parte del profesional “será siempre una opción libre”, siendo suya la “responsabilidad consecuente de racionalizar entonces su trabajo”, al tiempo que el funcionamiento de las diversas plataformas es “similar”⁵¹⁷.

Del mismo modo, sería factible argumentar que el incumplimiento del ENI o el ENS podría derivarse de un comportamiento no negligente de los poderes públicos, sino derivado de sus limitaciones de financiación⁵¹⁸. Es más, a favor de este último punto de vista, podemos encontrar ausencias importantes en la determinación normativa, con carácter preceptivo, de la interconexión plenamente funcional de los diferentes medios electrónicos. Así, por un lado, encontramos una regulación del ROLECSP donde se determina la obligada aceptación de sus asientos ante cualquier ente contratante del Sector Público. Ello permite instituirlo en la última pieza o engranaje que permitiera activar los efectos del incumplimiento de los mandatos del ENI o ENS a través de la validez de los actos administrativos relacionados. Mientras que, en el caso de las plataformas de contratación, ese elemento final que determina la relevancia *ad extra* o en el *front office* del cumplimiento de los deberes de interoperabilidad será más limitado.

⁵¹⁶ Vid. STS 1927/2017, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, de 11 de diciembre, rec. 2436/2016 en relación a la estructura de notificación electrónica ya existente con carácter previo a la entrada en vigor de la LPAC. Sobre el análisis en profundidad de esta estructura bifásica, véase, STS 47/2018, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, de 17 de enero, rec. 3155/2016. En aplicación de la LPAC nos remitimos a la STSJAR 158/2017, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, de 5 de abril, rec. 227/2016 a la cual pertenecen los incisos citados de manera literal.

⁵¹⁷ STC, Pleno, 6/2019, de 17 de enero, rec. 3323/2017, FJ Sexto, epígrafe c).

⁵¹⁸ Véanse, en este sentido, las resoluciones de los tribunales administrativos de contratos públicos analizadas en el epígrafe III del capítulo cuarto, por las que se viene a permitir la presentación de las proposiciones en papel al no contar el órgano contratante con los medios electrónicos apropiados.

Como se ha tenido ocasión de analizar en el epígrafe IV.1.2 de este capítulo, la interconexión expresamente señalada en la LCSP es la de publicación en la PCSP de los anuncios de licitación y adjudicación de los procedimientos de licitación incluidos en perfiles del contratante alojados en plataformas autonómicas. Más allá de esas obligaciones de interconexión, el incumplimiento del ENS y el ENI, al no traducirse en una obligación concreta en el ámbito de la organización y funcionamiento del *front office* de la Administración, en relación a la validez de los actos administrativos emanados, podría considerarse que, todo lo más, originaría un defecto de carácter formal sin capacidad para situar en posición de indefensión al administrado.

Finalmente, cabe reseñar que, aun en el caso de un cumplimiento riguroso y generalizado del ENI y el ENS, así como de sus normas e instrucciones de desarrollo, lo que se conseguirá en relación al administrado es una uniformidad del equipamiento tecnológico empleado, pero no una uniformidad funcional. Podrían, por tanto, conseguirse sistemas interoperables y susceptibles de conexión en su *back office*, aunque presentados de manera independiente, con su propia interfaz, sistemática y dirección electrónica en su relación con el ciudadano.

Todo lo anterior nos lleva a concluir la esencialidad del ENI y el ENS y de sus normas e instrucciones de desarrollo, y la necesidad de que se contemple expresamente la posibilidad de que el ciudadano pueda operar, en relación a los diversos servicios, en cualquiera de las plataformas de misma funcionalidad puestas a su disposición por cualquier Administración —lo que nos lleva a un planteamiento de solución en la línea de los epígrafes 1 y 4.a) del art. 16 de la Ley 39/2015—. O bien, que se genere una interfaz o plataforma estatal que permita operar y enviar la información a las diversas soluciones electrónicas del organismo destinatario, de forma similar a la DEHú respecto de las sedes electrónicas de las Administraciones adheridas. De esta manera, se aprovecharían, en sede de *front office*, las ventajas o situación de partida ideal permitida por los esquemas mencionados y sus desarrollos. Al mismo tiempo, su incumplimiento, de igual manera que en relación al ROLECSP, sí sería, ahora sí, fácilmente vinculable a la invalidez de los actos administrativos, vía arts. 47.1.a) o 48.1 de la Ley 39/2015.

Es cierto que podría llegar a tener encaje dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en materia de contratación pública, una solución que obligara a los operadores económicos, como parte de su actividad profesional, a desarrollar un equipamiento, conocimiento y pericia en el desarrollo de todas y cada una de las plataformas a las que pueda dar lugar el sistema de organización policéntrica español. Ahora bien, dicha decisión iría en contra de los propios intereses generales, ya que reduciría en gran medida la presión competitiva del mercado de la contratación pública, estableciendo una tendencia natural a su segmentación territorial. Como se ha tenido ocasión de analizar, entre otros, en el epígrafe II.5 del presente capítulo, para fomentar dicha competencia es necesario reducir los costes de licitación, pues la propia estructura del procedimiento de licitación viene a establecer la obtención de la condición de adjudicatario como un hecho futuro posible, pero improbable. De hecho, cuanto mayor sea la improbabilidad, mayor salud

manifestará el sistema de contratos públicos. A lo que cabe añadir que el encaje de dicho posicionamiento, desde una perspectiva europea, también sería más complejo.

Consideramos, por tanto, que el posicionamiento rigorista-formal expuesto con los operadores económicos en la fase de licitación no es conveniente para el interés público, debiendo centrarse ese especial rigor y exigencia de profesionalidad en la fase de ejecución del contrato. De hecho, podemos encontrar experiencias en países de nuestro entorno que avanzan en la línea señalada.

Así, la Ley portuguesa 96/2015, en su artículo 5, viene a posibilitar que los operadores económicos puedan escoger la plataforma electrónica que desean emplear para la presentación de las ofertas. Solución completamente acertada, a nuestro entender, que permite compaginar las actividades autónomas del *back office* de cada organismo competente con un *front office* común o uniforme para cada ciudadano. Esta óptica establece al ciudadano y a la unidad de mercado como presupuestos irrenunciables a los que, necesariamente, deberá amoldarse la actuación, coordinada o no, y cooperativa o no, de cada órgano de contratación o Administración competente en la materia. A tales efectos y de manera similar al esquema británico, esta interoperabilidad, necesaria a los efectos de que los derechos del ciudadano no choquen frontalmente con la operatividad del sistema, se sustenta en un control *ex ante*, en virtud del cual las soluciones de administración electrónica implementadas por los diversos operadores económicos deberán obtener, para su puesta en funcionamiento, una licencia conferida por el Instituto de los Mercados Públicos, Bienes Raíces y de la Construcción.

Esta solución resulta mucho más encuadrable dentro del art. 149.1.18 CE que la inicialmente prevista por la DA segunda de la Ley 39/2015, marcando uno de los grandes cauces que permitirá el mantenimiento y virtualidad de esta competencia estatal, a la hora de garantizar un procedimiento administrativo uniforme en toda España, dentro del nuevo contexto de implementación creciente de administración electrónica. Su puesta en práctica requeriría, en materia de contratación pública, una deseable extensión de la interconexión prevista en el tercer párrafo del art. 347.3 de la LCSP a los servicios adicionales de licitación, presentación de ofertas y realización de notificaciones. Además, a nivel local, siempre que se cumplan los principios de equilibrio presupuestario señalados en la DA Segunda de la Ley 39/2015, permitiría no constreñir necesariamente su capacidad de autoorganización, posibilitando el alojamiento de sus perfiles del contratante en plataformas propias⁵¹⁹.

⁵¹⁹ No se comparte la propuesta de GAMERO CASADO y MARTÍN DELGADO de reconducir el alojamiento de los perfiles del contratante a la sede electrónica, dando acceso desde el Punto de Acceso General de la Administración actuarial. Ello iría en detrimento de una policentralización de los nodos de actuación relativos a las licitaciones públicas que contiene una aún mayor dispersión de los mismos en nuestro país. Vid. GAMERO CASADO, E., «El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP», cit., p. 169; y MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», cit., p. 1976.

La principal crítica a dicho sistema, desde el punto de vista de la base establecida por el ENI y el ENS, es su carácter rígido, derivado de la predeterminación que hace de determinadas soluciones ofrecidas por el mercado, en detrimento de otras que podrían ser igualmente válidas o que, incluso, la evolución del mercado podría llegar a hacer, posteriormente, más eficientes. De esta forma, se puede estar limitando la competencia del sector privado naturalmente destinado a colaborar con el Sector Público para el desarrollo o puesta a disposición de estos instrumentos.

En este sentido, la espita de mejora del sistema inicialmente planteado podría ser la de su apertura o flexibilización de la determinación de soluciones concretas, a la de establecimiento de un esquema de requisitos mínimos o estándares generales de las soluciones a implementar, desde la neutralidad tecnológica, que permitan garantizar su posterior interconexión⁵²⁰. Aunque en esta trayectoria, como se ha tenido ocasión de señalar, será importante analizar la experiencia de otros Estados que ya tengan iniciada esta senda, como el portugués, intentando evitar los problemas de interconexión que están sufriendo con su puesta en práctica, así como los derivados de la preponderancia, en determinados aspectos, de un fuerte poder negociador del sector privado que permite la obtención de estos abastecimientos, aunque con una estructura oligopolista⁵²¹.

Sea como fuere, es lo cierto que las soluciones de interoperabilidad han tenido su instrumento de mayor difusión en los convenios interadministrativos de puesta a disposición de herramientas tecnológicas empleadas por otras Administraciones generalmente el Estado, tales como la DEH o la PCSP⁵²². Situación loable y del todo deseable —favorecida por la dinámica del FLA—, pero que en aquellas Administraciones que no desean optar por esta vía, o que en el futuro deseen dejar de hacerlo, requiere contar de manera imprescindible con sistemas de interoperabilidad flexibles, obligatorios y únicos. Esto es, la necesidad de un sistema subsidiario o paralelo de coordinación en el plano de la dimensión externa de administración electrónica, en lo que respecta a la tramitación de procedimientos administrativos y acceso a los servicios públicos. Es más, tal coordinación estatal no debe centrar su atención exclusivamente en el mercado nacional, sino extenderla a nivel europeo, tratando de proseguir la interoperabilidad con las plataformas europeas de los sistemas electrónicos empleados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos no

Dicha propuesta funcionalmente no la consideramos positiva, aunque podría evitar las dificultades de encaje constitucional que se han referido. En este último caso, el regreso a un sistema que desborde una red estatal-regional deberá orquestarse con sistemas de interoperabilidad a priori que garanticen la actual funcionalidad de estas plataformas en la dimensión externa de la Administración.

⁵²⁰ GIMENO FELIÚ, J. M., *La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, cit., pp. 197 a 200.

⁵²¹ MEDINA ARNÁIZ, T., «Conclusiones del I Seminario de expertos Innovap-CLM», cit., p. 320.

⁵²² GAMERO CASADO, E., «Administración electrónica e interoperabilidad», cit., p. 511. Acertaba en este sentido la predicción efectuada en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., p. 285.

sometidos a una regulación armonizada, aprovechando, entre otras, la habilitación para utilizar el Portal SIMAP contenida en el art. 51.6 de la Directiva 2014/24/UE⁵²³. Es importante rehuir un enfoque exclusivamente nacional de nuestra estructura de contratación pública, lo que permitirá la admisibilidad de estándares que asuman su condición de nodos de una realidad territorial superior y de un mercado natural más amplio: la Unión Europea y su Mercado Único.

No podemos desconocer que la consecución de la situación planteada requerirá de importantes esfuerzos económicos y técnicos, cuyos primeros frutos se alargarán en el tiempo. Durante dicho periodo de transición cabrán dos posibilidades: arbitrar el canal en papel como alternativo, de manera similar al régimen de la LAECSP, o bien, establecer, a estos efectos, medidas en la línea de la DA Segunda de la Ley 39/2015. La primera de las soluciones transitorias no nos parece recomendable, toda vez que en el contexto español podría producir alicientes para su cronificación. Como alternativa se plantea la posibilidad de que mientras las Administraciones infraestatales no logren conectar sus servicios con las demás o con una interfaz de *front office* común y de posible uso por el operador económico, se estableciera la obligación de las mismas de emplear de manera transitoria la solución electrónica del Estado o de cualquier otra Administración que les permita adherirse y que sí haya cumplido con los objetivos de interoperabilidad. Debemos entender que en este caso el control administrativo que podría haberse derivado de alguna de las interpretaciones posibles de la DA Segunda, no sería inconstitucional. En efecto, dicha solución transitoria se enfrentaría a la ponderación de dos bloques de derechos: por un lado, el derecho de autoorganización de las Administraciones autonómicas y locales; y de otro, el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a los servicios públicos en todo el territorio nacional, junto con el derecho al libre intercambio de bienes y el derecho a la libre competencia y concurrencia en los procedimientos de compra pública. En consecuencia, sería factible conceder una preponderancia del segundo bloque, al tiempo que se arbitra su condición excepcional y transitoria susceptible de regularización. Además, este tipo de medidas transitorias incentivaría la consecución del objetivo planteado al fomentar la participación y colaboración de todos los entes públicos implicados.

Es necesario expresar que la consecución de los objetivos indicados de interoperabilidad, en última instancia, devendría un imperativo del deber de lealtad institucional. En su origen germano, como exponen SOSA WAGNER y FUERTES LÓPEZ, el principio de lealtad institucional, además de incluir el deber de auxilio militar entre los miembros de la unión —el Bund—, preveía la prohibición de suscribir tratados que pudieran suponer un perjuicio mutuo. Reproducen dichos autores las palabras de BAYER al definir este principio como el deber de la Unión y de sus Estados miembros de

⁵²³ En este sentido, véase GIMENO FELIÚ, J. M., «Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos», cit.; DE JUAN CASERO, L. J., «Perfil del contratante y Plataforma de contratación del sector público», cit. pp. 7 y 8.

«valorar y considerar siempre y en cualquier circunstancia en sus relaciones recíprocas los intereses comunes». Obligación que implicaría un límite a la discrecionalidad de la Unión y sus Estados miembros a la hora de ejercer sus competencias. Este principio ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional alemán, derivando de él las consecuencias de imposibilidad de aplicación del principio de igualdad en su conculcación, la obligación de colaboración activa entre los miembros de la Unión, también en materia financiera —a lo que se refiere expresamente el concepto de solidaridad en el art. 138 CE—, la supervisión de la actividad de los *Länder* y su configuración como “barrera en el ejercicio de competencias”⁵²⁴.

Así, en el presente caso que nos ocupa, la implementación de soluciones administrativas en isla o carentes de una autoconsciencia de su integración en una unidad nacional y europea mayor, supondrá, aun cuando no exista una intencionalidad en esta línea, una trasgresión de intereses de la unión nacional expresamente contenidos en el texto constitucional. Entre otros, la igualdad de derechos y obligaciones de los españoles en “cualquier parte del territorio del Estado” —art. 139.1 CE—, en su dimensión o enfoque recogido en el art. 149.1.18 CE, esto es, a la hora de relacionarse con los poderes públicos y los desarrollos del TC antes indicados. Además, en el concreto ámbito de la contratación pública, la falta de esta lealtad institucional en la implementación de medios electrónicos iría en contra del interés específico de la Unión de no permitir la obstaculización de la “libre circulación de bienes en todo el territorio español” —art. 139.2 CE—.

Es lo cierto que, más allá de la invocación a la solidaridad entre las nacionalidades y regiones españolas del art. 2 CE, este principio no es recogido de manera expresa en nuestro texto constitucional. Sin embargo, su aplicabilidad y emanación de aquel ha sido expresamente contemplado por el TC⁵²⁵, formulándolo habitualmente como principio de “lealtad constitucional” y llegando a establecer que “la obligación de todos los poderes públicos (incluidos naturalmente los autonómicos) de acatar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, [...] implica un deber de lealtad de todos ellos en el ejercicio de sus propias competencias de modo que no obstaculice el ejercicio de las ajenas”⁵²⁶. De hecho, el TC viene a realizar una manifestación fuertemente constructiva al expresar que “la lealtad constitucional y la necesaria colaboración institucional obligan a las instancias centrales a buscar el modo de alcanzar los objetivos previstos a través del sistema de distribución de competencias, no a pesar suyo”⁵²⁷. Por tanto, debe recordarse la plena vigencia de este principio, el cual, de no tenerse en cuenta, por parte de todos los agentes implicados en la implementación de los medios electrónicos que vehiculan

⁵²⁴ SOSA WAGNER, F. Y OTROS, «El principio de lealtad institucional», cit., pp. 901 y 906.

⁵²⁵ Vid, STC, Pleno, 209/1990, de 20 de diciembre, FJ Cuarto

⁵²⁶ STC, Pleno, 46/1990, de 15 de marzo, FJ Cuarto.

⁵²⁷ STC, Pleno, 77/2004, de 29 de abril, FJ Primero.

El uso de medios electrónicos como garantía y oportunidad de una contratación pública eficiente,
planificada, transparente e íntegra

el funcionamiento de la contratación pública electrónica, con el objetivo de conseguir un objetivo común, cual es, el tratamiento uniforme o interoperable en todas sus dimensiones con el ciudadano, se alcanzará un funcionamiento falto de “sentido común” y conducente al “despropósito”⁵²⁸.

⁵²⁸ Vid. SOSA WAGNER, F. Y OTROS, «El principio de lealtad institucional», cit., p. 919.

**PARTE II.- LA DIGITALIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN, DATOS Y
COMUNICACIONES ELECTRÓNICOS DEL PROCEDIMIENTO DE
COMPRA PÚBLICA**

CAPÍTULO TERCERO.- LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS PREVIAS AL INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como se desprende del ya citado considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE, uno de los efectos aparejados a los instrumentos analizados en los capítulos anteriores, que ha tenido una mayor difusión, es la desmaterialización de las comunicaciones e información compartida entre los diversos agentes que interactúan en el mercado de la contratación pública.

La información referida a los procedimientos de contratación pública puede ser clasificada entre aquella de carácter operativo, sobre la base de la cual se erigiría o vincularía la producción de efectos legales dentro de dicho procedimiento y, de otro lado, aquella que representa una información que, siguiendo a CORRADO, podríamos denominar de tipo “informativo/cognoscitivo”. Esta última tendría como objetivo favorecer el control social y difuso por parte de los ciudadanos de la actuación de la Administración Pública y de los entes adjudicadores dentro del mercado de la contratación pública y, en consecuencia, la evaluación por parte de aquellos de la actuación de los entes adjudicadores dentro de unos parámetros de eficacia, eficiencia, ajuste a los intereses públicos, etc.⁵²⁹.

En este punto, siguiendo a CERRILLO I MARTÍNEZ, puede señalarse que “la publicidad persigue dar a conocer la actividad que lleva a cabo la Administración Pública en un determinado procedimiento de contratación [lo que vendría a coincidir con la

⁵²⁹ CORRADO, A., «La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale», *Federalismi.it: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, vol. 1, 2018, pp. 4 y 5; GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», cit., p. 10; GIMENO FELIÚ, J. M., «Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos», en GIMENO FELIÚ, J.M. y BERNAL BLAY, M.Á. (coords.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, p. 37; SANMARTÍN MORA, M. A., «Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», en GIMENO FELIÚ, J.M. y BERNAL BLAY, M.Á. (coords.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 93 a 96.

información operativa], mientras que la transparencia buscaría permitir a los ciudadanos conocer qué sucede en el seno de las administraciones públicas en relación a la contratación pública [lo que vendría a coincidir con la información de tipo cognoscitivo]⁵³⁰.

Dentro del concreto ámbito de la publicidad o información operativa, también puede encontrarse una gran variedad de comunicaciones e información, pudiendo ser sistematizadas, a su vez, en dos grandes bloques. De un lado, las que se refieren al momento previo a la publicación del anuncio de licitación y de otro, las posteriores al mismo.

En el presente capítulo nos centramos en dos exponentes principales de la información relativa a la primera de las referidas clasificaciones: las consultas preliminares del mercado y el anuncio de información previa.

I. CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO

1. CONCEPTO

Las consultas preliminares tuvieron sus primeros reflejos en la normativa europea sobre contratación, primero, bajo el término “asesoramiento”, en el considerando décimo de la Directiva 97/52/CEE y, luego, bajo la denominación “diálogo técnico” en el considerando octavo de la Directiva 2004/18/CE. Actualmente, tras su paso al articulado de la norma europea *ex art.* 40 de la Directiva 2014/24/UE, a nivel nacional se encuentra regulada esta figura en nuestro Ordenamiento Jurídico en el art. 115 de la LCSP. Precepto que traspone la normativa europea con importantes desarrollos.

En palabras del TACRC y del Consejo de Estado, se trata del “conjunto de las políticas y procedimientos que se prescriben para la realización de estudios y evaluaciones del mercado con la finalidad de llegar a la solución más adecuada para adquirir obras, bienes y servicios, principalmente en entornos en los que las prestaciones contratadas son particularmente complejas”⁵³¹. Si nos atenemos al tenor de dicho precepto, las consultas preliminares se configuran como un instrumento, a fin de que los órganos de contratación puedan efectuar un estudio del mercado en el que han de encuadrar su demanda, a fin de facilitar una correcta preparación de la licitación⁵³². Entre otras

⁵³⁰ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, cit., p. 161.

⁵³¹ RTACR 1093/2017, de 17 de noviembre, rec. 989/2018, FD Séptimo.

⁵³² GALLEGO CÓRCOLES, I., «Las consultas preliminares del mercado: Algunas reflexiones», en GIMENO FELIÚ, J.M. y DE GUERRERO MANSO, C. (coords.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2017*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 132.

cuestiones, puede destacarse la utilidad de este estudio de mercado a la hora de identificar los elementos que han de tenerse en cuenta a la hora de predeterminar en los pliegos las especificaciones técnicas del producto u obra que se desea obtener, el presupuesto base de licitación que será necesario así como el valor estimado del contrato⁵³³ o bien, en su caso, conocer y/o identificar la posible existencia de análisis de impacto efectuados por terceros de confianza sobre el sector en cuestión a la hora de conocer las cláusulas de carácter social y medioambiental idóneas para su consideración en los pliegos. Además, este instrumento se articula como canal de contacto entre operadores económicos y ente adjudicador, a fin de que el segundo transmita a los primeros información sobre sus planes de contratación en relación al producto u obra sobre el que se haya efectuado la consulta, así como sobre los requisitos que serán exigidos para concurrir al procedimiento.

A tal fin, este instrumento se configura en forma de consultas dirigidas a operadores económicos activos en el sector en cuestión, dirigiéndoles una serie de cuestiones orientadas a la obtención de determinada información sobre el sector. Los operadores económicos encargados de dar respuesta a las consultas serán escogidos por el ente adjudicador. Estos, por aplicación del principio de libre concurrencia y competencia que ha de regir en los procedimientos de licitación, no podrán ser, con carácter general, vetados en cuanto a su participación como licitadores en el subsiguiente procedimiento de contratación pública.

Ahora bien, a pesar de la redacción del párrafo cuarto del art. 115.3 de la LCSP, entendemos que no debe entenderse una prohibición *ad limine* de la exclusión del ulterior procedimiento de licitación de los participantes en las consultas, sino la subyacencia del criterio expresado en el art. 41 de la Directiva 2014/24/UE, por el que se establece que, con carácter previo y/o preferente, deberán establecerse y aplicarse otras medidas menos gravosas que impidan la situación de privilegio de los participantes en las consultas. No obstante, en el caso de que aun aplicando todas las prevenciones previstas en el art. 115 de la LCSP el ente adjudicador concluya, a la luz de las concretas circunstancias del procedimiento de licitación en preparación, que no es posible evitar el falseamiento de la competencia tras las consultas, salvo mediante exclusión de los participantes, entendemos que por aplicación de los principios generales del derecho de la Unión Europea, se deberá llevar a cabo una interpretación conforme a los mismos del art. 115 de la LCSP, con apoyo en el mencionado art. 41 Directiva 2014/24/UE, conducente a permitir dicha exclusión previa advertencia de la posibilidad o probabilidad de la misma en el anuncio correspondiente publicado en el perfil del contratante, así como estableciendo un trámite de alegaciones en el que se permita a los

⁵³³ El Consejo de Estado divide estos efectos entre aquellos de ámbito material, destinados al conocimiento del producto a adquirir y aquellos otros de ámbito formal destinados a la redacción adecuada de los pliegos en cuanto al contenido de sus cláusulas. Véase Consejo de Estado, Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo, art. 115.

participantes tratar de demostrar que su participación no implicará un posterior falseamiento de la competencia en el caso de que concurran a la licitación. Consecuentemente, entendemos que la redacción del párrafo cuarto del art. 115.3 de la LCSP no debe conducir a excluir toda posibilidad de exclusión de los participantes de la licitación, sino a ser el reflejo o cauce de transposición de la configuración de esta medida como *ultima ratio*.

Evidentemente, no se puede desconocer que dicho sistema lleva aparejado una serie de potenciales inconvenientes, dado que los operadores económicos participantes en las consultas preliminares podrían constituirse en una posición de privilegio por la que pudieran acceder a fuentes de información exclusivas y adicionales a las que dispondrán el resto de operadores económicos que no participen en las consultas. A lo que se une la posibilidad de que estos traten, veladamente, de influir en el poder licitador mediante el suministro de información sesgada o parcial con la intención de conseguir una configuración del futuro proceso de licitación favorable a sus propios intereses⁵³⁴. Máxime cuando hemos de tener en cuenta que, mediante estas consultas, se solicita el auxilio de determinados operadores económicos pretendiendo que participen de forma eficaz pero de manera *quasi* o totalmente altruista. Lo que puede conducir a que, inevitablemente se vincule su compensación con el ulterior procedimiento de contratación⁵³⁵.

De otra parte, del último inciso de la definición transcrita y efectuada por el TACRC, reiterada en diversas ocasiones por este organismo, parece desprenderse una limitación objetiva de esta figura a la preparación de licitaciones ulteriores complejas. No obstante, hemos de colegir con el criterio de GALLEGO CÓRCOLES, por el que se pone de manifiesto que el elemento nuclear para determinar la aplicabilidad del régimen de las consultas preliminares no debería ser la mencionada complejidad, sino la intensidad de la consulta efectuada a los operadores económicos⁵³⁶. De esta forma entendemos que deberá ser de aplicación el art. 115 de la LCSP siempre que exista un traslado de documentación por parte del ente adjudicador al operador económico o se le permita acceder a las instalaciones o equipamientos relacionados con el contrato posteriormente licitado. Y, en todo caso, cuando las consultas excedan de datos puntuales, concretos, fácilmente accesibles y presumiblemente de carácter homogéneo en todo el sector. De hecho, esta limitación objetiva de la consulta preliminar entendemos que deberá

⁵³⁴ TREUMER, S., «Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive», en LICHÈRE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, Djof Publishing, 2014, pp. 13 y 14.

⁵³⁵ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Las consultas preliminares del mercado: algunas reflexiones», en GIMENO FELIÚ, J.M. y DE GUERRERO MANSO, C. (coords.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2018*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, p. 132.

⁵³⁶ *Ibid.*

aplicarse de manera estricta, máxima dada la mayor agilidad y rapidez que a estos efectos otorgan las TIC.

2. MEDIOS DE CONTROL DE LA INTERACCIÓN ENTRE OPERADOR ECONÓMICO Y ENTE ADJUDICADOR

Ante ello, será necesaria la previsión de medidas que eviten el falseamiento⁵³⁷ de la competencia, incluso mediante el recurso excepcional a la exclusión de licitadores. A tal efecto, nuestro ordenamiento jurídico prevé que antes de iniciarse la consulta, el órgano de contratación publique en su perfil de contratante y con carácter previo su intención de proceder a la formulación de consultas al mercado. En concreto, con dicho anuncio deberá de poner de manifiesto el objeto de la consulta, las fechas de inicio y la identidad de los operadores a los que se dirigirán. La indicada medida se adopta con una doble función, por un lado, dar transparencia a las consultas planteadas por el operador económico y, de otro, dar la posibilidad a todos los operadores económicos que lo deseen para que, en caso de considerarlo oportuno, contesten incluso sin previa invitación por el ente adjudicador a sus consultas⁵³⁸. Durante la ejecución de las consultas, no podrá ser revelado al resto de operadores consultados las soluciones propuestas por los otros participantes⁵³⁹.

De otra parte, se establece *ex lege* un control de carácter finalista consistente en que, como resultado de las consultas, no se podrá dar lugar a unos pliegos cuyas especificaciones técnicas no respeten los principios de neutralidad tecnológica y libertad de organización interna de los operadores económicos, de tal manera que aquellos predeterminen o favorezcan la participación de unos concretos operadores económicos del sector en detrimento de otros⁵⁴⁰. En definitiva, al aprendizaje que obtenga el ente adjudicador de las consultas al mercado no debe traducirse en la elección de una concreta y determinada forma en la que satisfacer sus necesidades, sino en comprender cómo las diversas opciones que ofrece el mercado pueden cubrir aquellas, así como

⁵³⁷ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Las consultas preliminares del mercado: Algunas reflexiones», cit., p. 139.

⁵³⁸ Lo que conecta con la segunda intencionalidad de estas consultas preliminares destacada en GALLEGO CÓRCOLES, I., «Las consultas preliminares del mercado: algunas reflexiones», cit., pp. 137 y 168, cual es el fomento de la concurrencia de los operadores económicos. De otra parte consideramos como más correcto la interpretación defendida por la autora, según la cual, partiendo de la obligatoria publicación de las consultas, el ente adjudicador podrá dirigirse *motu proprio* a concretos operadores económicos.

⁵³⁹ Aunque esta medida es aconsejada desde instancias europeas Abby Semple Public Procurement Analysis. Procurement of Innovation Platform, Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación, p. 19, no se trata de un imperativo de la Directiva 2014/24/UE, sino de una opción del legislador español más allá de las determinaciones mínimas de dicha directiva. En este sentido véase GALLEGO CÓRCOLES, I., «Las consultas preliminares del mercado: Algunas reflexiones», cit., pp. 144 y 154.

⁵⁴⁰ Criterio general que debería evitar desde esta perspectiva finalista fallos como el contenido en la RTACR 1093/2017, de 17 de noviembre, rec. 989/2018, objeto de análisis en GALLEGO CÓRCOLES, I., «Las consultas preliminares del mercado: Algunas reflexiones», cit., p. 177.

comprender las principales implicaciones sociales y medioambientales que dicho sector pueda estar generando. Es lo cierto que la mejor forma de comprensión de cada uno de dichos factores es la de profundización y ejemplificación en cada una de las soluciones y problemas que presenta el sector, pero dicha información concreta deberá ser sometida a un proceso de abstracción que dé lugar a la traducción de dicho conocimiento adquirido en una serie de “características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas” que sean las que, finalmente, figuren en los pliegos.

Como último elemento de control, se prevé la obligación de realizar un informe motivado en el que se detallen todas las actuaciones realizadas durante la ejecución de las consultas, en el que deberá constar, al menos, los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas, así como la medida en que los resultados de las consultas han influido en la elaboración de los pliegos o, en su caso, los motivos por los que la información obtenida no ha influido, finalmente, en aquellos⁵⁴¹. El informe pasará a formar parte del expediente de contratación, será objeto de publicación en el perfil del contratante el órgano de contratación y estará sujeto, en su caso, a las restantes obligaciones de publicidad que presenten los pliegos. Si bien, coincidimos con GALLEGO CÓRCOLES⁵⁴² a la hora de determinar que sería más adecuado que dicha publicidad no se vinculara únicamente con el ulterior inicio del procedimiento de licitación al que pudieran dar lugar, sino que se efectúe una publicidad de carácter sistemático. Es cierto que, en este caso, será difícil una estructuración de la información que facilite su conocimiento o búsqueda por parte de los potenciales operadores económicos que pudieran estar interesados en los futuros procedimientos de compra y, por ende, en las consultas preliminares. Si bien, a este fin una solución posible sería la conjugación de la nomenclatura CPV y la automatización auxiliar a la que nos referiremos en el capítulo sexto.

De otro lado, compartimos con la referida autora la conveniencia de que la publicidad no se limite al inicio y existencia de la consulta preliminar, sino que englobe toda la documentación que sea facilitada a los operadores consultados por parte del ente adjudicador. Actuación que otorgaría mayor transparencia al procedimiento y garantizaría que los operadores económicos no dispongan en exclusividad de información que pueda permitir el inicio de licitación con carácter previo al resto.

⁵⁴¹ Obligación que conjuga con la obligación expresada por la doctrina de que sea el ente adjudicador quien cargue con la prueba de la inexistencia de falseamiento de la competencia derivado de la consulta preliminar. Véase TREUMER, S., «Technical dialogue and the principle of equal treatment. Dealing with conflicts of interest of Fabricom», *Public Procurement Law Review*, vol. 8, 2, 2007, p. 106.

⁵⁴² GALLEGO CÓRCOLES, I., «Las consultas preliminares del mercado: Algunas reflexiones», cit., p. 143.

3. MEDIOS DE SELECCIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS CONSULTADOS

Consideramos especialmente importante la motivación que el ente adjudicador pueda expresar a la hora de justificar la composición de la muestra de operadores económicos a los que se haya dirigido expresamente. Entendemos que dicha motivación deberá dejar entrever unos criterios de selección basados en criterios objetivos orientados que traten de cubrir la diversidad de un determinado sector.

En consecuencia, deberá tratar de justificarse que los operadores consultados, además de mantener relaciones de total independencia con el ente adjudicador, sin que puedan existir circunstancias de las que se deriven conflictos de intereses, representan los diferentes operadores económicos que conforman la oferta a la que se enfrentará el operador económico, en cuanto a tamaño de la empresa por criterios de facturación y número de empleados, así como en relación a las soluciones o alternativas comercializadas que podrían ser válidas para dar cumplimiento al objeto del contrato. En ningún caso, entendemos que entre dichos criterios objetivos debe encontrarse la cercanía geográfica del operador económico. Elemento que, quizá, por cuestiones funcionales podría tener cabida dentro de un contexto analógico o en papel, pero que carece de todo sentido dentro del marco digital hacia el que ha evolucionado la contratación pública. En todo caso, dicho aspecto podría justificar que la composición de la muestra tratara de obtener un *feedback* de las distintas regiones con circunstancias distintas que se identifiquen dentro del potencial y más previsible mercado que acuda al procedimiento de licitación.

Por ejemplo, en el contexto de un contrato SARA la oferta se englobará o debería englobarse, previsiblemente, dentro de un mercado único de la contratación pública a nivel europeo, por lo que podrían efectuarse consultas a operadores nacionales y extranjeros a los efectos de comprender las circunstancias que se desprendan de la ostentación de una nacionalidad no española y que puedan situar en peor posición de concurrencia a tales operadores económicos. O, incluso, dentro del segmento de operadores económicos podrían identificarse diversos tipos de Estados miembros en función de elementos objetivos que puedan repercutir en el acceso a procedimientos de compra pública de entes nacionales, tales como los tipos de certificado digital más extendidos en los respectivos países de origen. En todo caso, entendemos que la existencia de este tipo de problemáticas o diferencias de necesaria corrección serán las que justifiquen la selección de operadores económicos en función de su ámbito territorial, pero no la mera cercanía a la sede o sedes del ente adjudicador, lo que atentaría, de otra parte, contra los principios del derecho de la Unión Europea aplicables a todo tipo de contratos con independencia de su cuantía.

Dentro de los operadores económicos que cumplan con los mismos criterios de segmentación empleados entendemos que el criterio objetivo más adecuado para la

concreción de la identidad del sujeto al que se formulará la consulta será la aleatoriedad, como, por ejemplo, la mayor cercanía en número de NIF a otro generado de manera aleatoria. Este sistema de establecimiento de criterios parcialmente aleatorios entendemos que son factibles dentro del ámbito nacional dada la posibilidad de interacción directa con el Registro Mercantil donde se hallarán inscritas las cuentas anuales de los operadores económicos constando su CNAE, su nivel en euros de actividad y el tamaño medio de la plantilla entre otros datos. Por su parte dichos criterios no determinados totalmente por el ente adjudicador pueden encontrar mayores dificultades respecto de los operadores económicos extranjeros dada la mayor dificultad de acceder a sus registros análogos al Registro mercantil nacional.

Debiendo concluirse que, en todo caso, como señala DE GUERRERO MANSO, una restricción de la participación de los operadores económicos en las consultas preliminares dirigida por el ente adjudicador, no es justificable, amén de ser contraria al espíritu de la normativa europea⁵⁴³.

4. LA GRATUIDAD DE LAS CONSULTAS PRELIMINARES

En tanto en cuanto la recepción y contestación de las consultas efectuadas por los entes adjudicadores podrían suponer para los operadores económicos un consumo del tiempo de los recursos personales y materiales de su organización, sin que ninguna ventaja se les otorgue sobre el procedimiento de compra pública, sería recomendable que, para garantizar la inexistencia de otras compensaciones que sean las que determinen la disposición de los operadores económicos a participar en estas consultas preliminares, probablemente de carácter más etéreo o difuso, se compensara, como mínimo a los participantes con los costes marginales de los medios que se deban disponer para la contestación a la consulta. E incluso incrementar dicha cantidad en un porcentaje de beneficio industrial como podría ser el habitual del 6 %. La inexistencia de dicha compensación, al fin y al cabo, supone negar la verdadera lógica del mercado y desconocer el sistema de estímulos e incentivos que rigen en él. Extremo que nos abocará a que los únicos operadores económicos dispuestos a participar en las consultas sean aquellos operadores económicos cuyos estímulos o motivaciones residan exclusivamente en incrementar o mantener una relación de cercanía o colaboración con el sujeto que posteriormente llevará a cabo la elaboración y evaluación de los procedimientos de compra en los que, de antemano, está interesado en concurrir. De esta forma, se estará asegurando la circunscripción de las consultas preliminares a los operadores económicos que componen el mercado de la contratación pública ya

⁵⁴³ DE GUERRERO MANSO, C., «Las consultas preliminares de mercado: una herramienta para mejorar la eficacia en la contratación pública», en GIMENO FELIÚ, J.M. y AMOEDO SOUTO, C.A. (coords.) *Estudio Sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 1047.

existente de ese producto u obra, pero podrá estar excluyéndose a los operadores del sector análogo del mercado privado que no actúan en procedimientos de contratación pública o, incluso, podrá no detectarse una dislocación del comportamiento de los que sí lo hacen en función de que su actuación se enmarque en un mercado privado o de contratación pública. En sentido parecido parece expresarse la justificación de la enmienda número 100, presentada por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos y que figura en la página 72 del BOCG, Congreso de los Diputados, de 16 de marzo de 2017. En la indicada enmienda se advierte sobre el hecho de que si los asesoramientos adicionales a la contestación a las consultas y de carácter auxiliar a estas últimas, son planteados como servicios gratuitos, este instrumento “puede ser la entrada a fenómenos que propicien colusión de intereses o corrupción”. Consideración que entendemos extensible a la propia voluntad del operador económico de contestar a una consulta preliminar sin ningún tipo de contraprestación.

Por todo ello, podría encontrarse un referente, a la hora de prever legalmente la compensación económica por la participación en estas consultas, en la normativa sobre reutilización, incorporando un epígrafe cuarto al art. 115 de la LCSP en la que se prevean las tarifas abonables a los operadores económicos consultados en la línea del art. 7 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del Sector Público, respecto de la cual consideraríamos aconsejable, además, establecer un mínimo beneficio industrial de la actividad de asesoramiento que realmente desempeñan los operadores económicos con estas actividades. A la hora de establecer los costes marginales de una concreta consulta preliminar, entendemos que deberá ser el ente adjudicador el que determine, en función de la complejidad de sus preguntas, las horas de trabajo estimadas para su contestación, a las cuales se les podrá aplicar el precio hora según convenio de la persona trabajadora de la cualificación mínima que sería necesaria al efecto. En el caso de que se estime la necesidad de diversos tipos de trabajadores con diversos salarios según convenio, dicho sistema deberá aplicarse de manera ponderada, en función del tiempo estimado de intervención de cada uno de los sujetos. A dicho coste base, podrá añadirse un porcentaje de gastos generales, habitualmente establecido en un 13-14 %, y, finalmente en un beneficio industrial, generalmente establecido en un 6 %.

Dicha estimación y operaciones destinadas a la determinación de la justa compensación de los participantes deberá quedar reflejada y motivada en el correspondiente informe público sobre la ejecución de las consultas, así como inicialmente anunciado en la publicidad *ex ante* que ha de efectuarse con carácter previo a la incoación de aquellas. En determinadas circunstancias, entendemos que será perfectamente factible que los entes adjudicadores determinen que las horas de trabajo necesarias y demás gastos organizacionales para la resolución de una consulta sean nulas o residuales, de manera que no se establezca retribución alguna. Sería el caso, por ejemplo, de consultas destinadas a obtener un catálogo de productos y precios, con el que sea presumible que

cuenten los operadores económicos de manera que solo tengan que remitirlo para responder a la petición de información del ente adjudicador.

5. EL ASESORAMIENTO DE EXPERTOS PARA LA REALIZACIÓN DE CONSULTAS PRELIMINARES

Los estudios de mercado o el diseño de las consultas preliminares a los operadores económicos se podrán formular de manera directa por el ente adjudicador o bien, podrá emplear a tal fin del asesoramiento de expertos, autoridades independientes, colegios profesionales, o, con carácter excepcional, otros operadores económicos activos en el mercado. Dicho asesoramiento podrá emplearse no solo para la planificación de las consultas a realizar, sino también para la del propio procedimiento de contratación; pudiendo extenderse no solo durante la fase de preparación del contrato, sino también durante su efectiva tramitación y ejecución. En cualquier caso, la necesidad de recurrir a estos expertos, así como la identidad del tercero escogido deberá ser expresamente motivada y publicada en el perfil del contratante. Igualmente, el asesoramiento, como es evidente, no podrá tener como resultado un falseamiento de la competencia, ni la vulneración de los principios de no discriminación y transparencia. Sin perjuicio de que este asesoramiento en el diseño o ejecución de los estudios de mercado y de las consultas a los operadores económicos puede ser del todo aconsejable ante determinadas carencias, completamente lógicas, del ente adjudicador como demandante ante un determinado sector. Entendemos que el mismo es un elemento adicional al previsto en el art. 40 de la Directiva 2014/24/UE, a pesar que por su coincidencia sistemática entre dicho precepto y el art. 115 de la LCSP pudiera entenderse lo contrario. En efecto, si comparamos la literalidad de los dos párrafos del art. 40 de la Directiva 2014/24/UE con el segundo inciso del art. 115.1 de la LCSP se desprenden, a nuestro entender, conceptos y figuras jurídicas distintas en relación al término “asesoramiento”. Así, el concepto de asesoramiento del segundo párrafo del art. 40 de la referida directiva se estaría refiriendo a la actividad desarrollada por los terceros interpelados a la hora de contestar a las consultas del ente adjudicador. Ello se desprende de la siguiente sucesión contenida en su redacción:

“Los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado [...] para ello, los poderes adjudicadores, podrán, por ejemplo, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación”.

Esto es, el asesoramiento de dichos sujetos sería una forma ejemplificativa establecida expresamente por la directiva de la forma en la que pueden procederse a la realización de las consultas. Sucesivamente, en el art. 41 de la Directiva 2014/24/UE empleará un concepto más amplio de las labores de asesoramiento, para lo cual y con fundamento en

la utilización previa del concepto, se referirá al asesoramiento “sea o no en el contexto del art. 40” o a toda otra participación en “la preparación del procedimiento de contratación”.

Sin embargo, en el art. 115.1 de la LCSP, en su trasposición del primer inciso del segundo párrafo del art. 40 de la Directiva 2014/24/UE⁵⁴⁴, dicho concepto de “asesoramiento”, ya no se establece como el resultado lógico de la consulta efectuada, sino como una actividad auxiliar a la que pueda recurrir el ente adjudicador a la hora de preparar el correspondiente estudio de mercado o las consultas a los operadores económicos “que estuvieran activos en el mismo”. En efecto, dicho precepto de la LCSP establece tres actividades posibles: el estudio de mercado, la consulta a operadores económicos establecidos en el correspondiente sector y el asesoramiento de terceros para la realización de ambas actividades referidas. Así se desprende de la siguiente redacción:

“Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo [...] para ello los órganos de contratación podrán valerse del asesoramiento de terceros, que podrán ser expertos o autoridades independientes, colegios profesionales, o, incluso, con carácter excepcional operadores económicos activos en el mercado”.

Puede comprobarse como las consultas se limitan a los operadores del sector, mientras que el asesoramiento se extiende a otros terceros, diferencia subjetiva ausente en la redacción de la directiva. Al tiempo se establece la participación de los operadores económicos en las actividades de asesoramiento como elemento excepcional, de forma diversa a la directiva. Además, se incluye el término “valerse” que introduce el carácter auxiliar y adicional del “asesoramiento”, sin que el mismo aparezca en la directiva, dado, en esta última el carácter de producto o de medio interno de la propia consulta. En alineación lógica con esta interpretación, el Grupo Parlamentario Ciudadanos propuso la enmienda número 358 recogida en la página 271 del Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 16 de marzo de 2017, en la cual, manteniendo la posibilidad de las consultas a los operadores económicos, excluía expresamente a los operadores económicos de entre los sujetos a los que se pudiera acudir para labores de asesoramiento auxiliares como las referidas en el segundo inciso del art. 115.1 de la LCSP. Compartiendo el razonamiento de esta enmienda y en conjugación con el contenido en la enmienda 100 del Grupo Parlamentario Unidas Podemos sobre la problemática derivada de un asesoramiento gratuito auxiliar efectuado por operadores económicos, compartimos que dicha posibilidad debería ser excluida de la redacción del art. 115.1 de la LCSP en lo que se refiere a este concepto de

⁵⁴⁴ “[...] Para ello, los poderes adjudicadores podrán, por ejemplo, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado [...]”.

asesoramiento, de manera que, en caso de que ello fuera considerado como necesario por el órgano de contratación, aquel procediera a arbitrase a través del correspondiente contrato público de servicios.

En esta línea se expresaba la enmienda número 100 presentada por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos y que figura en la página 72 del Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 16 de marzo de 2017, donde expresamente se refiere que el texto a enmendar —y que coincide con el finalmente establecido en la LCSP— “mezcla la posibilidad de las consultas de mercado con un trámite de “asesoramiento” de terceros que puede ser motivo de otro contrato público”.

Sin embargo, la utilización del término “asesoramiento” que la LCSP 115.2 de la LCSP al tratar de trasponer ahora el segundo inciso del segundo párrafo del art. 40 Directiva 2014/24/UE⁵⁴⁵ reconduciría, ahora sí, al mismo concepto del término “asesoramiento” expresado por la norma europea. Lo que pondría de manifiesto la errónea utilización del complemento del nombre “a que se refiere el apartado anterior” del término asesoramiento en el indicado precepto de la LCSP. Error que derivaría de los trabajos de trasposición sistemática de la Directiva 2014/24/UE, los cuales tendrían este texto como principal elemento de referencia.

La principal consecuencia que se extrae de dicha circunstancia entendemos que orbitaría en torno al ámbito de aplicación de la conceptualización de la exclusión del asesor como medida de ultima ratio o, si se prefiere, vetada con carácter general por el párrafo cuarto del art. 115.3 de la LCSP. En este punto, puede observarse como la limitación o excepcionalidad de la exclusión de la licitación de un operador que se desprende del referido precepto parece circunscribirse al asesoramiento como fruto o actividad propia de la participación en las consultas realizadas por el ente adjudicador, esto es dentro del concepto restringido de asesoramiento del segundo párrafo del art. 40 de la Directiva 2014/24/UE. Dicha conclusión se extraería del art. 115 de la LCSP al referir dicha excepcionalidad en la exclusión respecto de “la participación en la consulta”. Sin embargo, no podemos colegir que dicha limitación implique la eliminación del carácter de *ultima ratio* de la exclusión de los operadores económicos cuando estos actúen en cualquier otra labor de asesoramiento, como la contemplada en el segundo inciso del art. 115.1 de la LCSP, por aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 41 de la Directiva 2014/24/UE, cuyo concepto de asesoramiento amplio, incluiría ahora sí, el del 115.1 de la Ley española. De hecho, ello nos conduce a pensar que se habría dado lugar a un texto legal contrario a la directiva a los principios generales del derecho de la Unión Europea su hubiese sido aceptada la enmienda número 156 planteada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Senado y que figura en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, de 18 de septiembre de 2017, por la cual se reiteraba la ya rechazada enmienda 577 recogida en la página 464 del Boletín Oficial de las Cortes

⁵⁴⁵ “[...] que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación [...]”.

Generales, Congreso de los Diputados, de 16 de marzo de 2017, y la que se proponía que “los operadores económicos que asesoren a la Administración y las empresas a ellas vinculadas, no podrán participar en dicha licitación, ni durante los dos años siguientes, en procesos de licitación vinculados o relacionados con el asesoramiento prestado a la Administración contratante”, con la intención de que dicho asesoramiento, fuera el foco de “información privilegiada para sucesivas contrataciones” con el mismo objeto. Dicha enmienda fue rechazada de nuevo en la sesión número 22 del Pleno del Senado celebrada el día 27 de septiembre de 2017. Afirmación que debe ser mantenida a pesar de que dicha enmienda, a todas luces se refería necesariamente al concepto de asesoramiento auxiliar adicional a la actividad de consulta.

Sea como fuere, la interiorización consciente o inconsciente por parte del legislador de la utilización no unívoca del concepto de asesoramiento daría su sentido a la limitación del párrafo cuarto del art. 115.3 de la LCSP a la participación en las consultas. De hecho, puede verse como la completa redacción de los epígrafes primero, segundo y tercero del art. 115 no presenta una evolución sincrónica, toda vez que el indicado párrafo cuarto del epígrafe tercero no se contemplaba en el Proyecto de Ley 121/000002 Proyecto de Ley 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, publicado en el Boletín del Congreso de los Diputados de 2 de febrero de 2016. Este último fue incluido por el informe de la Ponencia encargada de redactar el Informe sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que figura en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, de 2 de agosto de 2017, al aprobar aquella por unanimidad “un nuevo texto en relación con este artículo en los términos del Anexo al presente Informe, como consecuencia de la aceptación de la enmienda transaccional procedente de la enmienda 100 del GP Confederal de Unidos Podemos” y “en los términos de las enmiendas 576 del GP Socialista y 873 del GP Mixto-PDeCAT”. En concreto, el inciso que ahora nos ocupa era propuesto por la enmienda número 576 realizada por el Grupo Parlamentario Socialista y 873 del Grupo Parlamentario Mixto que figuran, respectivamente, en las páginas 464 y 672 del Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 16 de marzo de 2017.

Cuestión distinta es que la previsibilidad de la justificación y necesidad de esta medida de mayor rigor en relación a labores de asesoramiento en su concepción más amplia y/o como instrumento auxiliar de la consulta, sea mayor que en relación a las labores de asesoramiento concebidas como respuesta a las consultas efectuadas por el ente adjudicador. Dada la mayor implicación de las primeras en la elaboración del procedimiento de compra y la esperable necesidad de que la misma acceda a una mayor información respecto de la situación del ente adjudicador que implique que toda posterior intervención de este asesor en la licitación resultará necesariamente en un falseamiento de la competencia.

En todo caso, consideramos conveniente que asesoramiento como producto de una consulta a los operadores económicos, y asesoramiento como actividad auxiliar deberían ser recogidos y tratados en epígrafes o párrafos separados del art. 115 de la LCSP.

Inconvenientes que encontraremos igualmente en el procedimiento de diálogo competitivo y asociación para la innovación previstos, respectivamente, en los arts. 30 y 31 de la Directiva 2014/24/UE por los que se establece de una forma u otra un diálogo técnico a través de los cuales, y sobre la base de unos criterios de adjudicación muy escuetos —por cuanto el ente adjudicador carece de información—, el demandante público descubrirá cuál es la solución técnica que mejor resuelve sus necesidades, solución de la que era desconocedora *ab initio* pero que impedirá un ulterior procedimiento de adjudicación abierto, al limitar dicha actuación a los operadores económicos “invitados” por el poder adjudicador y, en consecuencia, la de la concurrencia competitiva⁵⁴⁶.

6. FRECUENCIA Y RECURSOS REQUERIDOS POR LAS CONSULTAS PRELIMINARES

De la regulación de las figuras antepuestas queda de manifiesto una necesidad: la de que el ente adjudicador pueda conocer de primera mano las variables y la composición de la oferta u ofertas del mercado de la contratación pública que permitirán satisfacer la necesidad que no puede cubrir a través de sus propios medios. Al mismo tiempo, queda de manifiesto que a pesar de ser necesario el acercamiento entre ente adjudicador y operadores económicos a tal efecto, el mismo constituye un fenómeno que puede generar ineficiencias y comportamientos desviados por parte del ente adjudicador ya sea de manera consciente o por influencia estratégicamente dirigida por parte de los operadores económicos con los que entra en contacto. En consecuencia, las figuras de nuestra LCSP que recogen esa interrelación directa entre los referidos agentes deben, necesaria e irrenunciablemente, ir acompañadas de una serie de medidas preventivas de las posibles disfunciones aparejadas a dicho contacto. Si bien, como se ha tenido ocasión de comprobar, tales medidas de control y transparencia vienen a establecer una serie de requisitos, trámites y previsiones que incrementarán significativamente la complejidad de los procedimientos de contratación y requerirán de la presencia de recursos humanos cualificados que permitan llevar a cabo el procedimiento de abstracción y transformación interna de la información recabada de los operadores económicos. Factor que se verá incrementado evidentemente cuanto mayor sea el número de

⁵⁴⁶ SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Exclusion, qualitative selection and short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24», en LICHÈRE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, Djof Publishing, 2014, pp. 125 y 126.

operadores consultados y la participación voluntaria de los operadores económicos que lo hagan sobre la base de la publicación de las consultas en el perfil del contratante. Se podría colegir inicialmente que debe perseguirse en mayor medida la calidad de la información extraída que la cantidad de la misma. En efecto, por lo expuesto la obtención de la misma información por parte de diversos operadores económicos podría pensarse, inicialmente, que no aporta ningún valor añadido. Sin embargo, entendemos que este concreto aspecto los elementos cuantitativos y cualitativos presentan una alta interrelación debido a que a pesar de que respuestas reiteradas por diversos operadores económicos no aportarán conocimientos o ideas nuevos que sean útiles a la hora de elaborar los pliegos, dicha reiteración cuantitativa en cuanto a su obtención se vendrá a instituir en un factor de garantía de la calidad de dicha información en cuanto a su veracidad y carácter no sesgado. Así las cosas, debe concluirse que, sin lugar a dudas, la calidad de la composición y variedad de la muestra seleccionada por parte del ente adjudicador respecto de la que efectuar las consultas será imprescindible a la hora de que la información abarque las diferentes sensibilidades, posibilidades y soluciones de un sector a la hora de satisfacer las necesidades del ente adjudicador. Si bien, para la selección y filtro de la información y la determinación de qué conclusiones han de inferirse una vez eliminados sesgos voluntarios o involuntarios que hayan podido introducir los participantes, será imprescindible que el tamaño de la muestra sea suficiente.

Al mismo tiempo, será necesario un mayor número de recursos personales y materiales que permitan absorber la mayor carga de trabajo que supondrán los trámites adicionales aparejados a las consultas preliminares. Si bien es cierto, en relación a este segundo *hándicap* resaltado, que las mismas tendrán un carácter excepcional, siendo previsible su utilización únicamente en el primer contacto que pueda tener un ente adjudicador con un determinado sector o bien, cuando la evolución de la configuración o del estado de la técnica del mismo haga necesaria una actualización de los contactos anteriores. Por lo que un procedimiento de consultas preliminares bien diseñado y ejecutado permitirá que el mismo no sea necesario en lo sucesivo. Es por ello por lo que, en todo caso, no podemos coincidir completamente con la opinión expresada en la enmienda número 100 efectuada al Anteproyecto de la actual ley por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos y que figura en las páginas 72 y 73 del Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 16 de marzo de 2017, en virtud de la cual se proponía la obligación de realizar estas consultas en relación a los contratos sujetos a una regulación armonizada. Sin perjuicio de que en contra de dicho criterio se pudiera alegar, también, la necesidad de dejar dicho extremo dentro de la discreción técnica del órgano de contratación el cual podría contar ya con dicha información a través de sus propios medios y experiencia, de manera que las consultas resultasen en un trámite burocrático innecesario que alargue los tiempos y los costes del procedimiento de compra pública, además, con su nunca del todo nula posibilidad de influir en la posterior concurrencia y competencia de los licitadores.

II. EL ANUNCIO DE INFORMACIÓN PREVIA COMO MEDIO DE PLANIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS SINERGIAS CON LA EXTENSIÓN DE LOS MEDIOS Y FORMAS ELECTRÓNICAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como se ha podido analizar en los epígrafes anteriores, la utilización de los sistemas dinámicos de adquisición y los acuerdos marco se presenta limitada en relación a los productos y obras de adquisición recurrente, relativos a necesidades estandarizadas sin grandes diferencias técnicas en los entes adjudicadores y disponibles, con carácter general y extendido, en el mercado.

En ambos casos, dicho condicionamiento se debe al objetivo de que, por medio de aquellos, se concentre una oferta potencial a la que puedan acceder una pluralidad de entes adjudicadores, siendo igualmente útil para todos ellos. Al tiempo que se trata que con dicha circunstancia, sea posible adelantar las necesidades comunes de los entes adjudicadores implicados, a los efectos de diseñar el procedimiento correspondiente.

En ambos casos estaríamos ante dos requisitos de conveniencia, oportunidad, e, incluso, a priori, de viabilidad material, pero no esenciales de su viabilidad formal o funcionamiento técnico. En efecto, en ambos casos, sería posible la realización de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de adquisición técnicamente viable, en relación a productos y obras que no reúnan estas características. Aunque, previsiblemente, dicho procedimientos no resultará ni de interés ni de utilidad a la mayor parte de los entes adjudicadores que pudieran estar inicialmente incluidos.

Si atendemos a las finalidades expuestas de ambos tipos de procedimientos, encontraremos además que, de proceder de este modo, el acuerdo marco perderá una de sus características básicas que fundamentan su existencia: la concentración de la demanda de los entes adjudicadores con la finalidad de potenciar el poder negociador de todas ellas, contrarrestando el de los oferentes. Lo que nos lleva a concluir que, en este escenario de adquisición de productos u obras que no reúnan las características señaladas, muy difícilmente los acuerdos marco podrán adquirir una verdadera utilidad o viabilidad material que justifique su implementación.

Ahora bien, como se ha podido exponer, en el caso de los sistemas dinámicos de adquisición, la disfuncionalidad producida por la negociación de productos y obras de carácter no estandarizado estribaría exclusivamente en la imposibilidad de estimar un volumen de demanda agregada con acierto. Lo que reduciría la utilidad del procedimiento para operadores económicos y entes adjudicadores, desincentivando su empleo. No obstante, si pudiéramos extrapolar *ceteris paribus* el funcionamiento de los sistemas dinámicos de adquisición respecto de productos y obras de características generales y uso general y repetitivo a cualquier otro producto, con independencia de su especificidad, no se perdería ninguna funcionalidad o finalidad esencial. Así, el objetivo

esencial de los sistemas dinámicos de adquisición, como su propio nombre indica, consiste en permitir una mayor agilidad en la interacción e intercambio entre oferta y demanda, mediante un marco tecnológico de funcionamiento común que permite la rápida consulta de datos de terceros integrados en el mismo y un canal de comunicación directo y preestablecido de doble sentido. Lo que se produce con los mismos es una agregación funcional desde un punto de vista técnico y formal. Pero no se requerirá necesariamente una agregación en sentido estricto de las demandas de los diversos entes adjudicadores, sino tan solo de sus intereses respecto de una determinada categoría general de producto u obra.

Expuesto lo anterior, cabría preguntarse si la tecnología actual y la implementación de medios electrónicos podría hacer posible la mencionada extrapolación. Obteniendo, desde nuestro punto de vista, una respuesta positiva.

Con tal finalidad, será necesaria la utilización combinada de la programación de los contratos públicos, arbitrada en nuestro país a través del anuncio de información previa; el uso preciso y correcto de la nomenclatura CPV; el empleo de sistemas automatizados que dispongan de algoritmos capaces de sistematizar la información desprendida de los medios anteriores; los catálogos electrónicos como sistema de presentación de ofertas; y, en su caso, un sistema de adjudicación automatizado como la subasta electrónica.

Es por ello que, con carácter previo a la exposición de la propuesta relativa a la extensión objetiva del ámbito de aplicación de los sistemas dinámicos de adquisición, hemos de detenernos en el análisis detallado de estas figuras clave.

1. ANUNCIO DE INFORMACIÓN PREVIA

1.1 Contenido y potencialidades del anuncio de información previa

Tradicionalmente, el empleo del anuncio de información previa se ha centrado en su concepción como un instrumento potestativo favorecedor de la transparencia de la actividad de los poderes adjudicadores, en el mismo sentido que el anuncio de licitación. Esto es, como un instrumento de difusión y conocimiento de actividades individuales de compra pública por parte de los entes adjudicadores. El cual justificaría su utilidad en el hecho de anticiparse al inicio del correspondiente procedimiento de contratación. De esta manera se reiteraría con efectos potenciadores en los objetivos propios del anuncio de licitación en un momento anterior a la elaboración completa y correspondiente publicación de los pliegos.

Para ello, los artículos 35, 36, Anexo VII A y Anexo VIII de la Directiva 2004/18/CE venían a configurar estos anuncios de información previa como comunicaciones mediante las que informar, de manera agregada, del valor de las diversas contrataciones previstas, para cada subtipo de servicios o bienes, en los que se prevea gastar más de

750.000 euros, o de las obras cuyo coste estimado sea superior a los 6.242.000 euros. Regulación replicada en el art. 141.1 del TRLCSP, previendo su aplicación exclusiva a los contratos sujetos a una regulación armonizada. Posteriormente, como posible fruto de la dinámica del anuncio de información previa, la Directiva 2014/24/UE, eliminó la referencia expresa a la publicidad de carácter agregador de varios procedimientos de compra.

A la vista de lo anterior, se hacía necesario que el epígrafe primero del artículo 141 del TRLCSP contemplara la posibilidad de estos anuncios de referir uno o varios de los concretos procesos previstos de contratación pública, más allá de la posibilidad de informar de manera agregada sobre el volumen de contratación presupuestado para los diferentes tipos de servicios, productos u obras. Reforma normativa efectuada por el art. 134 de la LCSP, cuya redacción abierta permite su uso flexible en el sentido expuesto.

No obstante, el contenido previsto para el anuncio de información previa es prácticamente idéntico en ambas directivas. Podría destacarse que en el Anexo V Parte B.I.2, así como del Anexo VIII 2.a), se introdujo la previsión de que se incluyera la “dirección electrónica o de internet en la que estará disponible los pliegos de la contratación para un acceso libre, directo, completo y gratuito”⁵⁴⁷. Referencia que encuentra su mayor analogía en el seno de la Directiva 2004/18/CE dentro de su Anexo VIII.2.a), si bien, refiriéndose a la idoneidad del acceso por medios electrónicos a los pliegos, no a la preceptiva inclusión de la dirección correspondiente en el anuncio de información previa. Sin embargo, no consideramos que esta ampliación de su contenido se traduzca en un incremento de la transparencia en la actuación de la Administración. Debe tenerse en cuenta que la dirección electrónica no conducirá al contenido de los pliegos, al menos no antes de la publicación del anuncio de licitación, donde también figurará tal dirección electrónica de acceso a los pliegos. Es por ello que dicho inciso, más que una ampliación del contenido de los anuncios de información previa, representa una adecuación sistemática ante el hecho de que una vez se publique el anuncio de licitación que, posteriormente, se efectúe en el procedimiento correspondiente, se deberá poner a disposición de los operadores económicos los pliegos de contratación en formato electrónico. Adicionalmente, al referirse, con carácter general, una dirección electrónica, en singular, podría derivarse una intención o inclinación del legislador, donde su utilización se prevé, fundamentalmente, respecto de un único procedimiento de contratación en detrimento del carácter agregador propio de la Directiva 2004/18/CE.

⁵⁴⁷ Salvo que nos encontremos en casos en que ello no sea posible por motivos de confidencialidad-seguridad (art. 21.1) o bien, no lo sea por cuestiones de carácter técnico (art. 22.1).

En concreto, si comparamos con carácter general las plantillas que se establecen para dichos anuncios en ambos textos legales, nos encontramos que en el Anexo VII.A.3 de la Directiva 2004/18/CE se indica que en los referidos anuncios de información previa ha de constar:

Respecto de los contratos públicos de obras: las características y alcance de las obras y lugar de ejecución. Cuando la obra esté dividida en varios lotes, las principales características de los lotes en relación con la obra. Y, si se conoce, la estimación del coste máximo y mínimo de las obras, así como los números de referencia de la nomenclatura correspondiente para su clasificación e identificación —actualmente, en todo caso, el código CPV correspondiente—.

Respecto de los contratos públicos de suministro: las características y cantidades o valor de los productos solicitados y los números de referencia de la nomenclatura correspondiente para su clasificación e identificación —CPV—.

Respecto de los contratos públicos de servicios: volumen previsto de contratación en cada una de las categorías de servicios citadas en el Anexo II A y los números de referencia de la nomenclatura correspondiente para su clasificación e identificación —CPV—.

De esta forma, el anuncio de información previa permite conocer las necesidades globales de la Administración en un determinado sector, estableciendo un referente que sirva de control de sus actuaciones concretas posteriores. Referente que, en tanto en cuanto será expresión de la discrecionalidad técnica de la Administración, entendemos que deberá ser motivada por aplicación del art. 35.1.i) de la Ley 39/2015. Sobre la base de las estimaciones iniciales, podría exigirse posteriormente la motivación de los concretos procesos de licitación que se llevan a cabo, si, observados en su conjunto, se desviarán de la información facilitada por los anuncios previos —resultando ahora de aplicación el art. 35.1.c) de la Ley 39/2015—.

Para ello, bastaría su carácter conjunto o agregado, amén de facilitar y agilizar su elaboración y publicación. Igualmente, el mencionado contenido del Anexo VII.A.3 de la Directiva 2004/18/CE preveía que el poder adjudicador se dirigiera a los operadores económicos, aún de manera indirecta, dándoles a conocer un posible interés en sus servicios, pero sin concretar los términos exactos de su demanda. De esta manera, se habilitaba potencial y paralelamente que los mismos se dieran a conocer y comunicaran su disposición a realizar una oferta comercial. Con la ventaja de que, de obtenerse dicha información, se recopilaría antes de que el ente adjudicador se viera obligado a tener confeccionado y publicado el pliego de condiciones. El cual podría llevarse a cabo en base a la información que se pudiera recoger del *feedback* realizado por los operadores económicos a la vista del anuncio de información previa. De otro lado, dicha

información podría permitir al operador económico un seguimiento automatizado y muy específico de las acciones de compra ulteriores iniciadas por los entes adjudicadores. Así las cosas, se facilitaría un conocimiento en mayor profundidad de la composición de la oferta por parte de los demandantes y de la dinámica de la demanda, en tiempo real, por parte de los oferentes.

Para la habilitación de sistemas de retroalimentación de información de las características indicadas, sería necesaria la implementación de soluciones de interactividad, desde nuestro punto de vista, poco complejas, tales como posibilitar una opción de “seguimiento” del procedimiento de licitación en el que se ha llevado a cabo el anuncio de información previa, a cambio de recibir alertas sobre nuevas comunicaciones en el proceso correspondiente, lo cual sería posible como servicio adicional de licitación electrónica de la PCSP, del portal SIMAP o de los medios de conexión entre demandante y oferente desarrollados por PEPPOL—Vid. epígrafe IV del capítulo primero del presente trabajo—. De esta forma, se puede obtener información relativa a la composición de la población que configura su potencial oferta y, en base a ello, proceder a los muestreos que se consideren oportunos en aras a fijar su nivel de demanda óptimo. O, sencillamente, disponer del número aproximado de operadores económicos interesados y su situación geográfica a la hora de realizar un posterior anuncio de licitación y su correspondiente pliego de condiciones. Y ello, de una manera más ágil y menos restringida que la dispuesta en el diálogo competitivo que regula el artículo 30 de la Directiva 2014/24/UE. En efecto, el diálogo competitivo presenta una estructura orientada a la obtención de información y fijación de los elementos de la demanda relativos a la propia configuración de un producto u obra pertinentes para la satisfacción de una determinada necesidad⁵⁴⁸. Ante lo que, probablemente, resultaría excesiva o no eficiente su utilización cuando el producto deseado sí se conoce, siendo los factores sobre los que se necesita obtener o actualizar la información los correspondientes a determinadas cuestiones económicas o logísticas propias de su abastecimiento. Además, por otra parte, se permitiría un menor contacto directo entre los entes adjudicadores y concretos operadores económicos, en el caso de que se desearan llevar a cabo consultas preliminares del mercado. Al tiempo que, en caso de que estas fueran indispensables, la selección de los destinatarios de las mismas podría arbitrarse de un modo más transparente y objetivo⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ PUERTA SEGUIDO, F., «Instrumentos para la contratación electrónica en la Ley 9/2017: la subasta electrónica», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, p. 86.

⁵⁴⁹ Sobre las consultas preliminares del mercado véase el epígrafe anterior del presente capítulo.

De esta forma, la configuración del anuncio de información previa y la forma de su empleo telemático permitiría que las TIC se constituyeran en un medio rápido y eficiente para que, en la confección de sus pliegos de condiciones, los poderes adjudicadores se encuentren en una situación mejor de la que podrían tener sin el uso de aquellas, toda vez que el conocimiento del número de operadores económicos interesados inicialmente y su identidad ayudaría a la obtención de una mayor información sobre la curva de oferta a la que realmente se enfrentan. Objetivos demandados, ya a finales de siglo pasado, por la Comisión Europea en relación a la implementación de la contratación pública electrónica, quien vislumbraba en el empleo de medios electrónicos la posibilidad de que los órganos de contratación puedan conocer precios y condiciones, antes de decidirse por los productos cuyo precio sea más interesante⁵⁵⁰.

Es más, la mera elaboración del anuncio de información previa se instituye, de realizarse, en un elemento que obligará al ente adjudicador a realizar una verdadera labor de planificación y previsión de sus necesidades del ejercicio o ejercicios subsiguientes, adecuando para ello los procedimientos de abastecimiento que resulten más convenientes. Esto es, avanzando en un mayor rigor en las fases de preparación del procedimiento de contratación pública, tal y como han venido demandando de forma temprana el Tribunal de Cuentas y la doctrina⁵⁵¹.

Como se puede comprobar, este tipo de empleo y ventajas de los anuncios de información previa, fundamentalmente en su conceptualización agregada propia de la Directiva 2004/18/CE, ya han sido previstos por el legislador europeo, proyectándolo en la Directiva 2014/24/UE. En concreto, en sus arts. 26.5 y 48.2, y en los Anexos V Parte B.II y V Parte I, se prevé el empleo de un anuncio de información previa en el que el poder adjudicador no tiene que adelantar el pliego de condiciones del futuro proceso de contratación, sino dar tan solo información general sobre las necesidades de este — especialmente en los casos en que sea de aplicación lo previsto en el Anexo V. Parte I— y de los principales rasgos del procedimiento de licitación, en la medida en que sean conocidos. En base a dicho anuncio de información previa, los operadores económicos podrán mostrar su interés, de forma que si cumplen los requisitos para concurrir en el proceso restringido o negociado para los que se reserva este tipo de anuncio de información previa, el poder adjudicador podrá ponerse en contacto con ellos.

⁵⁵⁰ Comisión Europea, COM(1996) 583 final. Libro verde. La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro, cit., epígrafe 4.13.

⁵⁵¹ De esta forma se contribuiría a conseguir un mayor rigor en las fases de preparación del procedimiento de contratación, tal y como se demanda en Tribunal de Cuentas, Informe n. 1046/2014, de 24 de julio; o como se propone, por ejemplo, en MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., ««Transparencia» vs «Transparencia» en la contratación pública», *Diario la Ley*, vol. 8607, 2015, p. 8.

Aunque, las posibilidades de utilización de este anuncio de información previa en nuestro país se ven, actualmente, restringidas al ámbito de los contratos SARA. Así, un elemento coincidente entre el art. 141 del TRLCSP y el art. 134 de la LCSP es la expresa restricción de su uso en relación a dichos contratos. A la vista de ello, podría tratarse de defender que, por aplicación del art. 51.6 de la Directiva 2014/24/UE, los poderes adjudicadores podrían publicar cualquier anuncio que deseen a través de la OPUE, siempre y cuando se ajusten a los requisitos formales y de contenido exigidos, incluidos los anuncios de información previa de cualquier cuantía. No obstante, desde nuestro punto de vista, dado el ámbito de aplicación de la directiva europea establecido en su artículo 1.1, entendemos que la anterior interpretación no es viable, siendo el legislador nacional plenamente soberano en aquellos contratos públicos que no estén sometidos a una regulación armonizada⁵⁵², siempre y cuando cumpla con los principios generales del derecho de la UE derivado de su normativa y de la jurisprudencia de la UE. Y en este caso, en uso de tal potestad, el legislador nacional parece rechazar la oportunidad tendida por el legislador europeo, salvo para los contratos de obras —vid. art 118 del RCSP—. Lo que quedaría meridianamente claro al reconocer tal opción potestativa del poder adjudicador en relación al anuncio de licitación en el art. 135.2 de la LCSP, pero no en relación al anuncio de información previo en su art. 134. Así las cosas, más allá de la LCSP, su extensión a contratos no SARA solo podría hacerse previa habilitación de las leyes autonómicas de aquellas Comunidades con competencia en la materia.

1.2 Forma de publicación del anuncio de información previa

La Directiva 2004/18/CE establecía la potestad de que las comunicaciones de los anuncios de información previa, realizadas entre el ente adjudicador y la Comisión Europea se hiciera potestativamente mediante la utilización de las TIC —véanse sus Arts. 36.1 y 37—. En caso de no hacer uso de las mismas, se produciría un alargamiento de los plazos correspondientes. No obstante, cuando se optaba por la realización de estos anuncios de información previa, salvo las excepciones previstas de imposibilidad o no idoneidad de empleo de medios electrónicos, su comunicación respecto de los operadores económicos debía hacerse mediante el empleo de las TIC, estableciéndose

⁵⁵² En este mismo sentido y profundizando sobre los efectos de las directivas sobre contratos no sujetos a una regulación armonizada, véase ROMAR VILLAR, J. C., «Efectos respecto a los contratos de valor estimado inferior a los umbrales comunitarios», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 143, 2016, donde es objeto de análisis la jurisprudencia del TJUE al respecto y donde se concluye: “Así las cosas, a la pregunta concreta ¿En qué modo afectan las nuevas directivas a la regulación contenida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público respecto a los contratos no sujetos a una regulación armonizada? La respuesta sólo podría ser: «En nada»”. Lo que se matiza posteriormente añadiendo la condición de que el contrato que no se halle sujeto a una regulación armonizada tenga expresamente una regulación diferente en sede nacional, la cual se ajuste a los principios básicos del derecho europeo.

la posibilidad indistinta de que se hiciera a través de la Plataforma SIMAP o a través del perfil del comprador del poder adjudicador —art. 35.1.I en relación con el Anexo VIII D—. En el caso de que se optara por el perfil del comprador, era obligatorio que, antes de proceder a su publicación, se enviara el anuncio de su publicación a la Comisión, a fin de que esta diera acceso a la comunicación ubicada en el perfil del comprador, a través de un enlace en el portal SIMAP —art. 36.5.III D. 2004/18/CE—.

Por su parte, la directiva de 2014 establece que, en todos aquellos casos en los que los poderes adjudicadores deseen llevar a cabo un anuncio de información previa, este deberá hacerse necesariamente mediante el empleo de las TIC, incluidas las comunicaciones internas entre aquellos y la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. La obligación de que las comunicaciones internas con la OPUE se realicen de forma telemática viene a constituir un precepto de la Directiva 2014/24/UE que rompe con lo establecido hasta ahora en la Directiva 2004/24/CE. Tales comunicaciones han de efectuarse por medio de los formularios contenidos en el Anexo I o Anexo VIII del Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1986 de la Comisión de 11 de noviembre de 2015.

Por su parte, y de forma similar a lo que establecía la Directiva 2004/18/CE, el artículo 48.1 de la Directiva 2014/24/UE dispone que el poder adjudicador que opte por la realización de un anuncio de información previa podrá hacerlo, bien en su perfil del comprador, bien a través de la OPUE en el Diario Oficial de la Unión Europea a través de la herramienta TED del portal SIMAP. Independientemente de la opción que elija el poder adjudicador el anuncio en cuestión deberá contener la información referida en el Anexo V.B.I. En el caso de que se decida la publicación en el perfil del comprador del poder adjudicador, este deberá llevar a cabo un trámite previo y estrictamente necesario antes de que se encuentra habilitado para ello, tal y como establece el art. 52.3 de la Directiva 2014/24/UE —sucesor del artículo 36.5.III de la Directiva 2004/18/CE—, cual es, el envío del “anuncio de su publicación” en el perfil del contratante, comunicación que deberá presentar el contenido señalado en el Anexo V.A. —que viene a mantener en esencia la información requerida por el Anexo VII.A de la Directiva 2004/18/CE—. De esta forma, antes de que sea público el anuncio en su perfil del comprador, la OPUE tendrá en su poder la comunicación de que dicho anuncio se va a llevar a cabo, procediendo a publicarse, a través del portal SIMAP, la identificación del poder adjudicador, la materia de contratación pública sobre la que versa, y el hipervínculo que permita acceder a dicho anuncio en el perfil del contratante correspondiente.

A la vista de todo ello, ya sea de manera directa o indirecta, todo anuncio de información previa estará publicitado en el DOUE y accesible a través del portal SIMAP⁵⁵³. A ello puede unirse que, a la vista de los plazos de publicación del art. 51.2 de la Directiva 2014/24/UE, el acceso a través de esta herramienta será prácticamente coetáneo a los anuncios que puedan llevarse a cabo a través del perfil del comprador. La nueva regulación de la Directiva 2014/24/UE fue traspuesta por el art. 134 de la LCSP — epígrafes 2 a 5—⁵⁵⁴. A la vista de lo expuesto, queda de manifiesto que la novedad introducida por la Directiva 2014/24/UE y la LCSP presentaba un carácter eminentemente *ad intra* con el objetivo de incrementar la eficiencia y la rapidez del intercambio de información entre administraciones.

Como fruto de esta novedad, podemos ver cómo la “recompensa” prevista por la Directiva 2004/18/CE establecida en su art. 36.3, consistente en una publicación más veloz de los anuncios en cuestión por parte de la Comisión cuando los mismos fueran remitidos de forma telemática, pierde su sentido en la Directiva de 2014, manteniéndose ahora como plazo único el reservado en las directivas anteriores para las comunicaciones enviadas de forma telemática. Como resultado se vislumbra, pues un acortamiento de los plazos a nivel interno entre las Administraciones implicadas por el uso de medios telemáticos. Dicha reducción ha de valorarse de forma positiva, dada la mayor agilidad que los nuevos plazos permiten imprimir en los procesos burocráticos, produciendo una serie de ventajas funcionales derivadas del empleo de las TIC⁵⁵⁵, que permiten la consolidación de los objetivos que ya establecía la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/18/CE, al indicar que “la utilización de medios electrónicos permite ahorrar tiempo”, por lo que “deben establecerse reducciones de los plazos mínimos en caso de utilización de esos medios electrónicos, a condición, no obstante de que sean compatibles con las modalidades específicas de transmisión previstas a escala comunitaria”.

Ahora bien, no nos es posible una extrapolación directa de estas consideraciones en relación a la utilización de las TIC con la reducción en el plazo de recepción de ofertas

⁵⁵³ No así en la PCSP, toda vez que la publicación indirecta o por hipervínculo de los anuncios contenidos en las plataformas autonómicas se limita al anuncio de licitación y al anuncio de adjudicación.

⁵⁵⁴ En la generación de este precepto, se puso de manifiesto en Tribunales Administrativos de Contratación Pública, Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del Sector Público, Madrid, 2016, p. 151, que el BALCSP, al contrario que el TRLCSP, no establecía expresamente la imposibilidad de que se proceda a la publicación del anuncio de información previa en el perfil del comprador, sin haber previamente remitido la comunicación del anuncio a la OPUE. Lo que sí se hacía en su art. 135.3 en relación a los anuncios de información previa empleados como convocatoria de licitación. Carencia que ya aparecía corregida en la versión inicial del Proyecto de Ley.

⁵⁵⁵ GALLEGO CÓRDOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», cit., p. 2.

o, lo que es lo mismo, la reducción de los plazos para la preparación de las mismas. Ello puede conducir a una concepción demasiado burocratizada de la regulación de las TIC⁵⁵⁶, mostrándose demasiado superficial o vinculada a las concepciones de los procesos en papel a la hora de valorar las innovaciones administrativas que pueden derivar del uso de medio telemáticos⁵⁵⁷. En este caso, cabe considerar que, a pesar de que el operador económico pueda acceder de forma más fácil y rápida a las comunicaciones referidas a procesos de contratación pública, no implica que, una vez conocida la intención futura de contratar a través del anuncio de información previa y posteriormente el anuncio de licitación, no tenga que llevar a cabo sus estudios económicos a fin de decidir si el proceso de licitación abierto le interesa o no y, en su caso, cuál es la mejor oferta que puede ofrecer. Amén de reunir y confeccionar toda la documentación que le sea requerida.

De este modo, tal reducción de los plazos en la recepción de ofertas basada meramente en la realización de los anuncios de información previa, a través de medios telemáticos, podría producir el efecto adverso toda vez que, como es natural, no se dispondrá de acceso a los pliegos al momento de publicación del anuncio de información previa. En consecuencia, no creemos necesario, con carácter general, esta agilización de los trámites a costa de los operadores económicos, en relación a una de las fases esenciales del proceso de contratación pública, cual es la recepción de ofertas, pudiendo implicar una reducción de las posibilidades de acceso a los licitadores⁵⁵⁸. Consideraciones que serán de especial relevancia en relación a las Pymes⁵⁵⁹.

1.3 El anuncio de información previa como convocatoria de licitación

La Directiva 2014/24/UE introduce, como novedad, en sus artículos 48.2 y 26.5, la posibilidad de emplear los anuncios de información previa como convocatoria de la licitación en relación, exclusivamente, al procedimiento restringido y los procedimientos negociados⁵⁶⁰. Es decir, se reserva para aquellos procesos de

⁵⁵⁶ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Informe sobre el anteproyecto de ley de contratos del sector público, Madrid, 2015, p. 26.

⁵⁵⁷ VALERO TORRIJOS, J., «De la digitalización a la innovación tecnológica: valoración jurídica del proceso de modernización de las administraciones públicas españolas en la última década (2004-2014)», cit., pp 123 y 126.

⁵⁵⁸ En este mismo sentido véase Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Informe sobre el anteproyecto de ley de contratos del sector público, cit., p. 26. En sentido contrario véase MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica: análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, cit., p. 80.

⁵⁵⁹ PUNZÓN MORALEDA, J., «Reducción de plazos de publicidad y presentación de ofertas», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 143, 2016, p. 2.

⁵⁶⁰ RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M., «Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: Aspectos clave y propuestas para su transformación en España», *Revista de administración pública*, vol. 196, 2015, p. 123.

contratación del Sector Público en los que se establece una primera fase de la licitación en la que el poder adjudicador escogerá —en base a unos criterios objetivos—, entre los operadores económicos concurrentes, aquellos que podrán presentar ofertas en fases ulteriores al superar los criterios exigidos o hacerlo en mayor medida que el resto de licitadores.

La forma de publicación de estas comunicaciones deberá seguir el régimen expuesto respecto de los anuncios de información previa, con una importante excepción consistente en que el medio telemático de su publicación deberá ser necesariamente el portal SIMAP —recuérdese su exclusiva previsión en la normativa nacional respecto de los contratos SARA—, sin perjuicio de que se añadan otros, como el perfil del contratante. Ahora bien, no será posible que se haga constar información adicional en estos otros medios, respecto del portal SIMAP.

Con carácter general, los anuncios de información previa empleados como convocatoria de licitación tendrán una vigencia máxima de doce meses, siendo la información requerida en este tipo especial de anuncios de información previa la señalada en el Anexo V.B.II de la Directiva 2014/24/UE, la cual, por razones obvias deberá contener mayor detalle que los anuncios de información previa ordinarios.

Al tratarse de una figura desconocida en la Directiva 2004/18/CE no ha de sorprender su total ausencia en el TRLCSP, produciéndose el efecto directo de la directiva sobre este aspecto⁵⁶¹. El cual, lógicamente, era esperable que cesara con la aprobación de la LCSP. No obstante, en su tramitación, desde la aprobación del BALCSP, ya se pudo detectar una anomalía sobre este extremo, que dejaba entrever una transposición de esta novedad de la Directiva 2014/24/UE de una forma a todas luces incompleta. En efecto, los primeros esbozos de la LCSP restringían el uso del anuncio de información previa como convocatoria de licitación en relación a los “contratos de concesiones de servicios especiales del Anexo IV” tal y como se desprendía de estas versiones iniciales del art. 135.5 y de la Disposición Adicional Trigésimo Octava⁵⁶². Sin embargo, de manera sorpresiva, dichos defectos de transposición se han mantenido en el texto definitivo y con ello, llegando hasta nuestros días el efecto directo del art. 48 de la Directiva 2014/24/UE.

⁵⁶¹ Tribunales Administrativos de Contratación Pública, Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del Sector Público, cit. p. 35.

⁵⁶² Se ha de destacar el uso obligatorio de esta forma de inicio de la licitación de los referidos “servicios especiales” pese a que el art. 75 de la Directiva 2014/24/UE permite que se inicie la licitación, bien mediante un anuncio de licitación, o bien mediante un anuncio de información previa empleado como convocatoria de licitación.

En virtud de dicho efecto directo será posible que en los procedimientos restringidos y negociados con publicidad, todos los poderes adjudicadores que no sean las autoridades, órganos u organismos estatales⁵⁶³ podrán utilizar un anuncio de información previa como convocatoria de licitación siempre que “se refiera específicamente a los suministros, las obras o los servicios que serán objeto del contrato que vaya a adjudicarse”; se mencione el tipo de procedimiento por el que se procederá a la adjudicación, que no se efectuará convocatoria de las licitaciones ulterior en el procedimiento y que se procederá a la invitación para la presentación de ofertas a todos los operadores económicos que muestren su interés. Además, entre la información adicional que deberán contener este tipo de anuncios de información previa encontramos, si se empleará un acuerdo marco o un sistema dinámico de adquisición; en la medida en que ya se conozca, el calendario de entrega de los bienes y las obras o la prestación de los servicios y duración del contrato, las condiciones para la participación⁵⁶⁴, una breve descripción de los criterios que utilizarán para la adjudicación del contrato, la magnitud total estimada del contrato o los contratos⁵⁶⁵; la fecha límite de recepción de manifestaciones de interés; la dirección a la que deberán enviarse las manifestaciones de interés; la lengua o lenguas autorizadas para la presentación de candidaturas o de ofertas; las indicaciones relativas a si se exigirá o aceptará la presentación electrónica de ofertas o solicitudes de participación; si se utilizarán pedidos electrónicos; si se utilizará facturación electrónica; si se aceptará el pago electrónico; información sobre si el contrato está relacionado con un proyecto o programa financiado con fondos de la Unión; el nombre y la dirección del órgano responsable de los procedimientos de recurso y, en su caso, de mediación; y la indicación del plazo de los procedimientos de recurso, o, en caso necesario, el nombre, la dirección, los números de teléfono y de fax y la dirección electrónica del servicio del que pueda obtenerse dicha información.

De este modo, en función de la precocidad con la que se proceda a la publicación del anuncio de información previa empleado como convocatoria de licitación, los operadores económicos dispondrán de un mínimo de treinta días⁵⁶⁶ y el máximo antes indicado de vigencia del anuncio de información previa de doce meses.

⁵⁶³ Definición del concepto de “poder adjudicador subcentral” establecida en el art. 2.3 de la Directiva 2014/24/UE.

⁵⁶⁴ En concreto se solicita información: a) cuando proceda, indicación de si el contrato público está restringido a talleres protegidos o si se prevé que sea ejecutado únicamente en el marco de programas de empleo protegido; b) cuando proceda, indicar si con arreglo a disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, se reserva la prestación del servicio a una determinada profesión; c) breve descripción de los criterios de selección.

⁵⁶⁵ Por lotes, en su caso.

⁵⁶⁶ Vid. arts. 161 y 169 de la LCSP.

Es posible verificar, por tanto, una trasposición parcial e incompleta de la figura del anuncio de información previa empleado como convocatoria de licitación, puesto que solo se prevé para la licitación de una serie de servicios sociales enumerados en la normativa europea, y no para todos los procedimientos restringidos o con licitación negociada, tal y como prescribe la Directiva 2014/24/UE. El hecho de que el art. 48.2 de la Directiva 2014/24/UE limite su aplicación a los poderes adjudicadores no estatales, esto es, a los autonómicos y locales, no empece el carácter vinculante del precepto y la generación de un efecto directo, cuyo mantenimiento desde el año 2014 provoca, no solo una manifestación de mala técnica legislativa, sino que desincentiva la aplicación de esta figura.

En efecto, la falta de trasposición favorece el desconocimiento de esta posibilidad por parte de los sujetos a los que se haya destinada. Cuando con ella, el legislador europeo ha tratado de ahondar en la posibilidad de que los entes adjudicadores, antes de la elaboración de los pliegos e inicio del procedimiento propiamente dicho, puedan conocer una muestra representativa de la oferta a la que se enfrentan. Piénsese que, insertando esta posibilidad en los procedimientos restringidos y negociados con publicidad, se llega a permitir que los entes adjudicadores recopilen durante meses solicitudes de participación, marcando una clara diferencia entre esta fase, que podríamos denominar de forma llana como de presentación del sobre A, y las subsiguientes de formulación de la oferta. Ello favorecería a contrarrestar la dinámica actual por la que la convocatoria de licitación puede verse integrada con frecuencia no menor en el PCAP⁵⁶⁷, permitiendo no solo diferenciar ambas fases, sino que el pliego sea culminado a la vista de las solicitudes de participación recibidas. Del modo expuesto y como se desprende del análisis efectuado en el epígrafe I.2 del presente capítulo, se favorecería cierta convergencia en la lógica de funcionamiento de estos procedimientos y los sistemas dinámicos de adquisición.

1.4. El anuncio de información previa como elemento de planificación preceptiva

Una de las características constantes del anuncio de información previa hasta la LCSP, ha sido su carácter potestativo. Así, en la Directiva 2004/18/CE, aunque el tenor de su art. 35.1 permitiera, sobre la base de sus primeros párrafos, la interpretación de su preceptividad por encima de determinados umbrales, es lo cierto que su párrafo quinto permitía aclarar su potestatividad general, limitando su necesidad para aquellos casos

⁵⁶⁷ Vid. pp. 34 a 39 del PCAP del expediente de contratación seguido con número 65/18 por el Ayuntamiento del Puerto de Santa María.

en los que los entes adjudicadores hubieran adoptado —libremente— la reducción del plazo de presentación de ofertas contemplado en el art. 38.4 de la Directiva 2004/18/CE.

Por su parte, la Directiva 2014/24/UE muestra una regulación más clara que la contenida en la Directiva 2004/18/CE, al establecer de forma expresa, en su art. 48, una total libertad de los poderes adjudicadores sobre la realización o no de anuncios previos de información, lo que, como se ha podido ver, no supone realmente novedad alguna sobre la regulación anterior.

No obstante, aunque en el art. 134 de la LCSP se mantiene, con carácter general, el carácter potestativo de los anuncios de información previa, esta trayectoria ha potenciado cierta disrupción que podía encontrarse anteriormente en el RCSP. Así, el art. 28.4 de la LCSP⁵⁶⁸, en relación a la planificación de la actividad de las Administraciones Públicas y la adecuada transparencia de la misma, ha introducido⁵⁶⁹ la obligación de programar la actividad de contratación pública del ejercicio o ejercicios siguientes. Dicha programación debe alcanzar a todos los procedimientos de compra que, previsiblemente, vayan a tener la condición de SARA y se realizará a través de un anuncio de información previa. Naturalmente, la publicación del anuncio de información previa deberá tener lugar en la plataforma correspondiente en la que se aloje el perfil del contratante y mediante la utilización de formatos abierto y reutilizables. Sin embargo, creemos del todo conveniente seguir las indicaciones de la OIRESCON, por las que se señala que sería deseable que la publicación de estas programaciones se hiciera en una sección específica del perfil y no en el apartado general “documentos”. Sección específica en la que fuera posible realizar una búsqueda y seguimiento por parte de los operadores económicos mediante distintos campos y de forma referida a todos los entes adjudicadores desde la plataforma en cuestión. Esto es, sin necesidad de tener que acceder al perfil del contratante de cada ente adjudicador⁵⁷⁰.

Como se adelantaba, este precepto potencia la previsión anteriormente contemplada por el art. 118 del RCSP en relación al contrato de obras, en vigor a día de hoy. De la comparación de ambos preceptos, se desprende como diferencia que el plan de contratación de la LCSP alcanza a todos los contratos SARA realizados por un ente adjudicador, con independencia de su clasificación funcional; mientras que en el caso

⁵⁶⁸ En MORENO MOLINA, J. A., «Principios generales de la planificación y racionalización de la compra pública», en PINTOS SANTIAGO, J. (coord.) *Planificación y racionalización de la compra pública*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, p. 77, el art. 28 de la LCSP es calificado como “uno de los preceptos clave”.

⁵⁶⁹ Enmienda número 34 presentada por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos y que figura en la página 34 del Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 16 de marzo de 2017. Esta cristalizaría en el texto final al ser recogida en por el Informe de la Ponencia encargada publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados de 2 de agosto de 2017, aprobado en este punto por la Comisión con competencia legislativa plena tal y como consta en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados de 10 de agosto de 2017.

⁵⁷⁰ Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, Informe anual de supervisión de la contratación pública de España, cit., pp. 52 y 53.

del anuncio indicativo del RCSP, su contenido ha de referirse a todos los contratos de obras, con independencia de su categorización en función de su grado de sujeción a las disposiciones normativas de la Unión Europea. De otro lado, el anuncio indicativo de las obras a realizar se refiere exclusivamente a un periodo anual, mientras el plan de contratación SARA admite, expresamente, una configuración plurianual. Por último, el plan de contratación SARA se remite al contenido general del anuncio de información previa analizado en el epígrafe II.1.1 anterior, mientras que el anuncio indicativo limitaba su contenido a “una breve reseña de sus características generales y su presupuesto aproximado”. Por el contrario, como elementos comunes de ambos documentos, puede señalarse su preceptividad y la ausencia de previsión expresa acerca del incumplimiento de su realización. Más allá de la posible inocuidad del no cumplimiento de esta exigencia, es lo cierto que la LCSP incrementa significativamente los casos en los que se excepcionará la regla general de la potestatividad⁵⁷¹ del anuncio de información previa⁵⁷².

La oportunidad de introducir la necesidad de publicación del plan de contratación se justificaba en la enmienda por la que se produjo su incorporación en el texto de la LCSP del siguiente modo:

debe promoverse que las entidades del Sector Público programen su contratación lo que además de introducir eficiencia en la gestión contractual, favorece a la pequeña y mediana empresa que puede dimensionar y programar sus recursos y generar alianzas y colaboraciones, en definitiva, acceder a los contratos públicos en mejores condiciones.

Así, este fomento de la planificación trata de coadyuvar en la garantía de que todo procedimiento de contratación responde a una necesidad funcional real del órgano contratante, así como que se ha tratado de conseguir una adecuada configuración del procedimiento, instando a aquel a plasmar una actividad previa y rigurosa de sus previsiones presupuestarias y planificación de necesidades que no fuera posible cubrir mediante el empleo de medios propios⁵⁷³. Dos elementos esenciales de la existencia del referido procedimiento que se recogen expresamente en los arts. 1 y 2 de la LCSP⁵⁷⁴. En este punto, debe señalarse cómo la planificación se instituye como un elemento de prevención de las formas de corrupción, desviación o sesgo de la contratación pública

⁵⁷¹ Junto con el art. 108 del RCSP, deberíamos tener en cuenta su carácter preceptivo cuando sea empleado como convocatoria de licitación de contratos de concesiones de servicios especiales del anexo IV —DA 36^a de la LCSP—.

⁵⁷² Dinámica respecto de la que coincidimos con MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica: análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, cit., p. 168, declarándonos favorable a la misma.

⁵⁷³ VÁZQUEZ GARRANZO, J. Y OTROS, «La utilización de técnicas electrónicas y telemáticas por las Administraciones Públicas en materia de contratación pública: introducción histórica», cit., p. 58.

⁵⁷⁴ MORENO MOLINA, J. A., «La innovación en la contratación pública desde la Unión Europea», cit., pp. 67 y 68.

más dañinas y más difíciles de detectar, tales como la adquisición perfectamente regular de productos u obras que no son necesario para el ente adjudicador. A estos efectos, la planificación se instituye en un buen ejemplo de medida concreta orientada a la lucha contra la corrupción con un marcado carácter proactivo, en tanto en cuanto establece un elemento referencial previo y transparente que permitirá el contraste de las decisiones adoptadas ulteriormente en el marco de cada uno de los procedimientos de contratación⁵⁷⁵. Adicionalmente, como se señala en la motivación de la enmienda indicada, una acción planificada y anticipada de compra pública permite situar en mejor posición de los operadores económicos, especialmente a aquellos de menor tamaño a la hora de preparar sus ofertas y facilitar su reacción satisfactoria tras la publicación de los anuncios de licitación⁵⁷⁶.

Esta asociación entre anuncio de información previa y planificación resulta del todo natural, dado el momento del procedimiento o del no procedimiento en el que aquel tiene lugar. Así, estas comunicaciones relativas a los procedimientos de compra efectuadas en el nivel de preinformación se encuadran dentro de las actuaciones de preparación de la contratación pública, esto es, en una fase del procedimiento de contratación previa a la confección definitiva de los pliegos de contratación y de su puesta en conocimiento respecto de terceros con la finalidad de incoar el procedimiento

⁵⁷⁵ DÍAZ MORÁN, Y., «Cómo planificar los contratos públicos: especial referencia a las pequeñas y medianas entidades locales», en PINTOS SANTIAGO, J. (coord.) *Planificación y racionalización de la compra pública*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp. 172 a 177. Sobre la necesidad de la toma de medidas de carácter proactivo que acompañen a aquellas otras de carácter reactivo a fin de poder contrarrestar, realmente, el fenómeno de la corrupción, véase MIRANZO DÍAZ, J., «Inteligencia artificial y contratación pública», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, p. 107. Sobre la posibilidad de que esta planificación, por medio de su contraste con la compra realmente realizada permita monitorizar la discrecionalidad en la decisión de los procedimientos de compra a realizar, véase CLARICH, M., «Contratti Pubblici e concorrenza», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, p. 301.

⁵⁷⁶ Necesidad de actuación estratégica destacada por GIMENO FELIÚ, J. M., «El informe CORA y la contratación pública: una visión crítica», *Observatorio de la Contratación pública*, 2013; GIMENO FELIÚ, J. M., «Retos pendientes en la Unión Europea en la materia de contratos públicos. La necesidad del think tank», cit.. En la misma línea que se expresa GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», cit., p. 21, detallando cómo las TIC pueden ser un importante aliado para facilitar un cambio en dicha línea; y MARTÍN DELGADO, I., «Presentación», cit., p. 15. Resulta también de interés el parecer expresado en *Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Servizi e forniture: programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto*, 2013, en el que se viene a expresar la falta de planificación previa como origen de efectos indeseados “*quali la frammentazione degli affidamenti, il frequente ricorso a proroghe contrattuali illegittime, l'avvio di procedure negoziate senza bando motivate dalla mera urgenza di provvedere, l'imprecisa definizione dell'oggetto del contratto con riguardo alle specifiche tecniche e/o alle quantità, la perdita di controllo della spesa*”, esto es, “tales como la fragmentación de las adjudicaciones, el recurso frecuente a prórrogas contractuales ilegítimas, el inicio de procedimientos negociados sin publicidad motivados exclusivamente por la urgencia de la provisión correspondiente, la definición inexacta del objeto del contrato con respecto a las especificaciones técnicas y/o las cantidades, la pérdida del control del gasto”.

de licitación en sentido estricto⁵⁷⁷. Durante esta fase, se producirá la evaluación de las necesidades y disponibilidades económicas por parte del ente adjudicador, las cuales justificarán, posteriormente, la incoación del procedimiento de compra pública, así como los términos técnicos y económicos que figuren en los pliegos. Por tanto, aquella viene a englobar una serie de actuaciones previas indispensables para la obtención de una actuación racional del ente adjudicador, tendente al correcto funcionamiento y eficacia de los procedimientos de compra pública⁵⁷⁸.

En dicha línea, y en pos de fomentar esta mejora concurrencial que puede derivar de información previa, destaca la iniciativa del servicio de contratación de la Universidad de Almería puesto en marcha en el año 2012⁵⁷⁹, por el que se efectuaban “avisos de compras programadas” publicados en las webs institucionales de dicha Administración, así como en webs informales de difusión, tales como redes sociales. Buena práctica de este adjudicador que es expuesto del siguiente modo:

La Universidad de Almería es consciente de que, para obtener compras públicas eficientes, es necesario adelantar información a las empresas sobre las compras programadas, para que éstas puedan conocer, antes de la aprobación del expediente de contratación y la publicación de anuncios oficiales, las condiciones técnico-administrativas necesarias para participar como licitadores, a fin de que puedan preparar, recopilar y cumplimentar la documentación administrativa que deberán aportar en la fase de licitación así como formarse y practicar para licitar electrónicamente. Con el sistema de avisos de compras programadas, pretendemos solventar algunas de las dificultades que experimentan las Pymes al participar en procedimientos de contratación pública y que se recogen en el “Código de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYMES a los contratos públicos” (Bruselas, 25.06.2008).

⁵⁷⁷ Siguiendo lo establecido por SCOCA, S. S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, cit., p. 94, nota (134) y la profusa doctrina por él citada, no podría afirmarse que estemos ante una fase previa al inicio del procedimiento de contratación, sino ante la fase de “*deliberazione di contrarre*” consistente en “*un vero e proprio atto amministrativo recante la fissazione della norma alla quale dovrà attenersi nonché la giustificazione del promovimento del procedimento*”, esto es: “un acto administrativo adecuado que establezca la norma correcta a la que deberá atenerse, así como la justificación para la incoación del procedimiento”. Sobre los efectos y realidad de los comportamientos fraudulentos de los poderes adjudicadores basados en una ficticia división en la fragmentación indebida de procesos de contratación pública, véase AYMERICH CANO, C., «Corrupción y contratación pública: Análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, vol. 45-46, 2015, pp. 217 a 220.

⁵⁷⁸ SCIANCALEPORE, V. D., «Pianificazione, programmazione e progettazione», en CORRADINO, M. y DAMIANI, S.S. (coords.) *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Varese, Giuffrè Editore, 2017, p. 44.

⁵⁷⁹ Información obtenida en:

http://cms.ual.es/UAL/universidad/serviciosgenerales/contratacion/Pagina/TABLA_ALERTA_TEMPRANA, fecha de consulta, 11/11/2020.

[...] Este enfoque posibilitará que las empresas conozcan, con una antelación aproximada de treinta días, la futura convocatoria de cualquier proceso de licitación, permitiéndoles de esta forma obtener información acerca del tipo de procedimiento, importe, objeto del contrato y todos aquellos datos que, al comenzar la fase de iniciación del expediente, se conozcan por parte de la universidad y no estén sujetos a aprobación del órgano de contratación. Además, otra ventaja de anunciar los procedimientos con antelación a la publicidad obligatoria, es facilitar a las empresas el tiempo necesario para la preparación de la proposición técnica y económica, mejorando sus posibilidades de realizarlas de forma acorde a las necesidades de la institución y a las posibilidades reales de la empresa.

No obstante, la línea seguida por el art. 28.4 de la LCSP, en relación con la iniciada por el art. 118 del RCSP, aun partiendo de su plena lógica y oportunidad, no puede impedir el reconocimiento de la existencia de un importante problema de partida, cual es la marcada fragmentación de los poderes adjudicadores en la UE, fundamentalmente en el ámbito local⁵⁸⁰. Entre los efectos derivados de dicha circunstancia que han sido destacados en el epígrafe III del capítulo segundo del presente trabajo, hemos de reparar especialmente, en este punto, en una fuerte dispersión de la información sobre procedimientos de licitación, así como una previsible dificultad para el tratamiento de los datos y la información necesaria para su adecuada planificación⁵⁸¹, especialmente en lo que respecta a su recolección, sistematización y extrapolación. A esta variable ambiental que puede limitar el alcance de la actividad de planificación contractual, se une su limitación objetiva⁵⁸² —en los contratos que no sean de obra—, a los contratos

⁵⁸⁰ En Italia, el 70 % de los municipios tienen una población inferior a los 5.000 habitantes, véase GUERRA, M. P., 'Dalla spending review a un "sistema" del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti tra centralizzazione e policentrismo', *Astrid Rassegna*, núm. 20 (2016), p. 1. Porcentaje que en el caso de España asciende al 84%: información obtenida del INE, accesible en <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=2851>. Fecha de consulta 15/1/2021.

⁵⁸¹ DRAGOS, D. C., y otros, "Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects", cit., pp. 331 y 332.

⁵⁸² Ha de reseñarse que el precepto de la LCSP no cuenta con una limitación subjetiva, por la que esta obligación se circunscriba a la actividad de compra de las administraciones públicas. Limitación que sí figura en el d.lgs. n. 50/2016 italiano a propuesta del *Consiglio di Stato*, quien consideró que la imposición de la actividad de programación a todos los entes adjudicadores sería difícilmente conciliable con aquellos que hayan adoptado una forma empresarial y operen en un mercado competitivo. Dicho órgano consultivo llega a afirmar que dicha extensión de la necesidad de planificación podría eliminar la libertad de empresa —vid. *Consiglio di Stato*, *Parere n. 855/2016*, 1 aprile, sullo schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione"—. En este punto nos mostramos favorables a la decisión del legislador español, toda vez que el hecho de que un ente adjudicador del Sector Público presente la forma de un ente privado, y que el mismo desarrolle actividades industriales o mercantiles no lo convierte en una empresa privada, ya que a tales fines no empleará recursos privativos, sino fondos públicos, lo que precisamente conduce a su inclusión dentro del ámbito objetivo de la LCSP. Hecho que por sí solo pone de manifiesto que no solo se presumirá que se actúe en la consecución del mayor beneficio para el ente en cuestión, sino que el mismo, por imperativo legal, deberá proceder a la maximización de

SARA. Lo cual puede sesgar significativamente la actividad de planificación, pues, como indica VÁZQUEZ LACUNZA, “difícilmente se podrá hablar de una correcta planificación de la actividad contractual si ésta no es integral”, esto es, que alcance también a los contratos que no superen los umbrales para su consideración como sujetos a una regulación armonizada⁵⁸³. A este respecto, BUTLER destaca la inseguridad de los poderes adjudicadores sobre la posibilidad y conveniencia de una efectiva consecución de objetivos de carácter estratégico en sus procedimientos de contratación pública. Extremo que podría derivar de una carencia de conocimientos y competencias especializadas en la materia⁵⁸⁴. Fruto de esta falta de predisposición a la planificación surgiría un escollo para la obtención de un comportamiento holísticamente estratégico por parte de los poderes adjudicadores, habiendo impedido que las disposiciones legislativas aparecidas, fundamentalmente a partir de la Directiva 2004/18/CE, no hayan sido efectivas en su aplicación práctica.

Desde nuestro punto de vista, si se pudieran superar las barreras que puedan surgir de esta fragmentación de la demanda de los entes adjudicadores en España, especialmente en forma de resistencia o incomprensión del cambio, así como en las dificultades técnicas en la conexión de sus bases de información, sería marcadamente aconsejable la ampliación de las previsiones del art. 28.4 de la LCSP a los contratos no SARA o, al menos, a los contratos cuyo objeto, acumuladamente considerado, supere unos determinados umbrales. Es decir, una determinación del umbral de aplicación no sobre la base del valor estimado del contrato, sino sobre la base del valor estimado del gasto en cada ejercicio en un CPV concreto. Las elevadas cuantías que determinan los contratos SARA implican la existencia de un amplio margen para introducir el uso de los anuncios de información previa manteniendo la eficiencia de los mismos⁵⁸⁵. Máxime si tenemos en cuenta que la existencia de comportamientos irregulares tiende a pasar más desapercibida en relación a los procesos de licitación de menor cuantía⁵⁸⁶, lo que haría más oportuno en este sentido, si cabe, la contribución a la transparencia y

la calidad precio de sus adquisiciones. Estas consideraciones se verán reforzadas respecto de aquellos casos en los que la actividad se halle directamente vinculada a la satisfacción de un interés público.

⁵⁸³ VÁZQUEZ LACUNZA, E., «Obligaciones de información del poder adjudicador a los licitadores», *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 158, 2018, epígrafe III.1.1.

⁵⁸⁴ BUTLER, L., "Innovation in Public Procurement: Towards the 'Innovation Union'", en LICHÈRE, F., CARANTA, R., y TREUMER, S. (coords.), *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Djof Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 346 y 347.

⁵⁸⁵ Al respecto, nos remitimos al considerable importe acumulado que suponen, entre otros, los contratos menores señalado por GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», cit., p. 3, lo que conduce a la necesidad de mantener respecto de estos la previsión estratégica a la que hemos venido haciendo mención.

⁵⁸⁶ Véase el interés de los Reyes Católicos en su Pragmática de 9 de junio de 1500 donde se exige información sobre los gastos públicos por “menudos” que fueran, citada en MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «“Transparencia” vs “Transparencia” en la contratación pública», cit., p. 2.

planificación. Además, no ha de olvidarse que los contratos no SARA, cumulativamente considerados suponen un considerable volumen económico⁵⁸⁷.

A ello se une que, si se opta por una modalidad de anuncios de información previa de carácter agregado, como lo hace el art. 28.4 de la LCSP en línea con la perspectiva de la Directiva 2004/18/CE, su asequibilidad funcional parece clara. Es más, en cierto modo, la información necesaria para la realización de este anuncio de información previa deberá estar en disposición de los entes adjudicadores por influencia del art. 6.2 de la LTBG, por el que se viene a exigir que las Administraciones Públicas publiquen en el portal de transparencia “los planes y programas anuales y plurianuales en los que se fijen objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución. Su grado de cumplimiento y resultados deberán ser objeto de evaluación y publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración, en la forma en que se determine por cada Administración competente”.

Dicho precepto responde, como se ha tenido ocasión de analizar en el epígrafe III del capítulo primero del presente trabajo, a una vocación cognoscitiva y no operativa, destinada al control difuso de los ciudadanos de un buen gobierno por parte de las Administraciones Públicas en términos de legalidad y de eficiencia. Ahora bien, sus sinergias son claras con el art. 24.8 de la LCSP. Como ya se ha analizado también en profundidad en el epígrafe III del capítulo segundo del presente trabajo, la contratación pública no puede ser considerada como un elemento competencial independiente. Por el contrario, la misma constituye un elemento competencial de carácter técnico inherente a las competencias materiales o generales de cada Administración. En consecuencia, la planificación de las actividades a realizar por cada Administración en el ejercicio de sus competencias llevará de suyo la planificación de su actividad de compra pública asociada. De manera que por mor del cumplimiento de esta publicación de información de corte cognoscitivo, se deberá disponer de los datos necesarios para la realización de la publicación de información, ahora de corte operativo, a la que se refiere el art. 28.4 de la LCSP.

⁵⁸⁷ GIMENO FELIÚ, J. M., «Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos», cit., punto tercero. Por su parte, ya señalaba CAMANZI, A., «Introduzione», en *Contratti pubblici*, Roma, AREL, 2013, pp. 20 y 21, n 2010 en cifras aproximadas, del millón quinientos mil contratos públicos que se celebraron en Italia durante el año 2010, un millón doscientos mil presentaban un importe inferior a los cuarenta mil euros.

2. LA REGULACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN DE LA COMPRA PÚBLICA EN ITALIA COMO REFERENTE PARA LA EVOLUCIÓN DEL ART. 24.8 DE LA LCSP

En relación a la planificación y preparación del contrato, nos encontramos con un punto de partida de crucial importancia en el que la actividad desviada de un ente adjudicador, que pueda verificarse, no consista en la mala ejecución de un procedimiento de compra, sino en la tramitación, eventualmente, de manera completamente correcta, destinado a la adquisición de productos u obras que no son realmente necesarios⁵⁸⁸. En efecto, se ha venido a identificar como práctica irregular existente dentro del ámbito de la contratación pública la decisión de entes adjudicadores de adquirir productos u obras que no son realmente necesarios o que, siéndolo, optan por su adquisición mediante tipos o cantidades inadecuadas o no coherentes con sus verdaderas necesidades⁵⁸⁹. En estos casos, la mejor medida correctora radicará en la inclusión de la participación y/o integración de los electores de dichos responsables en la decisión o al menos la supervisión de la compra realizada⁵⁹⁰. Ello se desprende del hecho de que, este tipo de actuaciones, en la mayor parte de las ocasiones, serán difícilmente demostrables, que se externalizará exclusivamente por medio de indicadores inobservables, irrecopilables o irrelevantes. Al mismo tiempo, será frecuente que este tipo de comportamientos se integren o confundan con facilidad dentro de decisiones que excedan del ámbito del acto administrativo, para encuadrarse en el de acto de decisión política o, en todo caso, en el que es necesario un importante margen de discrecionalidad. Esta amplia discrecionalidad de la que gozará el ente adjudicador a los efectos de decidir cuáles son los contratos a celebrar que se adecúan a las necesidades de los ciudadanos y a la facultad de autoorganización de las administraciones⁵⁹¹ es del todo necesaria, pero no puede servir de coartada para acciones arbitrarias plenamente conscientes de su falta de contribución al interés público.

⁵⁸⁸ Ejemplo de actividad irregular que, aunque en un plano teórico es claramente identificable, en la práctica tenderá a perfilarse en un plano limítrofe entre regularidad e irregularidad muy difícil de discernir. Sobre esta zona límite o gris de la corrupción véase MIRANZO DÍAZ, J., «Inteligencia artificial y contratación pública», cit., pp. 107 y 111.

⁵⁸⁹ FAZEKAS, M.; TÓTH, I. J. Y KING, L. P., «Corruption Manual for Beginners: «Corruption Techniques» in Public Procurement with Examples from Hungary», *SSRN Electronic Journal*, January, 2013, pp. 14 y 15.

⁵⁹⁰ Como se señala en GUICHOT, E., «El sentido, el contexto y la tramitación de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno», en *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid, Tecnos, 2014, pp. 17 y 18, “la transparencia es [...] un instrumento clave para el control ciudadano del ejercicio del poder, entendido en su perspectiva más preventiva y represora, pero también desde una lógica de mejora de la administración de la cosa pública”. En igual sentido OROFINO, A. G., *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, cit., pp. 14 a 17.

⁵⁹¹ TEJEDOR BIELSA, J., *La contratación pública en España ¿sobre-regulación o estrategia?*, Madrid, Civitas, 2018, p. 47.

En el d.lgs. n. 50/2016 o Código italiano sobre contratación pública, podemos encontrar una fuerte regulación la fase previa o de preparación de los procedimientos de compra pública en sus arts. 21 a 27 y el reconocimiento expreso en su art. 32 c. 2 de una verdadera y preceptiva actividad administrativa a estos efectos. Regulación destinada a procurar, en la misma línea que el legislador español, que el procedimiento de compra pública alcance mayores niveles cualitativos y cuantitativos en la prosecución del interés público, constituyéndose en “*una fase importante del c.d. ciclo di vita dell'appalto*”⁵⁹², esto es: “una fase importante del conocido como ciclo de vida del contrato”, orientada a perfilar la estrategia de aprovisionamiento, la optimización del uso de los recursos y el control de su gestión Contribuyendo con ello a la consecución del principio de *buon andamento*, economicidad y eficiencia de la acción administrativa⁵⁹³. En concreto, se trata de evitar que los procedimientos de compra puedan responder a intereses particulares en lugar de a intereses públicos reales, al tiempo que se garantiza la posibilidad de su cobertura financiera⁵⁹⁴.

A pesar de su referida trascendencia en el posterior desenvolvimiento de la licitación, se trata de una fase del procedimiento de compra que tradicionalmente ha limitado, también en Italia, sus efectos jurídicos “*nell’ambito della struttura burocratica dell’ente, senza che la stessa possa determinare effetti di qualsiasi genere al di fuori della struttura medesima*”⁵⁹⁵, esto es: “dentro del ámbito de la estructura burocrática del ente contratante, sin que la misma pueda suponer efectos de ningún género fuera de dicha estructura”. Sin embargo, la nueva regulación de las comunicaciones relativas a este nivel de preinformación ha modificado esta perspectiva, fundamentalmente, a través de las programaciones plurianuales de contratos públicos, por las cuales se viene a exigir la realización de una transparente y rigurosa determinación de contratar.

En efecto, el principal tipo de las comunicaciones de “información digital” previstas en la normativa italiana durante la fase de preinformación lo encontramos regulado en el art. 21 del d.lgs. n. 50/2016. En este se viene a establecer la *necesaria* realización por parte de las Administraciones Públicas —ámbito de los entes adjudicadores al que se circunscriben las previsiones objeto de análisis— de un *programma biennale di acquisizione*

⁵⁹² Consiglio Di Stato. Commissione Speciale del 9 gennaio 2017, *Adunanza n. 351/2017, 13 febbraio*, cit..

⁵⁹³ ANAC, Determinazione n. 5/2013, 6 novembre: Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture; CARINGELLA, F. Y GIUSTINIANI, M., *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, Dike. Giuridica Editrice, 2015, pp. 347 y 348; DANESI, A., «L’attività di programmazione dei contratti pubblici e la determina a contrarre», en GALLI, D., GENTILE, D. y GUALANDI, V.P. (coords.) *Appalti pubblici*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer, 2015, p. 214; CAMINITI, D., «Art. 21. Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici», en GAROFOLI, R. y FERRARI, G. (coords.) *Codice dei contratti pubblici. Tomo II*, Molfetta, Neldiritto editore, 2017, pp. 355 y 356.

⁵⁹⁴ CARINGELLA, F. Y OTROS, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017, n. 56*, cit., p. 95.

⁵⁹⁵ MELE, E., *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, cit., pp. 42 y 43.

de bienes y servicios que alcancen o sobrepasen los 40.000 euros y de *otro de carácter trienal para la adquisición de obras* que alcancen o sobrepasen los 100.000 euros⁵⁹⁶, así como las obras complejas que probablemente se lleven a cabo mediante contratos de concesión o de colaboración público privada, debiendo procederse, respecto de ambas planificaciones, a su actualización anual.

Ambos tipos de planificación vendrán a exigir a los entes adjudicadores la elaboración de una estrategia de aprovisionamiento con ciertos efectos cogentes⁵⁹⁷, al tiempo que se instituyen sendos tipos de comunicaciones de nivel de preinformación tendentes a la externalización de aquella en una estrecha relación con la implementación de soluciones de contratación pública electrónica y la generación de “información digital”, dado que tanto el programa bienal de bienes y servicios como el trienal de obras públicas y sus actualizaciones anuales deben de ser publicados en el perfil del contratante, en la web del Ministerio de Infraestructuras y transportes, y en el Observatorio de la contratación pública⁵⁹⁸ —art. 21, c. 7 del d.lgs. n. 50/2016—. Dicha publicación deberá efectuarse en formato de *open data*, tal y como viene a determinar expresamente en relación a la programación trienal de obras públicas el art. 5, c. 5 del *Decreto n. 14/2018, 16 gennaio, del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti*, sin perjuicio de que también deba adoptarse dicho formato para las programaciones bienales por aplicación de la normativa general, tal y como tendremos ocasión de analizar más adelante.

Estas programaciones deberán confeccionarse “*nel rispetto dei documenti programmatici e in coerenza con il bilancio*”, esto es, “en el respeto de los documentos de programación y en coherencia con el presupuesto” —art. 21, c. 1 del d.lgs. n. 50/2016— lo que entendemos que supone un planteamiento más acertado que el sostenido por el precedente d.lgs. n. 163/2006⁵⁹⁹, el cual preveía su realización de

⁵⁹⁶ Como señala la Corte Costituzionale, Sentenza n. 485/1995, 10 novembre, la exigencia de la programación de las obras públicas consiste en la determinación de las obras que pueden ser efectiva y completamente realizadas sobre la base de las disposiciones financieras y de las prioridades existentes derivadas de la valoración de sus coste-beneficio, lo que podemos enlazar con la definición de programación establecida por GIANNINI, M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 292 como “*l' avere un disegno ordinato di condotte composte proiettate in un futuro di durata*”, esto es: “la obtención de un diseño ordenado de actuaciones proyectadas en un futuro duradero”.

⁵⁹⁷ Consiglio di Stato. Sezione IV, Sentenza n. 651/2016, 18 febbraio.

⁵⁹⁸ Tal y como estableció el Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), Indicazioni operative alle stazioni appaltanti in materia di pubblicazione del programma biennale degli acquisti di beni e servizi e del programma triennale dei lavori pubblici sul sito informatico dell'Osservatorio, ai sensi dell'art. 21, comma 7, del d.l., 2016: “*nelle more dell' adeguamento definitivo dei sistemi informatici dell' Autorità, le amministrazioni aggiudicatrici devono adempiere agli obblighi previsti dall' art. 21, comma 7, del Codice mediante la pubblicazione dei programmi sul proprio profilo di committente e sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti*”, esto es, “a la espera de la adecuación definitiva de los sistemas informáticos de la Autoridad, las administraciones públicas cumplirán las obligaciones previstas en el art. 21, párrafo 7, del Código publicando los programas en el propio perfil del comprador y en el portal web del Ministerio de Infraestructuras y Transportes”.

⁵⁹⁹ Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

manera conjunta a los presupuestos del ente adjudicador, toda vez que permitirá el desarrollo de aquella a la vista de los recursos disponibles para el respaldo de las actuaciones de aprovisionamiento en los mercados de compra pública.

Además, dicha regulación ha supuesto una importante novedad normativa respecto del art. 128 del d.lgs. n. 163/2006 en el que se limitaban sus previsiones al programa trienal de obras públicas⁶⁰⁰. No obstante, no podemos concluir que el art. 21 del d.lgs. n. 50/2016 suponga la introducción *ex novo* del programa bienal de compra de bienes y servicios, sino un endurecimiento de su regulación, en todo caso. En efecto, este programa bienal ya era previsto en el art. 271, c. 1 del d.P.R. n. 207/2010⁶⁰¹ con carácter facultativo⁶⁰² y periodicidad anual. Con posterioridad, e daría un paso adicional hacia la regulación actual mediante la *Legge* n. 208/2015⁶⁰³, la cual, en el c. 505 de su art. 1 vino a adelantar la preceptividad de tal programación bianual a los contratos de bienes y servicios de más de un millón de euros.

2.1 Contenido de la programación de la contratación pública prevista en el ordenamiento jurídico italiano

Las programaciones de contratos de obras y de contratos de bienes y servicios deberán contener la previsión de todos y cada uno de los contratos que se pretendan llevar a cabo por encima de los umbrales señalados, siendo ya detallado el contenido de ambos en el Decreto del *Ministero delle Infrastrutture* n. 77323/2014 y, previamente, en el Decreto n. 59082/2011, a lo que se unieron las determinaciones de la AVCP por las que se procedió a precisar que su contenido debía versar sobre los siguientes extremos⁶⁰⁴:

- Un análisis de las exigencias a satisfacer con la contratación pública en el que se tengan en cuenta experiencias anteriores, tanto propias como de otras Administraciones Públicas.
- Una cualificación del objeto del contrato, el importe máximo y la información relativa a su financiación.

⁶⁰⁰ D.lgs. n. 163/2006 que supuso en su día un importante avance respecto de las preocupaciones respecto de la fase de programación, normada positivamente por primera vez por el legislador *ex art.* 14 de la *Legge* n. 109/1994 y su desarrollo contenido en los arts. 11 a 14 de su reglamento de desarrollo el d.P.R. n. 554/1999.

⁶⁰¹ Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

⁶⁰² No obstante, como determina la ANAC, *Determinazione n. 5/2013, 6 novembre: Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture*, cit.: “una vez adoptada la programación anual, los servicios y los suministros no recogidos en aquella o no incluidos en las excepciones del epígrafe 5, segundo periodo, no pueden recibir financiación alguna por parte de las administraciones públicas”

⁶⁰³ *Legge* 28 dicembre 2015, n. 208. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. *Legge di stabilità 2016*.

⁶⁰⁴ AVCP, *Determinazione n. 5 del 6 novembre 2013. Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture*.

- Una valoración de las alternativas de contratación y de procedimiento posibles a la hora de identificar las soluciones más eficientes para la satisfacción de las necesidades, sobre la realización del procedimiento de forma individual o a través de uno de los instrumentos de centralización.

Actualmente, el contenido de las programaciones se halla regulado por las disposiciones del *Decreto n. 14/2018*⁶⁰⁵. En concreto, su artículo 6, c. 2, en relación con su Anexo II, viene a exigir que las programaciones anuales de bienes y servicios incluyan los siguientes dos extremos: (i) la identificación de los recursos necesarios para la realización de las compras previstas en el programa, desglosadas por anualidad y fuente de financiación; y (ii) la identificación de cada una de las compras programadas. Dicha identificación se debe ajustar al *Codice Unico di Intervento* —CUI— asignado en función de su primera inserción en el programa —art. 2, c. 1, lett. d) del decreto en cuestión—, el *Codice Unico di Progetto* —CUP— establecido por el art. 11 de la Legge n. 3/2003 para la identificación de cada proyecto de inversión pública, el *codice fiscale* de la Administración contratante, la región o regiones en las que se llevará a cabo la ejecución de la compra, el código CPV, descripción mediante texto de la compra y finalmente, si se trata de un suministro o un servicio.

A dichos elementos de identificación-clasificación se deberá añadir información adicional sobre (i) la primera anualidad en la que el proyecto de compra programado haya sido introducido; (ii) la anualidad en la que se pretende dar inicio a la contratación; (iii) si se trata o no de una compra integrada dentro del importe de otros procedimientos de contratación en su correspondiente programación bianual o trienal, así como el CUI del mismo, si se trata de un lote funcional según la definición contenida en el art. 3, c. 1, lett. qq) del d.lgs. n. 50/2016; (iv) su nivel de prioridad; (v) el responsable del procedimiento —RUP—; (vi) la duración del contrato; (vii) si se trata de una nueva partida relativa a un contrato en activo; (viii) el desglose de la estimación del gasto en cada uno de los dos años y, en su caso, en años sucesivos, así como su importe total y la aportación, si la hay, de capitales privados; y (ix) la identificación, en su caso, de la central de compras o sujeto agregador al que se recurrirá para la realización de la correspondiente licitación, así como se si se trata de un elemento introducido *ex* variación de la programación por causa normativamente prevista.

⁶⁰⁵ Respecto del referido decreto, huelga decir que entra en vigor a partir de la conformación de las programaciones trienales de obras públicas correspondientes al periodo 2019-2021 y a las programaciones bienales de bienes y servicios correspondientes al periodo 2019-2020 tal y como señala su propio art. 9. Por otro lado, en cuanto a su ámbito de aplicación hay que destacar que como expresa el Consiglio di Stato. Commissione Speciale del 9 gennaio 2017, Adunanza n. 351/2017, 13 febbraio, punto 8, en atención a la llamada y autorización llevada a cabo por el propio d.lgs. n. 50/2016 en la redacción original del c. 8 de su art. 21, nos encontramos ante un reglamento de desarrollo que adquirirá el mismo ámbito de aplicación que la norma desarrollada. Dicho decreto viene a derogar y sustituir el desarrollo efectuado en materia de programación de obras públicas llevado a cabo por el *Decreto del Ministero delle Infrastrutture n. 77323/2014 de 24 de octubre*.

En cuanto al contenido de la programación trienal de obras —art. 3, c. 2 del decreto—, ésta deberá individualizar las obras que se iniciarán en la siguiente anualidad, indicando los medios financieros con los que se cubrirá su realización especificados por anualidad y fuentes de financiación. En el caso de las obras de importe superior al millón de euros se aprobará, además, de manera anticipada, el proyecto de factibilidad técnica y económica.

Las obras programadas serán identificadas por el código CUI, por el CUP y por el código interno utilizado por el ente adjudicador. Igualmente, se emplearán los códigos ISTAT y NUTS. Con ello se conseguirá codificar la información de las obras programadas relativa al lugar de ejecución de la obra, tipología y sector y subsector de la obra, a lo que se unirá una descripción mediante texto de la obra. Si bien, es más que destacable, en este punto, el negativo hecho de que se haya decidido prescindir de la identificación mediante código CPV de las obras programadas, al contrario de lo previsto en relación a las programaciones bianuales de bienes y servicios.

Adicionalmente, para cada una de las obras se ha de incluir información sobre (i) la anualidad en la que se prevé el inicio del procedimiento de licitación correspondiente; (ii) el responsable del procedimiento —RUP—; (iii) si constituirá o no un lote funcional; (iv) si se trata o no de una obra compleja a la vista de la definición contenida en el art. 3, c. 1, lett. oo) del d.lgs. n. 50/2016; (v) el nivel de prioridad de la obra; (vi) el importe total estimado de gasto, así como el desglose del mismo por cada uno de los tres primeros años y sucesivos; (vii) la aportación de capitales privados; (viii) el vencimiento de los capitales obtenidos mediante financiación externa para la realización de la obra; (ix) el valor de los bienes inmuebles disponibles por parte del ente adjudicador que hayan sido transferidos para la realización del objeto de la obra; (x) y si la obra en cuestión responde a una modificación sobrevenida de la programación.

Indicado lo anterior, para cada una de las concretas intervenciones contenidas en las actuaciones de obra programadas se especificará su finalidad⁶⁰⁶; si existe o no conformidad urbanística; si se ha llevado a cabo la verificación de las obligaciones ambientales; el nivel en el que se encuentre su proyectación; y la identificación de la central de compras en la que en su caso se vaya a confiar su licitación —*Schede D y E del Anexo I del decreto*—.

Con carácter innovador, el c. 2 del art. 21 del d.lgs. n. 50/2016 establece la obligación de reconocer en sede de los planes de programación trienales las obras que, por cualquier motivo, una vez iniciadas, hayan quedado incompletas. Expresión ésta, en última instancia, de “un uso poco eficiente de los recursos públicos, así como de la

⁶⁰⁶ Finalidad clasificable en adecuación normativa, calidad ambiental, realización de obra incompleta, conservación de patrimonio, mejora o incremento de servicios, calidad urbana, revalorización de bienes vinculados, demolición de obra incompleta o demolición de obra preexistente cuyo uso ha sido abandonado.

imposibilidad de satisfacer la necesidad de la colectividad a la cual estaba destinada”⁶⁰⁷. Debiendo valorarse respecto de tales obras incompletas si, según las circunstancias de cada caso, existen las condiciones para su culminación, o bien, la posibilidad de su reutilización y destino a uso alternativo, de su cesión como medio de pago para la realización de otra obra pública, de su venta, o, finalmente, tan solo de su demolición. Extremo que ha sido desarrollado en sede del art. 4 y en el Anexo I, *Scheda B* del Decreto n. 14/2018.

Por otro lado, deberán de relacionarse los bienes inmuebles disponibles que pueden ser objeto de cesión, los que presenten un derecho de uso que haya sido cedido con carácter instrumental y conexión técnica respecto de trabajos asignados por concesión —art. 21, c. 5 del d.lgs. n. 50/2016—, así como aquellos que se encuentren disponibles por inexistencia de interés público tras completar una obra pública, resultado representativo de la actuación irreflexiva y poco planificada de las Administraciones Públicas en materia de contratación pública —art. 3, c. 2 en relación al Anexo I, *Scheda C* del decreto n. 14/2018—.

Finalmente, tanto en el caso de la programación trienal de obras públicas, como en la programación bienal de bienes y servicios, deberá informarse acerca de los procedimientos de compra de bienes y servicios y de las obras que hubieran sido anteriormente programados y que no sean reproducidos en programas sucesivos sin que se haya llevado a cabo el correspondiente procedimiento de licitación, debiendo especificarse el motivo de ello —art. 7, c. 3 y Anexo I, *Scheda F* del decreto n. 14/2018—

En el caso de que no se tenga intención de proceder a la realización de ninguna obra pública o compra de bienes y servicios, tal y como establece el art. 5, c. 8 y el art. 7, c. 4 del decreto n. 14/2018, ello deberá ponerse de manifiesto en el apartado de “Administración Transparente” en la sede electrónica, así como en los portales electrónicos normalmente habilitados para la publicación de las programaciones efectuadas.

2.2 Modificaciones ulteriores de la programación y posibles excepciones a la misma

La programación tanto de adquisición de bienes y servicios, como de obras, en Italia, presenta un sistema de flexibilización de su carácter preceptivo ante determinados supuestos. El primero de tales instrumentos, recogido en los arts. 5.6 y 7.6 del decreto n. 14/2018, consiste en la posibilidad de actualización o reformulación de la programación en cuestión, dentro de los noventa días siguientes desde la entrada en

⁶⁰⁷ Consiglio di Stato. Commissione Speciale del 9 gennaio 2017, Adunanza n. 351/2017, 13 febbraio, cit.

vigor de la *legge di bilancio*⁶⁰⁸ —equivalente a la Ley de Presupuestos Generales del Estado— para el caso de los entes estatales y desde la aprobación del correspondiente presupuesto o documento análogo en el resto de entes adjudicadores.

El segundo de dichos sistemas de flexibilización vendrá constituido por la posibilidad de proceder a la modificación de la programación a lo largo del año corriente, siempre y cuando el objetivo de la modificación se realice a fin de —arts. 5.9 y 7.8 del decreto n. 14/2018—⁶⁰⁹:

- Cancelar una o más obras o compras de bienes y servicios ya previstas en el listado anual.
- Agregar una o más obras o compras de bienes y servicios como producto de un acto administrativo adoptado a nivel estatal o regional.
- Agregar una o más obras o compras por el incremento sobrevenido de las disponibilidades financieras del ente adjudicador, de manera no previsible al momento de elaboración de la programación. Ello incluye aquellos incrementos que se produzcan por rebajas en los precios de adquisición previstos en los procedimientos de licitación previamente ejecutados.
- Anticipar la realización de obras o compras programadas para anualidades posteriores.
- Modificar el cuadro económico de financiación incluido en la programación, al detectarse la necesidad de recursos adicionales.

Finalmente, los arts. 5.11 y 7.9 del decreto permiten que se lleven a cabo con total libertad y con independencia de la programación aquellas obras cuya necesidad derive del acaecimiento de eventos imprevisibles o catastróficos o por el establecimiento sobrevenido de disposiciones legales o reglamentarias.

2.3 Prescripciones “estatales” sobre la priorización de los procedimientos de compra pública en la actividad de programación

Al margen de las excepciones que puedan suponer los tres instrumentos de flexibilidad otorgados en sede de planificación de la contratación pública analizados en el epígrafe

⁶⁰⁸ Anteriormente, *legge di stabilità*.

⁶⁰⁹ Tal disposición viene a restringir la libre modificación de la programación permitida por el *Decreto del Ministero delle Infrastrutture n. 77323/2014 de 24 de octubre*, lo que obligará a la matización de la jurisprudencia anterior recogida, entre otras, en T.A.R. Sicilia. Catania. Sezione I, Sentenza n. 1625/2016, 16 giugno, por la que se establece que podrá procederse a su variación sin necesidad de motivación particular alguna. En efecto, la regulación del nuevo decreto de 2018 sí obligará a la motivación para la inclusión sobrevenida en la programación y listado anual de obras —o bienes y suministros en el caso de la programación bianual— de modo que se justifique su inclusión dentro de alguna de las causas habilitantes. No obstante, la cancelación de obras programadas, dada la amplitud con la se contempla su posibilidad dentro del decreto y la inexistencia de un deber de motivación expresamente contemplado, como en el caso del art. 5.7 del decreto, podría mantener la solución jurídica dada por la referida Sentencia, así como en lo referente a las actualizaciones de la programación que se lleven a cabo.

anterior, tanto en relación a la programación trienal de obras públicas como a la programación bienal de bienes y servicios, deberá respetarse el orden de prioridad contenido en el mismo, el cual podrá quedar fijado en tres categorías: mínima, media y máxima⁶¹⁰.

A este respecto, el decreto n. 14/2018 viene a establecer que, en todo caso, vendrán determinados como prioritarios (i) los contratos derivados de eventos catastróficos; (ii) el aprovisionamiento de bienes y servicios relativos a necesidades primarias; (iii) la finalización de obras incompletas; (iv) la realización de obras de manutención; (v) la recuperación del patrimonio existente; (vi) la realización de obras con proyectos definitivos o ejecutivos ya aprobados; (vii) la realización de obras o adquisición de bienes y servicios cofinanciadas con fondos europeos, así como aquellos casos en los que sea posible la realización de la obra o la adquisición del bien o servicio con posibilidad de financiación mayoritaria mediante capitales privados; (viii) y la realización de pedidos complementarios para completar compras de bienes y servicios incompletas —arts. 3. c. 11 y 6, c. 10 del decreto n. 14/2018—. Por su parte, los procedimientos de compra pública cuya necesidad venga motivada por el acaecimiento de actos administrativos adoptados a nivel estatal o regional podrán, a elección de la Administración contratante, ser previstos con cualquier nivel de prioridad, incluidos los referidos niveles superiores —art. 3, c. 13 y art. 6, c. 11—.

Dentro de tales casos —“*nell’ambito dell’ordine di priorità di cui al comma 11[...]*”, esto es: “en el ámbito del orden de prioridad referido en el epígrafe 11”— deberá concederse a los mismos un grado de prioridad, cuando se trate de la terminación de obras incompletas. Este grado será todavía superior en la realización de obras cuya necesidad derive de catástrofes naturales —art. 3, c. 12 del Decreto—. Estos incisos, en relación a la programación trienal de obras públicas, nos conduce a una nueva subdivisión de prioridades dentro de la propia categoría de prioridad superior de los tipos de contratos relacionados en el art. 3, c. 11. La cual, considerada en su totalidad, quedaría estructurada en una prioridad superior-mínima —las señaladas en el art. 3, c. 11—, superior-media —las obras de finalización de obras incompletas— y superior-máxima —las obras derivadas de catástrofes naturales—.

Ello viene a suponer la determinación normativa, no ya de la obligación de planificación estratégica de la acción de compra pública y de su correspondiente publicación, sino la propia orientación en determinados aspectos de la misma. Orientación respecto de la que podría surgir la duda acerca de si el tenor de los arts. 3. c. 11 y 6, c. 10 del decreto establecen una categoría de prioridad exclusiva para los procedimientos de compra que se encuentren en alguno de los casos anteriormente citados o, sencillamente, obliga a su

⁶¹⁰ Anexo I, *Scheda D, Tabella D.3* y Anexo II, *Scheda B, Tabella B.1* del decreto n. 14/2018.

categorización con la máxima prioridad, sin perjuicio de que dicha categoría sea empleada para otro tipo de contratos⁶¹¹.

En este punto, debe destacarse que el tenor de los preceptos en cuestión, en relación con sus correspondientes anexos, tras establecer que los entes adjudicadores deben proceder a la elaboración de la programación con la valoración de cada una de las obras programadas como prioridad máxima, media o mínima, determinan que, en todo caso, aquellos “establecerán como prioritarios” —“*individuano come prioritari*”— los contratos que se encuentren en alguno de los casos enumerados. Debemos fijarnos, por tanto, que ello viene a expresar literalmente, no ya que se sitúe a los contratos comprendidos en estas categorías dentro de una de las tres desglosadas, sino que se les establezca en una categoría superior o “prioritaria” a la de todos los demás. De este modo, al establecer la catalogación imperativa de su prioridad de manera relativa, en el caso de que se incluyera una categoría de contratación distinta de las detalladas en los arts. 3. c. 11 y 6, c. 10 en el mismo orden de prioridad o superior al de éstas, se estaría incumpliendo el tenor de los referidos preceptos.

Al margen del cumplimiento estricto del orden contenido en la programación, y como se ha tenido ocasión de apuntar anteriormente, las Administraciones Públicas contarán con una total libertad a la hora de proceder a la realización de contratos cuya necesidad derive del acaecimiento de eventos imprevistos o catastróficos⁶¹² o de disposiciones legales o reglamentarias sobrevenidas —arts. 3, c. 13, 5, c. 11, 6, c. 11 y 7, c. 9 del decreto n. 14/2018⁶¹³—, hasta el punto de ser posible su ejecución *extra* programación.

En consecuencia, la orientación-mandato de prioridades contenido en el decreto n.14/2018 implica, a la hora de formular la correspondiente programación:

- Que a todos los procedimientos de contratación programados se les otorgue una prioridad mínima, media o máxima.

⁶¹¹ Intensidad que ha venido a poner en duda su respeto constitucional al reparto competencial entre Estado y regiones, como se señala en BARONE, A., «Programmazione e progettazione nel codice dei contratti pubblici», cit., p. 3.

⁶¹² Alusión a contratos derivados de eventos catastróficos que, en cierto modo, constituye una reiteración de la regulación antes expuesta, toda vez que se trata de tipos de contratos que deberán disponer, en todo caso, de una prioridad superior. Vemos cómo la normativa de programación recoge las disposiciones más generales en materia de contratación pública en Italia, tendentes a la simplificación del procedimiento y a la presteza en la selección del operador adjudicatario en caso de situación catastrófica, tal y como señala y desarrolla DUGATO, M., «Terremoto, ricostruzione e regole degli appalti», *Munvs*, vol. 3, 2017, pp. 490, 491, 493 y 494. Como señala el autor, incluso en estas situaciones, podría ser recomendable orientar la actuación rápida y de emergencia con la realización de una programación acelerada abierta al debate público que permita replantear la situación y la “re-construcción” de la estructura urbana de cara al futuro, previendo, entre otras cosas, posibles soluciones o paliativos, ante repeticiones de la catástrofe en cuestión.

⁶¹³ Que vienen a suceder las disposiciones previamente contenidas en el art. 128, c. 5 del d.lgs. n. 163/2006, a excepción de lo relativo a procedimientos de compra que hundan su motivación en actos administrativos de carácter nacional o regional, cuya inserción necesitará, como hemos visto, del correspondiente procedimiento de modificación de la programación, aunque con una especial flexibilidad a la hora de determinar su prioridad.

- Que la superior de las categorías empleadas se reserve en exclusiva a los tipos de contratación enumerados en los correspondientes segundos periodos de los arts. 3. c. 11 y 6, c. 10 del decreto n. 14/2018 y subdivisión del art. 3, c. 12, de modo que a ningún otro procedimiento de contratación le pueda ser otorgado el mismo o superior nivel de prioridad.
- Que los contratos derivados de eventos imprevistos, de disposiciones legales o reglamentarias sobrevenidas, o de actos administrativos adoptados a nivel estatal o regional se pueda optar libremente por cualquier tipo de prioridad, incluida aquella reservada referida en el guión anterior.
- Que los contratos derivados de eventos imprevistos catastróficos y de disposiciones legales o reglamentarias sobrevenidas puedan ser desarrollados con independencia de la programación vigente.

En este punto, no podemos dejar de poner de manifiesto las dudas constitucionales que surgen, al menos respecto del ámbito de aplicación otorgado a estas disposiciones por el art. 2, c. 2 del d.lgs. n. 50/2016, respecto de las previsiones atinentes a la prioridad de los procedimientos de compra programados y de las disposiciones imperativas contenidas en los arts. 3, c. 11 y 6, c. 10 del decreto n. 14/2018, las cuales podrían entenderse como una merma a la autonomía de los órganos de contratación integrados en un ámbito territorial regional o local. Así las cosas, este reconocimiento del legislador estatal italiano de una determinada obligación de prelación por parte de las regiones, a la hora de abordar sus procedimientos de compra, debe partir, en última instancia, como la reiteración de un deber constitucional propio de los sujetos aludidos. Esto es, de los entes regionales y locales. Cuestión, por tanto, que debe ser objeto de análisis individuado, en relación a cada uno de los motivos preceptivamente de prioridad superior. Así, en relación a los procedimientos de licitación necesarios como consecuencia de una catástrofe natural o para garantizar la satisfacción de intereses públicos primarios, creemos que el ordenamiento jurídico español podría permitir la constitucionalidad de este precepto. En concreto, tal obligación de priorización para cada Administración territorial y no solo para el Estado, derivaría, en primer lugar, de la vinculación de los poderes públicos, en el ejercicio de sus competencias, a los derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos constitucionalmente —art. 53.1 CE— y de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos consagrados por el texto constitucional en sus arts. 39 a 52. Sobre la base de ello, se produciría su confluencia con el principio de eficacia en la actuación de la Administración Pública reconocido en el art. 103.1 CE. Principio ampliado o concretado en parte por el derecho a una buena Administración al que se refiere el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el que se indica que “toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable”. Así, las cosas de tratarse de una situación de catástrofe o de interrupción del cumplimiento de intereses públicos primarios, se desprende que la actuación ante dichas circunstancias de manera prioritaria

surgirá de los propios deberes expuestos que recaen de manera directa sobre la actuación de la Administración y no de las disposiciones de la normativa estatal. La cual en todo caso actuará como recordatorio de la misma línea expresada por la STC 55/2018 analizada en detalle en el epígrafe III del capítulo segundo del presente trabajo. Es más, los conceptos de “catástrofe natural” y “servicios públicos primarios”, podrán ser integrados dentro de los límites de la discrecionalidad técnica por la Administración competente.

Misma conclusión alcanzamos, en una hipotética traslación a nuestro ordenamiento de las disposiciones italianas analizadas en relación a obras incompletas o bien en finalizar adquisiciones de bienes y servicios incompletas, obras con proyectos definitivos o ejecutivos ya aprobados, obras financiadas mayoritariamente con capital privado o con fondos de la Unión Europea y las obras de manutención y obras de recuperación de patrimonio existente. En nuestra opinión, la priorización de estas actividades por parte de las Administraciones públicas devendrá consustancial a los principios de eficiencia y buena administración antes indicados, junto con el principio de estabilidad presupuestaria y el de sostenibilidad financiera recogidos en el art. 135 CE —y desarrollado en los arts. 3, 4 y 11 y ss. de la LO 2/2012— y el derecho de los ciudadanos a que el gasto público se realice mediante una “asignación equitativa de los recursos públicos”, respondiendo su programación y ejecución “a los criterios de eficiencia y economía” —art. 31.2 CE—. En efecto, en dichas circunstancias, lo que se pretende es solventar situaciones de clara y manifiesta ineficiencia económica del sistema de contratación pública como vienen a representar procedimientos de licitación incoados que no han sido ejecutados según lo previsto; ejecutar acciones de obra pública con un horizonte más claro a la hora de su rápida y eficaz ejecución y consiguiente alcance de la fase de obtención de retornos o satisfacción del interés público como son aquellas obras con proyectos definitivos o ejecutivos ya aprobados; favorecer acciones claramente facilitadoras del equilibrio del presupuesto público como pueden serlo las obras financiadas mayoritariamente con capital de terceras fuentes de financiación, tales como el capital privado o los fondos de la UE; y procurar que los activos de las Administraciones Públicas se encuentren al 100 % de sus capacidades a la hora de producir sus correspondientes retornos y amortización, bien en forma de caudal económico, bien en forma de servicio público directo o indirecto. Adicionalmente, este último caso, se encontraría la influencia directa en cada Administración Pública del principio rector recogido en el art. 46 CE en conjugación con el principio de eficacia y el derecho a la buena administración antes enunciados. Dicho principio rector viene a recoger que “los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad”. Es más, en este caso, podría sostenerse dicho precepto como una concreción de los deberes de todas las Administraciones Públicas de adecuación y conservación de sus bienes de dominio público derivados de la Ley 33/2003 —con carácter general previstos

en su art. 6—, dictados, conforme a su DF Segunda en ejercicio de la competencia estatal exclusiva contenida en el art. 149.1.18 CE.

Como se ha tenido ocasión de poner de manifiesto, favorecería la posible justificación constitucional de los arts. 3, c. 11 y 6, c. 10 del decreto n. 14/2018, también en España, el hecho de que la detección —en muchos casos subjetiva— de la necesidad de actuar dentro de alguna de estas materias correrá por cuenta del ente adjudicador. Solo a partir del momento de la determinación de la necesidad de actuación en tal sentido —salvo su patente manifestación de forma clara, sin necesidad de su esclarecimiento dentro de la discrecionalidad técnica de cada Administración— se activaría esta obligación directa, reformulada o explicitada en el seno de una norma estatal, que hace necesaria la observación de un nivel de prioridad superior en la prelación de las actuaciones acometidas por la Administración competente.

2.4 Eficacia y efectos jurídicos de la programación de la contratación pública

La redacción de la programación de la contratación pública, prevista en el ordenamiento italiano, viene a suponer, en última instancia, un acto interno de la Administración. Ello, por lo general, nos llevaría a un ámbito donde las actuaciones del ente adjudicador no podrán ser directamente atacadas por los administrados⁶¹⁴, pudiendo considerarse que, aunque pasen a ser puestos en conocimiento de terceros, no serán susceptibles de provocar situaciones subjetivas respecto de terceros jurídicamente tutelables. En este sentido se pronunciaba el art. 56 de la *Legge* n. 142/1990⁶¹⁵.

Sin embargo, la especial trascendencia de la programación configurada en el ordenamiento italiano, respecto del ulterior desarrollo de los contratos, ha venido a reconocer la posibilidad de su impugnación directa respecto de las previsiones de contratos introducidos por primera vez en la programación impugnada. Es decir, dicha impugnación no podrá alcanzar las previsiones de contratos que traigan causa de programaciones anteriores⁶¹⁶, en cuyo caso la impugnación deberá dirigirse contra la que inicialmente lo preveía.

Tal posibilidad de impugnación parte de la consideración de que la aprobación de la programación no es una actividad meramente interna, sino un acto fundamental de

⁶¹⁴ En esta fase podría considerarse de aplicación lo señalado en relación a la fase de determinación de contratar, sobre la que hemos de predicar, con carácter general, la “no inmediata impugnabilidad” y su carácter endoprocedimental tal y como señala CARINGELLA, F. Y OTROS, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., p. 364; T.A.R. Campania. Napoli. Sezione I, Sentenza n. 1160/2012, 7 marzo, toda vez que, como indica DANESI, A., «L’attività di programmazione dei contratti pubblici e la determina a contrarre», cit., p. 218. La fase de programación precedería incluso a la fase de determinación de contratar, alejándose, aún más si cabe, de los primeros actos de exteriorización e iniciación del concreto procedimiento de contratación.

⁶¹⁵ *Legge 8 giugno 1990, n. 142. Ordinamento delle autonomie locali*. Al respecto, véase MELE, E., *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, cit. p. 47.

⁶¹⁶ T.A.R. Lombardia. Sezione III, Sentenza n. 315/2010, 9 febbraio.

determinación de los objetivos concretos a alcanzar por los entes adjudicadores, el cual podrá ser fiscalizado por los administrados en cuanto a su congruencia y legalidad⁶¹⁷. Es más, en la impugnación de las programaciones efectuadas por las administraciones, podríamos encontrar la peculiaridad de que estén legitimados para impugnar, no solo los operadores económicos partícipes en el ulterior procedimiento de contratación, sino cualquier ciudadano, dada la extensión y evidencia objetiva de la contravención del interés público, en este caso, positivado por el decreto n. 14/2018. Así como por el hecho de que nos podríamos encontrar ante una de las excepciones establecidas por el *Consiglio di Stato* a la hora de limitar la legitimidad para impugnar el procedimiento de contratación, en concreto, aquella relativa a la impugnación directa de la opción del ente adjudicador de iniciar el procedimiento⁶¹⁸.

Lo anterior vendría a dar respuesta a las posibilidades de actuación de los operadores económicos ante la realización de una priorización de los contratos programados que no se ajuste a las pautas normativas antedichas⁶¹⁹, así como a una fiscalización por parte de aquellos de la ejecución de la correspondiente programación, que pueda desembocar en la impugnación del propio procedimiento en el que se materialice la actividad indebidamente programada. Momento este último, en el que esos defectos normativos, ya engendrados o perfilados en sede de programación, llegan a cobrar total realidad y son heredados en el procedimiento⁶²⁰.

En relación a esta fiscalización debemos resaltar el caso en el que se pretenda llevar a cabo un procedimiento de contratación no programado, el cual era respondido expresamente por el art. 128, c. 10 del d.lgs. n. 163/2006, determinando que tales procedimientos no podrían recibir ningún tipo de financiación procedente de una Administración Pública. Dicha previsión expresa ha desaparecido en el ámbito del d.lgs.

⁶¹⁷ Consiglio di Stato. Sezione V, Sentenza n. 5824/2002, 23 ottobre.

⁶¹⁸ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 4/2011, 7 aprile.

⁶¹⁹ Sobre el carácter cogente de dichas prioridades véase Consiglio di Stato. Sezione IV, Sentenza n. 651/2016, 18 febbraio, cit..

⁶²⁰ CAMINITI, D., «Art. 21. Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici», cit., p. 375. En cierto modo, en contraposición a la jurisprudencia antes citada y en línea con el criterio general propio de una fase ulterior a la de programación como es la de determinación de contratar, podría considerarse como extrapolable al caso que ahora nos ocupa la jurisprudencia contenida, entre otras, en T.A.R. Puglia. Bari. Sezione I, Sentenza n. 725/2000, 1 febbraio, en relación al anuncio de información previa, por la que se viene a sostener que éste, en cuanto no constituye iniciación alguna de procedimiento de contratación propiamente dicho, no es susceptible por sí mismo de crear un daño directo, inmediato y concreto a los operadores económicos interesados en el procedimiento. A lo que se une el hecho de que, aun siendo cierto que, al contrario del contenido de los anuncios de información previa, el de las programaciones plurianuales condiciona la ejecución de los procedimientos de contratación pública ulteriores, tal vinculación no llegará a obligar al cumplimiento indefectible de lo programado, dada la amplia facultad de modificación en cualquier momento para cancelar las acciones de contratación programadas, tal y como hemos tenido ocasión de analizar. No obstante, al margen de dichas posibilidades de variación, los efectos jurídicos de las programaciones serán notablemente superiores a los de los anuncios de información previa tanto por la posibilidad de su impugnación directa ya referida, como por una configuración normativa que conducirá a que un procedimiento de licitación que se aparte de aquella estará vulnerando indefectiblemente la normativa de aplicación, deviniendo un procedimiento irregular.

n. 50/2016, sin embargo, hemos de entender que el testigo de lo previsto en el d.lgs. n. 163/2006 ha sido recogido por la interacción de los arts. 21.1, 21.3, 21.6 y 32.1⁶²¹ del d.lgs. n. 50/2016 y el art. 21-*octies* de la *Legge* n. 241/1990⁶²². En dichos preceptos, se viene a establecer que, en todo caso, con independencia de la procedencia de la financiación —y al contrario que en el régimen de 2006—, será anulable todo procedimiento de contratación que no se haya efectuado de acuerdo a lo previsto en la normativa reguladora de la programación de la contratación pública y, por ende, de todo procedimiento de licitación que no haya sido previamente programado o incluido sobrevenidamente en la correspondiente programación en los casos previstos. Con la excepción de que se trate de necesidades derivadas de situaciones imprevisibles, catastróficas o necesarias en virtud de modificaciones legales o reglamentarias. Lo que igualmente deberá entenderse de aplicación respecto de los procedimientos de compra que incumplan las divisiones o subdivisiones de prioridad pertinentes.

En España, la situación derivada del art. 28.4 de la LCSP lleva a conclusiones diversas.

En primer lugar, ha de ponerse de manifiesto que los anuncios de información previa efectuados a los efectos de anunciar el plan de compra de una Administración Pública carecen, en nuestro ordenamiento jurídico, de una regulación específica en cuanto a la configuración, estructuración y prelación de su contenido. De tal manera que no es necesario que se incluya en el mismo una prelación temporal de los contratos previstos. De otro lado, podría pensarse en la posible impugnación de estos anuncios de información previa cuando olviden la inclusión de actividades de contratación SARA objetivamente encuadrables dentro de los casos de prioridad máxima expresados en el ordenamiento italiano. Procedimientos de contratación cuya atención por parte de las Administraciones Públicas sería necesaria por influjo directo de los principios y mandatos generales antes expuestos. No obstante, esta falta de inclusión en el anuncio de información previa, por sí misma, dificulta en extremo su impugnabilidad.

En el caso italiano, el caso propio de impugnación señalado es el de determinación de la Administración Pública de la necesidad de realización de una determinada actividad de compra pública, respecto de la que se declara expresamente que la misma superará un determinado umbral económico y que se realizará con una determinada prioridad. Cuestión que facilita la impugnación de la programación sobre las propias bases asentadas por la Administración en cuestión. Sin embargo, la ausencia de dicha previsión elimina determinadas certidumbres relativas a este ámbito, tales como que la actuación que la Administración prevé efectuar supera un determinado umbral o como

⁶²¹ Por el que se establece el mandato inequívoco de que de que el “*affidamento dei contratti pubblici*”, esto es, “la adjudicación de los contratos públicos” tenga lugar “*nel rispetto degli atti di programmazione delle stazioni appaltanti previsti dal presente codice o dalle norme vigenti*”, esto es, “en el respeto de los actos de programación de los entes adjudicadores previstos en el presente código o en la normativa vigente”.

⁶²² *Legge* 7 agosto 1990, n. 241. Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.

la existencia de elementos circunstanciales que impiden su ejecución. Así las cosas, salvo casos excepcionales, la impugnabilidad por estos motivos de ausencia de previsión, del anuncio de información previa realizado para establecer el plan de compras de la Administración, será inviable, en el sentido de ser prácticamente imposible su viabilidad dada la amplia discrecionalidad de la Administración que puede justificar la no inclusión de un determinado procedimiento de compra. Por el contrario, en tales casos, la acción a la que podrán acogerse los administrados será la derivada de la recurribilidad de la inactividad de la Administración expresamente prevista, entre otros, en los arts. 13.b), 25.2 y 29.1 de la LRJCA. Por esta vía, la impugnación no se dirigirá contra la planificación de compra pública efectuada, sino contra la propia inactividad concretada en la no realización del procedimiento de compra pública correspondiente. De hecho, como se desprende del referido art. 25.2, la legitimidad para la impugnación de la inactividad no recaerá en los potenciales operadores económicos que pudieran resultar adjudicatarios del contrato, sino en las personas determinadas en favor de las cuales se deba llevar a cabo la prestación, para la que la Administración en cuestión presenta una insuficiencia de medios que requiere el recurso a operadores del sector privado. Lo expuesto sitúa las ausencias de planificación de compra pública fuera del ámbito específico de la contratación pública, cuya impugnación, en caso de prosperar, y de que la inactividad supere el umbral de los contratos SARA, debería tener como consecuencia la ulterior modificación de la planificación efectuada.

Caso distinto lo constituiría el defecto de la planificación. Esto es, aquellos casos en los que una determinada programación no contenga procedimientos de compra que luego se convoquen con un valor estimado superior a los umbrales europeos. Ante tales circunstancias, el defecto impugnable no residiría en la programación inicial o ulteriores modificaciones de aquella, sino en el procedimiento de compra que se pretende llevar a cabo de manera sobrevenida. Dicha impugnación se fundamentaría en el hecho de que su falta de previsión en el plan de compra pública evidenciaría la ausencia de su necesidad en los términos del art. 28.1 de la LCSP. No obstante, consideramos que tal argumentación, dada la regulación actual, presentaría serias dificultades para prosperar. Así, previsiblemente, la justificación del procedimiento y los pliegos del mismo vendrán a poner de manifiesto la necesidad de la compra pública convocada, dentro los amplios límites de la discrecionalidad de la Administración. Ante ello, en el caso de que la justificación resulte válida, la ausencia de dicha motivación o previsión, en el anuncio de información previa al que hace referencia el art. 28.4 de la LCSP, vendría a constituir, en todo caso, un defecto formal consistente en la no anticipación de dicha motivación con carácter previo a su convocatoria. A lo que cabe añadir, que, desde nuestro punto de vista, tal defecto no supone la indefensión de los interesados, la falta de publicidad del procedimiento que obstruya la libre concurrencia de los operadores económicos, ni se trata de un requisito esencial de cada uno de los procedimientos de compra pública. Por tanto, es cierto que en estos casos de defecto en la planificación el procedimiento de contratación ulterior presentará una irregularidad. Si bien, dada la configuración

actual de nuestro ordenamiento jurídico, entendemos que se tratará de una irregularidad que conforme al art. 48.2 de la Ley 39/2015 no afectará, por sí misma, a la validez de lo actuado.

Finalmente, cabe reseñar que, en los casos de exceso de planificación respecto de lo realmente ejecutado, sería posible la vía de impugnación de la inactividad administrativa en términos similares a los indicados respecto a la no inclusión. Estaríamos en este caso ante la no ejecución de procedimientos de contratación contenidos en el plan de compra pública de una Administración. La única diferencia que podemos atisbar respecto de las posibilidades de reacción ya analizadas, en relación a la supuestamente indebida no inclusión de determinados contratos en la planificación, se encontraría en los posibles efectos coadyuvantes que se deriven de la plasmación de la acción no ejercitada en el anuncio de información previa y que puedan ser de utilidad al recurrente legitimado para la impugnación de esta inactividad de la Administración. A este respecto, cabría preguntarse si el anuncio de información previa contemplado en el art. 28.4 de la LCSP tiene la consideración de acto que obligue a la Administración que lo ha realizado a los efectos de dar soporte a un recurso contra la inactividad de la Administración sobre la base del art. 29.1 de la LRJCA. Cuestión a la que debemos responder de manera negativa. Dicha respuesta, en primer lugar, ha de basarse en el hecho de que este desistimiento del contrato programado no puede reputarse como un desistimiento en los términos del art. 152 de la LCSP. Este último se refiere a aquellos casos en los que desistimiento, decisión de no adjudicar o de no celebrar se realice en relación a “un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria”. Esto es, para el que se haya dado inicio al correspondiente expediente administrativo en los términos del art. 116 de la LCSP. Es cierto, sin embargo, que, aunque el anuncio de información previa, fuera de los casos en los que se emplee como convocatoria de la licitación⁶²³, no suponga el inicio del expediente de contratación, sí constituye un acto administrativo. E igualmente, la decisión expresa o tácita de no acometer el contenido de la programación también será un acto administrativo en sentido contrario al anterior. Consecuentemente, por aplicación del art. 3.1.e) de la Ley 40/2105, en relación al art. 35.1.c) de la Ley 39/2015, sería procedente la exposición externalizada de los motivos por los que la Administración se aparta de su planificación inicial. Pero, a pesar de ello, al no existir incoación de la licitación propiamente dicha, en cuyos pliegos se refleje el objeto y las condiciones de solvencia, tampoco habrá licitadores personados o potenciales que puedan ser determinados, deviniendo inaplicable, en este sentido, el art. 29.1 de la LRJCA. Así las cosas, los únicos legitimados para dicha impugnación serán, nuevamente, los ciudadanos determinados como receptores de la prestación a la que el procedimiento de contratación programado sirve de medio para su realización.

⁶²³ En estos casos entendemos que sí sería de aplicación el art. 152 de la LCSP. No obstante, este tipo de anuncios de información previa no son los referidos por el art. 28.4 de dicha norma.

Esta conclusión final podría ahondarse si se parte la experiencia italiana, en la interpretación de la redacción del art. 70 del d.lgs. 50/2016, referido al anuncio de información previa. En dicho precepto se establece que los poderes adjudicadores, antes del 31 de diciembre de cada año, han de comunicar los contratos que tengan la intención de llevar a cabo durante el año siguiente —límite temporal máximo de eficacia del anuncio de información previos establecido en las directivas europeas—⁶²⁴. En dichos anuncios deberán indicar la información identificativa del ente adjudicador, el código CPV del contrato en cuestión, en su caso, para cada uno de los lotes, la dirección electrónica en la cual estarán disponibles los documentos de la futura licitación, el código NUTS del lugar principal de realización de la obra, de la entrega del bien o de la realización del servicio, breve descripción del contrato especificando la naturaleza de la prestación que se pretende recibir, y la fecha o fechas previstas para la publicación del anuncio o anuncios de licitación que darán a conocer la apertura del procedimiento o procedimientos de licitación a los que el anuncio de información previa hace referencia. Ello, con la intención de contribuir a las ya aludidas finalidades de las comunicaciones del nivel de preinformación consistentes en la prosecución de ventajas conductuales y concurrenciales⁶²⁵. De la indicada regulación, podría entenderse que la preceptividad de los planes de programación se extendería al presente caso ante el tenor literal del art. 70.1 del d.lgs. n. 50/2016, donde se establece que: “*le stazioni appaltanti rendono nota entro il 31 dicembre di ogni anno [...]*”, esto es, que “los poderes adjudicadores darán a conocer antes del 31 de diciembre de cada año [...]” su intención de convocar una licitación pública. Literalidad que nos recuerda a la del art. 28.4 de la LCSP.

Pues bien, dicha cuestión ha sido resuelta por el *Consiglio di Stato*⁶²⁶ respecto a estos anuncios de información previa del mismo modo que lo hizo el TJUE en relación a los anuncios de información previa agregados, previstos antes de la Directiva 2014/24/UE. Así, dicho tribunal europeo, en un primer momento, estableció que el artículo 9.1 de la Directiva 77/62/CEE, relativo a los contratos de suministro, sucedido posteriormente por el artículo 9.2 de la Directiva 93/36/CEE, conducía necesariamente a entender la preceptividad del indicado anuncio de información previa. Aunque, posteriormente, esta interpretación obtuvo una contestación contraria en el caso de los contratos de obras públicas, dado que la Directiva 93/37/CEE, a la hora de regular los plazos generales de recepción de las ofertas de los licitadores, vinculaba la existencia de un anuncio de información previa a la posibilidad de emplear los plazos excepcionalmente reducidos de sus artículos 12.2 y 13.4; lo que, a criterio del TJUE conducía a la exégesis de una configuración jurídica que implicaba la limitación de la preceptividad del anuncio a

⁶²⁴ Nótese como siguiendo la transición ya indicada en este punto entre la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2014/24/UE, no se restringe su utilización a los contratos SARA.

⁶²⁵ CARULLO, A. Y IUDICA, G., *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, CEDAM, 2012, p. 636.

⁶²⁶ En este sentido véase Consiglio di Stato, Sentenza n. 6908/2006, 27 novembre.

aquellos casos en los que se pretendiera establecer los plazos especialmente reducidos para la recepción de las ofertas⁶²⁷. Establecidos tales precedentes jurisprudenciales, la Directiva 2004/18/CE vino a aunar en un solo cuerpo normativo la regulación del anuncio de información previa de los contratos de suministros, servicios y obras públicas, anterior y respectivamente contenida en las Directivas 93/36/CEE, 92/50/CEE y 93/37/CEE. En dicha unificación se extendió la regulación del anuncio de información previa contenida anteriormente en la Directiva 93/37/CEE a los contratos de suministros y servicios. Este proceder llevó consigo la extensión del correspondiente posicionamiento jurisprudencial⁶²⁸. Solución normativa que sería mantenida posteriormente por la Directiva 2014/24/UE, tal y como se desprende claramente de su artículo 48.1. en relación con el artículo 27.1 y .2 y concordantes. En consecuencia, a la luz de esta línea interpretativa, podría, incluso, llegar a ponerse en tela de juicio la preceptividad del art. 28.4 de la LCSP, tal y como se ha colegido por el *Consiglio di Stato* italiano, respecto del art. 70 del d.lgs. 50/2016, en relación con los arts. 60 y ss. del mismo cuerpo legal⁶²⁹. Esto es, en relación a un precepto donde la configuración del anuncio de información previa es altamente coincidente con la realizada por el art. 24.8 de la LCSP.

En consecuencia, la configuración actual de nuestro ordenamiento jurídico podría, en el peor de los casos —desde nuestro punto de vista—, conducir a la potestatividad del art. 28.4 de la LCSP y, en el mejor de los casos, a unas posibilidades de reacción frente a los incumplimientos de la Administración muy limitadas y, en todo caso, indirectas, a través de los destinatarios finales de la prestación facilitada por el contrato o de la confluencia que esta planificación y su incumplimiento pueda presentar respecto de las obligaciones contenidas en la LO 2/2012.

III. CONSIDERACIONES Y PROPUESTAS SOBRE EL NIVEL DE PREINFORMACIÓN

A la vista de la situación anterior, coincidimos con la postura del legislador italiano, en el sentido de que la Administración en cuestión debe gozar de una amplia discrecionalidad a la hora de decidir no realizar una contratación que estaba programada, por modificación de las circunstancias que le afecten —situación de exceso de planificación—. Quedando circunscrita dicha fiscalización a los destinatarios de la

⁶²⁷ STJUE de 26 de septiembre de 2000, C-225/98, párrafos 35 a 43. Regulación de la Directiva 93/37/CEE similar a la contenida en el artículo 18.2 de la Directiva 92/50/CEE en relación con el 15.1.

⁶²⁸ Véase en este sentido el párrafo noveno del artículo 35 de la Directiva 2004/18/CE en relación con el artículo 38.4 del mismo cuerpo legal

⁶²⁹ CARINGELLA, F. Y OTROS, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017*, n. 56, cit., art. 70, pp. 345 y 348.

prestación a la que el procedimiento de contratación fuere a servir de medio auxiliar. En este caso, el riesgo de corrupción o ineficacia será menor, cuando no inexistente. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico presenta un amplio margen de mejora en lo que se refiere a los incumplimientos del plan de contratos del art. 28.4 de la LCSP por defecto en su formulación. En este caso, si la compra de lo no programado carece de toda medida correctiva —más allá de las que pueda proceder en relación al incumplimiento de las planificaciones exigidas por la LO 2/2012—, se estará dejando sin virtualidad alguna a este precepto. Es por ello que consideramos que, sin necesidad de llegar al elaborado sistema de prelación del ordenamiento jurídico italiano, sería necesario el acompañamiento del referido precepto con la indicación de las tasadas excepciones en las que se podrá comprar fuera de programa, el procedimiento necesario —con sus correspondientes plazos— para la modificación del plan de compras inicial y las consecuencias de tratar de efectuar una compra pública fuera programación de manera no justificada. Respecto de este último extremo, creemos que sería pertinente la inclusión como previsión expresa de este incumplimiento en el art. 40 de la LCSP como causa de anulabilidad del procedimiento de contratación pública. Lo que, al plasmarse expresamente, vendría a poner de manifiesto, ahora sí, que la previsión en sede de anuncio de información previa de la convocatoria de un procedimiento ulterior, ha de constituir, por los motivos expuestos en los epígrafes anteriores, una formalidad establecida por el legislador como indispensable para la válida incoación de un procedimiento de contratación, salvo tasadas excepciones.

Esta aparente formalidad se instituiría en un elemento externo que permita objetivar, exigir, comprobar y garantizar que todo procedimiento de contratación responde a una decisión del ente adjudicador correspondiente debidamente sopesada y analizada a la hora de cumplir con las exigencias verbalizadas, entre otros, en el art. 28.1 y .2 de la LCSP. Dicho precepto establece que:

1. Las entidades del Sector Público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

2. Las entidades del Sector Público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y

el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley.

Tales exigencias de planificación *ad intra* y *ad extra*, que se desprenden de los transcritos preceptos, son contrarias a una actividad de contratación fruto de la improvisación, salvo en los casos de excepcionalidad derivados de un evento imprevisible o de fuerza mayor. Si a ello unimos la finalidad de la actividad de planificación, puede concluirse que la causa de anulabilidad propuesta, por la que la previa planificación se instituye en presupuesto de validez de los ulteriores procedimientos de compra, es coherente con los principios y espíritu de la LCSP, así como de la normativa europea. A ello se une el hecho de que, como se ha podido comprobar en el epígrafe II.2.1 del presente capítulo, el anuncio de información previa no constriñe la configuración futura del procedimiento de compra. En efecto, a nivel operativo o material, solo será necesario determinar el objeto del contrato, con la indicación del CPV correspondiente, así como una breve descripción de la naturaleza y alcance de la prestación que se desea recibir. No resulta necesario establecer, en dicho momento, el PBL, ni el Valor estimado del contrato o contratos a realizar. A nivel de procedimiento, por su parte, se habrá de indicar la previsión de utilización de medios de compra conjunta, si bien, tampoco será necesario, en ese momento, publicar los pliegos que regirán la licitación, ni indicar el procedimiento de compra que se empleará.

Los avances de nuestro ordenamiento en materia de preinformación se presentan, a nuestro entender, como fundamentales para la prosecución de un sistema de compra pública más eficiente. Así, como se ha tenido ocasión de analizar, esta preinformación es lo suficientemente completa como para transmitir las necesidades del poder adjudicador en un determinado mercado de contratación pública, dirigiéndose así a los operadores económicos que lo componen, con la finalidad de que, aquellos que pudieran estar interesados en participar en los subsiguientes procedimientos de contratación pública, lleven a cabo las actividades de preparación comercial que les sean necesarias, con la consiguiente obtención de ventajas de concurrencia. Pero, además, esta información promueve ventajas conductuales derivadas de una mayor transparencia de las necesidades del ente adjudicador y de las labores de preparación y diseño de los procedimientos de compra. Este efecto se consigue toda vez que su elaboración requiere generar una suerte de motivación-planificación inicial de los subsiguientes procedimientos de compra pública, la cual, al hacerse pública, permitirá potencialmente su contraste, interconexión e incluso control de la legalidad respecto de la motivación-ejecución de los procedimientos ulteriores.

Además, dichas ventajas, al insertarse en un proceso de digitalización de los procedimientos de compra pública, se verán incrementadas significativamente por mor de las características de la administración digital, tales como la desmaterialización y la posibilidad de la interactividad de la información previa publicada.

1. LA INTERACTIVIDAD DE LAS TIC COMO MEDIO DE SEGUIMIENTO AUTOMATIZADO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN POR PARTE DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS

La primera de las interacciones permitidas debería consistir en la posibilidad de los operadores económicos de mostrar su interés sobre los futuros procedimientos de contratación anunciados, de modo que el sistema, en caso de que el concreto ente adjudicador procediera posteriormente a la efectiva publicación de un anuncio de licitación sobre el mismo tipo de producto o CPV, hiciera llegar un aviso automático al correo electrónico o dispositivo electrónico designado por el operador económico que hubiera mostrado su interés, proyectando así un sistema de publicación especialmente efectivo. En efecto, la implementación de las TIC permitiría, en este sentido, la consecución de un sistema de alerta altamente personalizado al poder concretarse sobre un específico poder adjudicador, código o subcódigo CPV y código NUTS. De manera adicional a la enunciada precisión, este sistema de formación de anuncios personalizados tendría carácter gratuito, reduciendo los costes de licitación y favoreciendo la participación de las PyMEs. Al mismo tiempo que la elección de los avisos establecidos no se hará exclusivamente sobre la base de las propias consideraciones de cada operador económico, sus pesquisas o experiencia, sino que las decisiones al respecto se podrán tomar a la luz de los importantes indicios o expectativas sobre las futuras contrataciones que se desprenden de la información previa.

Sin duda, el actual modelo policéntrico español permite acotar la fragmentación de estos anuncios de información previa. Si bien, la publicación en el portal SIMAP y en el perfil del contratante no son opciones necesariamente cumulativas, como en el caso del anuncio de licitación, sino alternativas. Ante ello, el art. 134.5 de la LCSP prevé que, en caso de optarse por la publicación en el perfil del contratante, se deberá poner en conocimiento de la OPUE un anuncio de publicación con el contenido expresado en el Anexo III.A.1 de la LCSP.

Este sistema de publicación garantiza, de una forma u otra, pero siempre con la suficiente información que permita la puesta en práctica en el Portal SIMAP de las sugerencias que se efectúan en el presente epígrafe, el reflejo de los anuncios de información previa relativos a contratos SARA en dicho portal europeo. Ello es del todo conveniente a la vista de que las ventajas referidas respecto de estas publicaciones cobran aún más sentido respecto de unos operadores económicos que, previsiblemente, tendrán menor familiaridad con el uso de los medios electrónicos empleados por los entes adjudicadores españoles, así como que presentarán mayores dificultades y/o necesidades de planificación para participar en los procedimientos de licitación. Ahora bien, no se prevé como necesaria esa publicación por interconexión a la inversa, en el caso de que la plataforma escogida sea el portal SIMAP. Y, por supuesto, no se prevé

un sistema de publicación de anuncios de información previa respecto de contratos no SARA al no preverse esta figura en nuestro ordenamiento.

A los efectos de simplificar, armonizar y potenciar la regulación de la publicación de los anuncios de información previa, en línea con la propuesta detallada más adelante sobre la extensión de esta figura a los contratos no SARA, consideramos propicio acercar el régimen de publicación de los anuncios de información previa al de los anuncios de licitación. Esto es, figurando en el portal SIMAP y en el perfil del contratante, cuando el valor estimado de alguna de las categorías de producto u obra previstas rebasa los umbrales de los contratos SARA⁶³⁰, o, en caso de no superarse tales umbrales, siendo objeto de publicación preceptiva en el perfil del contratante y potestativa en el Portal SIMAP⁶³¹. Esta adopción del régimen de los anuncios de licitación debería incluir el sistema de publicación por interconexión, en el caso de que el perfil del contratante empleado se halle alojado en una plataforma autonómica. A tales efectos, dicha publicación por interconexión debería contener la información prevista en el Anexo III.1 de la LCSP.

De este modo y centrándonos en un nivel nacional, se conseguiría dejar constancia en la PCSP de todas las programaciones de contratación efectuadas por las AAPP españolas. Tal concentración de información haría posible su sistematización conjunta, permitiendo la búsqueda de actividades de compra programadas y la utilización de los sistemas de seguimiento e interacción con un elenco de opciones mayor. En otras palabras, el documento del anuncio de información previa sería un medio para la consecución de un objetivo final, consistente en la agrupación en un único portal de los datos contenidos en aquel. De este modo, se permitiría que mediante una sola operación el operador económico pudiera activar el seguimiento de un CPV para todos los entes adjudicadores que se encuentren en una determinada área geográfica o que pretenda ejecutar la contratación en un determinado código NUTS. Además, la mencionada agrupación permitiría que este sistema informático dinámico, de sistematización de datos e interactivo con los operadores económicos, pudiera limitarse con carácter necesario a la PCSP. Así las cosas, su implementación en otras plataformas, con su consiguiente coste económico, quedaría dentro de una decisión propia de la capacidad de autoorganización del titular de la plataforma, cuyo sentido final no sería esencial o definitivo desde el punto de vista del operador económico.

Esta primera interacción propuesta nos permite entrever la gran importancia de utilización de los códigos de identificación de los procedimientos de compra programados como el código NUTS y, especialmente, del CPV y sus subcódigos. Este

⁶³⁰ Como se ha indicado, a los efectos que ahora nos ocupan sería suficiente la información del anuncio señalado en el Anexo III.A.1 de la LCSP, si bien, con la propuesta indicada se favorecería cierta uniformidad de actuación que, en cierto modo, puede facilitar la actuación del ente adjudicador.

⁶³¹ Sobre este punto, ya hemos tenido ocasión de mostrar nuestra opinión favorable de emplear este medio de publicación de manera cumulativa al perfil del contratante, aun en relación a los contratos no SARA.

último presenta un elevado nivel de detalle, idóneo para la finalidad ahora descrita, así como un carácter exactamente uniforme en todos los Estados miembros de la UE y en todos los entes adjudicadores de dichos Estados, favoreciendo los efectos de desterritorialización y automatización anejos a la implementación de las TIC. En concreto, estos códigos servirían como elemento principal de acceso, búsqueda y sistematización de los procedimientos de compra programados, con una mayor precisión y seguridad que la búsqueda por texto. Incluso, su empleo puede servir como elemento de agrupación y clasificación de la información que debe figurar en los mismos⁶³², de modo que en un futuro se establecieran formularios con esta orientación específicos para cada tipo de producto u obra.

2. DESDE LA SIMPLE MUESTRA DE INTERÉS A LA HABILITACIÓN Y LA OFERTA PREVIA

La segunda de las interacciones propuestas se halla inspirada en los sistemas de habilitación de los sistemas dinámicos de adquisición, a los efectos de que, sobre la base de la información previa, los operadores económicos no solo puedan hacer un seguimiento de la actividad de contratación de un ente adjudicador, sino que, además, se den a conocer de manera anticipada y comuniquen su disposición para realizar una oferta comercial vinculante, así como los términos principales de la misma, generalmente en forma de catálogo electrónico.

De este modo, se aprovecharía que la información contenida en los anuncios de información previa, en cuanto define la necesidad que se pretende cubrir y, en consecuencia, el objeto del contrato referenciado con su correspondiente código CPV, sería suficiente como para que se lanzaran dichos catálogos de manera anticipada, así como la acreditación, mediante declaración responsable, de cumplir con los requisitos generales de contratación. Al mismo tiempo, la información contenida en estos instrumentos sería lo suficientemente reducida como para recabar las anteriores preofertas, antes de que el poder adjudicador se vea obligado a tener confeccionado y publicado el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones técnicas y contractuales-administrativas. De este modo, su redacción y la determinación del procedimiento de contratación podría llevarse a cabo sobre la base de la información que se pudiera recoger durante la vigencia del anuncio de información previa.

⁶³² Sobre la utilidad estadística adicional de esta nomenclatura, así como de la posibilidad de localización de operadores económicos adecuados por parte de los poderes adjudicadores, véase RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A., «La nomenclatura CPV», *Observatorio de la Contratación pública*, 2013 pp. 3 y 4. Texto derivado de RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A., «La nomenclatura CPV en la contratación», en BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Á. (coord.) *Administración local: estudios en homenaje a Ángel Ballesteros*, Madrid, Wolters Kluwer, 2011, pp. 198 y ss.

Con dicho *modus operandi* podría lograrse, o al menos establecer los medios que permitieran, la obtención de variables referidas a la composición de la población que conforma la potencial oferta de un poder adjudicador, tales como modelos y soluciones técnicas posibles para la satisfacción de sus necesidades, precios del sector para cada una de las soluciones y modelos, número de operadores económicos interesados y ubicación de dichos operadores, entre otras. Dicha información vendría a colocarlo en una mejor situación a la hora de planificar los futuros procedimientos de licitación desde el punto de vista de la fijación de su nivel de demanda óptimo. En efecto, a la vista de la información ofrecida con anticipación por los operadores económicos, previsiblemente a través de catálogos electrónicos, el ente adjudicador tendría acceso a una información de primera mano que le sirviera de apoyo para el establecimiento de las previsiones económicas y especificaciones técnicas que han de incluirse en los pliegos o que, en todo caso, han de tenerse en cuenta para la selección del licitador en procedimientos donde no se contemple la publicación de un anuncio de licitación, como en el caso de la compra menor. En definitiva, podría optarse a la consecución de una verdadera innovación administrativa que inste a los poderes adjudicadores a un mayor rigor en la fase preparatoria de los contratos⁶³³ y lo permita, realmente, en relación a los entes adjudicadores de menor tamaño. Tales pretendidos objetivos de mayor información de la oferta y planificación del procedimiento de contratación vienen a coincidir, precisamente, con los objetivos que, ya a finales del pasado siglo estableció la Comisión Europea en relación a la implantación de la contratación pública electrónica. Medio que se atisbaba como idóneo para que los órganos de contratación pudieran conocer precios, condiciones y gama de productos antes de la formulación de sus demandas⁶³⁴.

De hecho, la idoneidad de la obtención de información del mercado en el que se encuadra la demanda del poder adjudicador, de forma previa al inicio *stricto sensu* del procedimiento de contratación, es una realidad ya reconocida por el legislador europeo en los arts. 40 y 41 de la Directiva 2014/24/UE. No obstante, el planteamiento expuesto por el que el punto de partida se sitúa en una información previa de la demanda, susceptible de interactividad con los futuros oferentes, permitiría alcanzar en muchas ocasiones, desde nuestro punto de vista, los mismos o similares objetivos que los referidos preceptos, pero de forma más eficaz. De esta manera, solo en el caso en que se tratara de una información cualitativa, acerca de la configuración de la oferta que se desea encontrar o analizar, que no sea posible extrapolar de manera independiente de la información objetiva, desprendida de la interactividad de los operadores económicos con la información previa facilitada, en forma de preofertas, normalmente configuradas

⁶³³ Sobre la necesidad de avanzar en dicha línea véase Tribunal de Cuentas, Informe 1046, de 24 de julio de 2014 o como se propone, por ejemplo, en MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «“Transparencia” vs “Transparencia” en la contratación pública», cit., p. 8.

⁶³⁴ COMISIÓN EUROPEA, *COM(1996) 583 final, de 27 de noviembre: Libro verde. La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*, cit., epígrafe 4.13.

como catálogos electrónicos, se acudiría a la figura de las consultas preliminares del mercado o del diálogo competitivo.

No se duda, desde nuestro punto de vista, de la necesidad de estas figuras, la primera de las cuales ha sido objeto de detallado análisis en el epígrafe primero del presente capítulo. Aunque, creemos que las mismas deben ser utilizadas como elementos de consulta de *ulterior ratio* al ahora expuesto. El motivo se debe a que, en la prosecución de sus objetivos de mayor conocimiento del mercado al que se enfrentará el ente adjudicador, pueden generar un potencial debilitamiento del principio de igualdad de trato. Así, de un lado, los operadores económicos participantes en las consultas preliminares podrían tener acceso a una mayor información que los estableciera en una situación de ventaja respecto al resto de licitadores, a lo que se une el riesgo de que estos traten de influir en el poder licitador mediante unas respuestas que, potencialmente, tendieran a conseguir una configuración del futuro proceso de licitación favorable a sus propios intereses⁶³⁵. Extremo que no es desconocido por el legislador, debiendo conllevar la previsión de medidas al efecto que eviten el falseamiento de la competencia, incluso mediante el recurso a la exclusión de licitadores. Es más, debe tenerse en cuenta que mediante dichas consultas se solicita el auxilio de determinados operadores económicos pretendiendo que participen de forma eficaz, pero de manera prácticamente altruista. De otra parte, en el procedimiento de diálogo competitivo y asociación para la innovación previstos, respectivamente, en los arts. 30 y 31 de la Directiva 2014/24/UE, se establece de una forma u otra un diálogo técnico a través del cual, y sobre la base de unos criterios de adjudicación muy escuetos —por cuanto el ente adjudicador carece de información—, el demandante público descubrirá cuál es la solución técnica que mejor resuelve sus necesidades. Solución de la que era desconocedora *ab initio*, pero que impedirá un ulterior procedimiento de adjudicación abierto, al limitar dicha actuación a los operadores económicos “invitados” por el poder adjudicador⁶³⁶.

La interacción propuesta debería partir de una serie de requisitos *sine qua non*. Por un lado, que en ningún caso la apertura del procedimiento de contratación ulterior sea restringido a quienes hayan llevado a cabo preofertas, de manera que la incorporación de nuevos potenciales oferentes sea dinámica hasta el momento de inicio del procedimiento de licitación y finalización del plazo de presentación de ofertas. De otro, que se contemple la previsión de sistemas de vinculación respecto de las preofertas, cuando las mismas sean aceptadas o tenidas en cuenta en procedimientos, como el contrato menor o la adjudicación directa de poderes adjudicadores, donde la selección de los contratistas y la adjudicación del contrato se fusionen. No obstante, entendemos que en los casos en los que con posterioridad a la información previa, se dé lugar a un

⁶³⁵ TREUMER, S., «Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive», cit., pp. 13 y 14.

⁶³⁶ SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Exclusion, qualitative selection and short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24», cit., pp. 125 y 126.

procedimiento de compra con licitación, en el que se publiquen unos pliegos que reflejen unas especificaciones y decisiones del órgano de contratación imposibles de conocer al momento de formulación de la preoferta, lógicamente, los operadores económicos deberán poder decidir libremente su participación o no, así como la formulación de su oferta en el nuevo procedimiento sin vinculación alguna. Sin perjuicio de los posibles comportamientos anticompetitivos que pudieran apreciarse en los procedimientos correspondientes al detectarse desconexiones irracionales y erráticas entre la información dada vía preoferta y las decisiones adoptadas en cada uno de los procedimientos de licitación ulterior y efectivamente iniciados.

2.1 La confidencialidad de las preofertas

2.1.1 En los contratos de suministros

En cuanto a la confidencialidad de las preofertas, no se detecta una criticidad homologable a la que acaece durante la fase de presentación de ofertas una vez iniciado el procedimiento de licitación, siempre y cuando se trate de las condiciones económicas de un contrato de suministro de un producto determinado, con sus correspondientes variables técnicas. El motivo es doble: en relación a los casos en los que la actuación posterior por parte del órgano de contratación se vaya a producir por debajo de los umbrales cuantitativos que permiten la contratación menor o la adjudicación directa, o bien, en los casos que cualitativamente permitan un procedimiento negociado sin publicidad; el carácter dinámico de las preofertas habilitará que, si al ser conocida la oferta de un operador por el resto, estos actúan en consecuencia y a la vista de aquella, dicho operador podrá reaccionar a su vez a los movimientos de la competencia si así lo desea. Mientras, respecto a los procedimientos que darán lugar a un anuncio de licitación, al dinamismo antes indicado, se añadirá que, una vez iniciado un concreto procedimiento de compra, se abrirá una fase de presentación de ofertas, sujeta a estricta confidencialidad en la que no quedarán vinculados a sus preofertas.

Tanto de una forma u otra, en estos tipos de contratos debe tenerse en cuenta que una meta del funcionamiento del mercado de la contratación pública consiste en que la máxima concurrencia de licitadores posible genere unas condiciones óptimas de aprovisionamiento conocidas por todos los licitadores y por el propio ente adjudicador. De esta manera, ante las circunstancias del producto en un determinado momento, una mayoría o todos los licitadores conocerán cuál es la mejor oferta que espera el ente adjudicador en términos concretos de criterios de solvencia, prescripciones técnicas, criterios de adjudicación, criterios de desempate y condiciones especiales de ejecución. Esto es, como ocurre en el mercado privado, ante unas mismas características técnicas, las ofertas se homogeneizarán, limitándose las diferencias en cuanto al precio y calidad de los servicios auxiliares al *know how* y solvencia de cada licitador, así como a su disposición de adaptación a las condiciones específicas del mercado de la contratación

pública⁶³⁷. En dicho contexto, no debe resultar extraño que una pluralidad de operadores económicos con niveles homologables de los factores indicados tienda al empate tanto en criterios de adjudicación como en criterios de desempate, debiendo emplearse, entonces, un criterio de rotación en el aprovisionamiento entre todos ellos.

2.1.2 En los contratos de servicio y obra

Caso distinto o, al menos, mayor reparo pueden representar los contratos de servicios. En este tipo de contratos suele ser habitual la exigencia de una memoria en la que se incluya el detalle de prestación del servicio, sobre la que los operadores económicos se muestran especialmente celosos. Desde nuestro punto de vista no habría motivo para ello debido a dos motivos.

En primer lugar, porque, en condiciones normales, dicha memoria podrá ser conocida por el resto de licitadores del sector, en su práctica totalidad, una vez finalizado el plazo para la presentación de ofertas e incluso por otros operadores económicos del sector que no hayan adquirido la condición de licitador-interesado en el procedimiento. Así se ha expresado el Consejo de la Transparencia y el Buen Gobierno⁶³⁸, al determinar que:

Sin embargo, deben hacerse públicos: - El contenido de las actas que hayan sido levantadas durante este proceso negociador, puesto que su conocimiento permite aplicar de facto el concepto de transparencia de la actuación pública consagrado en el preámbulo de la LTAIBG, que persigue controlar la acción pública y saber cómo se toman las decisiones, y - La oferta comercial, que es pública por expreso mandato legal.

A este respecto, el art. 133 de la LCSP viene a establecer que:

El deber de confidencialidad del órgano de contratación, así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación.

La confidencialidad deberá restringirse a aquellos elementos específicos que sean representativos de un *know how* propio del operador económico desarrollado en el ejercicio de su actividad económica y que, entendemos, ostentan un valor económico propio e independiente. Información sobre el desarrollo de la actividad económica que, en el caso de ser conocida por la competencia con motivo del procedimiento de licitación, supondría su transmisión gratuita, a pesar de los incrementos de valor que

⁶³⁷ Sobre la discrepancia de los diversos equilibrios económicos que un mismo producto puede generar en el mercado privado y en el mercado de la contratación pública, nos remitimos a trabajos previos que exceden del objeto del presente.

⁶³⁸ Consejo de la Transparencia y el Buen Gobierno, Resolución 317/2018, de 13 de agosto, p. 17.

supondrá para los terceros en el desarrollo general de su actividad. Es decir, se trata de aquellos casos que generarían situaciones anticompetitivas que desincentiven la concurrencia de los operadores económicos. En el caso del *software* informático, un secreto técnico especialmente analizado en la actualidad es el código fuente del programa sobre el que verse la licitación. En el caso de los contratos de servicios podríamos encontrarlo en la configuración de los medios auxiliares que vayan a emplear los prestadores del servicio e, incluso, en la organización interna del operador económico a la hora de ordenar los sistemas de control de calidad y de incentivos de sus miembros. Ahora bien, el respeto a lo anterior no debe impedir que se conozca la descripción funcional del servicio. De este modo, el secreto legítimo de la organización interna del operador económico no debe trasladarse a sus manifestaciones externas, tales como la cantidad y categoría profesional que aquel haya determinado en la memoria como encargado de la prestación. Tampoco a las prestaciones concretas que incluirá el servicio, a los flujos de tareas externas a la organización previstas para la realización del servicio *ad hoc* o a los plazos de reacción o ejecución previstos. Así las cosas, dicha información que queda a disposición de cualquier tercero *ex art.* 133 de la LCSP, quedará a disposición de todos los licitadores *ex art.* 53 de la Ley 39/2015, en relación con el art. 70.2 de dicho cuerpo legal.

A modo ejemplificativo, podemos pensar en un corredor de seguros con una gran presencia de entes adjudicadores de un mismo tipo entre su cartera de clientes —*vid.* entes locales de un determinado tamaño o universidades públicas—. Dicha experiencia previa en este tipo de contratos privados de servicios, se traducirá en unos departamentos especializados en la prestación del servicio con una serie de medios auxiliares para el análisis de riesgos y gestión de siniestros muy específicos. El art. 133 de la LCSP permitiría que la organización empresarial de dichos departamentos adquiriera la condición de confidencial, al igual que la información de sus bases de datos y documentos modelo para el desarrollo del servicio, en el caso de que los pliegos requirieran su indicación al ente adjudicador. No obstante, reducida la confidencialidad a dicho *know how*, deberá hacerse pública la información contenida en la memoria que acompañe a la oferta económica y que, derivada de la referida solvencia técnica de la empresa de carácter confidencial, se traduzca en los elementos externos que caractericen el servicio ofrecido, sirviendo de base para la valoración de criterios de adjudicación subjetivos. Así, todo licitador y todo tercero, deberá poder conocer el flujo de tareas general que desembocará en la prestación del servicio en forma de provisión de diversos informes sobre la cartera de seguros del ente adjudicador, la valoración de sus bienes y/o sobre el mercado al que dan lugar las compañías de seguros; y en forma de gestión de los siniestros de los que potencialmente pudiera responder el ente adjudicador. Igualmente, se deberá conocer el detalle de dicho flujo tanto a nivel objetivo como subjetivo, indicándose la cantidad y cualificación del personal destinado, sus tareas concretas y la descripción de las mismas. Así, aunque dicha descripción puesta a disposición de terceros no pueda incluir el detalle de sus programas informáticos, bases

de datos propios y documentos tipo, sí deberá incluir la prelación temporal de realización de las diversas tareas indicadas en el pliego de prescripciones técnicas y de aquellas otras que de manera voluntaria el operador económico pretenda englobar en su oferta, la forma en que se pondrá en contacto con los sujetos implicados en la realización de dichas tareas —asegurado, aseguradora y/o beneficiario—, el modo en que obtendrá la información de campo necesaria, los plazos máximos autoimpuestos para la realización de las diversas tareas y subtareas que componen el servicio —coincidentes o menores a los que pudieran reflejarse en los pliegos— y, por último, la descripción de la forma de realizar dichas tareas y subtareas en aquellos extremos que excedan de lo que se ha venido a considerar como posible elemento confidencial. Esto es, aquellas acciones de ejecución cuyo conocimiento por terceros no suponga, por sí mismo, la transmisión de un activo de valor económico a la competencia. Es el caso de los elementos referidos por el párrafo segundo del art. 133.1 de la LCSP *in fine*, esto es, los que tengan una difusión restringida y que no sean públicamente accesibles. Ejemplo de ello sería el funcionamiento de la interfaz del aplicativo electrónico que el corredor de seguros ofrezca poner a disposición del ente adjudicador y de los beneficiarios perjudicados por la acción de este último. Dicha interfaz será públicamente cognoscible por todos ellos y, por tanto, también por los operadores económicos competidores. En la misma circunstancia se encontrará la guía temática y el material de los cursos que el corredor de seguros ofrezca al ente adjudicador para la formación de su personal en la prevención y gestión de la siniestralidad. El cual, será posteriormente difundido con carácter general en el seno de la estructura organizativa del ente adjudicador y, por tanto, fácilmente accesible por la competencia. En estos dos últimos ejemplos podemos ver como la información sobre los documentos y formas de proceder del operador económico, considerados exclusivamente desde la óptica de su disposición, pueden resultar activos de valor económico integrables por la competencia en sus respectivas organizaciones, si bien, la naturaleza eminentemente pública de su forma de utilización o explotación conduce a que dicho valor se pierda al ser fácilmente accesible por la competencia de manera gratuita, a través de diversos medios ajenos al expediente administrativo de la licitación. De otra parte, el funcionamiento y configuración del panel de administrador del aplicativo informático o los elementos de evaluación de los cursos formativos que dispongan de control en su difusión entre el alumnado, en caso de que deban ser conocidos por el ente adjudicador para su evaluación, sí podrían, desde nuestro punto de vista, adquirir la condición de confidencial.

En consecuencia, la mayor parte de esas memorias, en un porcentaje amplio de los contratos de servicios, serán susceptibles de ser conocidas por los operadores económicos competidores tras la licitación en su dimensión externa. Y, por tanto, suponiendo un adecuado respeto del ente adjudicador a los derechos de acceso al expediente administrativo y a la información pública, dicha información será potencialmente integrable en las memorias de los licitadores u operadores económicos

del sector que decidan participar en el ulterior contrato llamado a suceder a aquel en el que se empleó la memoria en cuestión.

Dado todo lo anterior, sin perjuicio de las posibilidades de reelaboración de la preoferta durante el periodo de presentación de ofertas del correspondiente procedimiento de licitación o como respuesta a preofertas posteriores en el caso de la contratación menor, adjudicación directa y procedimiento negociado sin publicidad, no podemos apreciar graves inconvenientes a la libre concurrencia, igualdad de trato, libre competencia y maximización del interés público perseguido por el contrato, en el caso de que estas memorias, junto con el resto de elementos que componen las diversas ofertas económicas, sean conocidas por los competidores, en su dimensión externa-no confidencial, tanto tras la finalización del plazo de presentación de ofertas de un procedimiento de compra pública, como con antelación a su inicio, en una potencial fase de presentación de preofertas.

En soporte de la conclusión anterior encontramos un segundo motivo, tal y como se indicaba. El mismo radica en que la referida dimensión externa-no confidencial de las memorias de los operadores económicos que resulten adjudicatarios darán lugar a concreciones y especificaciones de las prescripciones técnicas que rigen el contrato público. En no pocas ocasiones, los elementos valorados positivamente por el ente adjudicador que son contenidos en la memoria del adjudicatario del contrato permiten una labor de objetivación ulterior. Así las cosas, si el ente adjudicador viene a valorar positivamente la reducción de los plazos de ejecución de unas determinadas tareas que constituyen la prestación del servicio, la parte proporcional en puntos de la primera licitación, reservados a una valoración subjetiva, en la siguiente licitación del contrato con el mismo objeto, debería reconducirse a un criterio de adjudicación objetivo referido a dicha reducción de tiempos, acompañado o no, de una prescripción técnica más exigente. Misma forma de proceder con todos aquellos elementos reservados para su valoración subjetiva por medio de una memoria de prestación del servicio en licitación y que no han sido objetivados dada la imposibilidad inicial del ente adjudicador de su previsión. Imposibilidad que finalizará tras el conocimiento de la oferta en procedimientos de licitación anteriores donde dichos extremos hayan podido ser analizados por medio del estudio de criterios de carácter subjetivo. De este modo, volviendo al ejemplo anterior, inicialmente, el ente adjudicador podría ser incapaz de prever en la redacción de sus pliegos que junto a las prestaciones detalladas en el pliego de prescripciones técnicas fuera especialmente útil que el corredor de seguros le proveyera de una herramienta electrónica para la gestión de la cartera de seguros y la siniestralidad o que el mismo ofreciera cursos de formación a su personal e incluso servicios bonificados a determinados colectivos. Sin embargo, conocidos dichos extremos tras la valoración de los criterios de adjudicación subjetivos de una primera licitación y la ulterior ejecución del correspondiente contrato, el ente adjudicador debería proceder a la objetivación de dichos extremos en la medida de lo posible, bien como elemento preceptivo del ulterior contrato —prescripción técnica o condición

especial de ejecución— o valorable de manera positiva —criterio de adjudicación objetivo—⁶³⁹. Misma conclusión a la que se llegaría respecto de la ordenación de los medios y organización de las tareas y subtareas por parte de los operadores económicos cuyo reflejo y exposición externos serán inescindibles de la ejecución del contrato.

En definitiva, en tanto en cuanto la dimensión externa de carácter objetivable de una memoria de prestación del servicio, requerida para su valoración subjetiva supone un elemento potencialmente complementario del pliego de prescripciones técnicas y/o del pliego de cláusulas administrativas, su relegación a la memoria debe ser considerado un elemento de la licitación perfectible, derivado del desconocimiento del ente adjudicador del mercado al que se dirige y su correspondiente oferta. Dicha mejora sucesiva debe conducir necesariamente a la limitación del contenido de estas memorias en dos sentidos:

Por un lado, su concreción, evitando criterios de adjudicación subjetivos demasiado amplios o indeterminados. Ejemplos de estos criterios serían los siguientes⁶⁴⁰:

- *Propuesta de servicio de atención personalizada a la empresa, empleados y beneficiarios. Hasta 3 puntos*

Se dará la máxima puntuación a la entidad en juicio técnico motivado, ofrezca la mejor propuesta de servicio de atención personalizada al tomador, empleados y beneficiarios, siempre referente al presente contrato, valorándose el resto de ofertas de forma comparativa

- *Propuesta de plan de formación a los empleados. Hasta 3 puntos*

Se dará la máxima puntuación a la entidad en juicio técnico motivado, ofrezca la mejor propuesta de Plan de formación a los empleados del contratista, siempre referente al presente contrato, valorándose el resto de ofertas de forma comparativa.

- *Propuesta de servicio de atención personalizada a los perjudicados. Hasta 4 puntos*

Se dará la máxima puntuación a la entidad en juicio técnico motivado, ofrezca la mejor propuesta de Plan de atención personalizada a los perjudicados, siempre referente al presente contrato, valorándose el resto de ofertas de forma comparativa.

⁶³⁹ Buen ejemplo de ello lo constituyen los criterios cuantificables de forma automática contenidos en la página 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Expediente C20/56 tramitado por la Empresa Municipal Saneamientos de Córdoba, S.A. —SADECO—, para la contratación del servicio de mediación y asesoramiento en materia de seguros privados.

⁶⁴⁰ Criterios no cuantificables automáticamente contenidos en las páginas 10 y 11 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Expediente C20/56 tramitado por la Empresa Municipal Saneamientos de Córdoba, S.A. —SADECO—, para la contratación del servicio de mediación y asesoramiento en materia de seguros privados.

En licitaciones ulteriores, desde nuestro punto de vista y de ser posible, el ente adjudicador deberá realizar el esfuerzo de extraer, de las ofertas de licitaciones previas, qué concretos elementos de atención personalizada a la empresa, empleados, beneficiarios y perjudicados, así como qué plan de formación es el que considera más apropiado para contribuir al interés público. De manera que, progresivamente, los diez puntos inicialmente reservados para criterios subjetivos vayan siendo transvasados a criterios objetivos. Transvase que no necesariamente debe conducir a una situación óptima donde la objetivación de estos criterios sea plena, pudiendo bastar con una objetivación parcial si las circunstancias lo requieren. Pero, en todo caso, tratando de evitar alcances excesivamente abiertos como los que se pueden apreciar en las cláusulas transcritas.

En segundo lugar, limitando con carácter general el contenido de estos elementos subjetivos a aquellos aspectos que representen una creatividad en la explicación, organización y planteamiento del servicio requerido que sean fruto de una pericia profesional del operador económico cuyo conocimiento no vaya a resultar cognoscible de la ejecución del contrato —elementos a los que ya hemos hecho referencia— o aun cuando, siéndolo, —y por tanto, siendo accesibles tras la ejecución del contrato— constituyan una manifestación de la pericia profesional del operador económico especialmente dirigida y adaptada al procedimiento de licitación en cuestión, cuya valoración no sea susceptible de ser realizada mediante criterios objetivos y cuya formulación por el resto de competidores sería, presumiblemente inviable sin el previo conocimiento de la oferta que ha presentada o confeccionada por un determinado operador económico. Lo que podríamos denominar como elementos de pericia específica para la licitación.

Este último caso resulta fácilmente imaginable respecto de un contrato de obras en el que se deba realizar la proyección de la misma o en la formulación de la memoria de explotación económica propia de un procedimiento de concesión de obras o de concesión de servicios. Si bien, creemos que resulta menos frecuente en los contratos de servicios y suministros. En estos últimos casos, fuera de casos excepcionales como pudiera ser la provisión, adaptación y mantenimiento de un programa informático cuya evaluación de elementos de funcionamiento confidenciales de su dimensión interna pretendiera tener un papel protagonista, no resulta extraño que la creatividad y pericia profesional del operador económico sea confundida con la creatividad y pericia de licitar con un concreto ente adjudicador. Confusión que se produce habitualmente en aquellas memorias descriptivas de manera holística de la prestación de un servicio de correduría de seguros o de asesoramiento jurídico, las cuales mezclarán y tratarán de manera uniforme elementos que manifiesten una pericia específica con otros de mera presentación y ordenación formal del servicio que no son sino la preferencia subjetiva del ente adjudicador de una determinada manera de recibir el objeto del contrato perfectamente asumible por cualquier operador económico del sector y que, por tanto, debería figurar en los pliegos de contratación.

Así, desde nuestro punto de vista, carece de sentido la valoración subjetiva del acortamiento de plazos en la realización de las tareas básicas consustanciales al servicio, o su diversa prelación o inclusión en la memoria, cuando las mismas son autónoma y fácilmente asumibles por cualquier operador económico que reúna los requisitos de solvencia para poder licitar, sin repercutir su estructura de costes y siendo previsible que al operador económico en cuestión le habría resultado indiferente y perfectamente factible la distinta ordenación de las tareas y su detalle, así como la inclusión de tareas adicionales conexas con el objeto del contrato pero no indispensables, de haber sido alertado sobre ello. En caso de que estos elementos se incluyan como elementos de valoración subjetivos se estará generando un coste de licitación innecesario y una barrera para los operadores económicos menos habituados a licitar en el mercado de la contratación pública en general, así como en el mercado propio de ese ente adjudicador, en particular. Situación que favorecerá al operador económico con más pericia formal en la participación en licitaciones del Sector Público y no al que tenga una mayor pericia material en la ejecución del objeto del contrato.

Por todo lo anterior, la confidencialidad de las ofertas económicas en una eventual fase de presentación de preofertas debe limitarse a estos aspectos confidenciales o de pericia específica, no siendo indispensable que se extienda a la totalidad de las mismas. Lo que conllevará a que la misma sea indispensable en los aspectos fundamentales de las ofertas propias de la mayor parte de los contratos de obras, concesión de servicios y concesión de obras. Y, por otro lado, no lo será tanto en relación en buena parte de los contratos de suministro y servicios, así como en los contratos de obras de menor cuantía. No obstante, la opción por la confidencialidad de las ofertas, en un grado u otro no impediría la funcionalidad del sistema de preofertas.

Si se pretende evitar a toda costa y en todo caso el efecto subasta que pueden provocar las preofertas públicas en forma de catálogo electrónico o de manera simple, se podrá optar por un sistema de confidencialidad que limite el conocimiento de las mismas al órgano de contratación bajo estrictas condiciones y garantías que prevengan su difusión.

De hecho, al radicar la utilidad de las preofertas en el conocimiento de la parte objetiva de la oferta, la parte subjetiva de la misma podría permanecer cifrada hasta el inicio del concreto procedimiento de licitación y ulterior finalización del plazo de presentación de ofertas. Posibilidad que permiten los sistemas de pseudonimización. De este modo sería factible recabar la información de todas las preofertas sin que el ente adjudicador conozca la identidad de los operadores económicos, modulándose según los casos la información del operador económico relativa a su tamaño en función del riesgo de reidentificación que pueda ir aparejado a la pseudonimización.

La teoría y los principios que rigen el funcionamiento de los entes del Sector Público nos llevarían a concluir que las referidas soluciones por las que la información contenida en las preofertas se mantendrá, exclusivamente, en el *back office* deberían ser suficientes para mantener la competencia íntegra y adecuada en el procedimiento de compra

pública. Si bien, en el caso de elementos confidenciales y, sobre todo, de elementos de pericia específica de la licitación, consideramos, como lo más adecuado, mantener el criterio general de la LCSP durante la fase de presentación de ofertas: su cifrado absoluto para todos los intervinientes en la licitación, incluido el ente adjudicador.

2.2 Contenido y vinculación de la preoferta

En sede de preofertas, el criterio expuesto ha de conducir a que tales aspectos sean excluidos de aquellas, limitándose a criterios objetivos de interés para el ente adjudicador a la hora de efectuar la preparación de la contratación, tales como el número de potenciales licitadores interesados en el procedimiento y el precio que sería ofrecido para el producto o productos sobre los que verse la futura licitación.

Dicha exclusión, como es lógico, no afectará a los procedimientos que se efectúen mediante un procedimiento abierto simplificado sumario y, en la mayor parte de los casos, tampoco debería hacerlo en relación a los contratos menores de obras, servicios y suministros.

En relación a su influencia general en los contratos de suministro, servicios, obras, concesión de obras y concesión de servicios, nos remitimos a lo ya expuesto, con la consideración global de que, aunque sea necesario que la oferta definitiva integre elementos confidenciales o de pericia específica para la licitación, ello no impediría la presentación de una preoferta limitada a elementos objetivos —fundamentalmente el precio— e incluso de descripción básica de los flujos de ejecución del contrato y prestaciones adicionales que concreten cláusulas abiertas que se prevean a este respecto en los pliegos.

Así las cosas, en los casos que se predeterminen como oportunos para la presentación de una preoferta total o parcial, los licitadores o potenciales licitadores, a cambio de darse a conocer mediante la formulación de aquella, junto con una declaración responsable de encontrarse en situación de cumplimiento de los requisitos generales de contratación, facilitarían el conocimiento de su existencia por parte del ente adjudicador, a los efectos de que este decidiera contratar directamente con ellos, aceptando la preoferta formulada y convirtiéndola en una oferta directamente ejecutable en aquellos casos de adjudicación directa. O bien, procediendo a su comparación con, al menos dos, preofertas adicionales a los efectos de decidir directamente su aceptación en sede de contratación menor.

A cambio de dicha ventaja, consistente en un incremento exponencial de las posibilidades de participar en intercambios económicos del mercado de la contratación pública, de otro modo vedados al operador económico, el ente adjudicador recibirá una serie de preofertas en las que se incluya un catálogo de productos, servicios o soluciones constructivas con su correspondiente información técnica —dentro de los términos exigidos por los pliegos—, económica y de disponibilidad que permitirían una fuerte prospección del mercado. Información cuya veracidad se vería garantizada por medio

de la vinculación de las preofertas, en caso de ser compelidos a su realización dentro de los términos y límites previstos en la oferta, so pena de incurrir en un incumplimiento susceptible de producir un motivo de exclusión análogo al previsto en el art. 71.1.e) y 71.2.a) de la LCSP. Preceptos cuya adaptación expresa a esta nueva realidad propuesta sería conveniente, sobre todo en lo referente al segundo de ellos.

Todo lo anterior, sin que la implementación de esta solución pueda suponer empeoramiento alguno respecto de la situación de los operadores económicos no partícipes en la elaboración de preofertas, los cuales podrán ser igualmente elegidos en la adjudicación directa, contratación menor o invitados a participar en la negociación sin publicidad.

Como externalidad positiva de esta forma de actuar, se produciría un efecto novedoso en estos procedimientos carentes de publicidad general de la licitación, en relación a la información pública susceptible de ser generada, tanto a efectos cognoscitivos como operativos. En efecto, la información objetiva de las preofertas, tras la remoción, en su caso, de su elemento subjetivo mediante pseudonimización o anonimización permitiría obtener datos sobre los sujetos interesados en participar —sujetos que han enviado preoferta—, precios máximos, precios medios y precios mínimos, ofertados. Información detallada que permitiría favorecer su transparencia y el control del buen gobierno y de la motivación ofrecida para este tipo de contrataciones —carácter cognoscitivo—, así como información útil sobre un determinado mercado de contratación pública para otros entes adjudicadores —carácter operativo—.

En el caso de los procedimientos con publicidad que darán lugar a una fase de presentación de ofertas o solicitudes de participación abiertas a todos los licitadores que cumplan los requisitos de solvencia exigidos, la necesidad de garantizar la igualdad de los operadores económicos en el procedimiento de licitación propiamente dicho, con independencia de la presentación previa de preofertas, aleja las posibilidades de ofrecer una contraprestación a aquellos que participen con tal interacción previa, con la finalidad de incentivar su participación previa y asegurar la fiabilidad de la misma. En efecto, la eventual ausencia total de vinculación de las preofertas podría abrir la puerta a la recepción por parte del ente adjudicador de información sesgada e interesada, fundamentalmente, en cuanto a las condiciones económicas del aprovisionamiento.

De este modo, la única forma de actuar en los indicados casos será la configuración de un acuerdo marco o sistema dinámico de adquisición con presentación de catálogos electrónicos. A través de estos procedimientos, la oferta indicativa en forma de catálogo —art. 36.6 de la Directiva 2014/24/UE— y las ofertas iniciales de las empresas adjudicatarias de un acuerdo marco adoptado con una pluralidad de licitadores y sin detallar completamente las condiciones de suministro, podrán actuar, a estos efectos, de manera análoga a las preofertas. Alternativas entre las que optaremos, como regla general, sobre la base del análisis efectuado en el epígrafe II del capítulo quinto, por el sistema dinámico de adquisición.

En el caso de los contratos de suministro, de servicios y de obras regidos exclusivamente por criterios objetivos —como es el caso de aquellos orientados a su tramitación mediante procedimientos abiertos simplificados sumarios— e incluso en aquellos otros donde los elementos cualitativos de la oferta versen, solamente, sobre aspectos de descripción general del flujo de tareas del contrato que se efectuará *ad extra* y/o sobre la proposición de prestaciones adicionales, sería factible e, incluso, útil el mantenimiento de sistemas dinámicos de adquisición en los que se exija una oferta indicativa en forma de catálogo electrónico. De esta manera, los entes adjudicadores, a la hora de preparar los contratos de desarrollo podrán consultar los distintos productos u obras que podrían satisfacer su necesidad, constituyendo así una potencial y extensa consulta técnica del mercado sin necesidad de contacto directo con los operadores económicos. Solución que podría resultar útil en caso de que pudiera asegurarse la eficiencia de esta forma de proceder ante procedimientos de compra no repetitivos o de compra recurrente. Cuestión que trataremos de seguido y que pasa por la utilización de sistemas dinámicos de adquisición agregados por el lado de la demanda.

No obstante, en la línea de lo anteriormente expuesto, se nos presentan una primera limitación, cual es la relativa a aquellos procedimientos de compra que requieran que la oferta incluya elementos confidenciales o de pericia específica para la licitación. En tales casos, por los motivos expuestos, debería prescindirse del sistema de preofertas en forma de catálogo. Ello, sin embargo, no impediría la utilidad de la lógica de funcionamiento de un sistema dinámico de adquisición ordinario, que no requiera ofertas indicativas de ningún tipo, con la salvedad de que el proceso de valoración de las ofertas no deba ser enteramente electrónico, permitiendo la valoración manual de los criterios de adjudicación subjetivos.

2.3 La planificación como medio para la generación de sistemas de habilitación previa

La convocatoria del sistema dinámico de adquisición haría las veces de anuncio de información previa, dentro de la funcionalidad que venimos analizando. Es decir, prevendría a los licitadores de manera específica sobre la necesidad de que el contrato sea licitado en un determinado periodo de tiempo y habilitaría un sistema de notificaciones personalizado. Sin embargo, esta aplicación específica se encontraría con un obstáculo adicional: el coste desproporcionado de este tipo de procedimientos para la contratación de productos y obras de adquisición no periódica. Óbice que podría ser solventado mediante la utilización de sistemas dinámicos de adquisición agregados por el lado de la demanda, esto es, en los que no solo participe como adjudicatario final un solo ente adjudicador, sino una pluralidad de los mismos. De esta manera, la utilización del sistema en cuestión generaría unas economías de escala que justificarían, ahora sí, la eficiencia de este modo de proceder.

Por su parte, la viabilidad de los sistemas de adquisición agregados por el lado de la demanda, para sus correctos planificación y funcionamiento, requerirán que cada ente

adjudicador participante efectúe una correcta previsión de sus necesidades, de las cuales se desprenderá la necesidad de un procedimiento de compra pública, en los términos en los que nos hemos referido en el epígrafe anterior.

Cuestión que entronca, con una segunda limitación predicada de estos sistemas dinámicos de adquisición, relativa a la circunscripción de su eficiencia a los productos u obras de adquisición recurrente por parte de los antes adjudicadores, la cual entendemos completamente salvable.

Sobre la base de lo analizado, la utilización eficiente de sistemas dinámicos de adquisición agregada por el lado de la demanda, dirigidos a productos que no sean de compra recurrente —anual o plurianual— por parte de los entes adjudicadores partícipes, requerirá una exhaustiva y fiable planificación de las necesidades de compra. Planificación anticipada referida al siguiente o siguientes ejercicios, que, como hemos tenido ocasión de analizar, puede escapar de las posibilidades de los entes de menor tamaño. Así las cosas, una planificación sencilla consistente en la determinación de la necesidad de licitar un contrato de asesoramiento jurídico, ante el vencimiento en el próximo ejercicio del que en ese momento se encuentre en ejecución, podrá encontrarse al alcance de cualquier municipio. Si bien, la estimación de reparaciones en la vía pública en el próximo o próximos ejercicios o la estimación de adquisición de mobiliario para nuevos puestos de trabajo necesaria en el próximo o próximos ejercicios puede suponer una carga de trabajo que exceda de sus recursos materiales y personales.

Ante ello, se hace precisa una automatización de estas labores de predicción y planificación que, con cierta fiabilidad, hagan asequibles y fiables las previsiones de compra de la mayor parte de productos y obras en relación a los entes adjudicadores de cualquier tamaño.

El actual contexto tecnológico permite que los entes adjudicadores puedan emplear medios electrónicos que, de manera automatizada consigan realizar dichas labores de planificación, sobre la base de los datos de la serie histórica de adquisiciones de dicho ente, en consonancia con las partidas presupuestarias aprobadas para la siguiente anualidad y su inventario de bienes de dominio público y bienes patrimoniales.

Limitándonos en el presente trabajo al análisis automatizado de los datos de la serie histórica de los procedimientos de compra pública efectuados por un determinado ente, nos encontramos con un obstáculo principal: la interoperabilidad semántica. Esto es, que todos los entes adjudicadores, a la hora de redactar sus pliegos, empleen una forma unívoca al referirse al objeto del contrato que se encuentran licitando. Sin esta premisa, este proceso de automatización será imposible. Tal homogeneización será indispensable para que el algoritmo del programa en cuestión sea capaz de identificar los contratos con un mismo objeto efectuados por diversos entes e, incluso, contratos de un mismo objeto realizados por el propio ente adjudicador en diversos momentos.

El uso de medios electrónicos como garantía y oportunidad de una contratación pública eficiente,
planificada, transparente e íntegra

Este requisito inicial no será asequible o eficiente mediante el tratamiento del lenguaje natural incluido en los pliegos, siendo necesario que el mismo sea logrado mediante la utilización del principal medio de interoperabilidad semántica con el que cuenta nuestro ordenamiento jurídico a estos efectos: el CPV.

CAPÍTULO CUARTO.- LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS DURANTE LA LICITACIÓN Y ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO PÚBLICO

Expuestas las principales comunicaciones e informaciones publicadas antes del inicio del procedimiento de licitación, propiamente dicho, hemos de centrarnos en las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que se producirán durante el mismo y que, al igual que en el caso de la información previa, han sido objeto de digitalización con carácter general.

Procede que nos detengamos, en primer lugar, en la publicación que supondrá el inicio del procedimiento en la dimensión externa de la Administración: el anuncio de licitación.

I. LAS NOTIFICACIONES Y LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Directiva 2014/24/UE, en su considerando 52, ya pone de manifiesto su intención de ahondar en la implementación obligatoria del uso de medios electrónicos respecto de la Directiva 2004/18/CE. En concreto, se viene a señalar que debe ser obligatoria una “comunicación totalmente electrónica, lo cual significa la comunicación por medios electrónicos en todas las fases del procedimiento, incluida la transmisión de solicitudes de participación y, en particular, la presentación (electrónica) de las ofertas”. Esta digitalización de las comunicaciones hasta llegar a instituirse en el medio “estándar”, se fundamentan en que “hacen aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en dichos procedimientos en todo el mercado interior”. En efecto, debe considerarse que la desmaterialización ahora referida se predica respecto de la puesta a disposición de los anuncios, comunicaciones y notificaciones relativas al procedimiento de compra pública, los cuales constituyen un

elemento fundamental en el que se sustenta el cumplimiento y verificación de los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia y libre competencia⁶⁴¹.

En nuestro ordenamiento jurídico esta obligación de carácter general se recoge en el punto tercero de la DA 15ª de la LCSP. Este precepto señala que “la tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en la presente Ley conllevará la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los mismos por medios exclusivamente electrónicos”. De esta manera, la LCSP reproduce el mandato del art. 14 de la Ley 39/2015, adaptándolo a las especialidades sectoriales de la contratación pública e incrementando, dentro de esta, las obligaciones de interacción electrónica con las administraciones por parte de la ciudadanía. Ampliación de los sujetos a relacionarse electrónicamente con la Administración en relación a los procedimientos de compra que, a nuestro entender, se alinea indudablemente, con el espíritu de la propia normativa general que se deja entrever en su apartado tercero.

Las referidas disposiciones tenderán a una regulación completa de este aspecto, limitándose las posibilidades de aplicación subsidiaria de la Ley 39/2015. Los requisitos de la aplicación subsidiaria de la indicada norma general han sido establecidos por el TACRC, indicando que la misma solo tendrá lugar cuando la normativa específica sobre contratación pública no se pronuncie sobre las actuaciones que se tienen que llevar a cabo en las diferentes fases de los procedimientos de licitación, y que al mismo tiempo, su aplicación no sea contraria al contenido y a los principios generales que inspiran la legislación sobre contratación pública⁶⁴².

En el caso de que un licitador sufra una incidencia técnica que le impida operar debidamente en su relación con el ente adjudicador a través de medios electrónicos, la doctrina del TACRC ha venido a señalar que tal incidencia ha de ser probada por los licitadores. A tal efecto, el operador económico deberá, en primer lugar, solicitar al ente correspondiente o gestor de la plataforma que se está empleando, una prueba acreditativa del modo de funcionamiento de la herramienta en el momento en el que detectó los problemas. En caso de que dicho informe no determine la existencia de problema alguno, en contra del criterio del licitador, si este pretende hacer valer las incidencias técnicas, deberá llevar a cabo una prueba pericial que desacredite una presunción *iuris tantum* dada por el TACRC a los informes técnicos y afirmaciones al respecto del ente adjudicador. Ante ello, GAMERO CASADO afirma que se conduce a una prueba diabólica, dadas las limitaciones de acceso del perito a las herramientas para la realización de su informe⁶⁴³, sin perjuicio de la eficacia probatoria que puedan llegar a

⁶⁴¹ MARTÍN DELGADO, I., «La práctica de notificaciones electrónicas en la contratación pública. Premisa de transparencia, libre competencia y simplificación administrativa», *Cuadernos de Derecho Local*, vol. 48, 2018, p. 180

⁶⁴² RRTACRC 738/2015, de 30 de julio, rec. 715/2015; 422/2015, de 8 de mayo, rec. 340/2015; y 309/2015, de 10 de abril, rec. 200/2015.

⁶⁴³ GAMERO CASADO, E., «El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP», cit., p. 164.

tener las capturas de los errores y de las posibilidades que cada circunstancia deje a efectos de adelantar el informe al momento en el que está ocurriendo el error. Esta lógica ya había sido seguida anteriormente por la jurisprudencia respecto a las comunicaciones efectuadas por fax y correo electrónico, tal y como podrá analizarse en el siguiente epígrafe.

En función de su naturaleza, estas comunicaciones presentarán diversos requisitos jurídicos, por lo que resulta oportuno distinguir entre comunicaciones específicas del ámbito de la contratación pública y las comunicaciones propias de la actividad administrativa que se desarrollen dentro de un procedimiento de licitación. Siguiendo a MARTÍN DELGADO, dentro de las primeras encontraríamos la presentación de ofertas y solicitudes de participación, mientras que dentro de las segundas se hallarían las “notificaciones en sentido estricto” y “otras comunicaciones”⁶⁴⁴.

1. LAS COMUNICACIONES PROPIAS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE COMPRA PÚBLICA

Al referirnos a las comunicaciones propias de la actividad administrativa dentro del procedimiento de compra pública, designamos aquellos intercambios de información efectuados entre la Administración y un operador económico concreto, en cualquiera de las direcciones posibles, las cuales no se hallan sujetas los requisitos específicos de la DA 17ª de la LCSP.

Dentro de esta categoría, en la LCSP podemos ver cómo se refieren, de manera diferenciada, la comunicación y la notificación.

Siguiendo a MARTÍN DELGADO, puede señalarse cómo dicha distinción ya se contenía en la LAECSP, por la que el primero de dichos conceptos refería todo tipo de “interacción formal entre Administración y ciudadano”, mientras que el segundo se establecía como un tipo concreto de comunicación realizada por la Administración en relación a un ciudadano, por la cual se ponía en conocimiento de este un acto administrativo. En ambos casos, y no solo respecto de las notificaciones, debe tenerse en cuenta que las comunicaciones que carezcan de publicidad general solo podrán surtir efectos para aquellos que participen en las mismas o bien respecto de los que, posteriormente, se ponga en conocimiento⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ MARTÍN DELGADO, I., «La práctica de notificaciones electrónicas en la contratación pública. Premisa de transparencia, libre competencia y simplificación administrativa», cit., p. 189.

⁶⁴⁵ PALOMAR OLMEDA, A., «Marco general de la utilización de medios tecnológicos en la contratación administrativa», cit., p. 157.

No obstante, tal diferenciación conceptual, por razón de su direccionamiento y contenido, ha sido difuminada por la redacción de las Leyes 39 y 40/2015, así como por la de la LCSP. A la vista del tenor de los preceptos contenidos en ellas, el destinatario y el contenido han dejado de ser elementos válidos para llevar a cabo esta distinción conceptual⁶⁴⁶.

De hecho, a la luz de los indicados textos legales, si un ciudadano ha de ser objeto de información *ad hoc* y personal sobre un determinado acto o procedimiento administrativo a efectos de determinar el inicio de la eficacia del mismo, deberán respetarse los requisitos de la notificación, previstos en el art. 41.1 de la Ley 39/2015, reproducidas, sin distinción entre comunicación y notificación, en la DA 16^a.1.e) de la LCSP.

Así las cosas, a toda comunicación, incluidas las notificaciones, serían de aplicación las DDAA 15^a y 16^a de la LCSP, dictadas en desarrollo del art. 22.6 de la Directiva 2014/24/UE. Consecuentemente, todas ellas deberán contar con sellado de tiempo en lo que respecta a su envío o puesta a disposición, la integridad de la comunicación, la identidad del remitente y, en su caso, el sellado de tiempo relativo a su recepción. Al mismo tiempo, todas ellas deberán ser, por regla general, electrónicas.

1.1 Las notificaciones

Por su parte, las “notificaciones en sentido estricto”, *a priori*, por aplicación de la DA 15^a.2 de la LCSP en relación con el art. 54 del mismo cuerpo legal, tendrían como especialidad la necesidad de que fueran efectuadas por DEHú o por comparecencia electrónica en sede electrónica o en la plataforma de contratación correspondiente u otro espacio *web* que reúna los requisitos técnicos propios de una sede electrónica. Se trata, en definitiva, de una especie cualificada de comunicación⁶⁴⁷. A este último respecto, el TACRC ⁶⁴⁸ ha aceptado el funcionamiento del sistema de notificaciones por comparecencia de la PCSP, que cuenta con un sistema de sellado de tiempo que permite acreditar el momento de puesta a disposición y de acceso al contenido de la notificación, así como la necesidad de emplear un certificado digital para el acceso al contenido de las notificaciones, el cual reforzará el sistema de *log in* inicial basado exclusivamente en el uso de usuario y contraseña. Lo cual conllevaría que a estos efectos —así como a

⁶⁴⁶ MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», cit., pp. 1938 y 1939.

⁶⁴⁷ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGU CÓRCOLES, I. (coords.) *Tratado de contratos del Sector Público. Tomo II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 1924.

⁶⁴⁸ RTACRC 904/2017, de 5 de octubre, rec. 895/2017.

los de presentación de ofertas— pudiera considerarse que la PCSP, así como el perfil del contratante alojado en la misma, actúan como sede electrónica⁶⁴⁹.

Si bien, dicha “nota característica” del empleo de la comparecencia electrónica, o una dirección electrónica habilitada, ha sido difuminada de manera especialmente intensa, haciendo aproximarse notablemente en la práctica a la figura de las “otras comunicaciones” en el seno de la contratación pública⁶⁵⁰.

En la práctica, es frecuente la utilización a tales efectos del correo electrónico. Práctica que, con anterioridad a la LCSP, había sido tolerada por el TACRC⁶⁵¹, siempre que los operadores económicos hubieran comunicado el correo electrónico al efecto, previa y voluntariamente; que conste su uso como medio de comunicación en ocasiones anteriores —propios actos del operador económico—; o, que se aporte un informe del administrador del sistema que acredite el envío simultáneo del correo a todos los interesados en el mismo y se acredite la entrega en el servidor de destino sin mensaje de destino. Si bien, desde la entrada en vigor de la citada disposición quedaría en entredicho la posibilidad de mantener dicha línea doctrinal⁶⁵².

Dicha tolerancia debe conducirnos a concluir que el TACRC ha venido a apreciar, en este sentido y en relación a lo que MARTÍN DELGADO determina como “notificaciones en sentido estricto”, un sistema de medios de notificación electrónico generalista similar al que en su día contemplaba la LAECSP. En virtud de ello, verificado el cumplimiento de las exigencias de las DDAA 15ª y 16ª, se permitiría la libertad de los pliegos contractuales a la hora de determinar los medios concretos a emplear, más allá de los medios generales “sugeridos” por el epígrafe primero de la mencionada DA 15ª.

La aproximación del TACRC a la estructura de la LAECSP conllevaría el apartamiento de la Ley 39/2015. No dudamos de que ello entrañaría un sistema de medios de comunicación más complejo para el administrado y que, en su caso, puedan conducir a juicios de falta de garantías constitucionales. Si bien, la falta de optimización de tales garantías no creemos que llegue a tornarse, de manera necesaria, en un menoscabo de las mismas que pudiera llevar a la inconstitucionalidad de la DA 15ª de la LCSP. Al mismo tiempo, esta interpretación entendemos que es perfectamente derivable de la literalidad del indicado precepto.

Así, puede destacarse cómo la DA 15ª.1 de la LCSP refiere la “posibilidad” de efectuar las notificaciones mediante comparecencia electrónica o la DEHú, alejándose del cariz imperativo del art. 43 de la Ley 39/2015, donde se indica que las notificaciones

⁶⁴⁹ MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», cit., p. 44; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., p. 453.

⁶⁵⁰ Ibid.

⁶⁵¹ RRTACRC 1004/2017, de 27 de octubre, rec. 936/2017; 105/2016, de 5 de febrero, rec. 17/2016; y 785/2015, de 4 de septiembre, rec. 768/2015.

⁶⁵² GAMERO CASADO, E., «El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP», cit., p. 166.

electrónicas “se practicarán mediante comparecencia en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante, a través de la dirección electrónica habilitada única o mediante ambos sistemas, según disponga cada Administración u Organismo”. A lo que se une la ausencia en la LCSP de una disposición análoga al último párrafo del art. 41.1 de la Ley 39/2015, por el que se establece que un “dispositivo electrónico y/o una dirección de correo electrónico” podrán ser empleados para la realización de avisos de puesta a disposición de una notificación, “pero no para la práctica de notificaciones”⁶⁵³.

La problemática se encontraría en el caso de que los pliegos designen como lugar de comparecencia electrónica, o sistema de envío de las notificaciones, un medio o espacio electrónico que no reúna las características de sede electrónica, como podría ser, por ejemplo, un correo electrónico. Si hubiera nulidad, en todo caso, habría de hacerse vía impugnación de los pliegos. Una vez presentada la oferta sin proceder a su impugnación se carecerá de legitimidad al efecto al haberse aceptado la integridad de los pliegos como *lex contractus* que ha de regir el procedimiento de licitación como norma especial, y que vinculará y obligará tanto a operadores económicos como al ente adjudicador⁶⁵⁴.

Sobre este aspecto, como señala MARTÍN DELGADO, la doctrina jurisprudencial se ha mostrado a favor de apreciar la nulidad solo en casos muy excepcionales de ausencia de alguno de los requisitos técnicos exigidos para la realización de la notificación. A este respecto, la STSJ de Andalucía, sede de Málaga, de 18 de enero de 2016, rec. 17/2015, en su fundamento jurídico tercero, contiene un buen resumen de esta doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo que se reproduce por su claridad:

“Como señala, de manera reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo (ad exemplum Sentencia de 21 de junio de 2006), el procedimiento administrativo tiene una doble finalidad: servir de garantía a los derechos individuales y, con respecto a la Administración, contribuir al acierto de las resoluciones administrativas. De aquí que el ordenamiento jurídico atribuya diversas consecuencias a los defectos de procedimiento en función de la gravedad de los mismos (...). La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido especialmente restrictiva en cuanto a la apreciación de la nulidad radical, señalando que la consistencia de los defectos formales

⁶⁵³ Interpretación más restringida de la DA 15ª de la LCSP puede observarse en MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», cit., p. 192.

⁶⁵⁴ RTACRC 130/2018, de 9 de febrero, rec. 18/2018, FD Séptimo; 375/2017, de 28 de abril, rec. 172 y 271/2107; 43/2018, de 19 de enero, rec. 1201/2017 —referidas al uso de la PCSP como sistema de notificación durante la vigencia del TRLCSP—; 434/2018, de 27 de abril, rec. 369/2018, FD Segundo; y SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, de 31 de mayo de 2017, rec. 202/2015 —referida al uso del correo electrónico—. MARTÍN DELGADO, I., «La práctica de notificaciones electrónicas en la contratación pública. Premisa de transparencia, libre competencia y simplificación administrativa», cit., p. 211.

necesarios para aplicar esta nulidad, deben ser de tal magnitud que “es preciso que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de estos trámites y resulta necesario ponderar en cada caso las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido (SSTS de 17 de octubre de 1991 y 31 de mayo de 2000).

[...] la doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo [...] llega a la conclusión que los defectos de notificación [...] producen la conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues ante la falta del conocimiento del acto administrativo, no puede ejercer los recursos o acciones pertinentes, cuando el vicio en la notificación haya dificultado gravemente o impedido al interesado el acceso al proceso”

Con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2011, el TSJ continúa afirmando que:

“en materia de notificaciones, únicamente lesiona el art. 24 de la CE la llamada indefensión material y no la formal, impidiendo el cumplimiento de su finalidad, tendente a comunicar la resolución en los términos que permitan mantener las alegaciones o formular los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico frente a dicha resolución”.

[...] El rigor procedimental en materia de notificaciones «no tiene su razón de ser en exagerado formulismo, sino en constituir una pieza clave para la proscripción de la indefensión y la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 de la Constitución». [...] Las exigencias formales sólo se justifican en el sentido y en la medida en que cumplen una finalidad; todos los mecanismos y garantías con que las leyes procesales o procedimentales rodean los actos de comunicación entre el órgano y las partes no tienen otra finalidad o razón de ser que la de asegurar que, en la realidad, se ha producido aquella participación de conocimiento, o que, en la ficción jurídica, se ha producido en determinadas circunstancias o no se ha producido. [...] «El objeto de toda notificación administrativa y de las formalidades de que ha de estar revestida, para tener validez, es el de garantizar que el contenido del acto [...] llegue al conocimiento del obligado».

«Los requisitos formales de las notificaciones, que las diferentes normas invocadas establecen, tienen por finalidad garantizar que el contenido del acto administrativo llegue cabalmente a conocimiento del interesado y que incluya los medios y plazos de impugnación, de forma que, cuando ese fin

está cumplido, pierden las referidas formalidades su razón de ser y cualesquiera que sean otras consecuencias que pudieran producir su inobservancia, lo que no puede causar es la anulación de la notificación misma pues sería absurdo convertir el medio (el requisito garante de que la notificación se produce) en el fin de si mismo».

[...] Y, en fin, hemos dejado claro que «lo relevante, pues, no es tanto que se cumplan las previsiones legales sobre cómo se llevan a efecto las notificaciones, sino el hecho de que los administrados lleguen a tener conocimiento de ellas, de manera que cuando se discute acerca del cumplimiento de las formalidades legales, sobre el cómo han de hacerse las notificaciones, lo decisivo no es que se cumplan estas previsiones legales, sino que efectivamente el sujeto tenga o haya podido tener conocimiento efectivo del acto notificado».

[...] En otros términos, «y como viene señalando el Tribunal Constitucional, ‘n[i] toda deficiencia en la práctica de la notificación implica necesariamente una vulneración del art. 24.1 CE’ ni, al contrario, ‘una notificación correctamente practicada en el plano formal’ supone que se alcance ‘la finalidad que le es propia’, es decir, que respete las garantías constitucionales que dicho precepto establece [...]».

En definitiva, como ha señalado el Tribunal Supremo⁶⁵⁵:

“el incumplimiento de los requisitos formales de las notificaciones no les priva de efectos cuando el órgano jurisdiccional, en virtud de las circunstancias concurrentes, llega a la convicción de que el obligado tributario [léase interesado en general] ha recibido la comunicación objeto de notificación. Contrariamente, y por idéntica razón y pese a cumplirse los requisitos legales, el Tribunal llega a la convicción de que la notificación no ha llegado al conocimiento del interesado, lo que permitiría privar de efectos a la notificación efectuada”

Sobre la base de estos posicionamientos jurisprudenciales, el TACRC ha admitido la realización de notificaciones por medio de fax, conforme a las previsiones del PCAP⁶⁵⁶, así como por medio de correo electrónico⁶⁵⁷, no siendo óbice, en este último caso, la recepción de la notificación en la carpeta de correo no deseado⁶⁵⁸. En la actualidad, desde la entrada en vigor de la Directiva 2014/24/UE y su trasposición por la LCSP, al ser exigidos la utilización de medios electrónicos, los pliegos no podrán designar el uso del fax como medio de comunicación con los operadores económicos a no ser que medie

⁶⁵⁵ STS, Sala Tercera, de 13 de mayo de 2015, rec. 3529/2014, FJ. Tercero.

⁶⁵⁶ RTACRC 309/2016, de 22 de abril, rec. 228/2016.

⁶⁵⁷ RTACRC 1004/2017, de 27 de octubre, rec. 936/2017.

⁶⁵⁸ RTACRC 731/2015, de 30 de julio, rec. 692/2015.

alguna de las causas que permite excepcionar dicha regla general. No obstante, la doctrina establecida sobre la validez de las notificaciones efectuadas por este medio ha servido de base, en buena medida, a la que posteriormente se desarrolló en relación al correo electrónico.

La admisibilidad de estos medios, que no garantizan de manera taxativa, mediante sistemas técnicos, el cumplimiento del mandato de la DA 16^a, especialmente en sus letras d) y e) y que no son referidos en la DA 15^a.1, vendrá ligada, por lo general, a su previsión en los pliegos. Sin embargo, aun cuando se prevea la utilización de un medio de notificación en los pliegos, el empleo de otro diferente podrá dar lugar a una notificación igualmente válida si es posible acreditar que el administrado tuvo conocimiento del acto notificado en las circunstancias específicas del caso⁶⁵⁹.

A la vista del tenor de la DA 15^a de la LCSP debe entenderse que el sentido de estas resoluciones del TACRC puede ser mantenido. En este punto, señala MARTÍN DELGADO⁶⁶⁰ la existencia de serias dudas sobre la viabilidad del sistema, en caso de utilización de sistemas que no garanticen técnicamente la recepción en el servidor de destino de la notificación —*vid.* fax o correo electrónico—, en concreto, en lo que respecta a la aplicación de un régimen de plazos para el acceso, tras el cual presumir el rechazo. Por lo que en ningún caso debería darse validez a este tipo de notificaciones, salvo que pueda demostrarse el conocimiento efectivo del acto por parte del administrado, ante la imposibilidad de demostrar la recepción en el buzón de destino”.

Desde nuestro punto de vista, debemos colegir a la vista de la elaboración efectuada por el TACRC y el tenor de la DA 15^a de la LCSP, que, a falta de previsión expresa de este extremo en los pliegos, será aplicable por analogía o, en todo caso, de manera subsidiaria, el plazo de diez días naturales para el acceso de la Ley 39/2015 también en estos casos⁶⁶¹. Es cierto, que no será posible la fehaciencia técnica de la puesta a disposición, pero sí podrá o deberá presumirse, a tales efectos, desde la fecha de salida de la notificación del servidor remitente y recepción en el dispositivo o servidor de destino, sin necesidad de garantía técnica de apertura y lectura⁶⁶². La vinculación entre “entrega efectiva” en el servidor del correo electrónico de destino y efectiva recepción por su usuario o usuarios, sería posible mediante la obligación o exigencia de diligencia

⁶⁵⁹ RTACRC 4/2018, de 9 de enero, rec. 1184/2017.

⁶⁶⁰ MARTÍN DELGADO, I., «La práctica de notificaciones electrónicas en la contratación pública. Premisa de transparencia, libre competencia y simplificación administrativa», cit., p. 207.

⁶⁶¹ El establecimiento del plazo en días naturales iría en línea con la regla general contenida en la DA 12^a de la LCSP. Desde nuestro punto de vista, el establecimiento de días naturales no es adecuado. Dicha consideración no la fundamentamos, tanto, porque el final del plazo pueda producirse en un día festivo, en cuyo caso el plazo de recurso correspondiente se iniciará el primer día hábil que le siga; sino por el hecho de que cada uno de esos días no hábiles que se vean comprendidos en el plazo del que se dispone, supondrán una reducción de los días netos de aquel, salvo que se parta de un punto de vista por el cual se antepone la carga de la comparecencia electrónica de los ciudadanos a su derecho a días de descanso. A lo que se une, además, desde esta perspectiva, un elemento de aleatoriedad que concederá a los ciudadanos, según el día de la puesta a disposición, de un plazo de comparecencia neto variable.

⁶⁶² RTACRC 406/2018, de 23 de abril, rec. 238/2018.

al administrado, por la cual se acceda, periódicamente, al instrumento electrónico designado en los pliegos para las comunicaciones. Vedándose, de este modo, que el mismo pueda efectuar una utilización interesada o estratégica de la “recepción”. En el caso de que sí sea previsto este extremo en los pliegos, los mismos determinarán si se trata de días naturales o hábiles. Si no lo hicieren, hemos de entender que se tratará de días hábiles si se trata de un Pliego de Cláusulas Administrativas Generales o naturales si se trata de un PCAP. Ello es así, ya que el tenor de la DA 12ª de la LCSP se limita a “los plazos establecidos por días en esta Ley”, por lo que no resultará de aplicación a ninguno de los dos casos indicados. En consecuencia, dada la naturaleza normativa del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, resultará de aplicación el art. 30.2 de la Ley 39/2015, mientras que, en el caso del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la norma de aplicación subsidiaria la encontraremos, dada su naturaleza contractual, en el art. 5 del C.c.

Ahora bien, el hecho de que se presuma la puesta a disposición ante la comprobación del envío correcto de la comunicación, no quiere decir que se trate de una presunción *iure et de iure*, sino *iuris tantum*. En consecuencia, cuando quede acreditado que el medio electrónico empleado al efecto no ha permitido la puesta a disposición real de la resolución para el interesado —por ejemplo por el rechazo automático del correo electrónico por el servidor del correo destinatario—, no se podrá equiparar al rechazo del art. 43 de la Ley 39/2015 ni expreso ni presunto, siendo, en todo caso, un rechazo automático que tendrá como efecto la imposibilidad de tener como realizada la notificación mediante la acreditación del envío. En tales casos, se deberá volver a remitir el correo y/o advertir de la circunstancia al operador económico a efectos de solucionar la situación u obtener un correo electrónico alternativo⁶⁶³.

No obstante, a pesar de que tales extremos configuran una realidad cierta y compatible con la literalidad de la LCSP, coincidimos con MARTÍN DELGADO⁶⁶⁴ en que no se trata de la más deseable. Una presunción de puesta a disposición, fundamentada principalmente en el envío, podría facilitar la producción de situaciones de indefensión del administrado. Aun cuando se efectúe el uso del correo electrónico o el fax con acuse de recibo, no permitirá tener plena constancia de la puesta a disposición de la notificación, del acceso a la misma, de sus fechas y horas, de su contenido íntegro y de la identidad del remitente y destinatario⁶⁶⁵. Desde nuestro punto de vista, este tipo de notificaciones carentes de sistemas de identificación cualificados, de emplearse, deberían hacerlo en plataformas como la PCSP, en las que una tercera entidad gestora de la misma pueda certificar la puesta a disposición en un apartado al que el operador económico deberá acceder con usuario y contraseña. Esto es, la fecha en la que el

⁶⁶³ RTACRC 563/2018, de 8 de junio, rec. 473/2018, FD Tercero.

⁶⁶⁴ MARTÍN DELGADO, I., «La práctica de notificaciones electrónicas en la contratación pública. Premisa de transparencia, libre competencia y simplificación administrativa», cit., p. 207.

⁶⁶⁵ MORCILLO MORENO, J., «Brecha digital y contratación pública», cit., p. 256.

operador económico, al menos, mediante una firma electrónica simple, pudiera haber accedido sin lugar a dudas a la notificación.

En cualquier caso, se ha de partir de que el uso de estos otros medios para la realización de notificaciones, técnicamente menos garantistas, se fundamentará en un criterio antiformalista y en una redacción abierta de la DA 15^a. En ningún caso podrá buscar su encaje normativo en la consideración de que dicho precepto debe entenderse que incluye expresamente la utilización del correo electrónico. A este error contribuye la expresión *sui generis* contenida en el art. 51.1.e) de la LCSP por la que se refiere, “de conformidad a la disposición adicional decimoquinta”, la “dirección electrónica «habilitada»”. A pesar de lo cual, la propia referencia a la disposición adicional debe dejar clara la corrección de una interpretación sistemática, por la que quede de manifiesto que el instrumento señalado es el analizado en el epígrafe II.2 del capítulo primero. No obstante, como ha señalado MARTÍN DELGADO, ello ha dado lugar a errores de interpretación “literal” tan curiosos como clamorosos. Entre ellos destaca el cometido por la Junta Consultiva de Contratación del Estado al afirmar que “la dirección de correo electrónico habilitada es aquella que debe mencionar expresamente el recurrente o el licitador cuando presenta la declaración responsable y en ella autoriza a que se verifique cualquier notificación posterior. Su calificación como habilitada debe ser consecuencia de un proceso específico que culmina con la habilitación concedida por la Administración competente [...] de modo que, por ello, pueda servir como medio de notificación de futuros actos”⁶⁶⁶.

1.2 Los avisos de puesta a disposición y su relación con la eficacia de las notificaciones

Los avisos, contemplados con carácter general en el art. 41.6 de la LCSP, constituyen una comunicación, en sentido amplio, por la que el ente del Sector Público comunica al administrado, generalmente, a través de un medio electrónico con menos garantías técnicas, pero de uso más frecuente en la actividad diaria del segundo, la puesta a disposición de una notificación mediante otro medio más garantista a nivel técnico.

Al contrario que las notificaciones, por su propia naturaleza, este tipo de comunicaciones tiene una especial vocación a su canalización mediante el correo electrónico, mensajes en dispositivos de telefonía móvil, aplicaciones para los mismos, etc. En efecto, en este tipo de comunicaciones no ha de predominar la garantía técnica, sino su integración dentro de medios electrónicos ampliamente difundidos entre los administrados en todos los aspectos de su actividad. De este modo, se instituyen en un complemento necesario de la diligencia base que han de prestar aquellos en sus relaciones con los poderes públicos.

⁶⁶⁶ MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», cit., p. 35.

A la vista de lo expresado en la exposición de motivos de la Ley 39/2015, por la que se señala que la razón de ser de estos motivos es incrementar “la seguridad jurídica de los interesados estableciendo nuevas medidas que garanticen el conocimiento de la puesta a disposición de las notificaciones”, su utilización en el ámbito de la contratación pública es más justificado, aun si cabe. Como se ha visto, en este sector la fragmentación y pluralidad de las plataformas y medios electrónicos, por los que se podrán recibir notificaciones, es potencialmente superior. A lo que se une que, con motivo de esta actividad, será frecuente que los operadores económicos interactúen con entes del Sector Público ajenos a su ámbito de interacción administrativa ordinaria. Así como que la realización de un seguimiento diario activo de potenciales e inciertas comunicaciones será, al fin y al cabo, un coste más de licitación.

En el caso de que dicho aviso no se efectúe como complemento a toda notificación, su relevancia variará respecto de la dinámica general del art. 41.6 de la Ley 39/2015. Con carácter general, se ha venido a señalar que la falta de dicho aviso no puede conducir a la apreciación de mala fe de la Administración. Por el contrario, el Tribunal Supremo considera la existencia de falta de diligencia por parte del administrado, quien, una vez conocida la existencia del medio a través del cual se harán las notificaciones electrónicas, debe proceder a comparecer en el mismo de manera periódica. En palabras del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, el administrado estará obligado a una “revisión directa de los buzones, al menos una vez cada 10 días”⁶⁶⁷. Lo que en el ámbito de la contratación pública supone una obligación de consulta del tiempo estipulado en cada pliego de licitación en vigor, de los instrumentos y/o plataformas por aquellos señalados. De hecho, en relación a las notificaciones que se produzcan en relación al recurso especial en materia de contratación, al efectuarse en la DA 15^a.1.III de la LCSP una vinculación del *dies a quo*, a efectos de recurso, con el envío de la notificación se generará para los operadores económicos un sistema de consulta estrictamente diario de la plataforma correspondiente, más gravoso, incluso, que el de los profesionales que actúan en el ámbito jurisprudencial⁶⁶⁸.

Esta doctrina ha desplazado aquellos posicionamientos doctrinales, en nuestra opinión más correctos, por los que se sustenta que la falta de aviso, a pesar de que no podrá suponer la invalidez de la notificación, sí impedirá su eficacia a los efectos de poder

⁶⁶⁷ Vid. STS 1927/2017, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, de 11 de diciembre, rec. 2436/2016 en relación a la estructura de notificación electrónica ya existente con carácter previo a la entrada en vigor de la LPAC. Sobre el análisis en profundidad de esta estructura bifásica, véase, STS 47/2018, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, de 17 de enero, rec. 3155/2016. En aplicación de la LPAC nos remitimos a la STSJAR 158/2017, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, de 5 de abril, rec. 227/2016.

⁶⁶⁸ Entendemos que este régimen del *dies a quo* de las notificaciones resulta de aplicación a todas las comunicaciones. Es decir, determinándose este en función de si la comunicación en cuestión cuenta o no con publicación general. A este respecto y en sentido sensiblemente distinto véase GALLEGO CÓRCOLES, I., «Aspectos conexos relativos a la contratación pública», cit., p. 355.

presumir el rechazo por incomparecencia electrónica, transcurrido el plazo fijado en la normativa de aplicación o en los pliegos⁶⁶⁹.

En el caso de la contratación pública entendemos que la relevancia de la falta del aviso dependerá, en primer lugar, de lo establecido en los pliegos, en las normas técnicas en las que se regule el funcionamiento de la plataforma en cuestión y en la normativa sectorial⁶⁷⁰.

Así las cosas, debemos diferenciar cuando la notificación tenga la doble naturaleza de anuncio-notificación al que se refiere el primer inciso de la DA 15^a.1.II de la LCSP. En este caso, entendemos que la falta de aviso y el no acceso a la notificación podrá tener trascendencia en la eficacia de aquella. En efecto, en estos casos el *dies a quo* se vincula al envío de la notificación o de su aviso de puesta a disposición si al mismo tiempo o con carácter previo se ha dado publicidad a la notificación⁶⁷¹. Es cierto que los verdaderos efectos y principal fuerza transmisora de la información se otorga a la publicación de la notificación en los oportunos tablones virtuales alojados en la plataforma de aplicación. Pero también lo es que si este último extremo determina que no sea necesaria la verificación del acceso por parte del administrado —o su rechazo tácito— a los efectos de verificar su eficacia, esta última sí requerirá el envío, bien de la notificación, bien del aviso. Hasta que el mismo no tenga lugar, evidentemente, no se comenzarán a contar los plazos correspondientes.

Respecto de este caso, cabe indicar que es cierto, como afirma MARTÍN DELGADO, que en un contexto donde se entienda por comunicación la publicación de actos administrativos en espacios de acceso colectivo, y la notificación como su puesta a disposición personal, no habría un plus de agilidad de la segunda respecto de la primera en un contexto de administración electrónica, al contrario de lo que ocurría anteriormente en un contexto de administración en papel. Ahora, “tan ágil es comunicar como notificar”⁶⁷². No obstante, esta afirmación, dentro de las formas de desmaterialización permitidas por las TIC, merece ciertos matices. Así, en el seno de la actual regulación de nuestro ordenamiento respecto del sistema de notificación electrónica mediante comparecencia o Dirección Electrónica Habilitada, es cierto que su dinámica de funcionamiento, contando con la disposición del equipo tecnológico necesario, especialmente el certificado electrónico, no diferirá desde la óptica del administrador. Sin embargo, sí podría producirse dicha diferencia en el caso de que se hubiera optado por otras soluciones de intercambio de información entre Administración y administrado, tales como las recogidas en el modelo italiano, es decir

⁶⁶⁹ GAMERO CASADO, E. Y OTROS, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, cit., p. 569.

⁶⁷⁰ MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», cit.

⁶⁷¹ PALOMAR OLMEDA, A., «Marco general de la utilización de medios tecnológicos en la contratación administrativa», cit., p. 151.

⁶⁷² MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», cit., p. 1940.

mediante la utilización del correo electrónico certificado. O incluso, en el caso de que, posteriormente, la evolución de la DEHú permita sincronización en local.

La modificación en materia de contratación pública del elemento que determina el inicio del *dies a quo* parece responder a la especial dinámica de un procedimiento de contratación pública donde los licitadores se encuentran alerta sobre el funcionamiento del procedimiento de licitación, y son conocedores de la necesidad de llevar a cabo su seguimiento a través del portal correspondiente. De esta manera, se consigue, igualmente, homogeneizar el *dies a quo* de notificaciones de información relevante para una pluralidad de sujetos y que puede generar derechos procedimentales para todos ellos⁶⁷³. De hecho, desde otro punto de vista, podría partirse de que, dada la naturaleza concurrencial del procedimiento y la disposición pública del acceso a la notificación, aquellos que se hayan constituido en licitadores —interesados en el procedimiento— pasarán a tener un sistema de garantía adicional en las comunicaciones cuando se decida que estas se sigan haciendo mediante publicación en el perfil del contratante.

Desde otro punto de vista, podría entenderse que se está estableciendo como sistema de notificación un acto “unilateral”, carente de tradición en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, lo que no sería conforme con el efecto derivado de las notificaciones electrónicas, dada su inmediatez y desterritorialización, por el que se agilizaría la monitorización y retroalimentación de la recepción del administrado⁶⁷⁴. Aunque es lo cierto, por otro lado, que dicho sistema vendría a demorar potencialmente el inicio de cómputo de los plazos en un máximo de diez días naturales, que se otorgan como norma general —u otro plazo previsto en los pliegos— para la verificación de la comparecencia electrónica.

Las mismas circunstancias del caso anterior se producen en relación a las “notificaciones practicadas con motivo del procedimiento del recurso especial”, aun cuando carezcan de publicidad. Como señala GAMERO CASADO, en la DA 15^a.1.III de la LCSP, en este caso, los plazos computarán desde su envío o desde el aviso de puesta a disposición, si es mediante comparecencia electrónica. En este caso, el desplazamiento de la normativa general resulta claramente más discutible y carente de sentido. A pesar que, de acuerdo con PALOMAR OLMEDA, el procedimiento del recurso especial pueda repercutir en la suspensión del procedimiento de licitación a la hora de señalar que sería lo lógico que, dada la naturaleza de estas comunicaciones, donde prima el carácter bilateral entre recurrente y Administración de manera completamente análoga a la de cualquier otro procedimiento, fueran de aplicación las mismas garantías, como mínimo, que rigen en la normativa general de procedimiento administrativo⁶⁷⁵.

⁶⁷³ MORCILLO MORENO, J., «Brecha digital y contratación pública», cit., p. 256.

⁶⁷⁴ PALOMAR OLMEDA, A., «Marco general de la utilización de medios tecnológicos en la contratación administrativa», cit., p. 151.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 154.

Por su parte, cuando se trate del resto de notificaciones, carentes de publicación general, la LCSP no incorpora regulación alguna del aviso, de forma análoga al art. 41.6 de la Ley 39/2015. Por ello, deben analizarse, en primer lugar, aquellos casos en los que los pliegos, o las reglamentaciones de las plataformas empleadas, prevean la realización de estos avisos de puesta a disposición⁶⁷⁶. Cuando así sea, desde nuestro punto de vista, la falta de los mismos tendrá efectos invalidantes, en el caso de que el procedimiento continúe sin que el interesado afectado por el defecto de tramitación haya mostrado signos de tener conocimiento, por otros medios, de la notificación que se le haya hecho llegar. Tal posición debemos fundarla en el hecho de que dichas previsiones generan unas reglas de juego de las que se desprende la no necesidad del administrado de consultar periódicamente su buzón personal en la plataforma electrónica empleada y designada para las notificaciones, bastando con que pueda limitar dicha consulta a su correo o dispositivo electrónico facilitado a efectos de avisos. Los pliegos, como *lex contractus*, deben extender sus efectos cogentes también sobre el ente adjudicador, tal y como se ha señalado anteriormente. Además, ello generará una confianza legítima del operador económico que no podrá quebrarse por imperativo del art. 3.1.e) de la Ley 40/2015⁶⁷⁷. En el caso de que dicha previsión de los avisos se haga reproduciendo sustancialmente el contenido del art. 41.6 de la Ley 39/2015, incluido su inciso final antes referido, debemos considerar que la ausencia de aviso no tendrá trascendencia real por la extrapolación del indicado posicionamiento jurisprudencial.

Por otro lado, los pliegos que regulen esta cuestión dando eficacia plena a las notificaciones por su puesta a disposición sin necesidad de aviso alguno, generarán procedimientos donde hemos de entender que la ausencia del aviso será completamente inocua⁶⁷⁸.

Finalmente, si no se efectúa mención alguna al sistema de notificaciones, ni en el pliego, ni en las instrucciones técnicas de la plataforma correspondiente, entendemos que no será de aplicación supletoria lo previsto en el art. 41.6 de la Ley 39/2015 al no existir posibilidad de apreciar laguna al respecto en la DA 15ª de la LCSP. Consideración que, como veremos en el epígrafe siguiente, no se basa en un desplazamiento *ad limine* de la Ley 39/2015 por la LCSP, en todos sus aspectos, que deba conducir a que la no previsión de un determinado elemento conlleva su exclusión, sino porque en el referido precepto la figura del aviso es expresamente contemplada y anudada a efectos jurídicos respecto de dos de los tres casos analizados, decidiendo prescindir de ella en este último caso a

⁶⁷⁶ Ejemplo de ello lo encontramos en PEÑA ALONSO, J., «La Central de Contratación de la Diputación de Burgos. Experiencia práctica en la gestión de acuerdos marco y la licitación electrónica de contratos menores», cit., p. 172.

⁶⁷⁷ Sobre este punto resulta de gran interés la STSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1ª, número 579/2018, de 15 de junio, rec. 613/2015.

⁶⁷⁸ Ejemplo de ello lo encontramos en el PCAP del expediente de contratación del servicio de mediación y asesoramiento en materia de seguros privados de Saneamientos de Córdoba S.A. (SADECO), seguido con número de expediente C20/56.

los efectos de regular la eficacia de la notificación ajena al procedimiento del recurso especial y carente de publicidad general.

No obstante, en posicionamiento contrario, el TACRC ha venido a considerar la posibilidad de aplicación subsidiaria del meritado art. 41.6, lo que, por aplicación de la antedicha jurisprudencia, tendrá idénticos efectos en la mayor parte de los casos⁶⁷⁹. Si bien, no siempre el resultado fáctico de ambos posicionamientos será el mismo. Sobre ello nos ha advertido el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, al indicar que “la actuación de la Administración a través de un sistema que avisa al obligado genera una confianza legítima respecto a la existencia de una notificación [...] pendiente de recepcionar”. Lo que hará que “esa confianza legítima [...] sea trascendente y relevante” cuando el administrado no acceda al medio por el cual se pone a su disposición la notificación”. En conclusión, no podrá imputarse a este que haya actuado con negligencia y, por tanto, impedirá que se pueda apreciar la existencia de un rechazo presunto de la notificación.

A la vista de lo anterior, en este último caso, según el posicionamiento del TACRC, la aplicación subsidiaria del art. 41.6 de la Ley 39/2015 sí podría conducir a la relevancia de la falta de aviso cuando dicha omisión se produzca tras el uso previo de aquel en relación a otras notificaciones previas dentro del mismo procedimiento de licitación y en relación al mismo administrado.

2. LAS COMUNICACIONES ORALES

La DA 15^a también recoge la posibilidad de las comunicaciones orales a los efectos de llevar a cabo un intercambio de información relativa a elementos no esenciales, siempre y cuando las mismas cuenten con la suficiente documentación posterior. Esta deberá tener un especial énfasis en lo que respecta a aquellas que “puedan incidir sustancialmente en el contenido y la evaluación de las ofertas”, proponiéndose sistemas de documentación tales como los archivos o resúmenes escritos o sonoros. Entre aquellos elementos esenciales que no podrán ser objeto de comunicación oral la LCSP menciona, expresamente y sin carácter exhaustivo, a los pliegos de la contratación, las solicitudes de participación y las ofertas.

Ello puede permitir que se relegue a forzar a través de comunicaciones orales, o por conductos distintos de la DEH o del perfil del contratante o de la PCSP, para la obtención de información complementaria, como podría ser el número de cuenta en el

⁶⁷⁹ RTACRC 375/2017, de 28 de abril, rec. 172 y 271/2107, FD Sexto.

que se ha de consignar una garantía provisional⁶⁸⁰. Circunstancia, que puede ocasionar mayores dificultades a los operadores económicos más lejanos, especialmente los pertenecientes a otros Estados miembros, en relación a que la información ha de ser accesible mediante la utilización de medios electrónicos. A este respecto, resulta de interés el criterio del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares⁶⁸¹, por el que se determina, cuando exista una falta “insalvable” de información achacable al ente adjudicador en la información pública que figura en los canales oficiales por los que ha de publicarse el anuncio de licitación, el no cumplimiento del requisito exigido, en caso de derivar en una exclusión de la licitación, podría quebrar el principio de proporcionalidad. No obstante, considera que dicha carencia de información no será insalvable cuando, a pesar de que los datos no obren en los pliegos o en el anuncio de licitación, sí lo hagan en la información del perfil del contratante, ya se trate de información referida específicamente al procedimiento de contratación al que se refieran o puedan ser obtenidos en los apartados de información general del mismo; en este último caso, respecto de los datos de contacto del ente adjudicador.

En realidad, este tipo de comunicaciones, en el caso de no contar con la suficiente documentación, podrían acarrear una situación de total indefensión para el administrado. De hecho, resulta poco frecuente que se prevea un sistema de documentación de las mismas, ya sea de carácter altamente sofisticado o no. Incluso, aun en el caso de existir, seguirá existiendo una descompensación de la situación del administrado ya que será posible la acreditación de su existencia y contenido mediante consignación en el expediente por funcionario, no siendo accesible por el interesado, salvo realización de requerimiento al efecto.

No obstante, no se trata de una cuestión especialmente crítica en la generación de problemas en el funcionamiento de la contratación pública⁶⁸², pudiendo el administrado tomar medidas en los casos en los que detecte que sí se puede alcanzar dicha criticidad. Para ello, se podría proceder por parte de este a realizar esa documentación y ponerla en conocimiento de la Administración a través de algún medio electrónico. A tal efecto, se podría habilitar un espacio en las plataformas de contratación, donde quedara registrada la documentación realizada por alguna de las partes, con posibilidad de aceptación o revisión expresa por la otra. Desde este punto de vista, y teniendo en cuenta su relación coste-beneficio, creemos que este tipo de soluciones serían más realistas que la implementación en los entes adjudicadores de sistemas de reconocimiento de voz que

⁶⁸⁰ Es el caso, por omisión de este dato, del PCAP del contrato para la Concesión Demanial Para cesión del uso de la casa de la condesa de Ulea y su explotación conforme al destino y usos permitidos por el PGMO, seguido por el Ayuntamiento de Ulea con número de expediente 2018/01.

⁶⁸¹ STSJ Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1ª, número 164/2013, de 28 de febrero, rec. 344/2012.

⁶⁸² GAMERO CASADO, E., «El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP», cit., p. 168.

generen el fichero de audio o transcripción automática para ponerlo a disposición de ambas partes.

Más allá de la utilización de este medio para la resolución de dudas puntuales, también se ha visto en este tipo de comunicaciones una forma ágil de llevar a cabo un intercambio de información entre entes adjudicadores y operadores económicos en casos de incidencia técnica⁶⁸³.

II. EL ANUNCIO DE LICITACIÓN

1. MEDIOS DE PUBLICACIÓN DEL ANUNCIO DE LICITACIÓN

El anuncio de licitación responde a una comunicación puesta a disposición de los operadores económicos con la intención de garantizar su conocimiento del inicio de la licitación. En consecuencia, esta comunicación se dirigirá a todos aquellos administrados que pudieran, potencialmente, estar interesados en participar en la licitación y cuya identidad, *a priori*, se desconocerá.

De la conjugación de los artículos 35.2 y 35.3 de la Directiva 2004/18/CE derivaba la obligatoriedad de realizar un anuncio de licitación en aquellos procesos de contratación del Sector Público mediante procedimiento abierto, procedimiento restringido no exento de anuncio de licitación *ex art.* 31, diálogo competitivo o mediante un sistema dinámico de adquisición. Actualmente, en la Directiva 2014/24/UE se mantiene la necesidad del anuncio de licitación para todos los casos que ya preveía la directiva de 2004, salvo por lo que respecta a la excepción contenida en su art. 49. Esta última se refiere a los procesos negociados o restringidos en los que se haya llevado a cabo un anuncio de información previa utilizado como convocatoria de licitación, *ex art.* 26.5 de la Directiva 2014/24/UE. Por tanto, se trata de una excepción lógica respecto de la normativa anterior, dado que el referido anuncio de información previa no se contemplaba en esta última.

Al igual que ocurría con los anuncios de información previa durante la vigencia de la Directiva 2004/18/CE, la comunicación de los anuncios de licitación por parte del poder adjudicador a la Comisión Europea podía realizarse mediante el empleo de sistemas telemáticos o de elementos de comunicación tradicionales. A este respecto, se trataba de potenciar el uso de los primeros mediante una previsión de mayor rapidez en su tramitación, por parte del organismo europeo, en caso de que fueran empleados, así como de restringir la extensión de los anuncios no telemáticos —arts. 36.2 y 36.3, 36.6 de la Directiva 2004/18/CE—. Por su parte, la Directiva 2004/18/CE introdujo como

⁶⁸³ FONDEVILA ANTOLÍN, J., «La subasta electrónica», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (coords.) *Tratado de contratos del Sector Público. Tomo II*, Valencia, Tiranto lo Blanch, 2018, p. 2066.

novedad la necesidad de que la publicación respecto de los operadores económicos se produjera, en todo caso, mediante el empleo de las TIC. Adicionalmente, se exigía, a diferencia de lo que sucedía en su caso con los anuncios de información previa, el uso del portal SIMAP —Art. 35.1, Anexo VIII.1.b) y Anexo VIII.3 de la Directiva 2004/18/CE—. Las publicaciones que se pudieran realizar, adicionalmente, a nivel nacional, como, por ejemplo, a través del perfil del comprador del ente adjudicador, no podían contener información adicional a la señalada en la comunicación que se realice por la Comisión a través del portal SIMAP, tal y como ponía de manifiesto el art. 36.5 de la Directiva 2004/18/CE.

La Directiva 2014/24/UE vino a mantener todas estas obligaciones de publicación electrónica, al tiempo que, de forma novedosa, su art. 51 vino a exigir que toda publicación transmitida a la OPUE, por parte del poder adjudicador, debiera hacerse electrónicamente a través de los instrumentos y formularios previstos en su anexo y en los Anexos del Reglamento de ejecución 2015/1986/UE⁶⁸⁴. Ello, sería de aplicación a la remisión de los anuncios de licitación referidos a contratos SARA para su publicación a través del Portal SIMAP. De manera adicional, siguiendo la línea marcada por la Directiva 2004/18/CE, se prohíbe la publicación con carácter previo, a nivel nacional, de los anuncios de licitación mediante la utilización de cualquier otro medio —art. 52.1 de la Directiva 2014/24/UE—, así como la realización de un anuncio ulterior que contenga información distinta al primero —art. 52.2 de la Directiva 2014/24/UE—. De este modo, el legislador europeo ha previsto que la remisión de los anuncios de licitación por los poderes adjudicadores a la OPUE para la publicación de los mismos a través del portal SIMAP se sirva completamente de la utilización de las TIC. Lo que se une a la completa digitalización previa del anuncio.

Mientras, en nuestro ordenamiento jurídico el art. 142 del TRLCSP recogía, para los contratos sujetos a una regulación armonizada, el deber de su publicación en el DOUE —accesible, como hemos visto a través de la herramienta TED del portal SIMAP—, pero sin especificar que la remisión de los mismos debiera hacerse de forma telemática, obligación que llegó a cobrar plena eficacia, por primera vez, para nuestros poderes adjudicadores, mediante el efecto directo de la Directiva 2014/24/UE, desde el 18 de abril de 2014⁶⁸⁵. Para aquellos contratos no SARA, el mismo art. 142 del TRLCSP preveía su publicación en el perfil del contratante del poder adjudicador y en el BOE, o Boletín de la correspondiente Comunidad Autónoma, de forma preceptiva. Pudiéndose,

⁶⁸⁴ Junta Consultiva de Contratación Administrativa, Recomendación a los órganos de contratación en relación con la aplicación de las nuevas Directivas de contratación pública, Madrid, 2016, p. 18.

⁶⁸⁵ Tribunales Administrativos de Contratación Pública, Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del Sector Público, cit. p. 36.

además, llevar a cabo su publicación, potestativamente, en el Diario Oficial de la Unión Europea, es decir, a través del Portal SIMAP.

Efectuada finalmente la trasposición de la Directiva 2014/24/UE por la LCSP, el art. 135 de esta última vino a establecer que el anuncio de licitación debe ser publicado, en todo caso, en el perfil del contratante, así como en el BOE⁶⁸⁶ en el caso de que el poder adjudicador esté vinculado a la Administración General del Estado; salvo que se trate de un procedimiento abierto simplificado, en los que bastará, como medio exclusivo de publicidad, el perfil del contratante. Si se tratara de un contrato sujeto a una regulación armonizada, además, deberá procederse a la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, es decir, a través del Portal SIMAP, de la forma antes indicada. Adicionalmente, se mantiene la posibilidad expresa de publicar un anuncio de licitación en el portal SIMAP, aun cuando se trate de contratos no SARA, acogándose a la ya mencionada habilitación contenida en la Directiva 2014/24/UE.

A priori, podría pensarse que la trasposición de la Directiva 2014/24/UE por la LCSP, a pesar de presentar una indudable importancia en la reducción de costes de funcionamiento, así como el acortamiento de los plazos burocráticos que permiten hacer accesible el anuncio de licitación, se limitaría a una novedad de eminentes efectos *ad intra* y que aportarían, fundamentalmente, una serie de ventajas limitadas al ámbito funcional y no estructural del mercado de la contratación pública. No obstante, ello no es así y su trascendencia es mucho mayor si se tiene en cuenta el art. 135 en relación al 347 de la LCSP, por el que se establece que la publicación de estos anuncios en el perfil del contratante, de forma directa o indirecta, deberán tener reflejo y ser accesibles desde la PCSP.

Si al alcance actual del art. 39.1.c) de la LCSP se uniera la previsión de la publicación, por interconexión, de las plataformas autonómicas con la PCSP, se garantizaría la completa accesibilidad en un único punto de acceso a todos los anuncios de licitación referidos a procedimientos de licitación incoados por entes adjudicadores españoles.

⁶⁸⁶ Hemos de destacar el criterio expresado por GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», cit. p. 22, por el que se considera innecesaria y prescindible la publicación en los Diarios Oficiales tradicionales abogando por su supresión. No obstante, desde la entrada en vigor del art. 11 de la LAECSP —sucedido por el actual art. 131 de la Ley 39/2015—, la publicación en el BOE también representa una publicación completa y exclusivamente digitalizada mediante el empleo de las TIC. En consecuencia, aunque la publicación electrónica del BOE carece de un medio de sistematización específico para la búsqueda de información sobre contratos públicos, limitando su eficacia a nivel operativo, es lo cierto que el coste marginal de su inclusión en este medio será reducido.

2. EL CONTENIDO DEL ANUNCIO DE LICITACIÓN INTRODUCIDO POR LA DIRECTIVA 2014/24/UE

La Directiva 2004/18/CE establecía de forma detallada en su Anexo VII.A la información que debían de contener los anuncios de licitación, exigiendo a los poderes adjudicadores la facilitación a los operadores económicos de una información muy completa —sin perjuicio de que desearan incrementarla de forma voluntaria tal y como habilitaba en su art. 37—. Sin embargo, el punto 11 del Anexo VII.A no exigía que, de forma preceptiva, se incluyera el acceso completo a los pliegos, sino tan solo la indicación de cómo podrían obtenerlo los poderes adjudicadores interesados y el coste de ello. Lo que suponía un gasto importante para los operadores económicos, al menos en tiempo, que se traduciría en costes de licitación.

Igual que su predecesora, la Directiva 2014/24/UE detalla el contenido mínimo que han de incluir los anuncios de información previa en su Anexo V Parte C. Comparando el contenido relacionado en los correspondientes anexos de cada una de las directivas analizadas, encontramos la principal novedad respecto de la Directiva 2004/18/CE en lo establecido en el art. 53 y en el punto 2 del Anexo V Parte B de la Directiva 2014/24/UE. Estos preceptos exigen la indicación de la dirección electrónica a través de la cual se pone la totalidad de los pliegos a disposición de los operadores económicos de forma totalmente gratuita, o que se motive, suficientemente, la no posibilidad de dar acceso electrónico a dichos pliegos, así como la forma alternativa de acceso a los mismos.

En cumplimiento de este mandato, el art. 138.1 de la LCSP establece que, junto con el anuncio de licitación, los órganos de contratación deberán poner a disposición de los operadores económicos los pliegos y “demás documentación complementaria”, permitiendo su acceso a través del perfil del contratante de manera libre, directa, completa y gratuita. En el caso de los procedimientos restringidos, u otros basados en su estructura procedimental, esta puesta a disposición deberá verificarse, al menos, desde el envío de la invitación a candidatos seleccionados. Cuando en los casos tasados y excepcionales previstos en la LCSP no se proporcione, generalmente por su imposibilidad, el acceso a los pliegos en los términos indicados, el plazo de presentación de las ofertas o de las solicitudes de participación deberá incrementarse en cinco días respecto de los plazos generales.

Sin duda alguna se trata de una de las principales novedades de la Directiva 2014/24/UE, con grandes implicaciones en materia de transparencia en la actuación de los poderes adjudicadores. No en vano, los pliegos de condiciones se encuentran entre los documentos básicos que permiten el control de los procesos de licitación⁶⁸⁷. Al mismo

⁶⁸⁷ Intervención General del Estado, Resolución de 11 de junio de 2012.

tiempo, podemos apreciar en este aspecto una importante novedad permitida por las TIC, siendo aprovechadas sus funcionalidades novedosas para conseguir una mayor concurrencia potencial entre los operadores económicos; especialmente por parte de aquellos situados en un ámbito más alejado del poder adjudicador, como es el caso de los radicados en otros Estados miembros, así como de aquellos que dispongan de menores medios para su obtención, como, por ejemplo, las PyMEs⁶⁸⁸.

Otra novedad que consideramos de gran relevancia en la Directiva 2014/24/UE, la encontramos en lo establecido en los puntos 5 y 6 de su Anexo V Parte B, en los que, al contrario que su correlativo Anexo de la Directiva 2004/18/CE se exige la indicación de los códigos CPV y NUTS por cada uno de los lotes en que se divida el contrato. Algo no mencionado en la directiva de 2004 ni de forma agregada ni por los lotes en el anexo VII A en relación al anuncio de licitación.

Tal exigencia contribuirá en gran medida a la interoperabilidad semántica, y muy especialmente a la interoperabilidad lingüística, tal y como se desarrollará en el epígrafe I del capítulo sexto

Por su parte, el punto 10.a) del Anexo V Parte C de la Directiva 2014/24/UE exige mayor información en aquellos casos en los que se vaya a emplear un acuerdo marco, en concreto, la motivación de que dicho acuerdo se establezca por un periodo superior a los cuatro años, así como la relativa al porqué del número máximo establecido de operadores económicos que pueden participar. Motivaciones que, realizadas de forma previa al inicio de actuaciones del procedimiento de contratación pública en cuestión, contribuirán en gran medida a la transparencia de la actuación del poder adjudicador y al riesgo que este asumiría de tratar de emplear los acuerdos marco como una forma de limitar la competencia del sector con el fin de obtener ventajas ajenas al interés público.

Igualmente, el punto IV del referido Anexo de la Directiva de 2014, en su inciso final, exige expresamente la motivación de que el contrato no se haya dividido en lotes, salvo que dicha motivación se incluya en el informe específico. Dicha motivación, además de atender a lo previsto en el art. 5.8 Directiva 2014/24/UE o en los arts. 20.2, 21.2 y 22.2 de la LCSP, debe completarse con la doctrina jurisprudencial del TJUE expresada, entre otras, en sus sentencia de 5 de octubre de 2000⁶⁸⁹ de la que se deriva que el referido precepto de la Directiva 2014/24/UE deberá aplicarse entre aquellas ofertas que respondan a una identidad técnica, económica o territorial, suponiendo un importante indicio al respecto la cercanía temporal del inicio de sus correspondientes procesos de licitación. Sin duda una adecuada división en lotes permite incrementar la presión de la

⁶⁸⁸ RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M., «Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: Aspectos clave y propuestas para su transformación en España», cit., p. 104.

⁶⁸⁹ STJUE de 5 de octubre de 2000, C-16/1998.

conurrencia competitiva de los operadores económicos, favoreciendo en buena medida las capacidades de integración en dichos procesos de las PyMEs⁶⁹⁰.

No obstante, es de justicia reconocer que no todo han sido incrementos de información respecto del anuncio de licitación contemplado en la Directiva 2004/18/CE. Así, esta directiva exigía, al contrario que la actual, indicación de las garantías económicas requeridas, así como de las modalidades básicas de pago y financiación —puntos 14 y 15 del anuncio de licitación del Anexo VII A de la Directiva 2004/18/CE—, al mismo tiempo que se exigía indicación de la existencia de anuncios de información previa o de su no publicación —punto 25 del anuncio de licitación en el Anexo VII. A de la Directiva 2004/18/CE—. En relación a la exigencia de garantías económicas que pueden incorporar los anuncios de licitación según la Directiva 2014/24/UE, baste con indicar de momento que pese a su no exigencia *prima facie*, realmente esta no es tal, debiendo entenderse incluida en el punto 11.c) del Anexo V Parte C de la indicada directiva. En cuanto a la ausencia sobre la existencia o no de anuncios de información previa en la Directiva 2014/24/UE, es del todo razonable, dado el cambio en la configuración de esta comunicación previa de una directiva a otra, tal y como se ha analizado en el epígrafe II del capítulo tercero. Hecho que no obsta para que podamos sostener la procedencia de mantener esta última previsión de la Directiva 2004/18/CE en España en relación al art. 28.4 de la LCSP. Este apartado del anuncio de licitación se destinaría, como se ha defendido que sería procedente, a justificar la adecuación del concreto procedimiento de licitación que publicita dentro de la estrategia que hubiera definido el correspondiente anuncio de información previa. Extremo que favorecería la transparencia de la actuación del poder adjudicador, instándole a actuar de forma estratégica.

En relación a la regulación del contenido de los anuncios de licitación en nuestro ordenamiento jurídico, el contenido de los anuncios de licitación se establece en el Anexo III.A).Sección 4 y 5 de la LCSP, sin distinción entre contratos SARA y no SARA, como sí se hacía en los Anexos II y III del RCSP 2009.

A la vista de lo anterior, podemos concluir que las modificaciones contenidas en la Directiva 2014/24/UE y transpuestas en la LCSP han contribuido a una potenciación muy significativa del anuncio de licitación, adecuada a su nueva realidad electrónica, , contribuyendo a mejorar las posibilidades de acceso de los operadores económicos a los procesos de contratación, reducir notoriamente los costes de licitación, así como a incrementar el riesgo percibido por los poderes adjudicadores en caso de que se desvíen de forma consciente del interés público.

Todas tales modificaciones del contenido hemos de valorarlas de forma positiva, lo que no es óbice para que debamos señalar que tal aumento de la información posibilitada en

⁶⁹⁰ RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M., «Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: Aspectos clave y propuestas para su transformación en España», cit., p. 104; Vid. Considerandos 78 y 79 de la Directiva 2014/24/UE.

buena medida gracias a las potencialidades de las TIC, deba ser completado con lo expresado en relación a la conexión entre este anuncio y el de información previa. El anuncio de licitación, en la medida en la que supone el acto por el que se inicia *ad extra* el proceso de licitación, ha de contener el deber de motivación de la necesidad del objeto sobre el que verse el proceso de contratación en cuestión requerido tal y como determina el artículo 73 del RCSP. Es decir, no ya desde el punto de vista de la insuficiencia de medios, sino en relación a la justificación de la existencia real de la necesidad a la que responde el objeto del contrato. Ello constituye uno de los elementos esenciales que permita el control de los procesos de licitación llevados a cabo por el poder adjudicador⁶⁹¹ y que entendemos que se verá incrementada en buena medida si se correlaciona con un anuncio de información previa realizado según su conceptualización en la Directiva 2004/18/CE y coincidente con el contemplado a día de hoy por el art. 28.4 de la LCSP. Así pues, lo que proponemos es que la motivación recogida en el artículo 28 de la LCSP que se prevé que sea recogida en actos previos preparatorios del poder adjudicador (y por tanto no susceptible de recurso especial en materia de contratación) se recoja igualmente y se desarrolle de la manera descrita en el anuncio de licitación, exponiendo a la Administración contratante a un control mayor, el cual se incrementará exponencialmente dada la utilización de las TIC. Entendemos igualmente, que dicha motivación, basada inicialmente en justificar la oportunidad del proceso de contratación, ha de referirse en segundo término a la justificación de las condiciones establecidas en el pliego de condiciones tanto administrativas como técnicas. En concreto, este deber de motivación deberá abordar adicionalmente la determinación de los extremos que se tendrán en cuenta a la hora de llevar a cabo la adjudicación⁶⁹² y cómo se procederá a la valoración de los mismos; siendo necesaria una adecuada motivación de los elementos ponderados y la forma de proceder a ello, a fin de garantizar la relación intrínseca con el objeto del contrato que exige el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE y 116 de la LCSP⁶⁹³, máxime cuando no se establezcan la adjudicación a favor de la oferta económicamente más ventajosa.

⁶⁹¹ ESCRIBUELA MORALES, F. J., «La contratación del sector público y la corrupción», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 135, 2015, p. 5. Sobre estos deberes de motivación véase MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica: análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, cit., p. 36.

⁶⁹² La Directiva 2014/24/UE, en aras a conseguir una contratación pública de mayor calidad aboga por prescindir en gran medida de licitaciones en las que el precio más bajo sea el único elemento tenido en cuenta, introduciendo otras variables basadas también en el coste o en elementos cualitativos véase FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. Y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del Sector», en *La contratación pública a debate: Presente y futuro*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2014, pp. 212 a 218, lo que refuerza las necesidades de motivación expresadas en el presente trabajo y da lugar a un concepto de oferta económica más ventajosa que escapa de la mera fijación del precio inicial por parte del licitador.

⁶⁹³ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «“Transparencia” vs “Transparencia” en la contratación pública», cit., p. 10.

3. EL CONTENIDO DEL ANUNCIO DE LICITACIÓN

El anuncio de licitación, en todo caso, ofrecerá a través del perfil del contratante y la plataforma en la que este se halle alojado, la siguiente información en formato abierto y reutilizable:

- La siguiente información del poder adjudicador: nombre; número de identificación; dirección, incluido código NUTS; número de teléfono y de fax; dirección electrónica y de Internet; tipo de poder adjudicador y, en su caso, si se trata de una central de compras; y principal actividad ejercida;

- De ser distintos, los datos identificativos del servicio del que se pueda obtener información complementaria

- Dirección electrónica o de Internet en la que estarán disponibles los pliegos de la contratación para un acceso libre, directo, completo y gratuito, o los motivos por los que no es posible facilitarla

- Si se va a utilizar alguna otra forma de contratación conjunta.

- Código CPV correspondiente al objeto del contrato. Si la licitación está dividida en lotes, se determinará el CPV correspondiente a cada uno de ellos.

- Código NUTS del emplazamiento principal de las obras o del lugar principal de entrega o de ejecución en los contratos de suministro y de servicios. Cuando la concesión esté dividida en lotes, se indicará el código NUTS según la forma indicada en relación a cada uno de ellos.

- Descripción de la licitación, haciendo mención a la naturaleza y alcance de las obras, naturaleza y cantidad o valor de los suministros o naturaleza y alcance de los servicios. Si el contrato está dividido en lotes, esta información se facilitará para cada lote.

- Valor estimado del contrato y Presupuesto Base de Licitación, desglosado, en su caso, por cada uno de los lotes en los que se divida el contrato.

- Admisión o prohibición de variantes.

- Calendario para la entrega de los suministros o las obras o para la prestación de los servicios y, en la medida de lo posible, duración del contrato.

- Indicación de si el contrato público está restringido a talleres protegidos o si se prevé que sea ejecutado únicamente en el marco de programas de empleo protegido;

- Indicación de si las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas reservan la prestación del servicio a una profesión determinada; referencia a dicha disposición legal, reglamentaria o administrativa;

- Enumeración y breve descripción de los criterios relativos a la situación personal de los operadores económicos que pueden dar lugar a su exclusión, así como de los criterios de selección; niveles mínimos aceptables. Deberá indicarse el tipo de documentación o declaración que se requerirá para su acreditación.

- Tipo de procedimiento de adjudicación, así como, en su caso, los motivos de utilización de un procedimiento no ordinario o de una tramitación simplificada o de urgencia.

- Si se va a utilizar la subasta electrónica como instrumento de adjudicación del contrato.

- Indicación de si el contrato se divide en lotes, así como la posibilidad de presentar ofertas y/o resultar adjudicatario solo en uno de ellos, en varios, o en todos ellos. En caso de que no se proceda a la división, se motivarán las razones para ello, salvo que esta información se facilite en el informe específico.

- En su caso, condiciones particulares a las que está sometida la ejecución del contrato.

- Criterios de adjudicación del contrato y ponderación de los mismos..

- Plazo para la recepción de ofertas o solicitudes de participación, dirección o medio por el que deberán ser enviadas, indicando si se hará mediante medios electrónicos y lenguas en las que deberán o podrán redactarse.

- Si se utilizarán pedidos electrónicos y si se aceptarán el pago y facturación electrónicos

- Información sobre si el contrato está relacionado con un proyecto o programa financiado con fondos de la Unión.

- Nombre y dirección del órgano competente en los procedimientos de recurso y, en su caso, de mediación. Indicación de los plazos de presentación de recursos o, en caso necesario, el nombre, la dirección, los números de teléfono y de fax y la dirección electrónica del servicio del que pueda obtenerse dicha información.

- Fechas y referencias de publicaciones anteriores en el DOUE relevantes para el contrato o los contratos que se den a conocer en el anuncio.

- En el caso de los contratos periódicos, calendario estimado para la publicación de ulteriores anuncios.

- Fecha de envío del anuncio, siendo especialmente significativa la fecha de envío para su publicación en el DOUE.

- Indicación de si el Acuerdo sobre Contratación Pública —ACP— de la Organización Mundial del Comercio es aplicable al contrato.

- Otra información que se desee hacer constar.

Además, en el caso de los procedimientos que se vayan a tramitar como procedimiento abierto, se indicará el plazo durante el cual el licitador estará obligado a mantener su oferta, la fecha, hora y lugar de la apertura de las plicas y las personas autorizadas a asistir a dicha apertura.

En el caso de que se emplee un procedimiento restringido, de licitación con negociación, de diálogo competitivo o de asociación para la innovación, se indicará si se ha hecho uso de la facultad de reducir el número de candidatos a los que se invitará a presentar ofertas, a negociar o a participar en el diálogo; el número mínimo y máximo —en su caso— de operadores que serán seleccionados; así como los criterios objetivos que se utilizarán para elegir a los candidatos en cuestión. Adicionalmente, para el procedimiento de licitación con negociación, el diálogo competitivo o la asociación para la innovación, se indicará, si procede, que se recurrirá a un procedimiento que se desarrollará en fases sucesivas con el fin de reducir progresivamente el número de ofertas que haya que negociar o de soluciones que deban examinarse.

Cuando se trate de un acuerdo marco, ello se hará constar con indicación de su duración prevista. En el caso de que su duración sea superior a cuatro años, deberá justificarse. En la medida de lo posible, se indicará el valor estimado del contrato y la frecuencia de los contratos que se van a adjudicar, el número y, cuando proceda, número máximo propuesto de operadores económicos que van a participar.

Finalmente, si se trata de un sistema dinámico de adquisición, ello también se hará constar, con indicación de la duración prevista del sistema y, en la medida de lo posible, del valor estimado y de la frecuencia de los contratos que se van a adjudicar.

A esta información ofrecida por el anuncio de licitación se unirá la contenida en los pliegos, así como en el anuncio de formalización del contrato, pudiendo destacar respecto de este último que el Anexo I.A).Sección 6 de la LCSP, prevea que sea publicada en los mismos medios que el anuncio de licitación y, también, con formatos abiertos y reutilizables la información correspondiente a la fecha de la adjudicación del contrato; el número de ofertas recibidas en total, con indicación del desglose de las ofertas recibidas por PyMEs, operadores extranjeros, distinguiéndose a su vez entre operadores de Estados miembros y de terceros países; identificación del adjudicatario o adjudicatarios del contrato, con indicación de si se trata de una PyME o una agrupación de empresas; y valor de la oferta u ofertas seleccionadas o, alternativamente, valores de las ofertas de mayor y menor coste tenidas en cuenta durante la licitación.

Como veremos en el epígrafe II del capítulo sexto, esta regulación dota a las plataformas de contratación de un banco de datos de gran calidad cuantitativa y cualitativa⁶⁹⁴, sin

⁶⁹⁴ A pesar de las posibles dificultades fácticas para el cumplimiento del mandato indiscriminado de utilización de formatos abiertos y reutilizables indicadas en Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, Informe anual de supervisión de la contratación pública de España, 2019,

perjuicio de que, como se verá, sería recomendable incluir el valor económico de todas y cada una de las ofertas presentadas. En términos de la Directiva 2019/1024/UE, nos atreveríamos a calificar esta información que ha de ser ofrecida mediante formatos abiertos como datos de alto valor⁶⁹⁵, con una fuerte potencialidad de reutilización, tal y como analizaremos en el capítulo sexto del presente trabajo.

No obstante, como se ha visto, la información requerida podrá presentar cierta aplicación de una suerte de regla conmutativa entre los diversos documentos publicados, de tal manera que la carencia de una determinada información en uno de ellos, podrá ser convalidada con su presencia en otro de los documentos o espacios a los que se tiene acceso a través de la plataforma correspondiente⁶⁹⁶. Ello puede provocar potenciales problemas de sistematización de la información para su tratamiento automático, máxime cuando esta sea englobada dentro de los pliegos que serán accesibles electrónicamente en su totalidad. En consecuencia, será recomendable avanzar hacia un sistema de codificación similar al CPV de las principales variables objeto de publicación y que actúan a modo de descriptores del procedimiento de licitación iniciado o adjudicado.

A pesar de esta posible conmutatividad, es del todo procedente que se establezcan estos requerimientos de información en sede de anuncios y no de pliegos, toda vez que la regulación del contenido de los primeros tendrá, en todo caso, carácter de normativa básica, incluso en relación a los contratos no SARA, mientras que la regulación en detalle del contenido de los segundos carecerá de dicho carácter⁶⁹⁷.

III. LA INFORMACIÓN ADICIONAL

1. EL OBJETO, FUNCIONALIDAD Y PLAZOS DE LA INFORMACIÓN ADICIONAL

Las herramientas electrónicas han contribuido decisivamente a la agilidad, transparencia, utilidad, empleo y fomento de las consultas de los operadores económicos, una vez se ha tenido acceso a los pliegos. A través de aquellas, es posible

fecha de consulta 30/1/2021, en [https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReSuC/INFORME ANUAL SUPERVISION/INFORME_SUPERVISION_OIRESCON_2019.pdf](https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReSuC/INFORME%20ANUAL%20SUPERVISION/INFORME_SUPERVISION_OIRESCON_2019.pdf), p. 32, dichas dificultades no se reproducen sobre los datos indicados. Prueba de ello es que los mismos se encuentran entre los que presentan este formato según se indica en Dirección General del Patrimonio del Estado. Subdirección General de Coordinación de la Contratación Electrónica, Formato de sindicación y reutilización de datos sobre licitaciones publicadas en la Plataforma de Contratación del Sector Público, 2018.

⁶⁹⁵ VALERO TORRIJOS, J., «Protección de datos de carácter personal, datos abiertos y reutilización de la información del sector público», cit., p. 441.

⁶⁹⁶ Vid. notas 661 y 707.

⁶⁹⁷ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Aspectos conexos relativos a la contratación pública», cit., pp. 329 y 330.

solicitar información adicional o aclaraciones sobre el contenido de los pliegos. Se trata, por tanto, de una herramienta de transparencia pasiva para la obtención de información de carácter operativo.

El órgano de contratación estará obligado a suministrar a los operadores económicos la información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria, al menos 6 días antes de la finalización del plazo de presentación de las ofertas, siempre y cuando la misma sea solicitada al menos 12 días “antes del transcurso del plazo para la presentación de las ofertas o de las solicitudes de participación”⁶⁹⁸.

De dicha redacción debemos inferir, como interpretación predominante, aquella en la que el término “transcurso” actúa como sinónimo de “finalización”. De este modo, se vendría a desplazar otras interpretaciones por las que se apuntara que dicha solicitud se efectuara dentro de los 12 primeros días, este inclusive, desde que empezara a transcurrir el plazo para la presentación de las ofertas⁶⁹⁹. Esta segunda interpretación podría parecer forzada desde un punto de vista literal, sin embargo, tendría un mayor sentido desde un punto de vista sistemático. Así, la expresión en cuestión se encuadra justo a continuación del establecimiento de otro plazo con el mismo elemento de referencia a los efectos de su *dies ad quem* y/o sistema regresivo de cómputo, respecto del cual se emplea la expresión “antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas”,. Lo cual podría haber facilitado un establecimiento del plazo para la formulación de la petición de aclaraciones o información adicional dentro de un número de días previo “a la finalización del plazo anteriormente indicado o a la finalización del plazo para la presentación de las solicitudes de participación”.

A ello se une el hecho de que esta segunda interpretación sería más garantista desde un punto de vista del operador económico. En efecto, esta interpretación alternativa permitiría que el carácter subsidiario de esta previsión legislativa se aplicara de manera eficaz a todos y cada uno de los procedimientos de licitación, incluidos el abierto simplificado y sobre todo al abierto simplificado sumario, donde las dificultades de aplicación ya no estribarían en los plazos dados a los operadores económicos, sino a los entes adjudicadores, quienes deberían contestar lo antes posible o en los plazos que hayan podido prever en sus pliegos y, en todo caso, antes de la finalización del plazo de presentación de las ofertas.

Así las cosas y desde esta perspectiva se podría llegar a entender que la expresión “doce días antes del transcurso del plazo para la presentación de las ofertas o de las solicitudes de participación” ha sufrido una aliteración del legislador que expresaría realmente “antes del transcurso de doce días del plazo para la presentación de las ofertas o de las

⁶⁹⁸ Los plazos de este precepto han de entenderse referidos a días naturales por aplicación de la DA 12ª de la LCSP que se aplicará con carácter prioritario a la disposición general establecida en el art. 30.2 de la Ley 39/2015.

⁶⁹⁹ VÁZQUEZ LACUNZA, E., «Obligaciones de información del poder adjudicador a los licitadores», cit., epígrafe IV.1.

solicitudes de participación”. Si bien, como se ha indicado, es la primera de las interpretaciones expuestas la que resulta de la aplicación de la LCSP.

Esta compleja o menos intuitiva redacción del art. 138.3 que finalmente se plasmó en la LCSP puede deberse al hecho de que el legislador quería dejar de manifiesto que en los procedimientos restringidos u otras formas de licitación basadas procedimentalmente en aquel, las aclaraciones a las convocatorias de licitación o documento análogo y a las invitaciones a los licitadores o documento análogo, deberán formularse doce días antes de la finalización de los plazos para la presentación de las solicitudes de participación o para la presentación de ofertas, respectivamente. Siendo, en todo caso, el plazo para su contestación el de seis días para la presentación de las ofertas. Extremo que, por un lado, reduciría significativamente la utilidad de la información previa requerida respecto de las convocatorias de licitación o documentos análogos, pero que explicaría que al no ser plenamente coincidentes las correspondientes referencias de los *dies ad quem* y sus correspondientes plazos regresivos de 12 y 6 días, se habría empleado para cada uno de ellos distinta formulación, con la probable finalidad de evitar reiteraciones no deseables en la redacción de un texto. A pesar de lo cual, desde nuestro punto de vista, creemos que dicha reiteración a pesar de menoscabar el valor estilístico del texto, habría favorecido la claridad de la norma en él incluida.

Dicho plazo tasado para la contestación a la información adicional requerida por los operadores económicos, en el caso de los expedientes que hayan sido calificados como “urgentes”, se incrementará hasta los 4 días antes de que finalice el plazo para la presentación de las ofertas cuando se trate de contratos de obras, suministros y servicios sujetos a una regulación armonizada y se tramiten por el procedimiento abierto y restringido. En el resto de casos de tramitación de urgencia se mantendrá el plazo general de respuesta de 6 días antes de la finalización del plazo para la presentación de ofertas, tal y como expresamente establece la redacción final del art. 119.2.5° de la LCSP. Dicha redacción fue motivo de pronunciamiento de carácter esencial por parte del Consejo de Estado⁷⁰⁰, en virtud del cual se puso de manifiesto que la Directiva 2014/24/UE restringe en su art. 53.2 la posibilidad de este incremento del plazo para responder de los órganos de contratación al limitar su remisión a sus artículos 27.3 —procedimiento abierto— y 28.6 —procedimiento restringido—, así como que dicha excepción no era contemplada en el art. 34.3 de la Directiva 2014/23/UE. Por lo tanto, no podría ser de aplicación a los contratos de concesión de servicios y obras públicas. A la vista de ello, el borrador del anteproyecto de ley de 17 de abril de 2015 sería corregido en su art. 138 a los efectos de modificar la redacción de los artículos 119.2 y 138.3 de la LCSP en el sentido indicado, lo que daría lugar a una redacción del texto definitivo que ya podía apreciarse en el anteproyecto de ley de 21 de noviembre de 2016.

⁷⁰⁰ Consejo de Estado, Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016.

En lo que respecta a la determinación de un plazo concreto de contestación por parte del órgano de contratación, ha de reseñarse que el mismo ya venía recogido en la legislación anterior, tal y como se desprende del art. 158 del TRLCSP. Si bien, la previsión de un plazo para la formulación de la petición de información por parte del operador económico que vincule al órgano de contratación a su plazo antes mencionado supone una novedad respecto de la normativa anterior y una concreción a nivel nacional de lo dispuesto en las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE. Así, en los artículos 47.3 y 53.2 se refiere, respectivamente, la formulación de la petición con “antelación suficiente” o “a su debido tiempo”, mientras que en el art. 34.3 de la Directiva 2014/23/UE se refiere la necesidad de hacerlo “con la debida antelación”. Traducciones diferentes para una misma expresión de la versión en inglés de ambas directivas donde, en los tres casos se emplea el término “*good time*”. Ello supone un paso del legislador español que hemos de valorar muy positivamente a los efectos de otorgar certeza y seguridad jurídica al operador económico en aquellos casos en los que el órgano de contratación no haya procedido a prever esta cuestión en los pliegos de cláusulas administrativas por los que deba regirse una licitación.

Sin embargo, como ya se ha tenido ocasión de adelantar de manera somera, estos plazos de aplicación subsidiaria a los PCAP tendrán una importante carencia en lo que respecta a su aplicación en los procedimientos abiertos simplificados y en los abiertos simplificados sumarios. En dichos tipos procedimentales puede verse como la norma subsidiaria del art. 138.3 de la LCSP dejará, en relación al procedimiento abierto simplificado un plazo de 4 días para la solicitud de aclaraciones y de información adicional en el caso de los contratos de suministros y servicios y 9 para los contratos de obras. Con carácter general, tales plazos podrían ser suficientes para este tipo de procedimientos, si bien, es muy probable que dicha afirmación deba matizarse respecto de determinados segmentos de contratos tramitados de esta forma, dada la amplitud de su ámbito objetivo⁷⁰¹. Por su parte, la norma subsidiaria del art. 138.3 de la LCSP no desplegará su eficacia respecto de los procedimientos abiertos simplificados sumarios al poder establecerse el plazo para la presentación de las ofertas en un mínimo general de diez días hábiles, que podrá reducirse hasta los cinco en el caso de que se trate de compras corrientes de bienes disponibles en el mercado. Es lo cierto que, en este tipo de procedimientos, no podrán surgir dudas respecto de la solvencia técnica o económica y/o la inscripción en el ROLECSP, así como, tampoco, sobre eventuales criterios de adjudicación subjetivos, al ser elementos de los que se prescinde en este concreto procedimiento. Si bien, sí podrán surgir cuestiones a clarificar o que puedan dar lugar a la necesidad de una mayor información respecto de las especificaciones técnicas del

⁷⁰¹ Contratos de obras hasta dos millones de euros y de suministros y servicios hasta cien mil euros que pueden incluir juicios de valor. Es lo cierto que su ponderación dentro de los criterios de adjudicación se halla muy limitada, pero ello no implicará que los mismos no puedan existir y por ende ser un aspecto relevante y a ser cuidado de los operadores económicos, al poder constituirse en el elemento fundamental que decante la adjudicación a un determinado operador económico.

producto, máxime teniendo en cuenta que dentro de este procedimiento podrán quedar incluidos contratos de obras hasta los 80.000 euros. Es por ello que sería recomendable la inclusión de la regulación específica de los plazos aplicables para la información previa en relación, al menos, del procedimiento abierto simplificado sumario.

2. LOS DESTINATARIOS Y CANALES DE LA INFORMACIÓN ADICIONAL

Se trata de una cuestión altamente relevante la regulación de aquellos sujetos que han de ser destinatarios de las respuestas efectuadas por el órgano de contratación, así como del medio que ha de emplearse a tal efecto. En este punto, podemos ver como el art. 53.2 de la Directiva 2014/24/UE viene a establecer que la información adicional a proveer dentro del plazo mínimo de seis días previos a la finalización del plazo para la presentación de las ofertas, cuando la misma se haya requerido en tiempo y forma debidos, se hará llegar “a todos los licitadores que participen en el procedimiento de contratación”.

A la luz de la definición del concepto “licitador” contenida en el art. 2.11 de la Directiva 2014/24/UE, del art. 53.2 se desprendería que la información que se facilite con la contestación a la petición de información previa ha de hacerse llegar exclusivamente a los operadores económicos que al tiempo de la respuesta hayan presentado una oferta. A ello se añadiría la lógica necesidad de que dicha información se haga llegar, al menos, al operador económico solicitante de aquella, pero no por aplicación del art. 53.2, sino por intermediación del art. 47.3.a) de esta directiva, por el que se prevé la necesidad de prorrogar el plazo para la presentación de ofertas a los efectos de que “los operadores económicos afectados” hayan recibido con la suficiente antelación la información por ellos requerida. Precepto este último donde se supera la circunscripción del art. 53.2 al concepto de licitador mediante la utilización del término “operador económico”. No obstante, la utilización de este junto con el adjetivo “afectado” conduce a que los mínimos exigidos por la directiva en este artículo se refieran a la recepción por los operadores económicos de la respectiva información adicional que haya solicitado cada uno de ellos.

Sin perjuicio de considerar insuficiente el mínimo del art. 47.3.a) de la Directiva 2014/24/UE, es manifiestamente inadecuada, desde nuestro punto de vista, la redacción del art. 53.2. Y no solo desde el punto de vista de su traducción al castellano, como refirió el Consejo de Estado⁷⁰², sino en su redacción general en cualquiera de los idiomas de los Estados miembros, toda vez que, sin perjuicio de que pueda ser razonable como mínimo exigido por este tipo de norma europea que la información se suministre, también, a quien ya está personado en el procedimiento de compra como interesado a

⁷⁰² Consejo de Estado, Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016.

través de la formulación de una oferta, es manifiesto que en buena técnica legislativa habría habido que hacer mención expresamente y sin necesidad de correlación con otro artículo, a la transmisión de aquella al propio operador económico que la haya efectuado. El cual, normalmente, no habrá procedido a la realización de oferta alguna.

Sobre las bases y mínimos establecidos en este punto por la Directiva 2014/24/UE, el legislador español ha venido a establecer que cuando se solicite información adicional y/o documentación complementaria por parte de un órgano de contratación, esta se proporcionará dentro de los plazos antes analizados a “todos los interesados en el procedimiento de licitación”. Pues bien, este precepto, al referirse a interesados sin mención a “que participen”, sino que simplemente lo estén “en” el —no interesados “del”— procedimiento de licitación, ofrece un ámbito subjetivo exponencialmente más amplio que el art. 53.2 de la Directiva 2014/24/UE, alcanzando aquel otro derivado de la conjunción de este precepto y el art. 47.3.a).

Así, a la luz del art. 4.1 subepígrafes b) y c) de la Ley 39/2015, entendemos que quedarán claramente englobados en los mismos tanto los operadores económicos que hayan presentado una oferta, como el propio peticionario de la información, el cual se habrá personado en el procedimiento antes de que haya recaído resolución definitiva y cuyo derecho, previsto en la LCSP, a recibir dicha información adicional dependerá de la respuesta del órgano de contratación. En este sentido, queda fuera de dudas la personación en el procedimiento a todos los efectos de los operadores que ya han presentado oferta, así como la existencia de un interés legítimo en conocer la información adicional que se suministra a sus competidores, aun potenciales. Este interés legítimo derivará de la utilidad del operador económico, traducida en “dejar de sufrir un perjuicio efectivo, de carácter material o jurídico”⁷⁰³ en el procedimiento en el que participa, tal y como sería el que se podría desprender de que todos o parte del resto de licitadores hubieran procedido a la formulación de la oferta con mayor información de la que hubiera sido puesta a disposición de ellos.

De otra parte, no parecería del todo desacertado que esta concepción de interesado *ex* art. 4.1.c) de la Ley 39/2015 se hiciera extensible a aquellos operadores económicos que hubieran solicitado previamente la misma información adicional. Así, podría entenderse, sin lugar a dudas, que se habrían personado a estos efectos en el procedimiento en cuestión, así como que su interés legítimo radicaría en conocer que ante la misma cuestión sus competidores no reciben mayor información que la obtenida por ellos. Continuando en esta línea de razonamiento, podría conducirse, también de manera acertada, a considerar que, en virtud del indicado precepto, debería hacerse llegar toda la información adicional que se suministre a los operadores económicos tanto

⁷⁰³ Véase la conceptualización del interés legítimo efectuada por la STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 11 de octubre de 2004, rec. 5693/2000. La misma puede verse aplicada en el ámbito de la contratación pública en el ATACPA 44/2012, de 9 de octubre, rec. 57/2012, así como en la RTACRC 122/2012, de 23 de mayo, rec. 71/2012.

a los licitadores que ya hayan presentado una oferta, como a los operadores económicos que hayan formulado solicitudes de información adicional, independientemente de que la dicha información sea la misma que la requerida por un tercero. Tal posicionamiento radicaría en que los mismos se habrían personado en el procedimiento a través de la solicitud de información adicional, al tiempo que, al no haber presentado su oferta todavía, podrán presentar un interés legítimo no solo derivado del eventual menoscabo que derivaría de una información mayor puesta disposición de potenciales competidores, sino, además, “por recibir un beneficio” a través de dicha información adicional en aras a completar su personación en el procedimiento, no solo mediante la solicitud de mayor información, sino verificando, finalmente, la presentación de su oferta.

Sea como fuere, entendemos que el mandato de proporcionar a los operadores económicos la información ya facilitada previamente a los interesados, cuando aquellos alcancen posteriormente esta condición, deberá entenderse con carácter retroactivo, de manera que puedan acceder a la información adicional suministrada anteriormente.

Se puede apreciar como en la práctica, el precepto que acaba de ser objeto de análisis ha llevado a determinados órganos de contratación a una interpretación por la cual el suministro de la información adicional deberá limitarse al peticionario de la misma, salvo cuando la misma alcance una determinada naturaleza cualitativa que analizaremos de seguido. Así, al no establecerse en el primer párrafo del art. 138.3 de la LCSP el medio en el que esta información ha de hacerse llegar, con carácter general, a los operadores económicos, legítimamente, los entes adjudicadores podrán arbitrar sistemas diversos al perfil del contratante o los servicios auxiliares de acceso general de la plataforma en la que aquel se halle alojado. A modo ejemplificativo pueden observarse las alegaciones de la Universidad de Zaragoza efectuadas durante la tramitación del recurso especial que dio lugar al ATACPA 11/2020, de 31 de enero de 2020, rec. 141/2019, en el que el ente adjudicador vino a determinar, tal y como se recoge en el FD Tercero del acuerdo que:

“[...] la Universidad de Zaragoza tiene su Perfil de Contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y, en consecuencia, efectúa allí las publicaciones de sus procedimientos de licitación, pero no utiliza dicha plataforma como herramienta de licitación electrónica, por lo que se reitera lo informado a ese Tribunal en el anterior recurso, es decir, que el medio de información a los interesados que este órgano de contratación ha establecido en la cláusula 3.4 y en el apartado H.4 del Cuadro-Resumen del PCAP que rige la presente contratación, y que también fue publicado en el anuncio de licitación para general conocimiento, es el correo electrónico infocon@unizar.es”

No obstante, a la hora de arbitrar estos sistemas “alternativos” a las herramientas de acceso general del perfil y/o la plataforma de contratación correspondiente, debe

cuidarse especialmente que las contestaciones del órgano de contratación se hagan llegar a todos los interesados referidos anteriormente y que lo serán conforme al art. 4.1.c) de la Ley 39/2015. Entendemos que una interpretación del art. 138.3 de la LCSP e incluso del art. 53.2 de la Directiva 2014/24/UE en el sentido de que la información adicional ha de proveerse exclusivamente al peticionario de la misma iría en contra de su literalidad. Como se ha indicado, estos no establecen que la información solicitada por los interesados sea proporcionada, respectivamente, a cada uno de ellos, sino que la “información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria que estos [los interesados] soliciten”, será proporcionada “a todos los interesados en el procedimiento de licitación”.

En último lugar, como se ha esbozado, puede verse cómo la LCSP refiere a los interesados “en” el procedimiento y no a los interesados “del” procedimiento, por lo que podría considerarse que el concepto de interesado no es, a estos efectos, el contenido en la Ley 39/2015. Por el contrario, con aquel se haría referencia a todos los operadores económicos que pudieran estar en condiciones de concurrir a la licitación. Lo que nos llevaría a un concepto de interesado amplio coincidente con el contenido en los arts. 139, 156 y 160 de la LCSP, entre otros. En sentido contrario a esta interpretación amplia encontraríamos que estos preceptos se refieren normalmente al empresario interesado —empleando esta palabra como adjetivo—, mientras que otros preceptos que reproducen textualmente la expresión “interesado en el procedimiento” —como sustantivo—, como el art. 151.2 de la LCSP, refieren el concepto propio de la Ley 39/2015.

Por tanto, entendemos que, en lo que respecta a los operadores económicos que podrían estar interesados en participar en la licitación, pero que aún no se han personado en el procedimiento de ninguna forma, la única vía de consideración de interesado a los efectos del art. 138.3 de la LCSP, sería a través del concepto de esta figura previsto en el art. 4.1.b) de la Ley 39/2015. Esto es, cuando sus derechos puedan resultar afectados por la respuesta o información adicional suministrada por el ente adjudicador. El derecho potencialmente afectado será, principalmente, el de poder concurrir libremente y en condiciones de igualdad con el resto de operadores económicos, sin que se establezcan obstáculos a sus posibilidades de contratación con el ente adjudicador que corresponda. Derecho derivado del art. 38 CE y 101.1.d) del TFUE y ligado especialmente a los principios de concurrencia, publicidad y libre competencia que rigen en materia de contratación pública. En concreto, el principio de libre competencia viene a determinar la necesidad de salvaguardar por parte del órgano de contratación y demás autoridades competentes en la materia, que todos los operadores económicos potencialmente interesados en un determinado mercado, en este caso de contratación pública, puedan participar en igualdad de condiciones; al tiempo que el principio de publicidad establece que los operadores económicos deban ser tratados por el ente adjudicador de forma igualitaria y sin discriminación. Principios de los que se desprende el de libre concurrencia, por el que se pretende el libre y mayor acceso posible de los

operadores económicos a los procedimientos de licitación y que presentan directa plasmación en la LCSP, entre otros y principalmente en sus arts. 1.1 y 132⁷⁰⁴.

A este respecto, cabe señalar que no toda la información adicional que se pueda proporcionar a otro licitador y/u operador económico, y con la que no cuente un operador económico que no ha presentado oferta o solicitado información en el procedimiento de contratación, dará lugar a una vulneración de los mencionados derecho y principios, sino tan solo a un interés legítimo en conocerla en los términos antes indicados. A la hora de discernir una situación y otra, resulta de gran utilidad la consulta de aquella información que, en aras a los referidos principios que rigen en materia de contratación pública, la LCSP ha venido a exigir como objeto de necesaria publicidad de ámbito general que deberá ser recogida en el perfil del contratante y puesta a disposición de cualquier operador económico a los efectos de que evalúe libremente y en plano de igualdad al resto de competidores del sector su interés o no en participar en la satisfacción de la demanda del ente adjudicador. Esta información ha sido analizada con detalle en el epígrafe II del presente capítulo.

De la conjunción de los arts. 63.3, 135 y 39.1.c) y del Anexo III.A).Sección 4.2 de la LCSP, se puede inferir que dicha información de la que deberán disponer todos los operadores económicos, con independencia de su condición de interesado personado o no en el procedimiento, será la enunciada en el art. 63.3 del indicado texto legislativo, junto con las especialidades de información inicial que deba proveerse en determinados tipos contractuales como podría ser el de obras —vid. arts. 247.7 y 248.3 de la LCSP— De este modo, todo operador económico adquiriría la condición de interesado *ex art. 4.1.b) de la Ley 39/2015* cuando la información adicional que se suministre en virtud del art. 138.3 de la LCSP pueda acarrear, respecto de los operadores económicos que no la reciban, con independencia de su personación o no en el procedimiento, desequilibrios o carencias respecto del conocimiento del contenido mínimo que debe figurar en los documentos que la Ley prevé que han de quedar a disposición pública y general de todos los operadores económicos durante el periodo de presentación de ofertas.

En este último caso, el acto administrativo por el que se dé respuesta a la solicitud de información adicional no podrá ser considerado como concreto o plúrimo, sino que se tratará de un acto general en cuanto a los destinatarios del mismo, debiendo para ello canalizarse a través de los mismos medios empleados para poner la licitación en conocimiento de todos los posibles empresarios interesados. Esta situación es prevista por el segundo párrafo del art. 138.3 de la LCSP, exigiendo la publicación de este tipo de información adicional en el perfil del contratante.

⁷⁰⁴ RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., «Los principios generales de la contratación pública», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGU CÓRCOLES, I. (coords.) *Tratado de contratos del Sector Público. Tomo I*, Cizur Menor, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 204, 209 y 226.

3. EL CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN ADICIONAL

3.1 Las aclaraciones como tipo específico de la información adicional y su distinción de la modificación de los pliegos

La posible necesidad de que la información adicional a la inicialmente publicada, entendida en un sentido amplio, pudiera alcanzar o requerir de un carácter difuso de posibles interesados ha sido prevista en la LCSP así como en la normativa sectorial precedente —*vid* arts. 131.2, y 133.3 TRLCSP—. La forma de hacerlo ha sido la de constituir un tipo de información adicional a los pliegos o demás documentación complementaria con un carácter cualitativamente específico y que daría lugar a una subcategoría de la misma denominada “aclaración a lo establecido en los pliegos o resto de documentación.

La concreción de ese matiz cualitativo entre información adicional en sentido amplio que se regula en el primer párrafo del art. 138.3 de la LCSP y la información de especialidad cualitativa prevista en su segundo párrafo no podemos encontrarla en el texto legal, debiendo acudir para ello a la doctrina establecida por los órganos administrativos encargados de su aplicación. De la misma se puede inferir que cuando el órgano de contratación proceda a ejercer una “función de intérprete auténtico” de los pliegos, consistente en la concreción aplicativa de los pliegos a un caso concreto hipotético nos encontraremos ante información adicional simple. Por su parte, cuando dicha información adicional parta de una función de intérprete auténtico de los pliegos, en virtud de la cual se rearticule con carácter abstracto y general su tenor literal, de tal manera que de las diversas opciones exegéticas anteriormente posibles, solo se mantenga la posibilidad de una de ellas, estaremos ante una aclaración⁷⁰⁵.

Ahora bien, esta labor de aclaración no podrá implicar una modificación sustancial de los pliegos que trascienda el carácter de aclaración para constituirse en modificación de los correspondientes documentos, contando, previsiblemente, esta última con su propia regulación —*vid*. arts. 122 y 124 de la LCSP—⁷⁰⁶.

Lo anterior nos podría llevar a colegir que las aclaraciones del segundo párrafo del art. 138.3 de la LCSP serán aquellas modificaciones *secundum* pliegos o documentación adicional respecto de la información inicialmente indicada, sin que esta figura pueda abarcar las modificaciones *praeter* pliegos de carácter sustancial o contrarios a los mismos, o documentación adicional. Estas últimas vendrán a regirse por la regulación específica del régimen de modificación del documento que se trate y que generalmente provocará no ya la publicación con la antelación suficiente de la aclaración, sino la

⁷⁰⁵ Vid. RTACPCM 146/2016, de 28 de julio, rec. 135/2016, FD Quinto y ATACPA 11/2020, de 31 de enero de 2020, rec. 141/2019, FD Tercero.

⁷⁰⁶ Vid. RTACPCM 382/2019, de 19 de septiembre, rec. 448/2019, FD Quinto, 5.1.

retroacción de todo el procedimiento, reiniciando completamente el plazo de presentación de ofertas. Al respecto de este carácter esencial de la información que vaya más allá de lo inicialmente previsto por los pliegos, resulta de utilidad lo establecido por el considerando 81 de la Directiva 2014/24/UE, en el que se señala que las modificaciones en los pliegos que no lleven aparejada la total retroacción al momento de publicación de los mismos, si no tan solo una prórroga del plazo para la presentación de las ofertas, en ningún caso deberá contener información o una reformulación de los pliegos tal que hubiera permitido “la admisión de otros candidatos que los inicialmente seleccionados o que hubieran podido atraer a otros participantes al procedimiento de contratación”.

Dentro del concepto de modificación *secundum* pliegos y documentación adicional podrían incluirse las interpretaciones auténticas que el ente adjudicador haga con carácter anticipado de sus propios pliegos, a petición de los operadores económicos, y que resulten útiles para la realización de los pertinentes estudios económicos sobre los que estos últimos basen su participación y la formulación de sus ofertas. Como se ha indicado, es lo cierto que no toda interpretación auténtica que haga el licitador de sus pliegos debe adquirir la condición de aclaración, consistiendo en información adicional simple. La diferencia entre un caso y otro, a nuestro entender, estribará en el hecho de que cuando dicha interpretación consista en la concreción de un término o previsión general de los pliegos a un caso concreto que le sea planteado, estaremos ante información adicional simple, mientras que cuando dicha interpretación se oriente a la “aclaración” o selección entre diversas lecturas posibles del sentido, significación y alcance general, del propio término o previsión, estaremos ante esta segunda figura de información adicional de carácter especialmente cualificado.

También se podrían incluir en esta categoría aquellos datos adicionales solicitados por los operadores económicos, útiles para el análisis de sus condiciones de participación en la licitación, que completen los inicialmente facilitados, siempre que no modifiquen el equilibrio obligacional de las partes previsto inicialmente por los pliegos, ni los requisitos de los operadores económicos que pueden participar en la licitación, ni los requerimientos técnicos de la oferta o los criterios empleados para la determinación de la mejor de ellas⁷⁰⁷. En realidad, los datos adicionales señalados como posibles aclaraciones supondrán una modificación *praeter* pliegos y documentación adicional. La diferencia entre estas aclaraciones y la incorporación de nuevos datos que determine la existencia de una modificación consistirá en que la información incorporada vía aclaración no radicará en ningún caso sobre elementos esenciales que determinen las posibilidades de participación de los operadores económicos, que alteren el producto u obra demandado, los criterios empleados para la determinación de la mejor oferta o el marco obligacional de las partes. En otras palabras, la información *praeter* pliegos que

⁷⁰⁷ Elementos esenciales de la licitación *ex art.* 136.2 de la LCSP.

se pueda añadir vía aclaración será aquella que favorezca la precisión de los análisis económicos, sociales, medioambientales o de otra índole que permitan afinar o adecuar la oferta a las necesidades y realidad del operador económico, favoreciendo la posibilidad de que la misma obtenga una mejor valoración sobre la base de los criterios de adjudicación ya previstos.

No podrán tener dicha consideración aquellas otras modificaciones *praeter* pliegos o de información adicional que, directamente, alteren las reglas de la licitación que determinará la dinámica y resultado de la participación de cada uno de los licitadores. Ello nos conduciría a concluir que una información adicional que vaya más allá de lo establecido en los pliegos podrá ostentar la calidad de información adicional simple o de aclaración en función de que esta contenga el carácter de esencial o significativo, para lo cual, resulta de utilidad la aplicación analógica del criterio indicado en el quinto párrafo del art. 136.2 de la LCSP, al que cabría añadir una letra e) relativa a los criterios para la determinación de la oferta que presente una mejor relación calidad precio.

Como se ha señalada en el final del apartado anterior, las aclaraciones sí podrían generar una situación de desequilibrio informativo entre los operadores económicos, personados o no en el procedimiento, contrario a los principios antes expuestos que han de regir en la contratación pública. Por ello, el segundo párrafo del art. 138.3 de la LCSP viene a prever que las aclaraciones alcancen un efecto vinculante para todas las partes actuantes en la licitación —incluido el ente adjudicador— y que deban ser publicadas en el perfil del contratante.

En tanto en cuanto las aclaraciones vienen a constituir un tipo específico de información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria, quedarán sometidas bien al sistema de plazos regresivos previstos con carácter subsidiario en el primer párrafo del indicado precepto, bien al específicamente previsto en los pliegos. No obstante, es lo cierto que el precepto donde son reguladas estas aclaraciones añade cierta incertidumbre sobre su regulación al establecer que “las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación [...] en los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

La inclusión de un segundo requisito para la activación del régimen especial del segundo párrafo del art. 138.3 de la LCSP consistente en que “así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares” puede provocar cierta confusión. Muestra de ello la encontramos en lo expresado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón⁷⁰⁸, la cual vino a proponer una nueva redacción

⁷⁰⁸ Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, Informe 8/2015, de 20 de mayo.

del precepto en cuestión consistente, precisamente, en este último inciso, ya que, como venía a expresar, “siempre que se produzcan respuestas sobre aclaraciones, aquellas deben tener carácter vinculante, y hacerse públicas, si son relevantes”. Posicionamiento de la Junta Consultiva que entendemos fuera de toda duda.

Dada la naturaleza de las aclaraciones, la falta de su puesta a disposición para todos los operadores económicos sin excepción podría vulnerar su derecho a concurrir en igualdad de condiciones con el resto de licitadores, al tiempo que su facilitación con carácter no vinculante y la separación ulterior del órgano de contratación de lo indicado a través de sus propias aclaraciones atentaría contra los principios de buena fe, confianza legítima y lealtad institucional que deben presidir la actividad administrativa en virtud de lo establecido en el art. 3.1.e) de la Ley 40/2015, así como contra la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrada en el artículo 9.3 CE.

A este respecto, entendemos que, realmente, el art. 138, siguiendo la tónica de una redacción peculiar a la que ya hemos tenido ocasión de acercarnos, no viene realmente a dar la posibilidad de que el ente adjudicador prevea en el PCAP la posibilidad de que este se aparte unilateralmente de las aclaraciones que pueda efectuar sobre los pliegos. Este inciso, lo que vendría a expresar es que para que sea posible la realización de aclaraciones que den lugar a una modificación ulterior del contenido de los pliegos o documentación complementaria derivada, compatible y extraída del desarrollo del contenido original del mismo, con carácter vinculante y eficacia *erga omnes*, dicha posibilidad deberá ser expresamente prevista en los pliegos. En caso contrario, tales aclaraciones no podrían vincular a los operadores económicos, quedando sujetos tan solo a lo que se pudiera derivar directamente de los pliegos y demás documentación complementaria y sin que se pudiera hacer valer frente a ellos los matices y elementos adicionales que se hubieran formulado a través de las aclaraciones.

De hecho, podría surgir en este punto el planteamiento consistente en que, en tanto en cuanto el primer párrafo del art. 138.3 de la LCSP no menciona la posibilidad de la vinculación de la información adicional que no adquiera la cualidad de aclaración, dicha información adicional podrá no serlo. No obstante, entendemos que en las respuestas que facilite el órgano de contratación a los efectos de facilitar la información adicional del referido precepto, deberán respetarse igualmente los principios que emanan del art. 9.3 CE y del art. 3.1.e) de la Ley 40/2015, explicando dicha ausencia o dichos silencio al respecto de la LCSP, debido a que dicha información al ser una prolongación de lo ya contenido expresamente en los pliegos, no vinculará *per se* si no sobre la base del contenido de los pliegos que reitera en relación a la concreta pregunta o caso formulado por el operador económico. No obstante, el ente adjudicador sí podrá quedar vinculado respecto del concreto operador económico al que haya hecho llegar la respuesta, en virtud de los referidos principios de confianza legítima, buena fe y, en definitiva, vinculación a los propios actos. Mismo efecto vinculante este último que se podrá predicar también respecto de aquellas aclaraciones que no cumplan los requisitos anteriormente mencionados para el despliegue de su eficacia *erga omnes*.

La vinculación de las aclaraciones que puedan ser consideradas como relevantes llevará a que no puedan ser obviadas aquellas aclaraciones que contengan información manifiestamente opuesta o incompatible con las prescripciones de los pliegos, de manera que se deba proceder a la anulación de todo el procedimiento, en tanto en cuanto esta modificación, al no reconocer su verdadera naturaleza, no habrá reiniciado el plazo de presentación de ofertas cuando hubiera tenido lugar en un estadio inicial del procedimiento en el que todavía no se hubieran presentado ofertas⁷⁰⁹ o no habrá anulado todo lo actuado tras la publicación de los pliegos, en otro caso, ante lo cual repercutirá en el contenido de determinadas ofertas presentadas, menoscabando la eficacia de los principios de publicidad, libre concurrencia y libre competencia⁷¹⁰.

3.2 La corrección de errores materiales, de hecho o aritméticos

Del ya mencionado párrafo quinto del art. 136.2 de la LCSP se desprende un *tertium genus* que la LCSP añade a la información adicional —y las aclaraciones dentro de esta— y las modificaciones de manera poco clara, pero que, en última instancia consiste en la traslación a este ámbito sectorial de una figura propia de la regulación general de la actividad administrativa. Se trata de la modificación de los pliegos consistente en la corrección de errores materiales, de hecho o aritméticos. En lo que respecta a sus principales efectos jurídicos hay cierta coincidencia con la figura de la aclaración. Así, dichas modificaciones, en cuanto modificarán el tenor literal de los pliegos o documentación complementaria tendrán publicidad en el perfil del contratante y, en caso de ser significativas, deberán dar lugar a una ampliación de los plazos para la presentación de las ofertas⁷¹¹.

Los matices respecto de la figura de la aclaración consistirán, sin duda, en que dicha modificación se producirá *motu proprio* por parte del órgano de contratación y no a instancias de un requerimiento de información adicional por parte de los operadores económicos. Ello conllevará que, evidentemente, no sea de aplicación el primero de los plazos regresivos previstos en el art. 138.3 de la LCSP, por el que se establece la perentoriedad con que la información debe ser solicitada. Si bien, aunque sí hubiera sido aplicable el segundo de los plazos en cuestión, el inciso del art. 136.2 de la LCSP no hace alusión al art. 138, al contrario que el inciso relativo a las solicitudes de información adicional-aclaración contemplado en el art. 250.2 de la LCSP.

⁷⁰⁹ RRTARC 281/2015, de 30 de marzo, rec. 152/2015, FD Sexto y 245/2016, de 8 de abril, rec. 229/2016, FD Quinto.

⁷¹⁰ Vid. STSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, número 390/2015, de 22 de junio de 2015, rec. 14/2013, FFDD Sexto y Séptimo. Sentencia confirmada por la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, número 525/2018, de 20 de febrero, rec. 2725/2015.

⁷¹¹ FLECHA MARCO, E., «Artículo 136. Plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las proposiciones», en RECUERDA GIRELA, M.Á. (coord.) *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2018, p. 885.

En consecuencia, debe colegirse que toda modificación de errores materiales, aritméticos o de hecho significativa deberá acarrear una prórroga del plazo para la presentación de ofertas “proporcional a la importancia de la información solicitada por el interesado”.

En cuanto a la forma de determinación de aquellas que tendrán un carácter “significativo” que deba implicar necesariamente la ampliación del plazo para la presentación de las ofertas, la LCSP opta por establecer la información que en todo caso tendrá dicho carácter, dejando abierta la posibilidad de que puedan ser considerados del mismo modo otro tipo de modificaciones⁷¹². Ante lo que entendemos que serían de aplicación analógica los criterios de determinación de la “relevancia” de la información que han sido expuestos respecto de las aclaraciones y las modificaciones, toda vez que, al fin y al cabo, una corrección consistirá en la introducción de información adicional al texto de los pliegos y documentación complementaria.

En consecuencia, la principal diferencia con efectos jurídicos relevantes entre corrección y aclaración se producirá respecto de los plazos para su publicación y los efectos de esta en la necesidad y extensión de la prórroga eventualmente aparejada. Si bien, debemos entender que cuando la corrección de los pliegos derive directamente de la solicitud de información adicional por parte de los operadores económicos, si la misma se ha realizado con la debida antelación y sin perjuicio de que se efectúe una prórroga mayor *ex* párrafo quinto del art. 136.2 de la LCSP, esta deberá permitir que como mínimo transcurra un plazo de seis días desde la publicación de la modificación y la finalización del plazo para la presentación de las ofertas.

Sea como fuere, este último tipo de modificación analizado parte de la regulación general de la rectificación de errores contenida en el art. 109.2 de la Ley 39/2015. Desde nuestro punto de vista, como se ha expuesto, en el caso de que la misma se lleve a cabo a instancias de los interesados, deberán aplicarse las mínimas garantías de plazos recogidas respecto de las aclaraciones⁷¹³.

A la hora de describir los casos que pueden quedar subsumidos dentro del concepto de modificación por errores o, más propiamente desde un punto de vista general del derecho administrativo, correcciones o rectificaciones debemos acudir a la construcción jurisprudencial que ha ido definiendo sus límites. Esta se halla especialmente sintetizada y expresada en el Fundamento de Derecho Sexto de la RTARC 281/2015, de 30 de

⁷¹² Enumeración abierta introducida en la LCSP sobre la base de la enmienda número 364 realizada al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el Grupo Parlamentario Ciudadanos y que figura en el BOCG, Congreso de los Diputados, de 16 de marzo de 2017.

⁷¹³ Sobre el alcance los conceptos de error de hecho, aritmético y material resulta de interés la RTARC 281/2015, de 30 de marzo, rec. 152/2015, FD Sexto.

marzo, rec. 152/2015. En ella se viene a indicar sobre la base de lo postulado por el Tribunal Supremo⁷¹⁴ que:

“El error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorizarse prima facie por su sola contemplación, requiriendo que concurren, en esencia, las siguientes circunstancias: a) Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos. b) Que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte. c) Que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables. d) Que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos. e) Que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica). f) Que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión, que requiere un procedimiento específico. g) Finalmente, se viene exigiendo que se aplique con un hondo criterio restrictivo”.

A la vista de todo lo anterior, nos quedaría el esquema que se representa en la imagen 14. Sobre la base del análisis precedente se ha tratado de exponer el esquema que subyace a las figuras jurídicas previstas por el art. 138.3 de la LCSP y que es manifestado de manera incompleta por parte del mismo, ante la manifiesta ausencia de toda indicación por parte del legislador acerca del elemento cualitativo que hará que, una información adicional provista por un órgano de contratación, quede enclavada dentro del ámbito de las aclaraciones u otra de estas figuras conexas.

⁷¹⁴ STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, de 1 de octubre de 2012, rec. 527/2011 FJ Quinto.

Imagen 14



3.3 Análisis tópico de la información adicional, la modificación y la corrección de errores

3.3.1 Ejemplo de información adicional

No obstante, y como es habitual, este esquema tenderá a desdibujar sus fronteras en la práctica diaria. A estos efectos, resulta procedente un análisis ejemplificativo de las figuras que ahora nos ocupan. En primer lugar, podríamos destacar un ejemplo de información adicional que no constituye aclaración, acaecido en el procedimiento de licitación efectuado por el Ayuntamiento de Crevillente con número de expediente 2018/CONT/00127, y en el cual se efectuaba el siguiente intercambio entre operador económico y ente adjudicador:

Consulta de 14 de enero de 2020 a las 13:49 horas:

Operador económico:

“Tras la consulta de los pliegos, se ha podido constatar que los requisitos de solvencia no exigen que el operador económico que presente la oferta sea una empresa aseguradora pudiendo serlo un operador económico dedicado a actividades económicas similares. En consecuencia, sería posible la presentación de la oferta por un mediador de seguros que cubrirá los riesgos a través de Agencia de Suscripción. ¿Es correcto?”

Respuesta:

“Buenos días. El mediador de esta licitación viene indicado en el pliego, art. 36 del PCAP.”

Consulta de 16 de enero de 2020 a las 12:28 horas

Operador económico:

“Buenas tardes. Efectivamente como indican, el Mediador que administra este contrato es [nombre del mediador], pero las ofertas para los lotes también pueden presentarlas otros Mediadores/Corredores de seguros según pliegos. Nuestro planteamiento es: el Licitador, que, en este caso, puede tratarse de un *Mediador/Corredor de Seguros* distinto del administrador del contrato, puede presentar oferta para los lotes indicados en los pliegos a través de Agencia de Suscripción. ¿Es correcto?”

Respuesta:

“Buenos Días,

El planteamiento indicado es incorrecto.

El licitador debe ser una entidad cuyo objeto social permita ejecutar el contenido del contrato, esto es, el aseguramiento de los distintos lotes indicados en el PCAP.

A tal efecto, dicho licitador deberá acreditar su capacidad y su solvencia técnica o profesional conforme a las cláusulas 4.2 y 21.1 PCAP.

Solo podrán acreditar esta capacidad y solvencia entidades cuyo objeto social sea el aseguramiento de los riesgos indicados en los distintos lotes.”

A la vista de las cuestiones efectuadas y de los pliegos que regían la licitación, lo que se infiere es que el operador económico estaba cuestionando o tratando de ratificar que al requerir el PCAP⁷¹⁵, a los efectos de acreditar la solvencia técnica necesaria para la ejecución del contrato, una serie de trabajos previos “de igual o similar naturaleza” que los que constituían el objeto del contrato, ello implicaba que dichos trabajos previos no solo tenían que encuadrarse dentro del propio CPV del contrato en cuestión: 66516000-0: *Servicios de seguros de responsabilidad civil*, sino que también podrían hacerlo en un CPV 66518100-5: *Servicios de corretaje de seguros*. A lo que el ente adjudicador viene a contestar en el sentido de que no es ese un caso que expresamente se infiera de los pliegos, sino, antes al contrario, que viene vedado por los mismos.

Bien, desde nuestro punto de vista estaríamos ante una concreción de información que ya figura en el pliego y su interpretación sin añadir información alguna. El pliego recoge la posibilidad de que puedan ser valorados trabajos de similar naturaleza, estableciendo al efecto una enumeración o conjunto de posibilidades abierto, de modo que toda concreción de esa enumeración abierta no creemos que pueda llevar a colegir que se está aportando información adicional que modifique lo que expresamente ya consta en pliegos, aunque lo haga de manera acorde y en respeto a previsiones previamente

⁷¹⁵ Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Procedimiento de contratación 2018/CONT/00127 del Ayuntamiento de Crevillente, página 9, epígrafe 6.2.B.

establecidas en aquellos. A pesar de lo cual, como ya se ha tenido ocasión de indicar, existirá un interés legítimo del resto de operadores económicos personados o que se personaran en lo sucesivo en la licitación a conocer dicha interpretación. Tanto cuando dicha personación se haya efectuado mediante la presentación de oferta por parte de una entidad aseguradora, siendo de interés conocer dicho criterio interpretativo del órgano de contratación, para que en el caso, de eventuales adjudicaciones a empresas corredoras de seguros, cuente con el respaldo de dicha información a la hora de impugnar el acto de adjudicación. Como cuando dicha personación se haya llevado a cabo de otra forma, a los efectos de que pueda conocerse dicha interpretación y, en consecuencia, si se desea, proceder a la impugnación de los pliegos con el objetivo de tratar de ampliar el ámbito objetivo de la solvencia técnica. Actuación que permitiría que la ulterior presentación de oferta no implique una aceptación incondicionada de los pliegos como ley del contrato.

No obstante, se es plenamente consciente de la posibilidad e incluso de una mayor corrección de una interpretación en contrario, por la que se defiende que dicha contestación del ente adjudicador, tanto ante una respuesta negativa como la acaecida, como ante una positiva, conduciría a añadir información adicional acorde a la existente a los pliegos pero en cierto modo novedosa, de manera que esta conduciría a añadir información adicional, quedando ahora los pliegos junto con esta supuesta aclaración del siguiente modo “relación de trabajos previos de igual o similar naturaleza, entre la que no se encontrarán los de corretaje de seguros”, en el caso de la respuesta negativa acaecida, o “relación de trabajos previos de igual naturaleza, de corretaje de seguros o similares” en el caso de que la misma hubiera sido positiva. De hecho, podríamos encontrar posicionamientos en los que se estableciera el carácter de información adicional simple o de aclaración a la respuesta en función del sentido de la misma. Ahora bien, no podemos compartir estas otras interpretaciones que podríamos calificar de extensivas respecto de la figura de la aclaración, toda vez que, como se ha dicho, la información aportada ya se encuentra recogida dentro de una expresión que consta directamente en los pliegos, siendo su inclusión o no una cuestión de interpretación más o menos compleja de los pliegos para cuyo planteamiento adelantado precisamente se prevé la figura de la información adicional. De otra manera, se daría pie a una conceptualización de aclaración que prácticamente abarcaría la práctica totalidad del concepto de información adicional.

Otro ejemplo relevante que puede ayudar a clarificar la cuestión expuesta lo encontramos en el expediente de contratación 711/2015/19456, tramitado por el Ayuntamiento de Madrid, en concreto por el Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible. En el mismo, el PCAP⁷¹⁶ viene a establecer una determinada puntuación como criterio de adjudicación “por cada máster de especialización en las materias

⁷¹⁶ Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Procedimiento de Contratación 711/2015/19456 del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano del Ayuntamiento de Madrid, Anexo I, epígrafe A.2.14.

señaladas en este apartado”, cuales son, sin referencia abierta alguna a “otras similares” las de: “Patología de la Edificación, Cálculo de Estructuras, Ingeniería de la Edificación, Seguridad y Salud en la Construcción, Consolidación Estructural y Rehabilitación y Gestión Medioambiental en el Sector de la Construcción”. Ante ello, uno de los operadores económicos planteó si además de los enunciados expresamente en los pliegos se admitiría otro sobre materia de “Energías renovables”, a lo que se unió una posterior pregunta de otro licitador, en virtud de la cual se planteaba lo siguiente:

Por otra parte, hemos visto (en la contestación a preguntas previas) que se ha dado cabida a una tipología de Master no recogido en las opciones dadas en un principio en el PCAP, para el Técnico Superior (un Arquitecto Superior/ICCP) de Energías Renovables, en la respuesta 7 sí sería válido un máster en Energías Renovables. Queríamos saber en esta línea, si sería aceptado un máster en Eficiencia Energética y Arquitectura Bioclimática"

Recibiendo dicha consulta una respuesta afirmativa. A la vista de esta cuestión, podemos compartir el criterio del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid⁷¹⁷ por el que se considera que dichas respuestas son información adicional, en virtud de las cuales se interpreta el alcance propio y directo de lo ya indicado en los pliegos, y no aclaraciones. Motivo por el que se desestima que su efecto vinculante, en tanto derivaría del texto de los pliegos, deba quedar constreñido a aquellos casos en los que la contestación sea publicada en el perfil del contratante con una determinada antelación legalmente prevista. En efecto, lo que se hace en el texto es una enumeración tasada de las materias sobre las que los másteres a puntuar deben versar y no una enumeración de los propios másteres, por lo que, al igual que en el caso anterior, estaríamos ante una subsunción interpretativa de un caso concreto ante una expresión más amplia contenida en los pliegos. Esto es, ante una información adicional de carácter simple.

3.3.2 Ejemplo de aclaración

En tercer lugar, podemos referirnos a la consulta efectuada en el seno del procedimiento de contratación con número de expediente CC2018/58 seguido por el Ayuntamiento de Oviedo, en cuyo PCAP⁷¹⁸ se venía a establecer que los licitadores debían incluir en su oferta una propuesta de los medios materiales que emplearían para el “servicio de salvamento, socorrismo y primeros auxilios, con destino a las piscinas climatizadas municipales” objeto del contrato la cual debía ser “acompañada de presupuesto desglosado y justificado que recoja los medios materiales específicos a aportar para cada

⁷¹⁷ Vid. RTACPCM 146/2016, de 28 de julio, rec. 135/2016, FD Quinto.

⁷¹⁸ Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Procedimiento de Contratación con número de expediente CC2018/58 del Ayuntamiento de Oviedo, cláusula vigésima primera, apartado C.3. y cláusula vigésima tercera, apartado B.2.

lote, con su cuantificación económica, separando aquellos que el PPT considera como mínimos de aquellos que se establecen como innovación tecnológica”. A continuación de ello se advertía que en el sobre de la oferta donde se aportara esa información no se podría incluir ningún dato que permitiera conocer la oferta económica de la empresa, la cual figuraría en sobre distinto, so pena de exclusión.

Por su parte, en relación a la oferta económica el pliego venía a establecer que se otorgarían 30 puntos en función del valor a precios de mercado de los medios materiales considerados de “innovación tecnológica” distintos a los de propiedad municipal y a los considerados como mínimos por el PPT.

Ante ello uno de los operadores económicos vino a formular la siguiente solicitud de información adicional:

"En el apartado de medios materiales se indica que se acompañarán de presupuesto desglosado y justificado que recoja los medios materiales específicos a aportar para cada lote, con su cuantificación económica, separando aquellos que el PPT considera como mínimos de aquellos que se establecen como innovación tecnológica.

Además, se indica que su valoración será conforme a la fórmula: $P = \frac{Of. Material (V)}{Mejor Of. Material} * 30$. Siendo: P: Puntuación de la oferta a valorar, Mejor Of. Material: Importe económico de la oferta que recoja una mayor inversión, Of Material (V): Importe económico de la oferta a valorar.

Pero en los pliegos también se indica que en ningún caso deberá incluirse dentro del proyecto referencia ninguna al precio ofertado, el incumplimiento de este elemento determinará la exclusión de la oferta del licitador en los lotes en que ocurra.

¿Entonces, debe ir este listado de medios materiales valorado económicamente o no?.

Ante lo que el ente adjudicador Administración Pública vino a responder:

Sí, en el sobre c). La valoración económica es del material aportado sobre el mínimo exigido para la prestación del servicio.

Pues bien, en este ejemplo encontramos, a nuestro entender, un caso de aclaración toda vez que es lo cierto que el PCAP preveía que en uno de los sobres los operadores económicos inventariarían los medios materiales a emplear por lote, distinguiendo entre medios mínimos y otros considerados de innovación tecnológica y recogiendo su cuantificación económica. Si bien, no se venía a determinar taxativamente si la cuantificación económica que se requería en dicha parte de la oferta debía de abarcar la totalidad del inventario de medios previstos o solo aquellos que no fueran medios mínimos según el PPT. Preguntada por ello, como se ha podido ver, la Administración

contesta de modo que se aclara el apartado C3 estableciendo que el mismo debería entenderse del siguiente modo [introducimos nuestras variaciones entre corchetes]:

C3.- Propuesta de medios materiales para los lotes en que se presenta, dentro del precio máximo por lote, acompañada de Presupuesto desglosado y justificado que recoja los medios materiales específicos a aportar para cada lote, con su cuantificación económica [respecto del material aportado sobre el mínimo exigido para la prestación del servicio], separando aquellos que el PPT considera como mínimos de aquellos que se establecen como innovación tecnológica.

En consecuencia, aunque no se aparta de lo ya contenido en los pliegos y es acorde completamente con su tenor original, máxime a la luz de la interpretación sistemática ofrecida por el operador económico, sí se aporta una información adicional distinta y que, a pesar de ser posible su desprendimiento de una interpretación sistemática y/o teleológica de los pliegos, no puede considerarse contenida o implícita en ninguna de las expresiones del texto inicial.

De este modo, dicha información de preverse así en los pliegos y de ser puesta a disposición de todos los operadores económicos en el perfil del contratante, aclarará cual de todas las interpretaciones posibles del apartado C.3. es la válida y vinculante para todos los operadores que decidan proceder a la presentación de oferta, así como para el propio ente adjudicador. Igualmente, como se ha tenido ocasión de analizar, en aras a los principios de publicidad, libre competencia y libre concurrencia, este tipo de aclaraciones, de llevarse a cabo por su previsión en los pliegos, han de ponerse en conocimiento de todos los operadores económicos mediante su publicación general, toda vez que, en caso contrario, los que dispongan de esta información no solo contarán con una mayor seguridad jurídica, sino que podrán darse circunstancias, como las del ejemplo analizado, donde quienes posean dicha aclaración o interpretación auténtica de los pliegos verán aligeradas las cargas de la formulación de la oferta, respecto del resto de licitadores, quienes, *ad cautelam*, podrían haber optado por una interpretación más rigorista a la hora de cumplir con las exigencias formales del apartado C.3⁷¹⁹.

Si en el ejemplo anterior se nos muestra información adicional consistente en una interpretación auténtica de los pliegos que aporta datos que no son posibles obtener de la mera lectura, sin mayor esfuerzo cognitivo, del texto de los pliegos; en el procedimiento de contratación EXC/006.SR/2014 tramitado por la Universidad de Alcalá podemos encontrar un ejemplo de información adicional-aclaración relativa a datos completamente adicionales de la información de los pliegos y documentación complementaria, pero que a la vista de los mismos resulta del todo pertinente y razonablemente necesaria para la formulación de la oferta. Así, dicho procedimiento se efectuaba a los efectos de contratar servicios de agencia de viajes, donde el único criterio

⁷¹⁹ Sobre esta cuestión véase la RTACRC 111/2019, de 18 de febrero, rec. 1138/2018, FD Quinto.

de adjudicación era el porcentaje de comisión a cobrar por la agencia en función de los distintos medios de transporte contratados y descuentos asociados por cantidad. Ante ello, el operador económico solicitó que se desglosaran los totales acumulados de gastos históricos que figuraban en el PPT en concepto de viajes y alojamientos en función de su correspondencia con billetes de los diferentes medios de transporte para los que se solicitaba comisión independiente, a los efectos de aplicar los criterios de adjudicación establecidos. Dicha información ha de ser considerada una aclaración relevante en tanto en cuanto se ofrece una información adicional y asociada a los pliegos, la cual no se desprende de los mismos. Esto es, se trata de una información *praeter* pliegos en virtud de la cual no se modifica el contenido obligacional del contrato ni los parámetros que rigen la participación en la licitación, sino cuya utilidad se limitará a la presentación de ofertas más ajustadas en la relación coste-beneficio del operador económico.

3.3.3 Ejemplo de corrección de errores materiales

En la RTACPCM 55/2017⁷²⁰ se analizan casos en los que el órgano de contratación había procedido a la corrección de errores de transcripción, uno relativo a la ponderación relativa de los criterios objetivos de valoración cuya suma era incorrecta, y la otra relativa al horario de apertura del centro, derivada, según se expone, de una incorrecta incorporación a los pliegos de la memoria económica. Casos en los que, entendemos que sí se podría haber apreciado la existencia de sendos errores materiales al predicar dos horarios diversos respecto de un mismo centro y establecer una cifra incompatible con las anteriores que la desglosaban. Ahora bien, también en ambos casos, desde nuestro punto de vista ha de considerarse, sobre la base de los criterios expuestos, que nos encontramos ante modificaciones de errores “significativas” y que deberán contar con reflejo en los pliegos con la debida antelación ya se trate respecto del término inicial para la presentación de ofertas o de su término prorrogado.

3.3.4 Ejemplo de modificación de pliegos no detectada debidamente

Por último, cabe destacar el caso del procedimiento de contratación con número de expediente 6011900277 efectuado por la Empresa Pública de Metro de Madrid, S.A., donde en el pliego de prescripciones técnicas particulares se establecía, en relación a uno de los lotes, la necesidad de que el ordenador a suministrar contara con un procesador Intel i5-7500 r. En este extremo, se produjo una aclaración a raíz de una de las consultas recibidas, indicando que también se admitirían “elementos de otros fabricantes que cumplan con todas las características del elemento solicitado indicado,

⁷²⁰ RTACPCM 55/2017 de 15 de febrero de 2017, rec. 43/2017, relativo al procedimiento de contratación seguido con número de expediente 233/2016 por el Ayuntamiento de Alcorcón.

sin pérdida de funcionalidad/capacidad/prestación/comportamiento”, incluyéndose, a raíz de esta consulta en la documentación complementaria de los pliegos, la expresión “o equivalente”. Ante ello, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid vino a considerar que dicha aclaración versaba sobre una “cuestión sustancial en el citado documento, que forma parte integrante del PPTP” respecto de la que se efectuaba un cambio sin asidero posible en las expresiones contenidas en los pliegos. En concreto se viene a determinar que la determinación de una marca de procesador no puede constituirse en término más amplio que pueda integrar otras marcas de procesadores de igual o mayor potencia que el aludido, lo que exige un cambio *praeter* pliegos consistente en la introducción del término “o equivalente”, que no podrá efectuarse vía aclaración, sino vía modificación del pliego⁷²¹, dada su especial trascendencia o significación en la concurrencia competitiva del procedimiento.

4. EFECTOS Y CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE SUMINISTRO DE INFORMACIÓN ADICIONAL Y MODIFICACIÓN DE LOS PLIEGOS

4.1 En relación a la información adicional

Como último extremo relativo a la información adicional y las aclaraciones, cabe cuestionarse el efecto derivado de que las mismas no sean atendidas debidamente por el ente adjudicador. La regulación general de este supuesto podemos encontrarla en el art. 136.2 de la LCSP, donde se establece de forma preclara que se deberá “ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas y solicitudes de participación”, de manera proporcional a la importancia de la información solicitada por el interesado, [...] cuando por cualquier razón los servicios dependientes del órgano de contratación no hubieran atendido el requerimiento de información que el interesado hubiera formulado con la debida antelación”. Expresión que incluye todo tipo de información adicional. De otra parte, cabe señalar que dicha ampliación deberá llevarse a cabo —y por ende, ser solicitada, en su caso, dentro de las circunstancias que se tratan más adelante—antes del vencimiento del plazo inicial establecido para la presentación de las ofertas por aplicación subsidiaria del art. 32.3 de la Ley 39/2015⁷²².

El motivo del referido respeto a un determinado marco cronológico en la puesta a disposición de esta información a “todos los posibles interesados” —ámbito subjetivo que, como se ha analizado variará *ex art.* 138.3 en función de que estemos ante información adicional simple o ante aclaraciones— estriba en la necesidad de que no se

⁷²¹ Vid. RTACPCM 382/2019, de 19 de septiembre, rec. 448/2019, FD Quinto.

⁷²² FLECHA MARCO, E., «Artículo 136. Plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las proposiciones», cit., p. 881.

produzcan desequilibrios entre los mismos respecto de la información obtenida para la elaboración de las ofertas. Motivo por el cual el TACPCM viene a expresar en relación a estos plazos que los mismos no constituyen “*una mera formalidad*”, sino que tienen “*su fundamento último en la preservación de los principios de igualdad, publicidad y libre concurrencia que vertebran la contratación pública*”⁷²³. Por este motivo, aunque el art. 136.2 parece no establecer un mínimo de la ampliación procedente, debe entenderse, a nuestro entender, que la misma deberá procurar que, con carácter general, al menos, se cumpla con la antelación mínima prevista en los pliegos o en las previsiones subsidiarias del art. 138.3 de la LCSP —*vid.* art. 250.2 de la LCSP—, ya que de otro modo se permitiría con extrema facilidad el establecimiento de un cauce de alteración unilateral de los plazos mínimos que pudieran haberse previsto en los pliegos o que sean de aplicación en virtud del referido precepto de la LCSP⁷²⁴.

A la hora de analizar esta consecuencia, es necesario tener presente que toda alteración de los plazos inicialmente fijados para los potenciales licitadores, máxime en un procedimiento de concurrencia competitiva como en el que nos encontramos, supondrá una excepción a la regla general de respeto de los mismos, debiéndose efectuar el acuerdo de ampliación de manera motivada —*vid.* art. 35.1.e) de la Ley 39/2015— en la que se ponga de manifiesto una adecuada causa habilitante de aquella⁷²⁵.

Ante el incumplimiento de estos requisitos, por ejemplo al considerar el resto de licitadores que la consulta efectuada por un operador económico y no contestada en tiempo y forma por el órgano de contratación era irrelevante a los efectos de la formulación de la oferta, requerirá que los mismos, si desean hacer valer dicha irregularidad, procedan a la impugnación directa del acuerdo en cuestión, so pena de no poder alegar dicha cuestión posteriormente, en la impugnación de actuaciones ulteriores como podría ser el acuerdo de adjudicación⁷²⁶. Desde el otro punto de vista, a la hora de

⁷²³ RTACPCM 146/2016, de 28 de julio, rec. 135/2016, FD Quinto. Dicha resolución se refiere al art. 158 del TRLCSP, si bien, en el extracto comentado entendemos que es de plena aplicación al actual art. 138 de la LCSP.

⁷²⁴ Sobre la intención de introducir unos plazos mínimos independientes de dicha ampliación véase la enmienda número 113 efectuada al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos y que figura en el BOCG, Congreso de los Diputados, de 16 de marzo de 2017. Si bien, no podemos compartir esta iniciativa parlamentaria que, finalmente, no tuvo reflejo en el texto definitivo de la LCSP ya que dicha ampliación mínima contemplada podría ser inferior a la prevista en los pliegos y lo era de hecho, respecto a la antelación subsidiaria del art. 138.3, por lo que podría haber constituido una vía aún más sólida y consagrada para la comisión del fraude de ley por el órgano de contratación al que se hace mención en el cuerpo de esta página. Es preferible, por tanto, desde nuestro punto de vista, una normativa abierta en este sentido, de la que se desprende que por interpretación sistemática de los artículos 136.2 y 138.3 de la LCSP, deberá restituirse con dicha prórroga la antelación mínima prevista en pliegos o por aplicación subsidiaria del segundo de los preceptos mencionados, salvo aplicación de circunstancias excepcionales que el órgano de contratación deberá motivar muy especialmente.

⁷²⁵ En este sentido se expresa la STSJ de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, número 577/2015, de 27 de octubre, rec. 72/2014.

⁷²⁶ Vid. RTACRC 645/2016, de 5 de agosto.

que el operador económico u operadores económicos, que desean poseer en tiempo y forma la información adicional, hagan valer la obligación del ente adjudicador de suplir su falta de contestación oportuna con la correspondiente ampliación del plazo para la presentación de ofertas, se ha de tener en cuenta el criterio del TACRC, por el que se determina la necesidad de que, a tal efecto, el operador económico deba poner de manifiesto dicha circunstancia al ente adjudicador, solicitando la referida ampliación. En otro caso, los propios actos de aquel o aquellos, conducirían a la presentación de la oferta dentro del plazo inicialmente concedido sin la formulación de reserva alguna, lo que impedirá que pueda constituirse en un sujeto válido a la hora de solicitar la anulación de la licitación por dicho incumplimiento⁷²⁷.

Como excepción a esta consecuencia general, se prevé que dicha ampliación de plazos no sea necesaria “cuando la información adicional solicitada tenga un carácter irrelevante a los efectos de poder formular una oferta o solicitud que sean válidas”⁷²⁸, estableciéndose de seguido que no podrá tener consideración de irrelevante “cualquier información adicional transmitida a un licitador”, así como “cualquier información asociada a elementos referidos en los pliegos y documentos de contratación”. Esta definición *ex lege* de aquellos casos en los que la información suministrada a solicitud de un operador económico será relevante y deberá conllevar la ampliación de los plazos para la presentación de las ofertas, fue incorporada con motivo de la enmienda número 364 realizada al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el Grupo Parlamentario Ciudadanos y que figura en el BOCG, Congreso de los Diputados, de 16 de marzo de 2017. Tras su conversión en enmienda transaccional, fue aprobada por unanimidad por la Ponencia encargada de redactar el Informe sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y que figura en el BOCG, Congreso de los Diputados, de 2 de agosto de 2017, aprobado, al día siguiente, por la Comisión de Hacienda y Función Pública. A la luz de esta aclaración por la que se trataba de dar seguridad jurídica a los casos de aplicación del segundo párrafo del art. 136.2 de la LCSP, se ha

Esta resolución y la anteriormente citada STSJ de Extremadura son analizadas en FLECHA MARCO, E., «Artículo 136. Plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las proposiciones», cit., pp. 881 y 882.

⁷²⁷ Por todas ellas, véase la RTACRC 389/2014, de 19 de mayo.

⁷²⁸ Como señala FLECHA MARCO, E., «Artículo 136. Plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las proposiciones», cit., pp. 883 y 884, dicho requisito para la procedencia de la ampliación del plazo deviene tanto de la expresa previsión de esta circunstancia en el art. 47.3 de la Directiva 2014/24/UE, así como de la vinculación entre estos plazos y los principios de publicidad, libre competencia y libre concurrencia referidos en la ya mencionada RTACPCM 146/2016, donde se reitera en cierto modo el criterio de este Tribunal Administrativo previamente expresado, entre otras en su Resolución 71/2014. En esta última resolución se viene a indicar que el sentido de los plazos que ahora nos ocupan tienen un carácter “claramente instrumental” con la intención de que “todos los posibles licitadores (hayan solicitado o no la solicitud de información) dispongan del plazo suficiente para poder presentar sus ofertas valorando la información suministrada con posterioridad a la publicación de los pliegos”. Criterio que es recogido, también, por el TACRC en su Resolución 930/2014, de 18 de diciembre.

venido a destacar por un sector de la doctrina la amplia definición del concepto “información relevante”, hasta el punto de determinar la existencia de serias dificultades a la hora de plantear situaciones en los que se pudiera colegir que la información dejada de suministrar no lo era. Extremo que, de ser cierto, no solo dejaría sin virtualidad práctica a la aplicación del propio inciso de la Ley objeto de la aclaración, sino también a la doctrina administrativa establecida con carácter previo, así como al art. 47.3 de la Directiva 2014/24/UE⁷²⁹. Posibilidad ante la que debe advertirse que una excesiva restricción del concepto de información “irrelevante” o “desdeñable” en palabras del art. 47.3 de la Directiva 2014/24/UE, puede generar el riesgo de que se facilite la aplicación de *pactum sceleris* entre órgano de contratación y determinados operadores económicos a la hora de alterar los plazos de presentación de las ofertas, aun mediante la utilización de medios o pretextos triviales, a pesar del carácter excepcional de esta medida, tal y como hemos tenido ocasión de poner de manifiesto.

Sin embargo, aunque coincidimos en la interpretación restrictiva que el art. 136.2 de la LCSP hace de lo que ha de considerarse como información irrelevante, así como en la posible consideración de su falta de claridad, no podemos compartir los posicionamientos por los que se señala que la aclaración normativa del significado “información relevante” otorga esta cualidad a cualquier información que pudieran requerir los operadores económicos. Así, cabe señalar que, efectivamente, la posibilidad de interpretación que pudiéramos realizar del art. 136.2.b) de la LCSP a los efectos de buscar supuestos de virtualidad de su segundo párrafo que respeten el tenor literal de su tercer párrafo es limitada pero no inexistente. En primer lugar, consideramos que sí es posible argumentar que no pueda ser considerada relevante la solicitud de información sobre “elementos” referidos en el PPT o el PCAP o relacionada de alguna manera con los mismos, pero que no guarde relación de utilidad con la participación de los operadores económicos en el procedimiento de contratación y la presentación de ofertas.

Para lograr alcanzar esta conclusión sería necesario determinar que el legislador pretendía la utilización del término “asociada” en el contexto de la segunda acepción de la RAE del verbo asociar, cual es, “juntar una cosa con otra para concurrir a un mismo fin”, descartando así la aplicación de su acepción tercera, por la que “asociada” quedaría como sinónimo de “relacionada”. Esta opción por un concepto del término “asociada” más restringido que el de “relacionada” parece del todo procedente desde un punto de vista de interpretación teleológica y conforme con las normas de rango superior. Debe tenerse presente que el legislador español, al redactar dicho precepto, se encontraba desarrollando las bases preceptivas del art. 47.3 de la Directiva 2014/24/UE, a la vista de lo cual no sería comprensible la intención de calificar como “relevante”, información “asociada” con elementos previstos en los pliegos, como pudiera ser una determinada tecnología o un sistema de certificación, pero que no guarde relación con el

⁷²⁹ Vid. nota anterior.

procedimiento de licitación. En caso contrario, el legislador español hubiera estado procediendo a admitir, con carácter de relevancia expresa, la solicitud de información que, claramente, tendría una “importancia desdeñable a efectos de la preparación de ofertas admisibles”. Esto es, se trataría de una trasposición contraria a la literalidad de la directiva.

De otra parte, tanto si acudiéramos a la acepción segunda como tercera del verbo asociar quedaría claro —como se desprende de las respectivas definiciones de los verbos juntar y relacionar— que en el concepto información “asociada” va implícito el concepto de información “distinta”. Por ello, podría concluirse sin temor a contradecir la literalidad del art. 136.2 de la LCSP, que las solicitudes de información que ya se encuentre, clara y expresamente, en los pliegos estarán referidas a información irrelevante o desdeñable.

En tercer lugar, y en cuanto al sentido del art. 136.2.a) de la LCSP, podemos inferir que el mismo va dirigido a que sea preceptiva la ampliación del plazo para la presentación de ofertas, cuando la información que se transmita a un operador económico en respuesta a una solicitud de información adicional no se haga llegar a la totalidad de sujetos interesados apuntados por el art. 138.3 del referido texto legal, sino solo a una parte de los mismos, sin necesidad de mayores consideraciones sobre los aspectos cualitativos de la misma. Ahora bien, cabe destacar que el adjetivo empleado en este inciso del art. 136.2 no es el de información “asociada”, sino el de información adicional. De dicho matiz, desde nuestro punto de vista, se debería concluir que los únicos casos en los que es posible la respuesta limitada o concreta de estas consultas, respecto de un determinado segmento de interesados, sería el relativo a información que ya obre de forma clara y se desprenda sin necesidad de mayores esfuerzos cognitivos del tenor literal de los pliegos y su documentación complementaria, pudiendo considerar incluida entre esta última las respuestas a solicitudes de información adicional previas. Sin embargo, en el caso de la información relacionada con elementos del pliego pero no con el procedimiento de licitación, sí quedaría incluida dentro del ámbito de aplicación del art. 136.2.a) de la LCSP. Posicionamiento que entendemos que se desprende de la voluntad del legislador y que es del todo comprensible. Así, si el ente adjudicador recibe la solicitud de este tipo de información “relacionada”, en virtud del ya analizado art. 136.2.b) podrá responder en el sentido de poner de manifiesto su desconexión con el procedimiento de licitación o, directamente, no responder. Si bien, en el caso de que articule una respuesta que —innecesariamente— responda a la consulta efectuada, ello deberá hacerse llegar a todos los interesados por aplicación del art. 138.3 de la LCSP.

En definitiva, puede inferirse del precepto analizado que, solicitada información adicional por los operadores económicos dentro de los plazos establecidos en los pliegos o en el art. 138.3 de la LCSP, el incumplimiento de los correlativos plazos de respuesta a cargo del ente adjudicador deberán conllevar, como regla general, la ampliación del plazo de presentación de ofertas, salvo que se trate de información del todo intrascendente e inconexa al procedimiento de licitación, salvo que la misma ya se haya facilitado por el ente adjudicador con motivo de la consulta de otros licitadores, o, bien,

que se trate de información que ya figure y se desprenda directamente y sin mayor necesidad de un procedimiento lógico-interpretativo o esfuerzo cognitivo de los pliegos.

En consecuencia, el concepto de información esencial introducido por el art. 136.2 de la LCSP entendemos que no deja sin virtualidad toda la doctrina administrativa anterior ni, aún menos, la aplicación del art. 47.3 de la Directiva 2014/24/UE. Aunque sí es lo cierto que entendemos que la misma limita, respecto de la normativa anterior, el ámbito de la información que, al no ser suministrada en tiempo y forma, no obligue y/o permita una ampliación del plazo para la presentación de las ofertas. Así las cosas, entendemos que esta novedad de la LCSP obligará a que en casos como el analizado en la RTACPCM 146/2016, esta información adicional simple que ya hemos tenido ocasión de analizar con detenimiento, aunque no alcance el carácter de aclaración, deba ser respondido en los plazos legal o contractualmente previsto, so pena de una necesaria ampliación del plazo para la presentación de las ofertas.

Sin embargo, sí permitirá el mantenimiento de otra línea doctrinal en este sentido como la contenida, entre otras en la RTACRC 930/2014, de 18 de diciembre, rec. 933/2014 —FD Quinto—, donde se aprecia que no será preciso el incremento del plazo de presentación de ofertas en relación a las contestaciones realizadas fuera de plazo que no contienen información relevante por ser meras reiteraciones del contenido de los pliegos o de la documentación adicional de la que ya disponían los licitadores, entre ella las contestaciones a requerimientos previos de información adicional⁷³⁰, o bien por no ser relevantes para la comprensión de los pliegos y/o la participación en la licitación como la existencia de unos errores de hecho calificados como “insignificantes”.

Adicionalmente, la construcción doctrinal sobre esta cuestión ha venido a determinar que no podrá considerarse información relevante y, ni tan siquiera información adicional, cuando los datos requeridos, a pesar de no figurar en la concreta documentación del procedimiento de licitación, sí figuren públicamente disponibles en la zona de datos e información general del perfil del contratante, por lo que se viene a exigir como requisito de diligencia media del operador económico que se hubiera procedido a la consulta de dicha información pública antes de proceder a la solicitud de información adicional⁷³¹.

4.4 En relación a las aclaraciones

En el caso de la facilitación de información adicional o aclaraciones que revistan el carácter de relevante, la obligación de ampliación de los plazos para la presentación de

⁷³⁰ Misma causa por la que sería mantenible a la luz del art. 136.2 de la LCSP el criterio expresado en este punto por el ATACPA 11/2020, de 31 de enero de 2020, rec. 141/2019, FD Tercero.

⁷³¹ Vid. STSJ Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-administrativo, número 164/2013, de 28 de febrero, rec. 344/2012, FD Tercero, en el cual se viene a señalar que se determina que, aunque en los pliegos se establecía la obligación de haber enviado por fax justificación de la presentación de oferta y no figurar el número correspondiente en los pliegos, este sí se encontraba disponible públicamente en el perfil del contratante.

las ofertas solo devendrá necesaria en el caso de que, habiendo sido aquella requerida por los operadores económicos con la debida antelación, la respuesta no se produzca con al menos seis días de antelación a la finalización de dicho plazo.

Para los casos en los que los operadores económicos no cumplan con la antelación fijada en los pliegos o en el art. 138.3 de la LCSP, el ente adjudicador no quedará obligado a dar respuesta alguna y, en consecuencia, la inexistencia de la respuesta no hará preceptiva la ampliación del plazo para la presentación de las ofertas⁷³², sin perjuicio de los recursos contra los pliegos que el operador u operadores económicos consideren oportunos por no permitir aquellos la formalización de las ofertas con mínimos de seguridad jurídica y económica al carecer de información esencial. No obstante, en el caso de que el órgano de contratación decida suministrar la información adicional requerida, a pesar de haber transcurrido el plazo para ello, se deberá proceder a la determinación de si la misma se trata de información relevante o no, procurando, en el primero de los casos, que la misma se haga llegar a los sujetos preceptivos con la antelación indicada en los pliegos. Podría argüirse que un operador económico que no ha cumplido los plazos para él establecidos no podrá exigir, dados sus propios actos y/o incumplimiento, que la información requerida le sea puesta a disposición con una determinada antelación, si bien, hemos de recordar que esta no solo deberá ser remitida al operador que haya formulado la solicitud, sino a otros interesados en el caso de la información adicional simple y a todos los operadores económicos a través del perfil del contratante en el caso de las aclaraciones. En consecuencia, la penalización del incumplimiento de los plazos para la formulación de una solicitud de información adicional podrá ser la del silencio, pero no la de una respuesta sin el mínimo margen de maniobra para el resto de operadores económicos, ya que, de otro modo, se podría dar lugar a actuaciones tacticistas por parte de determinados licitadores.

A este respecto cabe recordar lo señalado por la RTACPCM 146/2016⁷³³ en relación a los plazos de antelación con que dicha información adicional debe quedar a disposición de los interesados al establecer que los mismos no suponen una *“mera formalidad, sino que tienen su fundamento último en la preservación de los principios de igualdad, publicidad y libre concurrencia que vertebran la contratación pública”*. Lo que determinaría la necesidad de su observancia en caso de que la información suministrada sea relevante y con independencia de las circunstancias en las que se haya desarrollado su solicitud.

En el caso de que el ente adjudicador no actúe en aras a cumplir con lo que acabamos de señalar, se podrá proceder a su fiscalización por los operadores económicos y/o licitadores. Siguiendo las determinaciones del TACRC⁷³⁴, es lo cierto que la inactividad de la Administración no se encuentra prevista específicamente entre los actos

⁷³² ATACPA 11/2020, de 31 de enero de 2020, rec. 141/2019, FD Tercero.

⁷³³ RTACPCM 146/2016, de 28 de julio, rec. 135/2016, FD Quinto.

⁷³⁴ RTACRC 930/2014, de 18 de diciembre, rec. 933/2014, FD Quinto.

susceptibles de impugnación a través de este recurso especial en los arts. 44 y ss. de la LCSP, si bien, ello, como es sabido, sí es recogido como una facultad-garantía del administrado, tanto en la LJCA —arts. 25.2 y 29.1— como en la Ley 39/2015 —arts. 24 y 25—. No obstante, no parece factible, con carácter general, la inclusión de esta omisión, aun cuando sea expresamente instada por los operadores económicos, dentro de los actos de trámite impugnables *ex* recurso especial contemplados por el art. 44.2 de la LCSP, sino más bien dentro de los defectos de tramitación previstos por el art. 44.3 del referido texto legal. Ante ello, la denuncia de esta infracción deberá efectuarse mediante una solicitud de prórroga del plazo para la presentación de las ofertas por parte del operador económico interesado antes de su finalización que, en caso de no ser atendida y causar indefensión o un menoscabo de su posición en la licitación podrá impugnar mediante recurso dirigido contra la resolución de adjudicación del contrato.

Por su parte, cuando efectivamente se lleve a cabo el suministro de información adicional, sin perjuicio de la impugnación relativa al incumplimiento de la antelación de su puesta a disposición, podrá dar lugar a una clarificación de la información contenida en los pliegos contra la que en caso de no estar de acuerdo los operadores económicos podrán impugnarla. Dicha impugnación deberá canalizarse mediante recurso dirigido contra los pliegos cuyo sentido haya quedado aclarado o concretado por la información adicional. Así las cosas, cuando el motivo de la impugnación de los pliegos sea la concreta cuestión sobre la que verse la información adicional facilitada, será de aplicación el principio de “*actio nata*”, en virtud del cual, “el plazo de cómputo para el ejercicio de las acciones comienza desde que realmente pueden ejercitarse (art.1969 del Código Civil)” por lo que “debe considerarse como primer día hábil para la impugnación del Pliego por el motivo de las contradicciones con las aclaraciones realizadas” el día siguiente al de la puesta a disposición de estas últimas. Principio que, como se ha indicado, deberá constreñirse al objeto de la aclaración y no a la totalidad del contenido de los pliegos, de manera que el *dies a quo* para la impugnación continuará siendo, respecto de estos, el de su publicación⁷³⁵.

Estas posibles causas de impugnación que deriven directamente de la información adicional facilitada por el órgano de contratación deberán conllevar, efectivamente, como medida de diligencia mínima exigible a los operadores que impugnen o salven sus reparos sobre la misma, de modo que, en caso de no hacerlo y proceder a la presentación de ofertas, los pliegos desplegarán sus efectos propios como “*ley del contrato*”, vinculando a licitadores y entes adjudicadores sin que estos puedan tratar de apartarse de su contenido⁷³⁶.

De hecho, dicha diligencia de los operadores económicos no solo deberá llevar a poner de manifiesto en el momento oportuno su disconformidad con la información adicional

⁷³⁵ RTACPCM 55/2017 de 15 de febrero de 2017, rec. 43/2017 y RTARCJA 159/2018, de 1 de junio, rec. 171/2018.

⁷³⁶ RTACPCM 146/2016, de 28 de julio, rec. 135/2016, FD Quinto.

suministrada, sino que incluirá la necesidad de que, en caso de detección de posibles elementos de los pliegos o documentación complementaria que requieran información adicional, se verifique la solicitud la misma. En efecto, el TACRC, así como sus homólogos autonómicos, han venido estableciendo que para la impugnación de los pliegos de una licitación sobre la base de alegaciones fundamentadas sobre la necesidad de proceder a la nulidad de los pliegos, por haber sido los mismos formulados de manera oscura o incompleta, de tal manera que se haya perjudicado la libre concurrencia, nos encontraremos con un requisito de procedibilidad consistente en haber realizado, de ser posible, la correspondiente solicitud de información adicional o aclaraciones en los términos del art. 138.3⁷³⁷.

4.2 En relación a la modificación de los pliegos

Del art. 136.2 de la LCSP, en relación con los arts. 122.1 y 124 del mismo texto legal, se desprende que en caso de que acaezca una modificación de los pliegos o de la documentación complementaria procederá anular todo lo actuado desde la publicación de los pliegos y retrotraer el procedimiento al momento previo a la publicación de aquellos. Garantía de libre concurrencia y competencia de los licitadores que entendemos que no será menoscabada por la doctrina administrativa por la que se establece que en un estadio inicial de la publicación de los pliegos y siempre y cuando no se menoscaben los derechos e intereses de ningún interesado, cuando aún no se hayan presentado proposiciones por parte de los operadores económicos, es asimilable la naturaleza de los pliegos con la de los actos de trámite no cualificados, con la subsiguiente posibilidad de que puedan ser modificados o dejados sin efecto, sin necesidad de proceder a su revisión de oficio. En consecuencia, para dar lugar a la pretendida modificación, bastaría, como medida de economía procedimental y celeridad, con publicar los nuevos pliegos y establecer un nuevo plazo para la presentación de las ofertas desde entonces⁷³⁸.

Mayor rigor de los efectos de la modificación sustancial de los pliegos aparejada a su mayor o no acotado ámbito objetivo. Dichas modificaciones en la legislación precedente a la LCSP restringía la utilización de esta figura dentro de los casos para los que resulta de aplicación la figura de la revisión de oficio de actos administrativo —art. 106 de la LPAC— o la declaración de lesividad —art. 107 de la LPAC—, esto es, cuando los pliegos adolecieran de causa de nulidad o anulabilidad. En otro caso, el órgano de contratación no podía apartarse de los pliegos inicialmente establecidos y previstos por él mismo, al no extenderse en la ordenación sectorial las facultades otorgadas por la

⁷³⁷ Véase en este sentido, entre otras, las RRTACRC de 1 de agosto de 2019, rec. 684/2019, FD Sexto, 3º y de 11 de abril de 2019, rec. 148/2019, FD Quinto.

⁷³⁸ RRTARC 281/2015, de 30 de marzo, rec. 152/2015, FD Sexto y 245/2016, de 8 de abril, rec. 229/2016, FD Quinto.

normativa general sobre procedimiento administrativo⁷³⁹. A la luz de la LCSP y, especialmente de sus artículos 122.1 y 124, cabría preguntarse si dichas consideraciones establecidas por nuestra jurisprudencia pueden seguir vigentes. Así, encontraríamos que en ambos artículos, tras la utilización del término “modificación” para referirse a la rectificación de errores, se procede a una referencia abierta respecto de otros casos de modificación. Extremo que podría ser advertido como una ampliación sustancial de las posibilidades de introducir modificaciones respecto de los pliegos de mayor calado, siempre y cuando el tenor de la modificación no implicara o tratara de implicar un desistimiento encubierto del procedimiento de licitación para la incoación posterior de otro distinto. En este último caso, dicha pretendida modificación se instituiría en una inaplicación en fraude de ley de las causas tasadas previstas por el art. 152.4 de la LCSP. De hecho, puede denotarse como en los referidos arts. 122.1 y 124 del texto legal, la consecuencia anudada a la modificación es la de “retroacción” de actuaciones, lo que podría estar previendo como consecuencia de la modificación de los pliegos la posibilidad de mantenimiento de buena parte de la fase de preparación del contrato y la publicación de unos nuevos pliegos dentro del procedimiento ya incoado.

4.3 En relación a la corrección de errores

Las correcciones de errores significativas deberán llevar aparejada una suficiente y proporcional prórroga de los plazos para la presentación de las ofertas en función de la entidad de la corrección, por lo que en principio, con independencia del momento en el que se produzcan, deberá motivarse especialmente la adopción o no de dicha ampliación, sin perjuicio de que entre los elementos que determinarán su extensión se encontrará el momento en que esta se produzca. De hecho, entendemos que sería un criterio adecuado el de extender el plazo para la presentación de las ofertas, cuando exista dicha significación del error corregido, el tiempo necesario para que entre la publicación de la rectificación y la finalización del periodo de presentación de ofertas transcurra la totalidad del plazo inicialmente previsto al efecto. Esto es, que dicha ampliación proceda a descontar el plazo de vigencia del error.

5. FISCALIZACIÓN DE LA DETERMINACIÓN DEL TIPO DE INFORMACIÓN PREVIA O MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EFECTUADA POR EL ENTE ADJUDICADOR

De la exposición y delimitación que se ha tratado de efectuar en los epígrafes anteriores, se puede colegir que, tan factible es la separación teórica de los conceptos de

⁷³⁹ GALLEGO CÓRCOLES, I., «La introducción de rectificaciones, aclaraciones y modificaciones en los pliegos de contratación», *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 146, 2016, p. 2, comentando la STS de 27 de marzo de 2013.

información adicional simple irrelevante, información adicional simple relevante, aclaración irrelevante, aclaración relevante, modificación, corrección de errores significativa y corrección de errores no significativa; como su confusión o distinta apreciación por diversos sujetos en la práctica. En efecto, se puede vislumbrar la fuerte probabilidad con que la subsunción de una circunstancia en una de estas figuras conducirá a zonas “grises” susceptibles de discusión.

Así, puede verse como en la RTARCJA 159/2018⁷⁴⁰ se analiza una corrección de errores efectuada por el órgano de contratación consistente en el “olvido” de aquel de la indicación de la fecha de inicio de los trabajos de determinados lotes, la cual podría haber contado con una interpretación en contrario por los operadores económicos. Igualmente, aunque se ha llegado a colegir que la información adicional suministrada por el Ayuntamiento de Crevillente en el expediente 2018/CONT/00127 es, realmente, un caso de información adicional simple y no de aclaración, entendemos que en este último caso, sería completamente legítima la argumentación en contrario e, incluso, más correcta dicha determinación.

Sin embargo, la fiscalización en estas zonas grises de las decisiones adoptadas por los órganos de contratación por parte de los operadores económicos se verá indebida y fuertemente limitada si con motivo de dicha calificación inicial, la información adicional suministrada deja de tener reflejo en los canales de publicidad generales. En estos casos, el control que se podrá hacer, en todo caso, será *a posteriori*, mediante la impugnación de un acto de adjudicación, que podrá actuar como primer indicio que induzca a la consulta y análisis del expediente administrativo donde figure dicha información. O bien, mediante la impugnación *a posteriori* y mediante la alegación de la doctrina de la *actio nata* de los pliegos, generalmente y por las circunstancias mencionadas, habiéndose ya adjudicado el contrato. Así, aun siendo factible, en todo caso, dicha actuación será menos efectiva que su impugnación en un estadio previo o que una adaptación del operador económico a dicha información que trate de evitar la senda del recurso administrativo y contencioso-administrativo. Amén de que se dificultará el medio de acceso a la información adicional suministrada a otros operadores económicos. Es el caso, fundamentalmente de la calificación de una información solicitada por un operador económico como información simple en lugar de como aclaración⁷⁴¹, dado que en el caso de la información calificada como aclaración o de las modificaciones o correcciones de errores, estas tendrán, *per se*, reflejo en el perfil del comprador.

⁷⁴⁰ RTARCJA 159/2018, de 1 de junio, rec. 171/2018, relativa al procedimiento de contratación con número de expediente 6011900277 efectuado por la Agencia Pública Andaluza de Educación

⁷⁴¹ Se dispone de un ejemplo práctico sobre esta cuestión en el ATACPA 11/2020, de 31 de enero, rec. 141/2019, FD Tercero al referirse a la eventual existencia de otros interesados a la hora de impugnar cuestiones relativas a una información adicional que se hizo llegar por correo electrónico exclusivamente al solicitante de la misma.

Ante ello entendemos que el operador económico deberá tener especial cuidado de que toda la información adicional, en los términos que se han indicado, se haga llegar, más allá del propio solicitante y aun con carácter retroactivo, a todos los operadores económicos que vayan obteniendo la cualidad de interesados en el procedimiento, la información adicional simple requerida. No obstante, dada la situación tecnológica actual, debemos concluir que la solución más eficaz y eficiente sería la de adoptar protocolos de actuación que vayan más allá de los mínimos de publicidad exigidos por el art. 138.3 de la LCSP y publicar toda la información adicional simple solicitada en el perfil del contratante.

A tales efectos la PCSP ofrece una interesante herramienta a través del apartado “solicitar información” que figura en el submenú de cada procedimiento de contratación y que está disponible no solo para los licitadores, sino para todos los operadores económicos que accedan al sistema mediante identificación basada en la utilización de usuario y contraseña.

En la ubicación indicada se establece una suerte de foro público en el que quedan reflejadas, para todo aquel que acceda, las solicitudes de información requeridas y las respuestas recibidas del órgano de contratación. Si bien, la misma solo es empleada por aquellos entes adjudicadores que, además de tener alojado su perfil en la PCSP la emplean como plataforma de licitación. En caso de que no se emplee de esta forma o los perfiles se hallen alojados en Plataformas autonómicas, sería conveniente que el órgano de contratación o entidad correspondiente cuidara la posibilidad de ofrecer un sistema similar.

No obstante, sería deseable respecto del sistema auxiliar indicado de la PCSP que este permitiera descargar de manera automática certificados de la Dirección General del Patrimonio del Estado en los que se hiciera constar la información identificativa del procedimiento de compra, la identidad de la entidad contratante, la identidad del operador económico que ha formulado una solicitud de información adicional, el contenido de la información, el contenido de la respuesta y la fecha y hora de la formulación y respuesta. Sistema que añadiría mayores garantías que las capturas de pantalla y mayor facilidad de acceso que la de consulta del expediente administrativo o solicitud individual a la Dirección General del Patrimonio del Estado u órgano de contratación de dicha información, en el caso de que al momento de formular el oportuno recurso aquella ya ha sido borrada del apartado de “Solicitar información”.

A la vista de todo lo anterior entendemos que, en aras a su mayor adaptación a la realidad tecnológica actual, así como a una perfección general de la regulación de la figura de la información adicional, sería pertinente la inclusión en el art. 138.3 de la LCSP de la extensión de la obligación de publicación de la información adicional, independientemente su carácter o no de aclaración, en el perfil del contratante, evitando la utilización de canales electrónicos de comunicación netamente bidireccionales. Modificación a través de la cual se resolvería la problemática derivada de la completa

indefinición de la aclaración, sin la necesidad de establecer en el propio texto legal una más o menos compleja y flexible definición de aquella. En efecto, procediendo a la modificación propuesta, no solo se llevaría a cabo un mejor aprovechamiento de las TIC en aras al principio de publicidad, seguridad jurídica, derecho a la tutela judicial efectiva y celeridad, simplificación y eficacia, sino que, además, se produciría una simplificación normativa derivada de la eliminación, a efectos prácticos, de la litigiosidad derivada de la naturaleza última de la información adicional que haya podido suministrar el órgano de contratación, limitando esta, en su caso, a la determinación de si la misma era o no relevante los efectos de aplicación, alteración y cumplimiento de los plazos previstos legal o contractualmente.

De otra parte, y aunque entendemos que esta modificación propuesta se hallaría vigente sobre la base de una interpretación sistemática de la LCSP, sería deseable que en las ampliaciones previstas en el art. 136.2 de la LCSP, relativas a la no contestación en plazo de solicitudes de información previa llevadas a cabo con la debida antelación, se establezca un mínimo de dicha prórroga a los efectos de que la misma deba permitir contar con el plazo mínimo previsto en los pliegos o, subsidiariamente, en el art. 136.8 de la LCSP, una vez se haya procedido a suministrar la información adicional o efectuado la modificación correspondiente.

IV. LA PRESENTACIÓN DE OFERTAS

La presentación de las ofertas o de solicitudes de participación por parte de los operadores económicos en un procedimiento de licitación tiene un marcado carácter propio respecto a las notificaciones y comunicaciones que se puedan efectuar en cualquier otro procedimiento administrativo. Ello se debe, fundamentalmente, a la necesidad de que su contenido sea cifrado o imposible de conocer por terceros antes de la fecha y hora fijadas para la finalización del plazo de presentación de ofertas. Imposibilidad de acceso que no es predicada desde una perspectiva meramente jurídica, sino por propia imposibilidad técnica, procurada por las herramientas tecnológicas empleadas. A tal fin, será necesario disponer de medios tecnológicos de alto nivel de seguridad como el certificado digital que actúen no solo sobre cada documento, sino respecto de cada “sobre electrónico” en el que estos se ubiquen de manera que sean plenamente trazables los accesos acaecidos a la información contenida en cada uno de ellos. Este nivel de cifrado en dos niveles, similar a la estructura en papel: documento-sobre, condicionará de manera muy significativa las posibilidades de elección de los canales para proceder a su transmisión y recepción.

Así las cosas, más allá de la digitalización generalmente exigida a las comunicaciones, en relación a la presentación de ofertas y solicitudes de participación será necesaria la utilización de instrumentos específicos que cumplan con los requisitos del art. 22.6, en

relación con el Anexo IV de la Directiva 2014/24/UE, recogidos en la DA 17ª de la LCSP. Dichos requisitos consisten en:

a) Que “pueda determinarse con precisión la hora y la fecha exactas de la recepción de las ofertas, de las solicitudes de participación, de la documentación asociada a estas y las del envío de los planos y proyectos”.

b) Que “pueda garantizarse razonablemente que nadie tenga acceso a los datos y documentos transmitidos a tenor de los presentes requisitos antes de que finalicen los plazos especificados”.

c) Que “únicamente las personas autorizadas puedan fijar o modificar las fechas de apertura de los datos y documentos recibidos”.

d) Que “en las diferentes fases del procedimiento de contratación o del concurso de proyectos, solo las personas autorizadas puedan acceder a la totalidad o a parte de los datos y documentos presentados”.

e) Que “solo las personas autorizadas puedan dar acceso a los datos y documentos transmitidos, y solo después de la fecha especificada”.

f) Que “los datos y documentos recibidos y abiertos en aplicación de los presentes requisitos solo sean accesibles a las personas autorizadas a tener conocimiento de los mismos”.

g) Y que, en el caso de que se infrinjan o se intenten infringir las garantías anteriores, sea posible la trazabilidad de la actuación ilícita y de su autoría.

La utilización preceptiva de medios electrónicos contemplada en el punto tercero de la DA 15ª de la LCSP, que es de aplicación a la presentación de ofertas y de solicitudes de participación, junto con lo expresado en la DA 17ª solo puede ser excepcionada en aquellos casos donde la utilización de los medios electrónicos pueda suponer, por sí misma, una barrera de acceso a las licitaciones. Circunstancia que se considerará concurrente en los siguientes casos:

- “Cuando, debido al carácter especializado de la contratación, el uso de medios electrónicos requeriría herramientas, dispositivos o formatos de archivo específicos que no están en general disponibles o no aceptan los programas generalmente disponibles.

- Cuando las aplicaciones que soportan formatos de archivo adecuados para la descripción de las ofertas utilizan formatos de archivo que no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles o están sujetas a un régimen de licencias de uso privativo y el órgano de contratación no pueda ofrecerlas para su descarga o utilización a distancia.

- Cuando la utilización de medios electrónicos requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación”.

En segundo lugar, tampoco será obligatorio el uso de medios electrónicos para la presentación de ofertas “cuando los pliegos de la contratación requieran la presentación

de modelos físicos o a escala que no pueden ser transmitidos utilizando medios electrónicos”. Esto es, cuando las TIC sean un canal que no permita la transmisión de la información requerida.

Y, finalmente, se podrá exceptuar el indicado empleo de medios electrónicos por razones de interés general en aquellos casos en los que “el uso de medios no electrónicos sea necesario bien por una violación de la seguridad de los antedichos medios electrónicos o para proteger información especialmente delicada que requiera un nivel tan alto de protección que no se pueda garantizar adecuadamente utilizando dispositivos y herramientas electrónicos de los que disponen en general los operadores económicos o de los que se pueda disponer a través de otros medios de acceso”⁷⁴².

La concurrencia de alguna de estas causas deberá ser expresamente motivada por el órgano de contratación mediante la realización, a estos efectos, de un informe específico. Si bien, es lo cierto, como pone de manifiesto MARTÍN DELGADO⁷⁴³, que se percibe cierta laxitud en la aplicación de dichas excepciones. En concreto, el TACRC⁷⁴⁴ ha aceptado como encuadrable dentro de dichas excepciones, que los órganos de contratación no dispongan de los medios electrónicos específicos necesarios para la presentación de las ofertas en dicho formato. De otra parte, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía⁷⁴⁵ ha apreciado la existencia de estas excepciones por la falta de disposición de una plataforma de contratación electrónica autónoma.

De mantener esta dinámica, nos encontraríamos, en efecto, con la posibilidad de una eventual inaplicación, por la vía de los hechos, de uno de los mandatos más contundentes y claros de las directivas de cuarta generación: la utilización de medios electrónicos como regla general en las comunicaciones entre ente adjudicador y operador económico. Queda patente de que, por medio de estas interpretaciones de los tribunales administrativos, se está permitiendo, en última instancia, que la excepción de dicha regla general no se ampare en ninguno de los supuestos previstos por la DA 15ª de la LCSP en trasposición de los planteados por las directivas europeas, sino que se conduce a un supuesto, donde la excepción dependerá de manera directa del comportamiento del ente adjudicador. Como consecuencia, se genera una lógica donde el incumplimiento de las obligaciones por parte del ente adjudicador será respondido con una inaplicación de la norma. Esa iteración lógica, desde nuestro punto de vista, conduce a una situación difícilmente compaginable con el art. 9.1 CE. Igualmente, resultaría contraria a la obligación de los poderes públicos de disponer de los sistemas

⁷⁴² Como se señala en GAMERO CASADO, E., «El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP», cit., p. 160, esta excepción no se recoge en la Directiva 2014/24/UE.

⁷⁴³ MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», cit., p. 36.

⁷⁴⁴ RTACRC 931/2018, de 11 de octubre.

⁷⁴⁵ RTARCJA 278/2019, de 10 de septiembre.

precisos para garantizar el derecho de la ciudadanía de relacionarse por medios electrónicos, expresamente establecida en el art. 12.1 de la Ley 39/2015. En definitiva, se daría una interpretación excesivamente amplia del art. 336.1.h) de la LCSP que nos conduciría a una aplicación del mismo claramente asistemática.

En palabras de MARTÍN DELGADO, se potenciarían las excepciones del punto tercero de la DA 15ª de la LCSP sobre la base de “la falta de esfuerzo en la implantación de medios electrónicos”. Lo cual puede degenerar en “un círculo vicioso que puede derivar en la ausencia de generalización de la práctica de comunicaciones electrónicas”⁷⁴⁶. En efecto, esta interpretación, desde nuestro punto de vista *contra legem*, premia a aquellas administraciones que estaban contribuyendo, especialmente en el ámbito local, al incumplimiento de la obligación del empleo de medios electrónicos establecida por la LCSP⁷⁴⁷. De hecho, esta situación fue rechazada, previamente, por alguno de estos tribunales administrativos⁷⁴⁸, pudiéndose destacar el correcto pronunciamiento del TARCCyL⁷⁴⁹ por el que se indica que:

“las alegadas dificultades para la implantación de la contratación electrónica en el plazo previsto por la LCSP, aunque comprensibles y reales no pueden obstar la aplicación de la LCSP ni tampoco imponen, de facto, la utilización de una determinada plataforma electrónica; y finalmente, porque la presentación electrónica de ofertas no exige “equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación”, sino, al contrario, la LCSP obliga a que los órganos de contratación dispongan de herramientas y sistemas que, con los requisitos específicos exigidos en la disposición adicional decimoséptima de la LCSP, permitan la presentación de ofertas por medios electrónicos”.

El indicado cambio de dinámica en esta línea de interpretación se ha visto potenciado a favor de la flexibilización de las excepciones contempladas en la DA 15ª.3 de la LCSP. Efectivamente, por otro de los flancos, la RTACRC 1053/2018, de 16 de noviembre, rompiendo la dinámica establecida previamente y de manera más correcta, desde nuestro punto de vista, entre otras, por la RTARC 632/2018, de 29 de junio, ha venido a señalar que, además de las causas expresamente contempladas en la DA 15ª, la determinación de la utilización de medios no electrónicos puede responder, adicionalmente, a la estimación, sobre la base del objeto del contrato, del tamaño que podrán alcanzar alguno de los documentos o sobres a enviar por los operadores económicos, en relación con el tamaño máximo soportado por la Plataforma

⁷⁴⁶ MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», cit., p. 1942.

⁷⁴⁷ Sobre esta dinámica y a sensu contrario los efectos de la ruptura de la doctrina de la RTACRC 632/2018, véase GAMERO CASADO, E., «El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP», cit., pp. 161 y 162.

⁷⁴⁸ Vid. RRTARCJA 192/2019, de 13 de junio.; y 191/2019, de 13 de junio.

⁷⁴⁹ RTARCCyL 104/2018, de 22 de octubre.

correspondiente y que consten en la correspondiente guía de los servicios de licitación electrónica para las empresas.

No obstante, es dudosa la determinación de dicha posibilidad *praeter legem* dado el carácter de *numerus clausus* de las excepciones permitidas por la legislación europea. De esto modo, no podemos considerar adecuada dicha excepción, salvo cuando la misma pueda encontrar acomodo en las expresamente previstas en la DA^a 15^a y más concretamente en su apartado 3.a). Además, tal *imposibilidad* técnica no encuentra como única alternativa la admisión en papel de las proposiciones, sino que se prevén en el propio texto legal otras soluciones tecnológicas en línea con la mayor funcionalidad, seguridad y trazabilidad de los medios electrónicos.

En efecto, la DA 16^a de la LCSP, en su apartado 1 letra h), prevé la posibilidad de que el envío de la documentación sea sustituido por la remisión de la huella digital de aquella, de manera que solo transcurrido el plazo para la presentación de las ofertas se envíen los documentos pertinentes, sin la necesidad, ya, de su necesario encuadramiento dentro de un medio que asegure la restricción del número de envíos o la necesidad de garantizar restricciones o la trazabilidad del acceso al contenido de la documentación remitida⁷⁵⁰. Esta posibilidad, al establecer el plazo posterior máximo de 24 horas para la presentación de la documentación está prevista, especialmente, como señala GAMERO CASADO, para aquellas circunstancias en las que el sistema, por hallarse en una situación de especial intensidad de uso, derivada incluso por la cercanía temporal de la finalización de un plazo o plazos para la presentación de ofertas, sea posible la presentación de las ofertas de una manera más ágil al adjuntar archivos o información mucho más liviana⁷⁵¹. Si bien, entendemos que esta posibilidad debería preverse también para los casos en los que el tamaño previsto de los sobres supere el espacio admitido por la herramienta tecnológica empleada. Ello supondría una modalidad de uso consistente en la presentación de las ofertas mediante la huella digital de los correspondientes documentos, dejando un plazo de 24 horas a computar desde la hora de cierre del plazo para la presentación de las ofertas para hacer llegar la documentación mediante otros sistemas, como por ejemplo, registro electrónico, y mediante el número de instancias que resulten oportunas.

Por último, cabe destacar que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha venido a señalar que tras la entrada en vigor de la LCSP, en aquellos casos en los que para la presentación de las ofertas resulte obligatoria la utilización de canales electrónicos, no existirá en el indicado texto legal laguna alguna que requiera de la

⁷⁵⁰ Caso de empleo de estas huellas electrónicas para la presentación de las ofertas lo podemos encontrar en BERNAL BLAY, M. Á., «Licitación electrónica y tecnología de registro distribuido», en GIMENO FELIÚ, J.M. y DE GUERRERO MANSO, C. (coords.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2018*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, pp. 245 y 247.

⁷⁵¹ GAMERO CASADO, E., «El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP», cit., p. 163.

utilización supletoria de la Ley 39/2015. En consecuencia, no será de aplicación el art. 68.4 de la Ley 39/2015 por el que se indica que, en el caso de que se lleve a cabo la presentación en papel, de manera indebida, de la comunicación correspondiente por parte del administrado, se dará plazo de subsanación para que proceda a su presentación por medios electrónicos. Además, de que la Junta Consultiva viene a señalar que dicho precepto devendría incompatible con los principios de publicidad, transparencia, igualdad de trato y no discriminación, propios de la contratación pública.

A este respecto, debe recordarse que la LCSP no da lugar a una regulación especial que excepcione completamente aquella. De hecho, del tenor de las DF 4ª y DA 1ª de la LCSP se desprende la inexistencia de una intención del legislador de exceptuar o modificar *ad limine* la regulación general de las actuales Leyes 39 y 40/2015 en materia de contratación pública⁷⁵². Por lo que no podemos compartir el criterio de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía⁷⁵³, por el que se viene a sostener que la falta de previsión expresa en la LCSP de instrumentos de administración electrónica recogidos en la normativa general, ha de interpretarse como una exclusión de los mismos. Conclusión que, como señala MARTÍN DELGADO, es una aplicación del todo errónea de los conceptos jurídicos de *lex specialis* y *lex generalis*⁷⁵⁴. En consecuencia, la falta de previsión del art. 68.4 de la Ley 39/2015 en el ámbito de la LCSP no puede conducir por sí misma la exclusión de su aplicación.

⁷⁵² MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», cit., p. 1907; MARTÍN DELGADO, I., «La práctica de notificaciones electrónicas en la contratación pública. Premisa de transparencia, libre competencia y simplificación administrativa», cit., p. 182. Desde nuestro punto de vista, lo esencial es la falta de previsión por el legislador de un determinado aspecto del procedimiento de contratación pública en la normativa sectorial. Falta de previsión que no existirá cuando se pueda colegir la voluntad de dicha normativa de evitar la aplicación de las Leyes 39 y 40/2015, en este ámbito. Ante los casos de falta de previsión corresponderá la aplicación de la ley general. En los casos de exclusión expresa o tácita de la norma general, desde nuestro punto de vista, no será una fundamentación adecuada que la LCSP no pueda “trasgredir” o reducir las garantías formales y materiales de estas normas generales. Al tratarse de un instrumento legal, el juicio correcto en este ámbito será el de su constitucionalidad o no, no el de su “legalidad”. De esta manera, ya fuere por un motivo u otro, las garantías constitucionales del administrado han de ser respetadas, aun cuando no se prevean los cauces necesarios para ello en la LCSP. Es este caso procederá la aplicación subsidiaria o, de no admitirse esta, al darse lugar a una laguna legal inadmisibles, procederá la aplicación analógica de las Leyes 39 y 40/2015.

⁷⁵³ Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, Informe 6/2017, de 19 de junio, sobre cuestiones relacionadas con la contratación electrónica.

⁷⁵⁴ MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», cit., p. 34.

**PARTE III.- POSIBILIDADES DE EXTENSIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS
Y FORMAS ELECTRÓNICOS DE COMPRA PÚBLICA**

CAPÍTULO QUINTO.- PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN ESPECÍFICAMENTE ELECTRÓNICOS O ESPECIALMENTE VINCULADOS AL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

I. EL ACUERDO MARCO

1. DEFINICIÓN DEL ACUERDO MARCO

La figura del acuerdo marco fue prevista dentro del ordenamiento jurídico europeo, por primera vez, en la Directiva 93/38/CEE. Esto es, dentro de sectores del agua, de la energía, de los transportes y las comunicaciones, en los que la configuración de la oferta natural del mercado conlleva situaciones que, en otros trabajos previos, hemos tenido la ocasión de calificar detalladamente como monopolios o pseudo-monopolios bilaterales. Es decir, dentro de mercados de la contratación pública con un número limitado de operadores económicos de gran tamaño y fuerte poder negociador.

En su art. 1.5 se venía a definir el acuerdo marco como aquel “celebrado entre una de las entidades contratantes [...] y uno o varios suministradores, contratistas o prestadores de servicios, que tenga por objeto fijar los términos de los contratos que se hayan de adjudicar en el transcurso de un período determinado, particularmente en lo que se refiere a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas”. Solo fue a partir de la Directiva 2004/18/CE cuando se produjo la previsión de la normativa europea sobre la extensión de esta figura a todos los sectores de la contratación pública. Posibilidad que fue adoptada por la LCSP 2007. Posteriormente, este concepto se ha mantenido coincidente, en sus elementos objetivos o dinámica contractual, con la definición contenida en el art. 33.1 de la Directiva 2014/24/UE. A nivel nacional, el art. 219 de la LCSP lleva a cabo la trasposición de esta figura prevista por la normativa europea, mientras que su art. 220 de la LCSP, determina, en el caso de que dicho acuerdo deba tener la consideración de SARA, la necesidad de que, con carácter previo a la adjudicación de contratos de desarrollo, deba remitirse su anuncio de formalización a la

OPUE en el plazo de treinta días desde que la misma haya tenido lugar. Adicionalmente, en el caso de los acuerdos marco suscritos por la AGE, dicha formalización deberá publicarse en el perfil de contratante del órgano de contratación y en el BOE.

La duración máxima de un acuerdo marco será, como regla general, de cuatro años “salvo en casos excepcionales debidamente justificados, en particular por el objeto del acuerdo marco”. Por su parte, como completa el art. 219.3 de la LCSP, la duración de los contratos basados en un acuerdo marco será independiente de la duración del acuerdo marco, rigiéndose por su regulación propia en atención al tipo de contrato de que se trate. Estos contratos específicos solo podrán celebrarse, evidentemente, dentro del periodo de vigencia del acuerdo marco, siendo la fecha determinante al efecto, tal y como establece el citado art. 219.3, la de finalización del plazo para la presentación de ofertas, cuando la determinación del adjudicatario de estos se haga mediante licitación específica, o la de la fecha de adjudicación, cuando no se requiera esta licitación ulterior. En caso de que se produzca la adjudicación de un contrato específico, excediendo del indicado límite temporal, estaremos ante una licitación nula, en tanto en cuanto habrá generado una limitación indebida de los principios de libre concurrencia, competencia y publicidad que han de regir en el ámbito de la contratación pública.

A la vista de su concepción por la normativa, la nota explicativa sobre los Acuerdos Marco de la Comisión Europea, contenida en el Documento CC/2005/03, de 14 de julio, aclaró que aquellos no vienen a constituir contratos públicos en los términos de las directivas sobre esta materia, dado que los mismos no establecen los parámetros específicos por los que se regulará una relación sinalagmática ulterior, ni el correspondiente procedimiento de compra pública. En efecto, como se puede comprobar en el art. 33.3 y .4 de la Directiva 2014/24/UE, el acuerdo marco viene a preestablecer determinadas condiciones del suministro junto a las cuales otras deberán ser concretadas en cada uno de “los contratos basados” en el acuerdo marco⁷⁵⁵. Además, cuando el acuerdo se concierte con más de un operador económico, este deberá contener y publicar en sus pliegos los criterios de selección que se seguirán para la selección del adjudicatario en cada uno de esos contratos de desarrollo. En el caso de que se detallen exhaustivamente y con carácter previo las condiciones del suministro o ejecución de la obra, los criterios de selección no requerirán convocar una nueva licitación. Por su parte, cuando dichas condiciones de suministro no estén completamente detalladas, deberá procederse a la convocatoria de nueva licitación limitada a los operadores económicos que formen parte del acuerdo marco, determinándose la identidad del adjudicatario sobre la base de las condiciones de suministro no prefijadas. No obstante, la Directiva 2014/24/UE prevé, respecto de los acuerdos marco concertados con más de un operador

⁷⁵⁵ Nos referiremos a estos contratos basados también con la denominación de “contratos de desarrollo” o “contratos específicos”. Este último término es empleado por la Directiva 2014/24/UE para referirse también a los contratos basados en un acuerdo marco, el cual sería más apropiado en el contexto de los arts. 219.3.a) y b) y 221.5 de la LCSP en lugar del término “contrato basado”.

económico, la posibilidad de que se establezcan tipos mixtos por los que se contemplen ambas posibilidades de regulación ulterior de los contratos basados en el acuerdo marco, ya sea en la totalidad de los mismos o en determinados lotes. En caso de que se opte por esta posibilidad, deberá establecerse en los pliegos iniciales la determinación de los criterios objetivos, en función de los cuales se prevea la aplicación de un régimen u otro en cada contrato de desarrollo.

2. LOS CONTRATOS DERIVADOS DEL ACUERDO MARCO

Cuando la selección del operador económico que deba llevar a cabo un contrato basado en el acuerdo marco implique una licitación, tal y como indica el art. 33.5 de la Directiva 2014/24/UE, el procedimiento consistirá en i) la consulta por escrito a todos los operadores económicos que sean capaces de ejecutar el contrato a través de unos medios que, como exige el art. 221.6.a) de la LCSP, deberán preverse en los pliegos del acuerdo marco; ii) la fijación de un plazo suficiente para que se puedan presentar por escrito y de manera cifrada las ofertas relativas a cada contrato específico; y iii) determinación de la mejor oferta sobre la base de los criterios de adjudicación que se hayan establecido en los pliegos del acuerdo marco.

En el supuesto de que los criterios empleados en estas licitaciones basadas en un acuerdo marco sean distintos a los empleados para la adjudicación del propio acuerdo, los mismos deberán ser previstos en los pliegos iniciales del acuerdo, si bien, deberán concretarse, siempre, antes de la licitación en cuestión, para el contrato específico de que se trate. En cualquier caso, la notificación a las empresas no adjudicatarias de la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco, podrá sustituirse por una publicación en el medio determinado en los pliegos del acuerdo marco.

En este esquema general, la LCSP establece la particularidad de que, cuando los contratos específicos no sean SARA, previa justificación puesta de manifiesto en el expediente, podrá limitarse la invitación a una parte de los operadores económicos, que formen parte del acuerdo marco, en número no inferior a tres. Limitación, que entendemos de difícil justificación cuando los elementos de comunicación y de valoración de las ofertas específicas se hagan de manera automática. Además, en el caso de que dicha limitación deba fundarse en una mayor agilidad a la hora de la valoración de los criterios de adjudicación, entendemos que se tratará de una cuestión previsible desde la fase de preparación del acuerdo marco. Es por ello que, desde nuestro punto de vista, será exigible la predeterminación de los criterios objetivos a los que deberá atenerse dicha eventual limitación, aún con carácter potestativo; o, incluso, haber contemplado dicha eventualidad como motivo que limite el número de operadores económicos que pueden resultar adjudicatarios del acuerdo marco. Respecto de esta posibilidad, la CNMC ha venido a determinar que la misma deberá “justificarse sólidamente” dada su repercusión respecto del principio de libre competencia y libre

conurrencia, “con arreglo a los principios de necesidad y proporcionalidad”. A lo que une una recomendación general de no emplear este recurso⁷⁵⁶.

Dicha licitación, en el caso de que los elementos a ponderar para la determinación de la adjudicación sean valorables de manera objetiva y permitan su puntuación automática, sin la necesidad de juicios de valor, podrá efectuarse mediante la utilización de la subasta electrónica, tal y como prevé el segundo párrafo del artículo 35.2 de la Directiva 2014/24/UE. Alternativamente, podrá preverse que estas licitaciones se efectúen mediante la utilización de catálogos electrónicos. En este caso, el pliego del acuerdo marco deberá predeterminar si el ente adjudicador invitará a los operadores económicos para que presenten un catálogo adaptado a las condiciones del contrato específico o si, por el contrario, se llevará cabo una configuración de las ofertas, para cada contrato específico, sobre la base de la información que figure en el último catálogo presentado. En otras palabras, si con carácter previo a cada licitación de contratos de desarrollo debe presentarse un catálogo o si este debe permanecer actualizado, a fin de que la Administración, de manera individual y sin concurso del licitador, pueda extraer y configurar las ofertas resultantes de dichos catálogos.

La estructura bifásica del acuerdo marco⁷⁵⁷ permite que el acuerdo general inicial sea adoptado por un órgano de contratación especializado previendo sus necesidades y las de otros entes adjudicadores, de manera que todos ellos, dentro de la dinámica del acuerdo, puedan satisfacer sus necesidades mediante contratos de desarrollo, cuya realización y tramitación será más simple que la ejecución de contratos independientes.

3. LOS EFECTOS ESPERADOS DEL ACUERDO MARCO

Como consecuencia de lo expuesto en el punto anterior, la doctrina define a los acuerdos marco como procedimientos de racionalización de la compra pública⁷⁵⁸. Concretamente, el Consejo de Estado se ha referido al acuerdo marco como “una figura que persigue la racionalización técnica de la contratación, en cuanto pretende hacer posible la celebración y adjudicación de contratos públicos en las condiciones fijadas por un acuerdo anterior dirigido a ello”⁷⁵⁹. De esta forma, se tratarán de establecer de manera anticipada “las condiciones a que habrán de ajustarse, una o varias empresas con las que se suscriba, a la hora de contratar determinadas prestaciones, durante un periodo de

⁷⁵⁶ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, INF/CNMC/088/16 Informe sobre los pliegos que rigen la celebración del Acuerdo Marco para el suministro de equipos audiovisuales, 2016, pp. 27 y 28.

⁷⁵⁷ VIZZARI, G., «L'accordo quadro», en SAITTA, F. (coord.) *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, CEDAM, 2008, p. 584.

⁷⁵⁸ BUENO BUENO, A. I., «Los acuerdos marco», en PINTOS SANTIAGO, J. (coord.) *Planificación y racionalización de la compra pública*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, p. 221.

⁷⁵⁹ Consejo de Estado, Dictamen nº 1397/2012, de 14 de febrero de 2013

tiempo, en particular por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas⁷⁶⁰. Racionalización que se conseguirá mediante la obtención de eventuales economías de escala ante la potencialidad agregadora del acuerdo inicial y, en consecuencia, de la realización de adquisiciones de mayor volumen⁷⁶¹, las cuales, en última instancia, incrementarán el poder negociador del ente del Sector Público, mediante el diseño de los pliegos correspondientes por parte de un órgano de contratación altamente especializado, lo que permitirá incrementar la calidad y eficiencia del procedimiento y ofrecer una mayor resistencia a la corrupción⁷⁶², al tiempo que presentará una mayor destreza y familiaridad con la utilización de los medios electrónicos⁷⁶³. Del mismo modo, se reducirán los incentivos de los poderes adjudicadores a realizar procesos de contratación con un operador económico donde medien conductas de corrupción⁷⁶⁴, al eliminarse la elección del adjudicatario por parte de la Administración aprovisionada y como consecuencia de la simplificación de los procedimientos de abastecimiento ulteriores, al ser tramitados mediante un procedimiento rápido y abreviado la determinación concreta de las necesidades que, basadas en contratos derivados del acuerdo marco, no pudieron ser fijadas de manera precisa, en su cuantificación y programación, en el acuerdo inicial⁷⁶⁵.

De otra parte, la dinámica de funcionamiento de los acuerdos marco, requerirá que las administraciones adheridas al acuerdo efectúen una planificación de sus necesidades, a fin de comunicarlas al ente adjudicador del acuerdo marco de forma apriorística, lo que implicará el fomento de su actividad estratégica⁷⁶⁶.

⁷⁶⁰ Consejo de Estado, Dictamen nº 1.116/2015, Madrid, 2016

⁷⁶¹ OCDE, *Centralised Purchasing Systems in the European Union*, Sigma Papers, 2010.

⁷⁶² MATTARELLA, B. G., «Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, pp. 340 y 341; DUGATO, M., «Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici», *Munvs*, vol. 3, 2015, p. 672.

⁷⁶³ RACCA, G. M., «Professional buying organisations, sustainability and competition in public procurement performance», en *4th International Public Procurement Conference*, Corea, 2010, par. 1.

⁷⁶⁴ Sobre tal motivación véase VARONE, V., «Il novo Codice dei contratti pubblici. La qualificazione delle stazioni appaltanti», cit., p. 9

⁷⁶⁵ CARINGELLA, F. Y OTROS, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017*, n. 56, cit., art. 54, p. 281.

⁷⁶⁶ MATTARELLA, B. G., «La centralizzazione delle committenze», *Giornale di Diritto Amministrativo*, vol. 5, 2016 P. 613. En el mismo sentido CORTESE, F., «L'ambito soggettivo di applicazione», en MASTRAGOSTINO, F. (coord.) *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2017, p. 81; DI LASCIO, F., «La centralizzazione degli appalti, la spending review e l'autonomia organizzativa locale», *Giornale di Diritto Amministrativo*, vol. 2, 2014, p. 206; PAPPANO, D., «Las compras centralizadas de la Administración Pública, entre exigencias de racionalización del gasto y medidas anticrisis», en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (coord.) *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia, Francia*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p. 398.

No obstante, a diferencia de los sistemas dinámicos de adquisición, la principal confluencia competitiva entre los operadores económicos se realizará en la primera etapa de su conformación, en virtud de la cual se vienen a concretar las únicas empresas o profesionales que podrán participar en su posterior dinámica⁷⁶⁷, permaneciendo cerrados, durante su vigencia, respecto de otros entes adjudicadores y otros operadores económicos que no sean los que inicialmente consten en los mismos —art. 221.1 de la LCSP—.

4. LAS CONTRAINDICACIONES DEL ACUERDO MARCO

Las notas características que se han referido respecto del acuerdo marco implican que, como contrapartida a ese efecto de racionalización derivado del acuerdo marco, se produzca una limitación de la competencia en un determinado ámbito del mercado de la contratación pública durante la vigencia del mismo⁷⁶⁸. Motivo por el que la Directiva 2014/24/UE establece, expresamente, la ya indicada duración máxima de cuatro años “salvo en casos excepcionales debidamente justificados”.

Como resultado de la limitación de la competencia, implícita a los acuerdos marco, se podrán generar situaciones de vinculación negativa, tanto para los operadores económicos envueltos como para el ente adjudicador. Así, podría producirse que, una vez establecida la identidad de los operadores económicos, que podrán participar en los contratos que se celebren en desarrollo del acuerdo marco, parte de ellos adopten un posicionamiento estratégico tendente a perjudicar a los licitadores de menor tamaño, de manera que fuercen una excesiva e inesperada adjudicación de trabajos a estos operadores económicos que ponga a prueba sus disponibilidades financieras. Actuación, que podrán llevar a cabo los operadores económicos, aun asumiendo las penalidades que se hayan podido prever en el acuerdo marco, para los casos en los que estos no procedan a la presentación de ofertas o a su formulación defectuosa. Es por esto que será de gran importancia que el ente adjudicador determine una penalidad suficiente, llegando incluso a la exclusión sobrevenida del acuerdo, a fin de frenar estos comportamientos. De hecho, en esta línea, los operadores económicos podrían optar por no participar en la mayor parte de los contratos derivados del acuerdo marco, no ya con una intención de perjudicar y expulsar a la competencia, sino, simplemente, para reservar su presencia en aquellos que consideren más rentables⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ ARROWSMITH, S., *The law of Public and Utilities Procurement*, Londres, Sweet and Maxwell, 2015, p. 1131.

⁷⁶⁸ GARCÍA JIMÉNEZ, A., *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*, cit., pp. 270 y 276.

⁷⁶⁹ RACCA, G. M. Y PONZIO, S., «Nuovi modelli organizzativi per il «joint procurement» e l'innovazione dei contratti pubblici in Europa», en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (coord.) *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p. 395.

De manera correlativa, este tipo de actuaciones anticompetitivas generará una situación perjudicial para el ente adjudicador, que se encontrará, en el mejor de los casos, con un adjudicatario que realizará el encargo de manera forzosa y no bajo la voluntariedad que ha de regir, normalmente, los intercambios verificados dentro del mercado. Desde otro punto de vista, la CNMC ha alertado de la posibilidad de que, una vez reducido el mercado a los sujetos adjudicatarios de un acuerdo marco, se produzcan ciertas prácticas colusivas entre ellos destinadas a su coordinación “de cara a la negociación con la Administración de los distintos contratos derivados del acuerdo”⁷⁷⁰, fruto de lo cual, las eventuales licitaciones de desarrollo perderán toda eficacia.

Esta situación de limitación de la competencia, como se ha indicado, ha sido puesta de manifiesto por la CNMC, cuyo organismo considera su efectiva existencia en determinados contratos basados en acuerdos marco, cuando aparecen operadores económicos interesados en entrar en las licitaciones específicas llevadas a cabo y que no pueden hacerlo por no formar parte del acuerdo marco inicial. Al tiempo que ha llegado a señalar un “elevado grado de concentración de las adjudicaciones” acaecidas dentro de un acuerdo marco. Situación de restricción de la competencia en las que se viene a señalar como posible solución la sustitución de estos acuerdos marco por sistemas dinámicos de adquisición⁷⁷¹. De hecho, con carácter previo, su organismo precedente, la CNC había venido a denominar a estos acuerdos marco como elementos que podrían tener como efecto asociado “la creación de barreras de entrada”, debiendo prescindirse de una utilización “abusiva” de los mismos.

El legislador no ha sido ajeno a estos riesgos, llegando a prever expresamente el art. 219.1 de la LCSP de que no se recurra a los acuerdos marco en aquellas circunstancias donde ello pueda generar “que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada”. A fin de dotar de virtualidad a este mandato, la CNC ya vino a establecer que, para que dicha disposición pudiera contar realmente de contenido, la decisión de puesta en marcha del acuerdo marco debería ir acompañada de una detallada motivación de las razones por las que se emplea tal instrumento y la justificación de la circunscripción de su duración al tiempo estrictamente necesario⁷⁷².

No obstante, ha de destacarse que dicho falseamiento también se podrá efectuar, o podrá derivar, de manera voluntaria o involuntaria, del diseño del acuerdo marco, aunque sea justificable y concurren las circunstancias necesarias para la habilitación de este sistema de contratación. En efecto, dichas deficiencias podrán derivar de los pliegos, de las

⁷⁷⁰ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia, 2011, fecha de consulta 11/11/2020, en: [file:///C:/Users/UM/Downloads/GUIA_CONTRATACION_v4\[1\]_0.pdf](file:///C:/Users/UM/Downloads/GUIA_CONTRATACION_v4[1]_0.pdf), p. 12.

⁷⁷¹ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, INF/CNMC/088/16 Informe sobre los pliegos que rigen la celebración del Acuerdo Marco para el suministro de equipos audiovisuales, cit., p. 27.

⁷⁷² Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia, cit., p. 12.

subsiguientes especificaciones de los contratos de desarrollo o de los sistemas de adjudicación previstos. Este segundo riesgo a la competencia, puede ser objeto de prevención, en tanto en cuanto quede plenamente documentado en los pliegos que han de regir la licitación, permitiendo un mayor control de los licitadores por parte de los propios entes adjudicadores, que les permita contemplar durante la ejecución del acuerdo la producción de irregularidades en la competencia que pudieran haber pasado inadvertidas durante la fase de preparación y, en última instancia, de los tribunales administrativos o de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, podemos encontrar ejemplos en los que se ha procedido a la anulación de acuerdos marco por el diseño de sus criterios de adjudicación al generar situaciones anticompetitivas, en las que los criterios de adjudicación, o el resto de parámetros de la licitación, no garantizaban la elección de la mejor oferta en los términos exigidos por la LCSP de mejor calidad-precio. No obstante, tales disfunciones competitivas, derivadas del diseño de los procedimientos de licitación, al contrario que las correlativas de decisión o elección del procedimiento, no suponen un riesgo específico del acuerdo marco, sino de cualquier procedimiento de compra, sin perjuicio de que sus características propias puedan intensificar tales efectos nocivos⁷⁷³.

Adicionalmente, la rigidez del acuerdo marco podrá provocar dificultades de funcionamiento en el caso de que las diferentes características de los entes adjudicadores adheridos, como podría ser su situación geográfica, alteren significativamente las posibilidades de abastecimiento por parte de los operadores económicos integrados en el acuerdo⁷⁷⁴. Ello provocará que determinados operadores económicos, capaces de abastecer eficientemente a un grupo de los entes adjudicadores integrados en el acuerdo, no concurren al no ser posible extender el nivel de servicio a los demás. Eventualidad, que podrá tratar de paliarse mediante la división en lotes. Sin embargo, se trata de una problemática con fuertes especificidades y particularidades en relación a cada operador económico. Lo que podrá provocar que sea difícil arbitrar soluciones preestablecidas y de eficacia general.

⁷⁷³ Un ejemplo de falseamiento de la competencia por diseño del acuerdo marco de carácter involuntario, detectado por el propio ente adjudicador y ratificado por la RTACRC 466/2014, de 13 de junio, rec. 363/2014, lo encontramos en el Acuerdo Marco del Servicio de Limpieza para la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, expte. 2.443/13. En este caso, en lugar de evaluar el precio hora de los licitadores, se evaluaba el precio a tanto alzado del servicio, dejando libertad a aquellos a la hora de determinar las horas de servicio necesarias. Diseño que impedía la evaluación de ofertas homogéneas y que fomentaba lógicas de los oferentes alejadas de la prosecución de la mejora calidad-precio. Como puede verse en ese ejemplo, la utilización de herramientas innovadoras como el acuerdo marco y tecnológicas como la subasta electrónica no son capaces de evitar estos errores de diseño, resultando inocuas al respecto cuando no intensificadores de sus efectos nocivos.

⁷⁷⁴ PEÑA ALONSO, J., «La Central de Contratación de la Diputación de Burgos. Experiencia práctica en la gestión de acuerdos marco y la licitación electrónica de contratos menores», cit., p. 175.

Es más, la forma de funcionamiento de los acuerdos marco, y su tendencia integradora de la demanda de los entes adjudicadores⁷⁷⁵, puede provocar la exclusión o imposición de barreras de entrada a las PyMEs con una estructura económica incapaz, o con mayores dificultades a la hora de proveer las cantidades exigidas, o de obtener economías de escala.

Aún sin que medien las referidas actuaciones anticompetitivas de los operadores económicos, sería factible que se produjera una indebida congelación de los precios y de la opción técnica contemplados dentro de las horquillas de los pliegos del acuerdo; de manera que el ente adjudicador no se pueda ver favorecido por una dinámica del mercado por la que los precios de estos contratos se vean, posteriormente, presionados a la baja, o aparezcan variaciones en los suministros más eficientes que excedan de los confines de los pliegos en vigor.

En relación a las fluctuaciones del precio negociado de los productos objeto de un acuerdo marco, ha de señalarse que la revisión de precios no se podrá exceder en más de un 20 % a los precios anteriores, estableciéndose, como límite adicional *sui generis*, los precios que las empresas parte en el acuerdo marco estén ofreciendo en el mercado privado. Por los motivos señalados, este último límite en una relación mantenida en el tiempo, como la que resulta de un acuerdo marco, resulta de gran interés; sin embargo, puede producir dificultades en su aplicación y control, provocando, en todos los casos, una mayor complejidad del procedimiento de licitación. En este punto, la utilización de medios electrónicos puede resultar de gran interés.

Por su parte, en relación a las variaciones de las soluciones ofrecidas por el mercado para la satisfacción de las necesidades de los entes adjudicadores, es cierto que las normas generales de modificación de los contratos resultan de aplicación a los acuerdos marco y sus contratos específicos, si bien, las modificaciones de estos últimos no podrán conducir a diferencias sustanciales respecto del acuerdo marco en el cual estén basados. Dentro de este límite general, los adjudicatarios del acuerdo marco podrán proponer al órgano de contratación la sustitución de los bienes adjudicados por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas en orden a mejorar las prestaciones o características de los adjudicados, siempre que su precio no se incremente en más del 10 % del inicial de adjudicación. En esta línea, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá contener otra previsión adicional a los anteriores límites. Junto a estos, el órgano de contratación, por propia iniciativa y con la conformidad del suministrador, o a instancia de este, podrá incluir nuevos bienes del tipo adjudicado, o similares al mismo, cuando concurren motivos de interés público o de nueva tecnología o configuración respecto de los adjudicados, cuya comercialización se haya iniciado con posterioridad a la fecha límite de presentación de oferta. Nuevamente, su precio no

⁷⁷⁵ ALBANO, G. L. Y ANTELLINI RUSSO, F., *Public Procurement e politica economica*, V, Quaderni Consip, 2009, p. 6.

podrá exceder del 10 % respecto del inicial de adjudicación, o del límite propio fijado en los pliegos.

El concepto de acuerdo marco no representa intrínsecamente la necesidad de utilizar sistemas electrónicos. Binomio que sí se halla presente en relación a los sistemas dinámicos de adquisición, como se desprende del art. 34.3 de la Directiva 2014/24/UE. No obstante, por aplicación de las disposiciones generales de la LCSP, se debe proceder de este modo para la publicación de los pertinentes anuncios, puesta a disposición de los pliegos, presentación de las ofertas y realización de comunicaciones y notificaciones, bien a través del perfil del contratante o de otros medios de comunicación electrónica, desde la DEH hasta el correo electrónico. Utilización de medios electrónicos que se verá potenciada en el caso de que el acuerdo marco prevea como sistema de licitación la subasta electrónica o el uso de catálogos electrónicos.

A la vista de lo anterior, se puede comprobar cómo el acuerdo marco y las TIC presentan claras sinergias. Por un lado, el acuerdo marco permitirá que el abastecimiento de los entes adjudicadores sea dirigido por un ente especializado capaz de emplear los medios electrónicos de forma más eficaz. De otro lado, los medios electrónicos contribuirán a dar una mayor proyección al contrato y a fomentar la competencia dentro de sectores donde los operadores económicos presentarán un tamaño medio significativo y, en consecuencia, un poder negociador mayor. Adicionalmente, el uso de las TIC, por medio, fundamentalmente, de las subastas y catálogos electrónicos, permitirán otorgar una mayor flexibilidad y agilidad durante la ejecución del acuerdo. Es más, la tradicional vinculación de los acuerdos marco con la adquisición de productos homogéneos, obras, y servicios —p. ej. de mantenimiento— de carácter recurrente, generalmente disponibles en el mercado, y de naturaleza estándar que responda a la satisfacción de necesidades comunes⁷⁷⁶, podría disminuirse con el uso de las TIC, tal y como se analiza en el capítulo sexto. Si bien, ha de partirse del hecho de que la digitalización del funcionamiento de los acuerdos marco no podrá evitar que estos generen sus efectos limitadores de la concurrencia de los operadores económicos ante la reducción, en términos absolutos, del número de licitaciones de libre concurrencia y los mayores requisitos de solvencia técnica y económica inherentes a los contratos de mayor volumen⁷⁷⁷. Es por ello que se debe proceder, en nuestra opinión, a limitar estos procedimientos a aquellos sectores donde la estructura de la oferta se halle compuesta principalmente por empresas de gran tamaño y, generalmente, en número reducido, tal y como puede ser el caso del mercado de la industria farmacéutica o el suministro de telecomunicaciones o energía. No negamos la utilidad del acuerdo marco más allá de los sectores a los que se refería la Directiva 93/38/CEE, aunque su expansión más allá

⁷⁷⁶ PILI, G., «Gli accordi quadro nel diritto interno ai tempi della spending review», *Appalti & Contratti*, vol. 8-9, 2012, pp. 56 y 57.

⁷⁷⁷ Ello no podrá ser contrarrestado significativamente, por medio de la división en lotes, ya que, de otro modo, se desvirtuaría una de las intencionalidades básicas del acuerdo marco, como es la obtención de economías de escala.

de aquellos debería responder a una selección meditada y debidamente ponderada en relación a los factores señalados. En estos casos en los que el mercado de la contratación pública presenta una oferta de carácter oligopolístico o, en general, de fuerte poder negociador, el acuerdo marco puede añadir a todas las ventajas anteriores una especialmente distintiva que, en nuestra opinión, es la que fundamenta en mayor medida su existencia: la concentración de una eventual acción independiente de entes adjudicadores, generando, de cara a los oferentes, una única demanda cualificadamente superior y gestionada por otro ente especializado en este tipo de adquisiciones y con mayores medios personales y materiales. De este modo, la demanda del Sector Público, tanto por su propia configuración como por su gestión, se encontrará en condiciones de negociar muy superior a la de los operadores económicos del sector de que se trate, respecto a la situación a la que daría lugar una actividad individualizada por parte de cada ente adjudicador.

Fuera de estos casos, desde nuestro punto de vista, las mismas ventajas propiciadas por el acuerdo marco pueden ser obtenidas utilizando los sistemas dinámicos de adquisición, pero sin que se produzca el efecto distorsionador de la competencia asociado al primero.

II. EL SISTEMA DINÁMICO DE ADQUISICIÓN

El sistema dinámico de adquisición es un proceso de contratación que se caracteriza por tres notas: “ser enteramente electrónico, estar destinado a las compras de uso corriente — renovación periódica y aprovisionamiento repetitivo⁷⁷⁸— cuyas características están generalmente disponibles en el mercado, y permanecer abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones”⁷⁷⁹.

1. LA HABILITACIÓN EN EL SISTEMA DINÁMICO DE ADQUISICIÓN

Una vez publicado el anuncio de puesta en marcha del sistema dinámico de adquisición, esto es, su correspondiente anuncio de licitación⁷⁸⁰ o anuncio de información previa utilizado como medio de convocatoria de la licitación, deberá dejarse un plazo de al menos 30 días para la recepción de las solicitudes de participación desde su envío a la OPUE, lo que nos lleva a colegir que en todo caso, independientemente de que se trate,

⁷⁷⁸ MARCHETTI TRICAMO, P., «Il sistema Consip e l’approvvigionamento di beni e servizi da parte della P.A. attraverso l’utilizzo di sistemi elettronici e telematici», en GALLI, D., GENTILE, D. y GUALANDI, V.P. (coords.) *Appalti pubblici*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer, 2015, p. 1263.

⁷⁷⁹ Consejo de Estado, Dictamen nº 1116/2015, p. 235.

⁷⁸⁰ En palabras del art. 34.4 de la Directiva 2014/24/UE, “convocatoria de licitación”.

o no, de un sistema con valor estimado superior al umbral comunitario, deberá publicarse en el portal SIMAP de manera adicional al perfil del contratante —así como en el BOE en el caso de la AGE—⁷⁸¹. Su regulación actual prescinde de manera general de la necesidad de una oferta indicativa al momento de la homologación. Esta homologación o acceso al sistema por parte de los operadores económicos se lleva a cabo mediante declaraciones responsables, las cuales deben ser renovadas y actualizadas en plazo de cinco días hábiles siempre que los entes adjudicadores así lo requieran. Más concretamente, dicha declaración responsable debe ajustarse al contenido del DEUC. En tales declaraciones, el operador económico debe declarar el cumplimiento de los requisitos de solvencia, capacidad de obrar y ausencia de prohibiciones de contratar necesarios para su participación en el sistema dinámico de adquisición⁷⁸².

En la convocatoria de licitación debe indicarse, al menos, la naturaleza y la cantidad estimada de las compras previstas, el modo de funcionamiento del sistema dinámico, el equipo electrónico utilizado, las modalidades y especificaciones técnicas de su conexión, la división en categorías de los productos y obras, así como sus características objetivas de división y su periodo de vigencia. Junto a la convocatoria se debe permitir el acceso libre, directo y completo por medios electrónicos a los pliegos de contratación. Adicionalmente, en el anuncio de licitación, o en la invitación a confirmar el interés —procedente cuando se utilice un anuncio de información previa como medio de convocatoria—, se deberán hacer constar los criterios de adjudicación de manera detallada y sin perjuicio de que puedan formularse con mayor precisión en la invitación a licitar correspondiente a cada convocatoria específica de ofertas. En el caso de que el sistema dinámico sea administrado por una central de compras, u organismo que actúe como tal, y este sea puesto a disposición de otros entes adjudicadores, tal extremo deberá constar en la convocatoria de licitación, tal y como prescribe el art. 37.1 de la Directiva 2014/24/UE. El art. 100.3 de la LCSP, por su parte, establece la no necesidad de que se determine el presupuesto base de licitación, aunque habrá de calcularse el valor estimado del conjunto de contratos del sistema —art. 101.13 de la LCSP—.

La “exención” de la necesidad de aportar una oferta indicativa junto con la solicitud de participación supone una novedad de la Directiva 2014/24/UE y la LCSP respecto de la normativa anterior —vid. arts. 33.2 de la Directiva 2004/18/CE y 201 del TRLCSP⁷⁸³.— Esta oferta no respondía a ningún contrato específico desarrollado dentro del sistema

⁷⁸¹ DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., «Los Sistemas Dinámicos de Adquisición: Unos cambios de calado», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (coords.) *Tratado de contratos del Sector Público. Tomo II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018

⁷⁸² De forma gráfica, como se expresa en GARCÍA JIMÉNEZ, A., *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*, cit., mediante esta primera fase de habilitación, se crea una “auténtica bolsa digital de proveedores”, p. 127.

⁷⁸³ El término empleado por el TRLSP era el de “sistema dinámico de contratación”.

dinámico de adquisición, sino que se orientaba a comprobar si los parámetros de la misma tendrían cabida en él. Las ofertas indicativas se componían tanto de elementos económicos como de elementos técnicos necesarios para la consecución de la admisión en el sistema. Dichos parámetros constituían un límite que solo podría ser modificado ulteriormente por el operador económico en favor del ente adjudicador⁷⁸⁴. Así las cosas, las ofertas indicativas eran evaluadas en una suerte de lucha contra el sistema, esto es, comparadas con las exigencias de los pliegos que acompañaban al anuncio de apertura del sistema pero sin llegar a producirse efectiva licitación entre ellas. En el caso de superarse los criterios mínimos, los operadores económicos eran invitados o admitidos a participar en el sistema sin que se produjera ningún tipo de comparación entre estos.

Sin duda, su eliminación supone una reducción de los costes de incorporación al sistema dinámico de adquisición, permitiendo simplificar el funcionamiento de este sistema mediante la eliminación de un trámite que no impide el buen funcionamiento del sistema y que se había detectado como uno de los más gravosos —vid. considerando 63 de la Directiva 2014/24/UE—. En concreto, la doctrina vino a considerar innecesaria la presentación de las ofertas indicativas por representar una duplicación superflua de actuación y cargas para el operador económico. Al mismo tiempo provocaban una situación de publicación de las condiciones o requisitos económicos de las ofertas indicativas, junto a la posibilidad de modificarlas durante la vida del sistema, lo que suponía la aparición de un caldo de cultivo o, al menos, de una realidad que permitía la aparición de un canal de coordinación y/o colusión entre los operadores económicos. Desde estos posicionamientos se promovió la necesidad de modificar la naturaleza o función de las ofertas indicativas de modo que éstas, bien fueran evaluadas exclusivamente en el sentido de valorar la flexibilidad acreditada inicialmente por los operadores económicos a la hora de concurrir a los diversos procedimientos concretos de licitación ulteriores⁷⁸⁵, o bien limitaran su evaluación a aspectos técnicos y no económicos de los productos a proveer, transmitiendo toda actividad de licitación relativa a los aspectos económicos a la segunda de las fases del sistema dinámico de adquisición⁷⁸⁶. Por otro lado, se ponía de manifiesto la pérdida de agilidad de los sistemas dinámicos de adquisición frente a los acuerdos marco, toda vez que, a diferencia de estos, en los primeros, para cada uno de los contratos individuales que se ejecutaran en su seno, sería necesaria la publicación de un anuncio de licitación, incluso

⁷⁸⁴ ALBANO, G. L.; CARPITETI, L.; DINI, F. Y OTROS, *Riflessioni sull'impatto economico degli istituti innovativi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, IV, Quaderni Consip, 2007, p. 48.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 50.

⁷⁸⁶ ALBANO, G. L. Y OTROS, *Public Procurement e politica economica*, cit., p. 10.

cuando fuera simplificado⁷⁸⁷, con una posibilidad de concurrencia por parte de los operadores económicos no limitada.

No obstante, en los casos en los que el sistema de presentación de ofertas en el sistema dinámico de adquisición se rija por catálogos electrónicos en su versión de *punch-out* o “recopilación activa de ofertas”, el art. 36.6 de la Directiva 2014/24/UE ha mantenido que la solicitud de participación debe ir acompañada de un catálogo electrónico, sin perjuicio de que este pueda ser ulteriormente completado al momento en que se informe de la intención de ejecutar un contrato derivado con la consiguiente recopilación activa de ofertas. Lo que ha sido calificado por la doctrina como una reminiscencia o atavismo innecesario⁷⁸⁸. Sin embargo, en este caso concreto en el que podemos atisbar cierta lógica a la excepción del referido precepto, ello no impide nuestra coincidencia, en última instancia, con dicha postura doctrinal. Así, la dinámica prevista para el sistema de adquisición será especialmente ágil en la recopilación de las ofertas y su evaluación, por lo que el hecho de contar con operadores económicos admitidos en el mismo, pero que no tengan formulado un catálogo electrónico en su versión inicial, podrá conducir a una inoperante y problemática situación en la que, por cuestiones lógicas y puramente de carácter temporal y funcional, estos operadores admitidos en el sistema no puedan participar generando un elemento de distorsión e inseguridad económica y jurídica. Es notorio que la elaboración de estos catálogos puede ser más compleja que la de una oferta simple, por lo que su no aceptación hasta que dispongan del catálogo no ha de suponer un perjuicio para aquellos, puesto que su admisión no garantizaría su posibilidad de participación en el siguiente o siguientes contratos derivados.

Por aplicación del artículo 59.4 de la Directiva 2014/24/UE, más allá de la declaración responsable, se podrá requerir a los operadores económicos para que presenten la totalidad o una parte de los documentos acreditativos de lo expresado en la declaración responsable en cualquier momento del procedimiento cuando ello sea necesario para garantizar el buen desarrollo del mismo. Sin perjuicio de que ello no sea aplicable a los documentos que el ente adjudicador pueda obtener mediante acceso gratuito a una base de datos nacional de cualquier Estado miembro, un registro nacional, un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de preclasificación —vid. art. 140.3 de la Directiva 2014/24/UE—, incluidos aquellos que ya obren en poder del ente adjudicador. La acreditación documental es exigible al adjudicatario por cada contrato específico.

La referencia entre las excepciones, a “un sistema de almacenamiento electrónico de documentos”, entendemos debe permitir que los operadores económicos cumplan con la obligación poniendo a disposición de los entes adjudicadores un enlace de un servidor

⁷⁸⁷ MARTELLI, R., «Figure innovative del codice dei contratti pubblici: l'accordo quadro», en CROCCO, D. y MANDRACCHIA, L.E. (coords.) *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Rimini, DEI, 2007, p. 178.

⁷⁸⁸ Ibid.

en la nube donde se pueda llevar a cabo la consulta e incorporación de una copia del fichero en que se encuentren los documentos al expediente. Sistema de documentos en línea respecto el que el sistema dinámico de adquisición presenta fuertes sinergias, dada su natural permanencia en el tiempo y su vocación de fuerte concurrencia de operadores económicos.

Transcurrido el primer plazo de presentación de solicitudes por parte de los operadores económicos no será necesario establecer periodos mínimos para la presentación de dichas solicitudes a la vista de cada nuevo contrato específico, sin perjuicio de que, como se ha expuesto, el sistema quede abierto para la habilitación ulterior de cualquier operador económico. Ello representa, igualmente, una novedad introducida por las directivas de cuarta generación, provocando, junto con la eliminación de las ofertas indicativas, un empuje definitivo a la operatividad y utilidad del sistema de compra pública que deben conllevar los sistemas dinámicos de adquisición⁷⁸⁹.

Una vez recibidas las solicitudes, ya sea durante el plazo inicial de 30 días, o con posterioridad, el ente adjudicador deberá evaluarlas y darles respuesta en los diez días hábiles siguientes, con posibilidad de prorrogarlos hasta un total de quince días hábiles previa motivación, y, en particular, en aquellos casos en los que sea necesario examinar documentación complementaria o verificar de otro modo si se cumplen los criterios de selección. No obstante, esta prórroga podrá ser mayor en el caso de las evaluaciones de solicitudes de participación que se efectúen con carácter previo a la primera convocatoria de ofertas específicas. Sin embargo, mientras se mantenga la duración de esta prórroga específica, no podrá procederse a la apertura de la referida primera convocatoria de ofertas. El motivo de esta posibilidad inicial, se debe a la consideración del legislador europeo —vid. considerando 64 de la Directiva 2014/24/CE— de que es esperable una acumulación inicial de numerosas solicitudes por parte de los operadores económicos ante la puesta en marcha del sistema.

La participación en los sistemas dinámicos de adquisición, en línea con el principio de gratuidad de la Directiva 2014/24/UE, se prevé que no suponga coste económico alguno para los operadores económicos —vid. art. 224.6 de la LCSP—.

En el caso de que una vez convocado se desee alterar el sistema dinámico de adquisición, se deberá informar a la Comisión Europea mediante la utilización del formulario existente para la convocatoria de licitación, si la modificación se efectúa durante su vigencia; o mediante el formulario previsto para los anuncios de adjudicación, en el caso de que la comunicación se efectúe una vez finalizada.

⁷⁸⁹ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública y catálogos electrónicos: una oportunidad para la innovación», en FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (coords.) *Transparencia, Innovación y Buen Gobierno en la Contratación Pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 153.

2. LA LICITACIÓN DE LOS CONTRATOS DERIVADOS DEL SISTEMA DINÁMICO DE ADQUISICIÓN

Al contrario de lo que se ha tenido ocasión de exponer en relación a la dinámica de funcionamiento de los acuerdos marco, la adjudicación de todo contrato basado en un sistema dinámico de adquisición debe ser objeto de licitación previa. Para ello se ha de proceder al envío de una invitación para presentar ofertas a todos los operadores económicos que hayan accedido al sistema, dentro de la categoría correspondiente. Invitación que se realizará para todos los contratos basados en el sistema dinámico de adquisición. En la invitación se concederá, al menos, un plazo mínimo de 10 días para la recepción de las ofertas, salvo que por acuerdo entre el ente adjudicador y todos los operadores económicos habilitados se considere oportuno el establecimiento de un plazo inferior. Su envío se efectuará por escrito y de forma simultánea a todos los participantes admitidos en ese momento para cada categoría, en su caso, incluyendo la referencia a la dirección electrónica en la que puedan consultarse por medios electrónicos los pliegos de la contratación o, directamente con dichos documentos de manera adjunta si, con carácter previo y por motivos excepcionales, no se pusieron a disposición de los operadores económicos de manera libre, directa, completa y gratuita junto con la convocatoria de licitación.

Adicionalmente, en consonancia con lo establecido en el Anexo IX de la Directiva 2014/24/UE, la invitación deberá contener como mínimo la siguiente información:

- a) una referencia al anuncio de licitación publicado;
- b) el plazo para la recepción de ofertas, la dirección a que deban enviarse y la lengua o lenguas en que deban estar redactadas;
- c) La indicación de los documentos que, en su caso, se deban adjuntar, ya sea en apoyo de las declaraciones verificables hechas por el licitador, con arreglo a los artículos 59 y 60 y, cuando proceda, el artículo 62, ya sea como complemento a la información prevista en dichos artículos y en las condiciones previstas en los artículos 59, 60 y 62;
- d) la ponderación relativa de los criterios de adjudicación del contrato o, en su caso, el orden decreciente de importancia de esos criterios, si no figuran en el anuncio de licitación, en la invitación a confirmar el interés, en las especificaciones técnicas o en el documento descriptivo.

Toda vez que el funcionamiento de los sistemas dinámicos de adquisición puede generar un efecto agregador de la demanda, de forma similar a los acuerdos marco ⁷⁹⁰, las condiciones de solvencia requeridas para la habilitación en el sistema pueden generar requisitos muy gravosos para los operadores de menor tamaño, limitando la competencia mediante lo que podríamos considerar como barreras de escala, derivadas

⁷⁹⁰ ALBANO, G. L. Y OTROS, *Public Procurement e politica economica*, cit., p. 6.

de la búsqueda de contratos de mayor volumen que generen economías de escala. Es por ello, que la Directiva 2014/24/UE prevé expresamente en su considerando 66 que

Para aumentar las posibilidades de participación de las PYME en un sistema dinámico de adquisición a gran escala, por ejemplo, en un sistema gestionado por una central de compras, el poder adjudicador afectado debe poder articular el sistema en categorías definidas objetivamente de productos, obras y servicios. Estas categorías deben definirse haciendo referencia a factores objetivos, que pueden incluir, por ejemplo, el volumen máximo admisible de los contratos específicos que vayan a adjudicarse dentro de una categoría determinada o la zona geográfica específica donde vayan a ejecutarse contratos específicos. Cuando un sistema de adquisición se divida en categorías, el poder adjudicador ha de aplicar unos criterios de selección que guarden proporción con las características de la categoría de que se trate.

Se viene a prever expresamente que el funcionamiento del sistema dinámico de adquisición pueda dividirse en categorías de productos, obras y servicios, cada una de ellas con sus propios criterios de selección preestablecidos. Dicha división, como determina el art. 34.1 de la Directiva 2014/24/UE, deberá basarse en una definición de cada categoría, realizada sobre la base de criterios objetivos, entre las que se podrá encontrar el volumen máximo admisible de los contratos específicos a los que se dará lugar o la ubicación geográfica de los mismos. De esta manera, se permitirá a los entes adjudicadores contar con una “bolsa”⁷⁹¹ de oferentes capaces de satisfacer distintas necesidades del ente adjudicador, teniendo en cuenta las necesidades de dicho ente adjudicador participe en el sistema. En este caso, la división en categorías permitirá un efecto potencial y exponencialmente mayor al que podría conseguir la división en lotes en el seno de un acuerdo marco. En efecto, dado que la admisión en el sistema dinámico no aboca a la predeterminación —con mayor o menor detalle— de las condiciones de abastecimiento por parte de los operadores económicos, siendo estas concretadas en cada contrato específico; y dado que la admisión de los licitadores no excluye la de los demás, quedando abierta durante toda su vigencia; todo ello supone para los operadores económicos importantes ventajas a la hora de acceder a la información sobre los procedimientos de licitación, junto a una reducción de las cargas para la participación en la misma, así como el incremento consiguiente de la presión competitiva que favorece las condiciones de acceso al producto por parte de los entes adjudicadores y una mayor agilidad de estos últimos para obtener información sobre los productos y proveedores a los que pueden tener acceso y a la hora de tramitar el correspondiente procedimiento.

⁷⁹¹ SUBIRANA DE LA CRUZ, S., «Instituciones específicas», cit., p. 235.

No es imprescindible, como motivo que justifique la existencia del sistema, la consecución de un mayor poder negociador a través de un ente adjudicador central. El papel de este se limitará a la gestión de la plataforma electrónica y a la determinación general de los productos negociados. Pero la participación del ente contratante, destinatario final del producto, supondrá disponer de una mayor autonomía, dentro de ese escenario general, que la que podría darse en relación a un acuerdo marco, máxime si se trata de un acuerdo marco suscrito con un solo operador económico. La no existencia de un adjudicador central, conllevará que los entes adjudicadores podrán diseñar su oferta específica con mayor libertad y podrán dirigirla a cualquier operador económico, sin el filtro previo del ente central.

En este escenario, la división en categorías y subcategorías del sistema no tendrá porqué preocuparse de que se produzca un desvanecimiento de las ventajas de economía de escala que se podría conseguir si todos los implicados en el sistema agruparan no solo el funcionamiento técnico del sistema, sino sus propias decisiones de compra. No se trata, al contrario del acuerdo marco, de un objetivo prioritario. En cuyo caso, el segundo será el medio idóneo. De manera que, con la referida división, se facilitará que los entes adjudicadores partícipes en el sistema, a la hora de realizar y diseñar sus propias convocatorias puedan acceder a toda la oferta natural y potencial, no solo del sistema dinámico considerado en su conjunto, sino de una actuación individual análoga a la convocatoria realizada. Si bien, como matiza la Directiva 2014/24/UE, ello requerirá que no solo se produzca la división por categorías de producto u obra, sino también mediante otros elementos objetivos que escalen con mayor precisión las posibilidades de los operadores económicos, tales como la ubicación geográfica de los entes adjudicadores destinatarios, como el volumen máximo de los pedidos encuadrables dentro de la categoría en cuestión.

Seleccionada la oferta con una mejor relación calidad-precio, la perfección del contrato se producirá mediante la adjudicación, sin necesidad de su formalización —arts. 36 y 153 de la LCSP—. La publicación de las adjudicaciones tendrá lugar trimestralmente, en los 30 días siguientes a la terminación de cada uno de estos periodos en el perfil del contratante —art. 154.4 de la LCSP—. En cuanto a la duración de los sistemas dinámicos de adquisición, la Directiva 2014/24/UE ha venido a introducir una novedad adicional consistente en la posibilidad de su duración indefinida, adaptable a las exigencias económico financieras del ente adjudicador⁷⁹²

La acreditación inicial de la solvencia para ser parte en el procedimiento pudiera hacernos pensar, al igual que en el acuerdo marco, que nos encontramos ante una variación o forma de funcionamiento inspirada en el procedimiento restringido⁷⁹³. De hecho, el art. 34.2 de la Directiva 2014/24/UE efectúa una remisión expresa a las normas

⁷⁹² LUPO, A., «I sistemi dinamici di acquisizione», en SAITTA, F. (coord.) *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer; CEDAM, 2016, p. 852 y 858.

⁷⁹³ Comparación efectuada por la propia Directiva 2014/24/UE en su considerando 63

del procedimiento restringido. No obstante, en nuestra opinión, su dinámica se encuentra, realmente, más próxima al procedimiento abierto, dada la expresa prohibición del establecimiento de restricciones al número de operadores económicos que pueden acceder al mismo, la posibilidad de ingresar en el sistema en cualquier momento, y la necesaria adjudicación de los contratos específicos mediante libre concurrencia de todos los operadores económicos habilitados en la categoría correspondiente. Ante dicho esquema de funcionamiento, consideramos que lo que realmente efectúa el sistema dinámico de adquisición es una fragmentación temporal entre la presentación del sobre predeterminado para la acreditación de la solvencia del operador económico —solicitud de participación— y el sobre o sobres en los que se contendrá la oferta —concurrencia a los contratos específicos—. Es por ello que, desde un punto de vista funcional, nos parece más acertado contemplar la convocatoria de participación sostenida en el tiempo durante toda la vigencia del sistema dinámico de adquisición, como el momento a partir del cual los operadores económicos deban presentar lo que habitualmente se denomina como sobre “1” o “A”; y las invitaciones a presentar ofertas, como el momento a partir del cual aquellos deberán proceder a la presentación de los sobres “2” o “B” y “3” o “C”, en su caso.

En definitiva, como señala MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, el sistema de funcionamiento de un sistema dinámico de adquisición permite y contribuye a crear una base de “potenciales empresas interesadas”, abierta en todo momento a la libre concurrencia, a la cual podrá recurrir el ente o entes adjudicadores para la satisfacción de sus necesidades. Sobre la base de estas consideraciones, el citado autor viene a contemplar la necesidad de sustituir casos de aplicación del procedimiento negociado⁷⁹⁴ mediante el recurso a la institución preceptiva de casos de uso de sistemas dinámicos de adquisición que, adicionalmente, emplearan la subasta electrónica como medio de adjudicación⁷⁹⁵.

De todo lo anterior cabe concluir que, sacrificando la búsqueda de las economías de escala, los sistemas dinámicos de adquisición permitirán obtener el resto de ventajas predicadas respecto de los acuerdos marco, sin necesidad de circunscribir su aplicación a mercados de estructura oligopolista o monopolística por el lado de la oferta. De hecho, en tanto en cuanto se trata de un sistema que fomenta especialmente la competencia continuada entre sus partícipes⁷⁹⁶, los efectos de dicha competencia podrían compensar

⁷⁹⁴ Extremo en lo que la LCSP le ha dado contundentemente la razón sobre la base de la sustitución del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía por el procedimiento abierto simplificado y el procedimiento abierto simplificado sumario

⁷⁹⁵ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición», cit., pp. 308 y 317.

⁷⁹⁶ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «Sistemas de contratación pública electrónica con aplicación en la compra pública conjunta y agregada», en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (coord.) *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p. 421.

la pérdida de unas eventuales economías de escala alcanzables mediante la utilización de acuerdos marco.

Ahora bien, en principio, el sistema dinámico de adquisición se verá limitado a aquellos casos en los que se negocien productos de características estandarizadas, de aprovisionamiento repetitivo. De hecho, a la vista de ello, el Consejo de Estado italiano ha venido a señalar la necesaria exclusión de su campo de aplicación de los contratos de suministro o de servicios realizados sobre la base de especificaciones técnicas establecidas por el poder adjudicador⁷⁹⁷.

III. EL CATÁLOGO ELECTRÓNICO

1. DEFINICIÓN DE CATÁLOGO ELECTRÓNICO

El artículo 36 de la Directiva 2014/24/UE ha venido a introducir de forma novedosa en el ordenamiento europeo la figura del catálogo electrónico⁷⁹⁸, el cual viene a constituir un instrumento electrónico de presentación de ofertas por parte de los operadores económicos, a los que va dirigido, y que puede ser implementado en cualquier tipología de procedimiento de contratación en los que se exija la utilización de medios de comunicación electrónicos⁷⁹⁹. Y ello, a pesar de que el propio precepto, en su epígrafe sexto, se refiera expresamente a los sistemas dinámicos de adquisición y los acuerdos marco⁸⁰⁰, ya se trate de compras puntuales o de carácter reiterativo⁸⁰¹.

A dicha determinación directa de su posible implementación, se une la de que los Estados miembros puedan instituir su preceptividad “con determinados tipos de contratación”. No obstante, dicha posibilidad de utilización general del catálogo electrónico, prevista por la Directiva 2014/24/UE, no debe confundirse con la posibilidad de que un mismo catálogo formulado de manera abstracta pueda ser extrapolado a diversos procedimientos de contratación, sino que deberá procederse a la formulación de un catálogo concreto en todos y cada uno de los procedimientos con el

⁷⁹⁷ Consiglio di Stato. Sezione III, Parere n. 1306/2016, 1 aprile.

⁷⁹⁸ Si bien, esta forma de presentación de ofertas se ha encontrado previamente ligada a los acuerdos marco en algunos ordenamientos jurídicos europeos, tal y como destaca GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública y catálogos electrónicos: una oportunidad para la innovación», cit., p. 137.

⁷⁹⁹ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas», cit.

⁸⁰⁰ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición», cit., p. 296.

⁸⁰¹ European Dynamics, *Electronic Catalogues in Electronic Public Procurement. Final Report*, 2007.

que se atienda al cumplimiento *ad hoc* de las concretas especificaciones técnicas y el formato procedimental correspondiente —art. 36.2 de la Directiva 2014/24/UE—.

De manera sistematizada, MORCILLO MORENO viene a señalar que los catálogos electrónicos “constituyen una suerte de folletos electrónicos que describen bienes y servicios de un proveedor y que permiten el tratamiento automatizado de las ofertas”. GALLEGO CÓRCOLES⁸⁰² concreta que dicha concepción del catálogo-folleto viene a hacer referencia a una acepción de esta figura, finalmente preponderante en la Directiva 2014/24/UE; y anteriormente enfocado por el considerando 12 de la Directiva 2004/18/CE, donde se hace mención a un documento electrónico en el que se recoge un abanico de bienes y/o servicios que un operador económico pone a disposición de un ente adjudicador, de manera más o menos vinculante, bajo unas determinadas condiciones de aprovisionamiento. Concepción, que se habría impuesto en el contexto europeo a otras relacionadas con un tipo de catálogo-*software* dedicadas a la gestión del inventario o mercadería, o a la recopilación de información relativa a procedimientos de licitación previos, al tiempo que permitían el enlace con tales procedimientos previos. Esta última, consolidada en la tradición jurídica de Portugal.

Es más, dentro del concepto de catálogo-folleto, su concepción por la directiva requiere que además de consistir en documentos en formato electrónico, estructurados de una determinada manera en la que se recoja la descripción de los productos que puede ofrecer un operador económico, estos deberán presentar un formato que permita su procesamiento automatizado, haciéndose referencia expresa en el considerando 68 de la Directiva 2014/24/UE a la utilización de hojas de cálculo, esto es, documentos electrónicos, por ejemplo, en formato .xml, .csv o .xls. No obstante, dicho requisito conceptual del catálogo no impedirá que puedan llegar a presentar un formato .pdf o .doc, generalmente más asociados a la lectura humana. Si bien, en estos últimos casos su tratamiento automatizado requerirá equipos tecnológicos más sofisticados. Respecto de la definición del indicado considerando, cabe destacar su alusión al concepto de “formato” y no a la de folleto antes indicada. Esta óptica nos parece más acertada, ya que, al fin y al cabo, la administración económica, nos lleva a una superación del concepto de documento por el del dato⁸⁰³. Contexto en el que el catálogo referiría en esencia un modo de ordenar y presentar la información necesaria para la formulación de la oferta, con independencia del soporte o archivo en el que quede reflejada.

El uso de catálogos electrónicos no requiere que todas las ofertas presentadas en dicho procedimiento deban evaluarse de manera automatizada, pudiendo compaginarse este sistema de presentación de ofertas con otros ordinarios no automatizados, si bien, dicho

⁸⁰² GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública y catálogos electrónicos: una oportunidad para la innovación», cit., pp. 137 y 138.

⁸⁰³ VALERO TORRIJOS, J., «Transparencia, acceso y reutilización de la información del sector público», cit., pp. 227 y 228.

binomio se presenta, *a priori*, como una combinación de la que no se desprenden sinergias claras⁸⁰⁴. En este sentido, cabe destacar que los catálogos electrónicos no son sistemas de contratación pública electrónica en sentido estricto, sino sistemas de comunicación electrónica orientados a la presentación de ofertas⁸⁰⁵.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CATÁLOGO ELECTRÓNICO

Sin perjuicio de la oportunidad de usar sistemas de procesamiento automatizados “rudimentarios” o simples en algunos casos, tal y como se expondrá en el último capítulo de este trabajo, es comprensible la apuesta por este tipo de formatos, ya que la recopilación de numerosos catálogos referidos a una multiplicidad de productos, puede generar un difícil e ineficaz tratamiento. No obstante, de ello se desprenderá que los campos de cada catálogo se deban definir de manera precisa, que sean cuantificables mediante cifras —incluyendo variables abstractas— o porcentajes y de manera estandarizada, lo que vedará la posibilidad de acceso a este tipo de presentación de ofertas para productos que presenten la necesidad de criterios de adjudicación de expresión más compleja o subjetiva⁸⁰⁶. Esto es, presentando una limitación en cuanto a su utilización similar a la de las subastas electrónicas.

Sobre la base de las ofertas presentadas por medio de esta modalidad, los entes adjudicadores podrán actuar de dos formas: - la solicitud de un catálogo *ad hoc* para cada una de las licitaciones que tengan lugar; - la solicitud con carácter previo de catálogos electrónicos de modo que cuando sea preciso efectuar la adjudicación ulterior del contrato, sobre la base de los catálogos previamente comunicados, *motu proprio* y sin la necesidad de intervención activa de los operadores económicos, los entes adjudicadores extraigan la información necesarias para la generación y atribución de las ofertas que correspondería a cada uno de los licitadores. Esta última forma de aplicación de los catálogos electrónicos fue admitida expresamente durante la vigencia de la Directiva 2004/18/CE por parte de la Comisión Europea⁸⁰⁷, consagrando la denominada “recopilación activa de ofertas” o “*punch-out*”. Su utilización deberá estar expresamente prevista en los pliegos. En caso contrario, si solo se hace mención a la utilización de catálogos electrónicos su forma de funcionamiento será mediante la presentación de nuevos catálogos en los sucesivos contratos derivados de los acuerdos

⁸⁰⁴ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública y catálogos electrónicos: una oportunidad para la innovación», cit., p. 140.

⁸⁰⁵ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «Sistemas de contratación pública electrónica con aplicación en la compra pública conjunta y agregada», cit., p. 413.

⁸⁰⁶ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública y catálogos electrónicos: una oportunidad para la innovación», cit., p. 140.

⁸⁰⁷ Comisión Europea, SEC (2005) 959, de 8 de julio. Requirements for conducting public procurement using electronic means under the new public procurement Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC., 2005, p. 17.

marco o los sistemas dinámicos de adquisición. Adicionalmente, cuando se efectúe tal recopilación activa de las ofertas, se deberá notificar a los operadores económicos la fecha y la hora en la que tal actuación se llevará a cabo, los cuales, tal y como se señala en el art. 35.6 de la Directiva 2014/24/UE, deberán tener la ocasión de negarse de esta forma a la conformación de una oferta a ellos imputable. Acierta, sin duda, GALLEGO CÓRCOLES, a la hora de detectar que dicha previsión de la normativa europea, tributaria de la experiencia de otros Estados miembros, tales como Reino Unido, entra en colisión con la redacción final recibida por el art. 221.5 de la LCSP, en virtud del cual se prevé que las empresas que formen parte de un acuerdo marco que sean invitadas a la presentación de ofertas deberán hacerlo de manera válida dentro de los estándares fijados por los pliegos de aplicación. Ello deja una libertad al ente adjudicador en la regulación de este extremo en el PCAP que podría conducir a considerar que el artículo 221.5 en el último inciso de su primer párrafo podría estar vulnerando “el tenor literal de la directiva”⁸⁰⁸.

Desde nuestro punto de vista, y dadas las posibles conductas desviadas y anticompetitivas que pueden efectuar los operadores partícipes en un acuerdo marco, expuestas en el epígrafe I del presente trabajo, entendemos que la consiguiente modificación del art. 221.5 de la LCSP debería mantener el espíritu del actual precepto, por el que se insta a la necesaria previsión de este aspecto, compaginando esta intencionalidad con las exigencias de la Directiva 2014/24/UE. Para ello, sería adecuado trasponer el tenor del art. 35.6 de la citada directiva en el sentido de mantener de forma expresa, en todo momento, la posibilidad de los operadores económicos de rechazar la conformación de una oferta mediante el sistema de *punch-out* (recuérdese que esta forma de actuar por parte del ente adjudicador no se le puede vedar y sería factible por aplicación directa de la directiva), si bien, permitiendo el legislador, también de forma expresa, que, en caso de efectuarse dicho rechazo, los operadores que actuaran de esta forma fueran excluidos del acuerdo marco si así lo prevén los pliegos de aplicación.

Por su parte, recopilada la información para la generación y atribución de las ofertas, estas deberán ponerse en conocimiento de los operadores económicos a fin de que los mismos puedan comprobar la inexistencia de errores materiales derivados, exclusivamente, de la acción del ente adjudicador en dicha actividad de recopilación⁸⁰⁹. A pesar de ello, desde nuestro punto de vista, entendemos inocua la no regulación de la normativa europea respecto de una posible negativa o defectuosa corrección del error advertido por el licitador, en tanto en cuanto estaríamos ante un acto de trámite cualificado susceptible de recurso ordinario o especial.

Una de las novedades de la Directiva 2014/24/UE respecto de algunas dinámicas previas en algunos Estados miembros consiste en la previsión expresa de que los catálogos

⁸⁰⁸ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública y catálogos electrónicos: una oportunidad para la innovación», cit., pp. 151 y 152.

⁸⁰⁹ *Ibid.*, p 152.

electrónicos solo podrán ser tenidos en cuenta mediante su remisión al órgano de contratación a través del sistema electrónico correspondiente de presentación de ofertas. Con ello se trata de poner fin a problemas detectados en la utilización de este instrumento, generadores de dinámicas de falseamiento de la competencia derivadas de la falta de confidencialidad de las ofertas⁸¹⁰, al ser remitidos dichos catálogos a través de sistemas no cifrados que permitían, de una parte, su conocimiento extendido dentro del órgano de contratación antes de la finalización del plazo para la presentación de las ofertas, y de otra, que la información recogida por los operadores económicos derivada de dicha falta de confidencialidad, también permitía la generación de los catálogos en los propios portales de aquellos.

En la misma línea y con el mismo fin, se ha previsto que la utilización de los catálogos electrónicos deberá ser la de un documento *ad hoc*, generado expresamente para la licitación en cuestión, sin perjuicio de que el operador económico haya podido generarlo en su funcionamiento interno mediante la reutilización de un catálogo general previamente elaborado. Así las cosas, se veda la posibilidad de que se presenten ofertas, basadas exclusivamente en catálogos generales, sin ningún tipo de procesamiento o adaptación específica para el procedimiento de compra pública de que se trate. Lo que permitirá, adicionalmente, evitar que se tengan que llevar a cabo actuaciones más complejas de adaptación o supervisión, por parte de los entes adjudicadores, a fin de garantizar la adecuación de los mismos y de su contenido a las especificaciones de la licitación en cuestión, que las que tendrían que realizar en el caso de tratarse de catálogos específicos⁸¹¹.

Si bien, dicha preocupación por la confidencialidad de las ofertas no ha impedido la contemplación en la normativa europea de la posibilidad de que cuando los catálogos electrónicos constituyan el modo de presentación de ofertas en un sistema de licitación repetitivo, los mismos sean actualizables, de modo que las condiciones ofrecidas por los operadores económicos no se congelen respecto de la confluencia competitiva en el primero de los contratos derivados. Actualización que, como destaca Gallego Córcoles, mediante la utilización de la figura de las variaciones, debidamente contemplada en los correspondientes pliegos, permitirá que dicha actualización no responda exclusivamente a las condiciones de aprovisionamiento, sino que pueda incluir, además, los productos ofrecidos dentro de los límites del art. 33.2 de la Directiva 2014/24/UE y 222 de la LCSP. Previsión, a la que se podrán unir, cuando se integre el catálogo en sistemas de compras reiteradas, previsiones que supongan la introducción de las llamadas “cláusulas de progreso de la ciencia” o simplemente “cláusulas de progreso”, en virtud de las cuales la actualización de los productos ofrecidos, respecto de unas prestaciones mínimas, sea

⁸¹⁰ European Dynamics, *Electronic Catalogues in Electronic Public Procurement. Final Report*, cit., p. 46.

⁸¹¹ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública y catálogos electrónicos: una oportunidad para la innovación», cit., p. 142.

preceptiva y jurídicamente exigible para los licitadores, como podría ser, por ejemplo, la necesidad de que los productos informáticos cuenten con el último sistema operativo de los ofrecidos por diversos proveedores⁸¹².

Dada la inexistencia de prohibición expresa al respecto, tales actualizaciones de los catálogos se podrán prever de manera desvinculada a la convocatoria de contratos derivados o contratos concretos, lo cual imprimirá un carácter dinámico que permitirá actualizar las condiciones de aprovisionamiento de los entes adjudicadores a las existentes en cada momento en el mercado, al tiempo que la presión competitiva entre los operadores económicos generará efectos beneficiosos para los entes adjudicadores, de manera análoga a como ocurriría en el seno de una subasta electrónica, máxime si los catálogos se emplean mediante el sistema de *punch-out*. Si bien, se ha de colegir que, en aras a la igualdad de los licitadores, con independencia del tamaño de su organización, aquellas recomendaciones defienden la necesidad de que dichas actualizaciones desvinculadas se efectúen de manera organizada, definiendo períodos de tiempo en los que se puedan efectuar tales actualizaciones, de manera que se establezcan para las actualizaciones periodos operacionales homogéneos que no sitúen en posición de inferioridad, o con menor capacidad de reacción, a las Pymes y, en todo caso, manteniendo la confidencialidad de la actualización hasta el cierre del plazo para la presentación de cada actualización⁸¹³.

3. CONTENIDO Y FORMA DEL CATÁLOGO ELECTRÓNICO

Adicionalmente, para la utilización de este instrumento, será necesario que cuando se utilice un anuncio de información previa como convocatoria de la licitación, se haga constar en el anuncio de licitación o la invitación a confirmar el interés, toda la información necesaria para su formulación expresada con detalle en el contenido de los pliegos, entre la que encontraremos su formato, sus requisitos técnicos o las modalidades y especificaciones técnicas de la conexión necesaria para su presentación —art. 36.3 de la Directiva 2014/24/UE—. Obligaciones informativas, que emanan de forma patente de los principios básicos que regulan la contratación pública, toda vez que de carecerse de la misma se truncaría u obstaculizaría una de las principales manifestaciones por la que se articula la libre participación de los operadores económicos en la licitación: la presentación de las ofertas.

Por su parte, la citada norma, dentro de su vocación de regulación general no agota con lo anteriormente expuesto, la figura de los catálogos electrónicos, sino que impone un determinado formato de los mismos, disponiendo en su considerando 64 que, por aplicación de los principios generales de la contratación pública, deberá tratarse de un

⁸¹² MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., pp. 56 y 57.

⁸¹³ European Dynamics, *Electronic Catalogues in Electronic Public Procurement. Final Report*, cit., p. 39.

formato de presentación y organización de la oferta igual para todos los licitadores, así como determinando, a modo ejemplificativo, la utilización, al efecto, de hojas de cálculo. Selección del ejemplo que no parece casual ya que, precisamente, se señala una forma de documento electrónico que facilita la reutilización de su información y ofrece un formato abierto de los datos en él contenido. Máxime cuando se predetermina que la configuración del tipo de documento seleccionado no podrá quedar al albur de cada uno de los licitadores, sino que la misma deberá ser normalizada por el órgano de contratación. Extremos que facilitarán, lógicamente, su ulterior tratamiento automatizado. A ello se une la previsión expresa de la Directiva 2014/24/UE en su artículo 36.1 de que, junto con el modelo normalizado de catálogo, los operadores económicos puedan presentar la documentación adicional aclaratoria del mismo que consideren oportuna.

Dichos catálogos vendrán a contener las condiciones económicas y técnicas en las que un operador económico estaría dispuesto a suministrar un bien o producto, los cuales serán puestos a disposición de los entes adjudicadores antes de la concreta formulación de sus demandas concretas o de desarrollo, de manera que, cuando ello sea posible, permita la extracción automática de ofertas y su asignación a los respectivos operadores económicos, sin necesidad de su reformulación. Al mismo tiempo, en tanto en cuanto su presentación constituye la transmisión electrónica de un documento, deberá cumplir con los requisitos exigidos a cualquier comunicación electrónica —art. 36.2.II de la Directiva 2014/24/UE—.

Desde esta perspectiva, se ha venido a colegir que los catálogos electrónicos facilitan el análisis y tratamiento automatizado de la oferta del sector en cuestión para los entes adjudicadores y simplifican la labor de formulación de aquella para los operadores económicos, toda vez que estos pueden reutilizar, con leves cambios, en su caso, las ofertas formuladas en procedimientos de compra previos, siempre y cuando exista una coordinación o cooperación entre operadores económicos que permita la verificación de una situación de interoperabilidad semántica y técnica de los catálogos empleados⁸¹⁴, de manera similar a los conseguidos en sede del DEUC. Perspectiva esta última que conduciría a lo idóneo del establecimiento por parte de la Comisión Europea, a imagen y semejanza de la referida declaración responsable, de un modelo de Catálogo Europeo Único de Contratación —CEUC—. Dicha idea ya ha sido valorada desde instancias europeas como presupuesto para la obtención de los máximos rendimientos predicables de los catálogos electrónicos, de manera que se reduzca al máximo el tiempo de su preparación por parte de los operadores económicos, al tiempo que se reduzcan igualmente los costes de su procesamiento automatizado por parte de los entes adjudicadores. No obstante, se han detectado importantes barreras a dicho objetivo y

⁸¹⁴ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Breves notas sobre el uso de medios electrónicos en la contratación pública», cit., p. 330.

que derivan de la necesidad de adaptar cada catálogo a cada procedimiento de licitación, al tiempo que los estándares y posibilidades de tales catálogos presentarían importantes divergencias en función del objeto de cada contrato⁸¹⁵.

Así las cosas, la homogenización o interoperabilidad organizativa en este extremo no debería estribar, fundamentalmente, en relación al contenido de los catálogos (lo que, además, podría menoscabar la autonomía de los entes adjudicadores), sino en su formato, de manera que, una vez establecidas en cada procedimiento las categorías a considerar y los sistemas de medición de sus correspondientes unidades, así como su ponderación, pudieran ser automatizados sobre la base de una misma solución tecnológica, o de distintas herramientas, cuya interoperabilidad e interconexión hubiera sido previamente verificada. Al mismo tiempo, se permitiría la utilización de formatos familiares para todos los operadores económicos, no solo a nivel nacional, sino de toda la UE, y la reutilización total o parcial de catálogos empleados en licitaciones previas, cuando los criterios de adjudicación contemplados y los requerimientos técnicos del producto coincidieran en dicha forma. *A contrario sensu*, en ausencia de interoperabilidad en el sentido expuesto, los costes de actuación por ambas partes para la utilización de tales catálogos serían considerables, de manera que su uso racional y eficiente solo podría circunscribirse a sistemas destinados a la negociación reiterada de contratos o a contratos simples de elevado presupuesto base de licitación⁸¹⁶.

Las posibilidades de estandarización de los catálogos electrónicos desde este enfoque han contado con un resultado empírico favorable en contexto del proyecto piloto PEPPOL, en concreto, dentro del desarrollo de la herramienta *Business Interoperability Specifications* —BIS—. No obstante, dicha factibilidad, ha puesto también de manifiesto la necesidad de fuertes inversiones que hacen circunscribir sus posibilidades de implantación al seno de grandes entes adjudicadores o de centrales de contratación. Por su parte, la interoperabilidad en contenido de los catálogos electrónicos requeriría sistemas de codificación específicos y diccionarios comunes para describir de manera amplia todas las propiedades predicables de los bienes y servicios a la hora de describir sus especificaciones técnicas, así como los elementos que serán tenidos en cuenta como criterios de adjudicación⁸¹⁷. Esto es una suerte de CECV, —Common Electronic Catalogues Vocabulary— y de vocabulario CECV suplementario a imagen y semejanza de los CPV.

Sin embargo, aun sin la prosecución de esta interoperabilidad y su elaboración independiente por los diversos órganos de contratación o agrupaciones no previamente estructuradas de los mismos, encontramos un importante ámbito de aplicación de estos

⁸¹⁵ European Dynamics, *Electronic Catalogues in Electronic Public Procurement. Final Report*, cit., p. 91.

⁸¹⁶ Siemens, *Study on the evaluation of the Action Plan for the implementation of the legal framework for electronic procurement (Phase II)*, 2010, pp. 92 y 280.

⁸¹⁷ Pan European Public Procurement OnLine, *Final report*, 2012, pp. 8 y 25.

catálogos a corto plazo y sin necesidad de avances de coordinación o cooperación en el sentido indicado.

En lo que respecta a la determinación de la posible preceptividad de los catálogos electrónicos, es cierto que de un análisis sistemático de la Directiva 2014/24/UE se desprende claramente que “los tipos de contratación” contemplados a estos efectos por el legislador europeo eran aquellos vinculados a una actividad de contratación centralizada y/o agregada a través de la utilización de sistemas dinámicos de adquisición y acuerdos marco⁸¹⁸. Especialmente, en lo que respecta a los segundos es fácil apreciar la forma en que los catálogos podrían agilizar la tramitación de los procedimientos de contratación específicos o de desarrollo.

No obstante, desde nuestro punto de vista y máxime al albur de los últimos movimientos legislativos en nuestro país, relativos a rectificar previsiones, inicialmente incluidas en la LCSP, favorables a la transparencia y concurrencia en los procedimientos de licitación, donde consideramos que existe una mayor urgencia en la implementación extendida del uso de los catálogos electrónicos es en el ámbito de la contratación menor. En efecto, la modificación del art. 118.3 de la LCSP por el RDL 3/2020 ha dado marcha atrás respecto de un novedoso y útil sistema de prevención de la eliminación de *facto* de la concurrencia dentro del ámbito de la contratación menor. La eliminación del principio de rotación contenido en el art. 118.3 de la LCSP representa un riesgo, aun mayor, si atendemos a la fundamentación de la habilitación de la urgente necesidad contenida en el indicado RDL que refiere la generación por esta garantía de “graves problemas técnicos”. Hecho, que pone de manifiesto el recurso a soluciones analógicas, poco garantistas y de involución ante situaciones de bloqueo estructural, que tienen su auténtico origen en el bajo nivel de implementación y calado real de la administración electrónica en un amplio rango de entes adjudicadores y/o sus “carencias” en este sentido⁸¹⁹; y no, en la imposibilidad de cumplir con las exigencias de estas modificaciones estructurales que, sin duda, fomentarían la concurrencia competitiva y la integridad del mercado de la contratación pública.

De manera pionera, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, vino a proponer el establecimiento preceptivo de algunas soluciones tecnológicas por las que se sustituirían sistemas analógicos tradicionales, marcados por una dinámica de funcionamiento que no garantizaba en la práctica los principios de la contratación pública, tales como la transparencia, la libre concurrencia y la libre competencia. En concreto, se venía a sugerir la sustitución del contrato menor por sistemas de adjudicación basados en la

⁸¹⁸ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición», cit., p. 298

⁸¹⁹ Sobre los supuestos en los que esta realidad se ha puesto de manifiesto por mor de la pandemia COVID-19, véase MARTÍN DELGADO, I., «Presentación», cit., pp. 14 y 15.

subasta electrónica, mediante un sistema por el cual sin renunciar a la agilidad de tramitación a la que ha de responder la contratación menor, se incrementaría exponencialmente el control de su discrecionalidad y se reducirían los márgenes de riesgo relativos a la existencia de decisiones arbitrarias, o no suficientemente contrastadas, sobre la base del funcionamiento del mercado al que se dirige la demanda por parte del ente adjudicador⁸²⁰.

4. LA FALTA DE PREVISIÓN EXPRESA DEL CATÁLOGO ELECTRÓNICO EN LA LCSP

Expuesta la figura del catálogo electrónico, es del todo llamativo, que la LCSP carezca absolutamente de mención alguna a la misma, fallando estrepitosamente en la trasposición del Directiva 2014/24/UE en lo que respecta a su art. 36. A pesar de posibles interpretaciones por las que se cuestione la obligatoriedad de la trasposición del mismo, bajo el pretexto de que dicha preceptividad no se recoge literalmente en el precepto, hemos de coincidir con aquellas otras posturas en las que dicha preceptividad de trasposición ha de entenderse, inevitablemente, implícita en tanto en cuanto el indicado art. 36 establece que la decisión de la utilización o no de los catálogos electrónicos, como sistema de presentación de ofertas en un procedimiento de licitación, debe ser una opción con la que puedan contar los entes adjudicadores, sin que, por lo tanto, los Estados miembros puedan hurtarles tal capacidad de decisión⁸²¹.

Por su parte, aunque este extraño comportamiento del legislador español pueda dar lugar a sólidos razonamientos jurídicos por los que se pone en tela de juicio el efecto directo del art. 36 de la Directiva 2014/24/UE, así como a un clima de inseguridad jurídica y desapego de este instrumento respecto de los entes adjudicadores, fomentando su no utilización, hemos de coincidir con el criterio de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública a la hora de determinar que dicho precepto reúne todos los requisitos para producirlo⁸²². Tales argumentos en contrario se centran en la interdicción del “efecto directo vertical descendente”, por el cual el sujeto incumplidor de la

⁸²⁰ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición», cit., p. 317. Igualmente, sobre la procedente limitación del uso de los contratos menores, véase MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «“Transparencia” vs “Transparencia” en la contratación pública», cit., pp. 10 y 12. Sobre el uso inapropiado de este tipo de contratos véase GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», cit., pp. 3 y 4.

⁸²¹ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública y catálogos electrónicos: una oportunidad para la innovación», cit., pp. 155, 156 y 159.

⁸²² Tribunales Administrativos de Contratación Pública, Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del Sector Público, cit., p. Favorable a este posicionamiento de muestra GAMERO CASADO, E., «El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP», cit., p. 176.

trasposición no podría hacer valer el efecto directo para la producción de efectos de la disposición no traspuesta frente a terceros, actuando (o constituyéndose) en dicho caso los entes adjudicadores como prolongaciones u órganos del Estado. Al mismo tiempo dichos catálogos no constituyen un derecho de los operadores económicos para la presentación de sus ofertas, en un concreto formato, en todos o en parte de los casos. Si bien, son los propios argumentos en contrario, recogidos por Gallego Córcoles⁸²³, a pesar del distinto parecer en este punto, los que deben hacernos diferir del posicionamiento actual. En efecto, la determinación por parte de los pliegos de una licitación de una forma de presentación de ofertas, que presente la dinámica de los catálogos electrónicos, no supone perjuicio alguno para los operadores económicos, sino que vendrá a constituir una alternativa que no puede concluirse que instituya a los operadores económicos en peor posición. Por el contrario, y sobre la base del análisis antecedente, podría llegar a afirmarse por los operadores económicos que dicho sistema elegido por el ente adjudicador puede presentar una serie de ventajas comparativas respecto de otras formas de presentación de las ofertas que facilite su participación en la licitación.

Así las cosas, es cierto que el efecto directo del art. 36 de la Directiva 2014/24/UE, por el propio tenor del mismo, no se traduciría en que un administrado pudiera exigir la utilización de esta forma de presentación de ofertas en un determinado procedimiento de compra pública, sino en el hecho de que, escogida esta modalidad por el ente adjudicador, la misma no podrá ser impugnada por los operadores económicos bajo el pretexto de que no se trata de una figura contemplada por la LCSP.

Si bien, por un lado, como afirma Gallego Córcoles, independientemente de que pueda colegirse la existencia o no de efecto directo de la directiva nada impediría que los entes adjudicadores, al amparo de las previsiones y requisitos de las DDAA 15ª a 17ª de la Directiva 2014/24/UE, estipularan en los pliegos contractuales, en su condición de *lex contractus*, un sistema de catálogos electrónicos⁸²⁴. Mientras que, por otro lado, sí será significativa la apreciación del efecto directo del art. 36 de la Directiva 2014/24/UE a la hora de exigir que la determinación del uso de los catálogos electrónicos, como forma de presentación de ofertas en la licitación en cuestión, deba figurar, necesariamente, en el anuncio de licitación, sin que tal indicación pueda quedar circunscrita, a elección del ente adjudicador, al propio anuncio de licitación o a los pliegos, en concreto al PCAP, *ex* DA 16ª.1.j) de la LCSP, máxime cuando, ahora sí, nos encontraríamos ante un efecto directo alegable, de manera directa, por el administrado. Igualmente, será relevante la existencia del efecto directo del art. 36 de la Directiva 2014/24/UE a la hora de que se pueda sostener la posibilidad de emplear los catálogos electrónicos en su modalidad de *punch-out*, a pesar de que el art. 221.6.c) y la DA 15.3 de la LCSP partan, en todo caso, de que las ofertas sean obtenidas siempre previa acción del operador económico, ya sea

⁸²³ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública y catálogos electrónicos: una oportunidad para la innovación», cit., p. 157.

⁸²⁴ *Ibid.*, p. 157.

con carácter general o en relación a los contratos derivados de un acuerdo marco. Además, dicho efecto directo consagraría la necesidad de presentación de un catálogo inicial cuando se prevea la recopilación activa de ofertas en un sistema dinámico de adquisición, a pesar de la ausencia total de la mención de este extremo en el art. 224 de la LCSP.

IV. LA SUBASTA ELECTRÓNICA

1. DEFINICIÓN DE SUBASTA ELECTRÓNICA

La subasta electrónica constituye un sistema de adjudicación de contratos públicos, prevista en el artículo 35 de la Directiva 2014/24/UE, en virtud del cual los operadores económicos, tras haber procedido a la presentación de sus ofertas iniciales, podrán presentar nuevos precios, revisados a la baja, o mejorar determinados valores objetivos respecto de los señalados inicialmente en aquella, instituyéndose en un procedimiento de adjudicación caracterizado por las notas de repetición en la negociación del precio del contrato público, y/o de otras variables establecidas para la valoración de la oferta, con la mejor relación-calidad precio y dinamismo en la actuación de los licitadores⁸²⁵.

En un plano eminentemente teórico, no estamos de acuerdo con lo expresado por FONDEVILA ANTOLÍN y PUERTA SEGUIDO a la hora de afirmar que la subasta electrónica no constituye un procedimiento de adjudicación, sino una posibilidad tecnológica aplicable a aquellos procedimientos de contratación cuyos criterios de adjudicación sean compatibles con el funcionamiento de aquella⁸²⁶. Así, desde nuestro punto de vista, la subasta electrónica, a la luz de su regulación en la LCSP, sí constituye un procedimiento de adjudicación *sui generis* que destaca, principalmente, por su carácter dinámico o “repetitivo”, en los propios términos que expresa el art. 143.1 de la LCSP, que ha de ser automatizado y digitalizado por medio de instrumentos tecnológicos, fruto de lo cual, solo admitirá la integración de criterios de adjudicación objetivos cuantificables y graduables mediante cifras. La utilización de la subasta electrónica requiere de su expresa indicación en el anuncio de licitación o en la invitación para confirmar el interés.

⁸²⁵ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición», cit., p. 311.

⁸²⁶ PUERTA SEGUIDO, F., «Instrumentos para la contratación electrónica en la Ley 9/2017: la subasta electrónica», cit., p. 83; FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La e-Administración y la contratación pública, en especial la subasta electrónica*, Granada, CEMCI, 2013, p. 223.

2. DINÁMICA DE LA SUBASTA ELECTRÓNICA

2.1 Preevaluación de las ofertas

La realización de la subasta se efectúa tras una primera y completa evaluación de las ofertas presentadas y, como se desprende de su denominación, se lleva a cabo, exclusivamente, mediante la utilización de “métodos de evaluación automatizados”. Sobre la pertinencia de dicha primera evaluación a través de medios humanos se ha posicionado un importante sector de la doctrina⁸²⁷. Es lo cierto, que el mantenimiento de dicha valoración inicial y completa de las ofertas es del todo redundante y no justifica un valor añadido que compense las demoras que puede llevar aparejadas, máxime cuando la anormalidad de una oferta, su irregularidad o no admisibilidad, quedará de manifiesto ante la actuación de los operadores económicos dentro del sistema electrónico facilitado para la presentación y clasificación de las pujas, al menos en lo que respecta a la determinación de los factores empleados como criterios de adjudicación. Dicha primera valoración, podría tener cierto sentido si se admitiera la utilización de la subasta electrónica en el seno de procedimientos que incluyeran, también, criterios de adjudicación no susceptibles de su tratamiento a través de la subasta electrónica, de tal modo, que solo una vez efectuada la valoración de estos criterios, lo que en sede de un procedimiento abierto sin subasta electrónica correspondería a la apertura del sobre 2 o “B”, se procediera a la negociación de la presentación repetitiva de pujas respecto de aquellos otros criterios que sí permitieran dicho procesamiento, coincidiendo en la analogía expuesta con la apertura del sobre 3 o “C”⁸²⁸.

Por el contrario, sí que resulta recomendable una primera actuación del operador económico en orden a la comprobación de (i) la capacidad de contratar de los operadores económicos, (ii) la ausencia de prohibiciones de contratar, (iii) la tenencia de suficiente solvencia y (iv) el ofrecimiento de un producto u obra que se atenga a las características técnicas necesarias para la satisfacción de las necesidades del ente adjudicador y que hayan sido precisadas en el correspondiente PPT⁸²⁹.

La herramienta que permita la realización automatizada de la subasta, al igual que el resto de herramientas tecnológicas que ya se ha tenido ocasión de analizar, en aras a respetar los principios de libre competencia y competencia, deberá responder a estándares de acceso no discriminatorio y disponible de forma general, al tiempo que permita una inalterable trazabilidad de las participaciones efectuadas por los operadores económicos, tal y como nos recuerda el art. 143.1, *in fine*, de la LCSP.

⁸²⁷ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Breves notas sobre el uso de medios electrónicos en la contratación pública», cit., p. 325.

⁸²⁸ Favorable a la admisibilidad normativa de esta posibilidad se muestra FONDEVILA ANTOLÍN, J., «La subasta electrónica», cit., pp. 2056 y 2057.

⁸²⁹ *Ibid.*, pp. 2059 y 2060.

En la primera evaluación de las ofertas se ha de focalizar, especialmente, en aquellos operadores económicos que cumplen con los requisitos de capacidad de obrar, ausencia de prohibiciones de contratar y la suficiente solvencia técnica y económica, así como la adecuación de la oferta presentada por cada uno de ellos a las especificaciones técnicas. Los elementos que se formulen en esta primera oferta deberán cumplir *ab initio* los requisitos del anuncio de licitación y parámetros de admisibilidad contenidos en los pliegos. Exigencia predicable no solo respecto de los requisitos subjetivos del licitador, tales como la capacidad de obrar, ausencia de prohibiciones para contratar y solvencia, los cuales tendrán una estabilidad en el tiempo que no haga previsible su modificación a los efectos de cumplir con los requerimientos de la licitación, sino también en lo que respecta a los parámetros de admisibilidad de la oferta, incluidos aquellos que pudieran ser objeto de mejora en las sucesivas pujas que, eventualmente, efectuara el operador económico. Así las cosas, si la oferta incurre en causa de inadmisibilidad, el licitador deberá ser excluido, a pesar de que el mismo pudiera, potencialmente, subsanar/mejorar las cuestiones que impliquen su expulsión y no invitación a la subasta, en orden a justificar su cumplimiento o ubicación del elemento dentro del máximo o mínimo del valor del parámetro de que se trate, según el caso, que se contemple en los pliegos⁸³⁰.

2.2 Invitación a participar en la subasta

A los licitadores que reúnan los requisitos establecidos se les remitirá, de manera simultánea, con un mínimo de dos días hábiles de antelación y por medios electrónicos, una invitación para que participen en la subasta electrónica, donde se indicará la fecha y la hora prevista para su desarrollo, la forma de conexión con el sistema de subasta y las instrucciones para operar durante la misma, la fórmula que será empleada por el sistema para la determinación de la clasificación de las pujas, en virtud de la cual se seleccione al adjudicatario, o bien la que se emplee para cada variante, en el caso de que estas hayan sido previstas, con expresión de los elementos objetivos que serán tenidos en cuenta en la subasta y su correspondiente ponderación, los límites de los valores que podrán presentarse para cada uno de los elementos objetivos tenidos en cuenta, y la información de la que se dispondrá respecto del desarrollo de la subasta durante su celebración. También se informará de extremos tales como la diferencia mínima que las nuevas pujas han de tener respecto de las anteriormente formuladas —mejoras mínimas—, su forma de terminación, y el calendario de cada una de las fases de la subasta.

Junto a la invitación deberá acompañarse el resultado de la evaluación completa del licitador al que se le remita la invitación. Así lo establece el segundo párrafo del art. 143.6 de la LCSP por el que se modifica la situación anterior, analizada por el TACRC, en la que no se preveía la comunicación individualizada del resultado de la evaluación

⁸³⁰ RTACRC 175/2015, de 20 de febrero, rec. 64/2015, FD Quinto.

previa de las ofertas —*vid.* art. 148.5 y .6 del TRLCSP—⁸³¹. Sin embargo, es previsible que, en el caso de incumplimiento del nuevo mandato legal relativo al envío del resultado de la evaluación completa junto con la invitación, se mantenga la doctrina derivada del texto anterior, de cierto carácter antiformalista, especialmente cuando se refiere a las cargas procedimentales de la Administración, y señalada por el TACRC en cuanto a los defectos que puedan albergar estas comunicaciones. Aquella parte de la aplicación de la doctrina de la separación de notificación-acto como actos administrativos independientes, sin perjuicio de la vinculación de la eficacia del segundo a la validez y corrección del primero. En consecuencia, si toda la información consta en el expediente administrativo, con su adecuada motivación, los defectos de la notificación no han de suponer la nulidad o anulabilidad del acto defectuosamente notificado, sino, en todo caso, la posposición de sus efectos e inicio del cómputo del plazo para los eventuales recursos que procedan, al momento en el que el operador interesado acceda o pueda acceder a la completa información del acto⁸³². No obstante, como es lógico, si más allá de los defectos formales de la notificación se detecta la indebida exclusión de un licitador de cara a participar en una subasta electrónica, ello supondría necesariamente la nulidad de lo actuado, aunque el posterior desarrollo de la subasta no garantice que la admisión de dicho licitador pudiera suponer la modificación del resultado de la misma⁸³³.

2.3 Desarrollo de la subasta y presentación de pujas

La subasta electrónica podrá desarrollarse en varias y sucesivas fases.

Durante el desarrollo de la subasta o de cada una de sus fases, se ha de comunicar a los participantes, de manera instantánea, la información que, como mínimo, le permita conocer en todo momento su clasificación en la subasta. En el caso de que existan otros valores o precios, presentados por el resto de licitadores, ello se hará saber con carácter previo.

Se podrá dar a conocer el número de participantes en la subasta o sus fases, pero, en ningún caso será posible la identificación de los mismos. A tales efectos, como se ha podido observar, se establece la sola comunicación de los resultados de la evaluación previa de la propia oferta y no la del resto de licitadores, toda vez que la publicidad y transparencia de la determinación del adjudicatario quedará asegurada por la ejecución del procedimiento de subasta. En cumplimiento de dicha obligación, el ente adjudicador deberá cuidar que no solo se evite poner a disposición de los licitadores los datos de identificación de sus competidores, sino también cualquier otro elemento que pueda servir como elemento identificador que, aunque nos los convierta en sujetos

⁸³¹ A pesar de lo cual, dada su trascendencia respecto de la esfera jurídica de los licitadores se exigía su debida notificación antes del acto de adjudicación —*vid.* RTACRC 835/2014, de 7 de noviembre—

⁸³² RTACRC 837/2014, de 7 de noviembre.

⁸³³ STJUE, Sala Primera, de 7 de abril de 2016, C-324/2014, par. 81.

identificados, sí los instituya, potencialmente, como identificables. Entre estos elementos, que pueden funcionar como identificadores, pueden encontrarse los valores que los mismos hayan otorgado en sus ofertas iniciales. Así, si parte de estos valores se han hecho públicos con anterioridad, será posible que quien haya asistido al acto en el que se ha llevado a cabo la apertura de los sobres y la publicidad de dichos extremos, podrá conocer, con mayor o menor exactitud, la identidad y posición de todos o parte de sus competidores en el caso de que los mismos se indiquen a tiempo real durante la ejecución de la subasta a fin de que cada participante pueda conocer su posición y las mejoras ofrecidas por el resto de oferentes. No obstante, en determinadas circunstancias en las que se han apreciado posibles brechas a este anonimato de los competidores en la puja, el TACRC no ha optado por una postura de carácter objetivo sobre la base de la cual declarar la nulidad de lo actuado por la mera comprobación de la posible existencia de dichas grietas, sino que, nuevamente, se ha optado por una interpretación finalista o causalista, procediendo a analizar si en las circunstancias del caso concreto se puede inferir o concluir, de manera inductiva, una posibilidad real de identificación que pueda originar un posible falseamiento de la competencia en la subasta por esta vía⁸³⁴.

De otra parte, la subasta requerirá que todos los criterios de adjudicación establecidos para la determinación de la mejor oferta permitan su expresión mediante cifras o porcentajes, así como su evaluación y ponderación objetiva y mediante fórmulas, pudiendo incluir dentro de estos criterios de adjudicación el del coste del ciclo de vida. Ante la ausencia de dicho óbice, la subasta electrónica podrá ser empleada en el seno de procedimientos abiertos, restringidos, negociados o basados en un acuerdo marco o en un sistema dinámico de adquisición.

2.4 Finalización de la subasta

Tras el tiempo de presentación de pujas, la subasta podrá finalizar al término de la fecha y hora previamente indicadas, el transcurso de un plazo predeterminado desde la presentación de la última puja⁸³⁵ o una vez finalice el número de fases de la subasta que se haya indicado. A la finalización de la misma, se procederá a la adjudicación del contrato a quien haya quedado en primer lugar. En el caso de que el momento en el que se efectúe la última puja sea determinante a cualquier efecto y, principalmente, para determinar su duración, puede darse la problemática de que entre la tramitación de la operación en el sistema del licitador y su recepción por la plataforma de la subasta transcurran unos segundos con fuerte relevancia jurídica. En este caso, podemos observar que se genera una problemática de difícil resolución. Así, desde el punto de vista del licitador que ha tratado de apurar la presentación de la oferta a la vista de las

⁸³⁴ RTACR 64/2013, de 6 de febrero, rec. 339/2012, FD Séptimo.

⁸³⁵ En el caso de que este sistema de terminación de la subasta no vaya acompañado de un umbral mínimo de mejora se podrán dar situaciones disfuncionales de prolongación infructuosa de la misma, como sucede en el caso analizado por la RTACR 64/2013, de 6 de febrero, rec. 339/2012, FD Decimoprimerero.

reglas de público conocimiento, se trataría de hacer valer la existencia y contenido de un recibo de la presentación efectuada en el registro electrónico de la propia plataforma destinataria. De modo que en el caso de que se tratara de hacer valer el momento de la recepción, y no el de presentación, se estaría dejando sin ningún efecto el elemento esencial de este tipo de justificantes previsto en el art. 16.3 de la Ley 39/2015, lo que podría tratar de emplearse como elemento que menoscaba su seguridad jurídica a la hora de relacionarse con los poderes públicos. Por su parte, el resto de licitadores podrían poner de manifiesto que ellos no tendrán constancia de la nueva puja hasta que la misma no sea recepcionada en la plataforma y reflejada en la correspondiente clasificación de licitadores, de manera que si se atiende a la fecha de presentación y no a la de recepción, se estarían dejando igualmente sin efecto las previsiones del pliego por las que se señala que desde la última puja que mejore a la anterior por encima de los umbrales mínimos previstos estos tendrán que tener un tiempo mínimo efectivo para recalibrar su situación y medios, a los efectos de decidir la presentación o no de nuevas pujas.

Desde un punto de vista de justicia material y atendiendo a los pliegos como *lex specialis* de la licitación, entendemos plenamente correcta la decisión del TACRC de que en estos casos los efectos jurídicos de las pujas efectuadas se anuden al momento de su presentación⁸³⁶. En efecto, en tal caso lo que se producirá es una prórroga del tiempo para la presentación de las ofertas, tiempo suficiente, dentro de los parámetros anticipados por los pliegos, para que todos los licitadores puedan rearticular su posición a la vista de la última puja. Incluido el último en pujar, quien, a la vista de una mejora posterior, podrá volver a reaccionar. Si unimos a ello que la producción de la prórroga será de público conocimiento para los participantes en la subasta en el momento que esta tenga lugar, se podrá afirmar en esta situación que se sigue la línea más favorable para el interés público, la libre concurrencia y competencia en los términos establecidos en los pliegos y que el único perjuicio esgrimible será de carácter puramente formal, sin trascendencia material alguna, cual es el dejar sin efecto la fecha de presentación de la oferta en cuestión. No obstante, para generar certidumbre sobre estos eventuales casos, sería recomendable que en los pliegos de la licitación se estableciera expresamente, si así fuera necesario, que los efectos anudados a la última de las pujas, en un determinado momento, se predicarán respecto de la hora de recepción y no respecto de la de presentación, siendo visible para todos los licitadores, incluido para aquel que la haya formulado, la hora efectiva de recepción de la puja.

Cuestión distinta se produciría si lo discutido no fuera la ampliación del plazo de la subasta derivado de la última puja efectuada, sino la determinación de si esa última puja se ha efectuado dentro del término de vigencia de la subasta. En este caso, entendemos que la lógica tendría que ser completamente distinta, debiendo ser la hora determinante la de presentación y no la de recepción. Iría en contra de los principios esenciales del

⁸³⁶ Vid. RTACRC 51/2015, de 20 de enero, rec. 1030/2014, FD Quinto.

derecho administrativo e incluso contra la propia funcionalidad recogida en los pliegos, a la hora de regular esta cuestión, que una acción realizada por el administrado, dentro del tiempo conferido, fuera dejada sin efecto por extremos de funcionamiento de la Administración ajenos a aquel. Así, debe colegirse que los efectos jurídicos en lo que respecta al cumplimiento del plazo conferido para la presentación de pujas deberá anudarse al momento de la presentación de la misma y no al de recepción por aplicación de los principios básicos de seguridad jurídica del ciudadano y de la lectura de los pliegos que ha de realizarse al albur del régimen general que se desprende, entre otros del art. 33 y 21.3.b) de la Ley 39/2015. No obstante, no podemos negar que los pliegos, como ley especial del procedimiento de contratación, podrán establecer una regulación distinta, estableciendo como momento relevante a estos efectos el de recepción de la oferta. No obstante, en el caso de que se opte por esta situación, entendemos que sería indispensable la determinación en los pliegos del tiempo máximo tolerable que puede transcurrir en el sistema entre ambas acciones. En otro caso, hurtada esta información a los licitadores, se podrá estar dando una información sesgada derivada de la sola mención de su duración global, contraria a los principios de libre concurrencia y competencia y, por ende, excediendo de los límites regulatorios del pliego.

Visto desde un punto de vista material, podríamos hacer una traslación de la argumentación efectuada anteriormente. Mediante dicha solución, no se menoscabará materialmente la posición de ninguno de los postores, toda vez que los mismos habrán dispuesto del mismo tiempo para la presentación de las ofertas, siendo conocedores desde el inicio de que hasta la terminación del plazo estipulado el resto de licitadores podrán presentar mejoras y que su margen de maniobra, salvo que se haya establecido en los pliegos un régimen de prórrogas finales sucesivas del modo antes mencionado, conforme se acerque dicho término será cada vez menor, hasta hacerse prácticamente inexistente. Siendo la única defensa que tendrán en los prolegómenos finales de la misma la presentación de su mejor oferta. Dicha situación será connatural al propio diseño de la subasta y derivará de los pliegos que han sido aceptados en su integridad al momento de su participación. Por tanto, ningún perjuicio se podrá predicar al respecto. Al tiempo que, como se ha indicado, esta solución será la que mejor contribuya a la prosecución del interés público.

En cuanto a las eventualidades que se puedan producir durante la ejecución de la subasta, dada su verificación en tiempo real, tales como fallos técnicos que perjudiquen o interrumpan la conexión, el licitador deberá asumir los efectos negativos derivados de aquellas, salvo que se demuestre que tales anomalías sean imputables a la plataforma de subasta electrónica y/o su correspondiente gestor, recayendo la carga de la prueba, como es evidente, sobre el licitador que alegue haber sufrido los problemas técnicos y/o pérdida de la conexión⁸³⁷. Cuando los problemas técnicos deriven de la plataforma, sería

⁸³⁷ RTACPCM 26 de noviembre de 2015, rec. 192/2015

muy conveniente la previsión de un protocolo de actuación en los pliegos al generar un clima de seguridad jurídica, debiendo tenerse en cuenta que dicho protocolo no permita la cristalización de situaciones de irregularidad susceptibles de romper el equilibrio y la igualdad entre los postores⁸³⁸, siendo aplicable, por analogía, de producirse dicha irregularidad, lo establecido en el art. 32.4 de la Ley 39/2015.

En todo caso, las acciones englobadas dentro de la ejecución de la subasta se han venido a definir como actos de trámite cualificados que afectan a la esfera jurídica de los oferentes y, por tanto, susceptibles de recurso⁸³⁹.

La LCSP viene a establecer, expresamente en su art. 143.11, la posibilidad de emplear este sistema de adjudicación para los contratos “cuyo objeto tenga relación con la calidad alimentaria”.

3. EFECTOS ESPERADOS DE LA SUBASTA ELECTRÓNICA Y POSIBLES CONTRAINDICACIONES

La razón de ser de este sistema de adjudicación se encuentra en la intención de poder obtener con su funcionamiento la mayor eficiencia por el lado de la oferta, al incentivar a los operadores económicos para que ofrezcan sus mejores condiciones, así como por el lado de la demanda, toda vez que la automatización en la evaluación de los criterios de adjudicación se confiará a un sistema completamente transparente y libre de sesgos. Igualmente, el hecho de su ejecución en tiempo real, y la posibilidad de consultar los resultados arrojados por las sucesivas prórrogas, ha venido a calificar a este sistema como “más transparente que los procedimientos de licitación tradicional”, lo que incrementará la confianza, tanto por parte de la ciudadanía en su conjunto como por parte de los operadores económicos, fomentando, en este último caso, su participación⁸⁴⁰.

Desde otro punto de vista, se ha considerado la posibilidad de que el empleo de las subastas, en determinadas circunstancias, pueda provocar disfunciones⁸⁴¹. Entre ellas puede destacarse, en primer lugar, la posibilidad de que la confluencia y presión competitiva, facilitada por el sistema de funcionamiento de la subasta, favorezca la presentación de ofertas anormalmente bajas que no sean realmente viables. No obstante,

⁸³⁸ Vid. RTARC 64/2013, de 6 de febrero, rec. 339/2012, FD Octavo.

⁸³⁹ RTACPCM 26 de noviembre de 2015, rec. 192/2015.

⁸⁴⁰ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Las subastas electrónicas en la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales», *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 144, 2016, p. 60, sobre la base de la cita de ARROWSMITH y de BERNAL BLAY.

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 2, sobre la base del Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, A/CN.9/WG.I/WP.35, p. 5.

ello podría ser contrarrestado con una determinación certera y adecuada de dicho umbral, tal y como se ha analizado anteriormente a lo largo del presente trabajo.

También, se ha venido a poner de manifiesto la posibilidad de que las subastas no permitan generar economías de escala o que, en el caso de que lo consigan, los beneficios derivados de aquellas se vean neutralizados o, incluso, superados por los “costes ocultos” propios del funcionamiento de la subasta electrónica. Respecto de dichos eventuales inconvenientes, ha de tenerse presente que la generación de economías de escala no es el cometido de la subasta electrónica. La obtención de las mismas podrá venir facilitada o procurada por el sistema de licitación escogido, pero no por el medio de adjudicación que se establezca para este. Así, ha de aceptarse que las economías de escala derivarán de las reducciones del precio que puedan obtenerse por la adquisición en un solo acto de una cantidad significativa de producto. Factor en el que no influirá el sistema de adjudicación escogido, toda vez que dicho parámetro deberá venir predeterminado en los pliegos de la licitación.

Ahora bien, sí podemos estar de acuerdo con lo afirmado en determinados sectores en relación a que la subasta electrónica no contribuye a la mejora de las ofertas que podrían obtenerse a través de sistemas de adjudicación diferentes. Fenómeno o, mejor dicho, ausencia del mismo, que puede derivarse, alternativa o conjuntamente, de una estructura de la oferta donde el número limitado de oferentes es capaz de reducir de manera estructural su confluencia competitiva, o de una configuración de los pliegos que establezca, por sí misma, un límite inferior, claro y general para los operadores económicos, en el caso de que estos tengan decidido ajustarse al mismo para obtener la mayor puntuación reservada a este factor.

Un ejemplo de lo anterior, lo encontramos en aquellos pliegos donde el ente adjudicador viene a establecer, de manera expresa, la cifra por debajo de la cual se considerará a la oferta incurso en temeridad⁸⁴². En estos casos, el establecimiento de un límite claro e invariable de las ofertas más bajas que serán consideradas como viables conducirá, salvo existencia de error en su determinación y/o carencia acusada de competencia en el sector, a que dicho mínimo sea alcanzado sin la necesidad de adjudicación a través de una subasta electrónica. En los anteriores supuestos, en los que el procedimiento de adjudicación puede resultar inocuo, consideramos que, efectivamente, no se deba recurrir a la subasta electrónica, teniendo en cuenta la existencia de unos costes asociados a la puesta en marcha de la herramienta y de su mantenimiento que carecerán de posibilidad de amortización de la inversión.

⁸⁴² Vid. Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación del servicio de mediación y administración de seguros a contratar por EMASESA (2020-2024), nº de expte. 030/20, pp. 36 y 37 y Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del procedimiento número AB10/2020 de la Universidad Internacional de Andalucía, p. 65.

En tercer lugar, se ha puesto de manifiesto la dificultad de que, a través de la subasta electrónica, puedan ser considerados de forma adecuada determinados elementos (distintos del precio) relacionados con la calidad del producto y obra, así como las relaciones entre comprador y proveedores. Desde nuestra óptica, en este caso, nos encontramos ante una crítica del sistema de adjudicación que, más que poner de relieve deficiencias del mismo, lo que viene a manifestar es la necesidad de tener claros los límites objetivos en los que este instrumento puede ser empleado. Por tanto, no podemos considerar que el algoritmo o fórmula que rija la subasta pueda deformar la valoración de un determinado criterio de adjudicación. La plasmación de dicho extremo en cifras o porcentajes ya habrá sido efectuada en los PCAP, de manera que, necesariamente, deberán ser valorados en idéntica forma a como se haría con la subasta electrónica, aunque se hiciera a través de medios tradicionales o que prescindan de una fase de ejecución de carácter repetitivo y de sucesión de presentación de mejoras de las ofertas iniciales. Ello, en todo caso, lo que vendría a expresar es un fallo en la formulación de los pliegos, bien por haber descuidado determinados aspectos esenciales para garantizar la mejor relación calidad precio de las ofertas, o por una mala formulación a la hora de determinar la forma de valoración de los mismos. La subasta sí podría generar una disfunción, si en el ímpetu descontextualizado por acudir a su utilización se tratara de forzar la formulación de los criterios de adjudicación de un procedimiento de licitación, tratando de expresar en cifras o porcentajes cuestiones de la oferta que, de este modo, no contarán con una adecuada valoración o, directamente, promoviera prescindir, por cuestiones funcionales o formales, de elementos materialmente trascendentes. En el mismo sentido, podría aceptarse que la subasta pueda provocar efectos negativos en la configuración de la competencia del sector, la innovación técnica y las prácticas innovadoras, si como resultado de una planificación de los procedimientos de contratación, al querer forzar su encuadre dentro del ámbito objetivo de la subasta electrónica, como forma de adjudicación, se pretenda facilitar dicha posibilidad mediante una plasmación excesivamente protagonista o, incluso, exclusiva del precio como criterio de adjudicación.

En cuarto lugar, se viene a establecer que las subastas electrónicas pueden generar conflictos de intereses. El ejemplo que se pone en este punto lo es entre las empresas de programas informáticos y las empresas intermediarias u operadoras en el mercado electrónico. Si con esto pretende señalarse un acercamiento entre ente adjudicador y fabricante del producto, ello no debería suponer un menoscabo para el primero, sino una ventaja, ya que se reducirán los gastos de transacción. Si bien, entendemos, como hemos indicado anteriormente, que este efecto no depende del sistema de adjudicación establecido, sino de la forma y procedimiento de la licitación. Por su parte, si lo que quiere señalarse es la posibilidad de que las empresas dedicadas a la puesta en funcionamiento de los programas informáticos empleados, para la ejecución de la subasta electrónica, pueden suministrar información privilegiada a los operadores económicos de su entorno más cercano, debe señalarse que, ante un buen

funcionamiento de la convocatoria y de su correspondiente publicidad, dicha información privilegiada no debería versar sobre aspectos relativos al funcionamiento de la herramienta, sino a la filtración de elementos sustantivos respecto a la ejecución de la subasta del concreto procedimiento que se trate. Por ejemplo, la identidad de los demás operadores económicos cuya participación esté prevista. En efecto, ello supone un riesgo que habrá que prever a través de las oportunas medidas en el contrato de prestación de servicios, suministros y/o mixto, por el que se obtenga la prestación de servicios del gestor de la plataforma de subasta.

Finalmente, se viene a poner de manifiesto como riesgo de la subasta electrónica el hecho de que la misma pueda generar una mayor vulnerabilidad del mercado a prácticas colusorias, especialmente donde exista reiteración de un mismo grupo de operadores económicos que se presenten a las licitaciones relacionadas con ese objeto del contrato. No podemos coincidir con este punto de vista toda vez que la actividad colusoria no desaparecerá por el mero hecho de establecer como sistema de adjudicación un sistema de subasta electrónica. Además, en el caso de que alguien reduzca artificialmente su puja para resultar adjudicatario de la misma y, posteriormente, retirarse del procedimiento, entendemos que, vista esa posibilidad, el resto de operadores económicos a los que se trate de perjudicar podrán ajustar sus precios al máximo posible a los efectos de quedar en un segundo puesto. De hecho, como se ha tenido ocasión de analizar, una de las principales trabas a la competencia y posibilidades de colusión surge a raíz del establecimiento del umbral de la anomalía de baja de las ofertas. Umbral del que pueden derivar una serie de incertidumbres que aboquen a los oferentes a no arriesgar y ofrecer precios superiores a los que estarían dispuestos, con el consiguiente riesgo de que dicha lógica, aunque les asegure su presencia en la licitación, no les permita resultar adjudicatarios. Pues bien, en el desempeño de una subasta electrónica, estos operadores económicos podrán mejorar su oferta inicial, incrementada en cuanto al precio por criterios de prudencia, procedimental y formal, derivada del funcionamiento de un procedimiento administrativo de compra pública, para ajustar al máximo su oferta atendiendo, exclusivamente, a las limitaciones de su estructura de costes con una mayor seguridad y pudiendo salvar los obstáculos que a este respecto haya podido generar la actividad colusoria de los operadores económicos.

Las limitaciones funcionales de la subasta, con los eventuales escenarios no deseables a los que puede dar lugar en alguno de los casos comentados y puestos de manifiesto por la doctrina, han motivado que en determinados países, como Reino Unido, se implementen medios de asesoramiento a los operadores económicos a los efectos de evaluar la pertinencia del empleo de la subasta electrónica ante determinados supuestos. Así, como pone de manifiesto GALLEGO CÓRCOLES⁸⁴³, en el referido país encontramos una herramienta electrónica desarrollada por la Office of Government Commerce —

⁸⁴³ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Breves notas sobre el uso de medios electrónicos en la contratación pública», cit., p. 332.

OGC— orientada a la realización de la mencionada ponderación sobre la base de cuatro variables: - la composición de los operadores económicos que conforman la oferta del mercado y el interés de los mismos en acceder a la licitación, dado su presupuesto base; - la naturaleza y complejidad del producto demandado; - el valor estratégico del producto en cuanto a su necesidad por el ente adjudicador y las facilidades de su suministro; y - la naturaleza de los criterios de adjudicación que se pretenden emplear.

La limitación del art. 143 de la LCSP sobre la imposibilidad de emplear la subasta electrónica en relación a las prestaciones de carácter intelectual, más allá de que nos encontremos ante un concepto jurídico indeterminado⁸⁴⁴, que la jurisprudencia y doctrina administrativa ha de ir concretando de manera progresiva y tópica, presenta una total lógica y coherencia con el art. 145.3.g) de la LCSP, en tanto en cuanto dicho precepto establece que en este tipo de contratos “el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación”. En efecto, de ello no se desprende que el resto de criterios de adjudicación que deban de acompañar al precio deban ser de carácter subjetivo, pero, dada la naturaleza de los mismos, sí deberán referir elementos propios de la capacidad/curriculum de los licitadores, de tal manera que, aunque tales criterios de adjudicación resultaren evaluables de manera automática y expresables mediante cifras, los mismos no podrán alterarse por parte del operador económico, sino que en cada momento, presentarán un valor unívoco que no permitirá su mejora a la vista de las ofertas del resto de licitadores. En todo caso, resulta posible su utilización por cualquier ente adjudicador⁸⁴⁵.

V. SUJETOS INSTITUCIONALES ESPECIALMENTE VINCULADOS A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: LAS CENTRALES DE COMPRA

1. LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR EUROPEO A LA FRAGMENTACIÓN DE LOS PODERES ADJUDICADORES EN LOS ESTADOS MIEMBROS

Un problema extendido dentro de la estructura de los poderes adjudicadores en la Unión Europea es su marcada fragmentación, especialmente, en el ámbito de las administraciones locales. Esta se caracteriza no solo por un elevado número de estos entes, sino por el reducido número de población que aglutina dentro del ámbito territorial de su competencia. En Italia, más del 70 % de los municipios tienen una

⁸⁴⁴ Sobre esta problemática véase PUERTA SEGUIDO, F., «Instrumentos para la contratación electrónica en la Ley 9/2017: la subasta electrónica», cit., pp. 91 y 92.

⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 93.

población inferior a los 5.000 habitantes, cifra que se eleva en España al 84 %, con un total de 6.827 municipios por debajo de dicha población⁸⁴⁶.

El reducido tamaño del ente adjudicador, por lo general, viene a implicar la ausencia de medios y personal necesario para una adecuada gestión de los procedimientos de contratación pública, así como una fuerte extensión cuantitativa de las fuentes de información sobre la materia, abonando el campo al mantenimiento de unos sistemas y procedimientos de contratación cualitativamente inadecuados y permeables al riesgo de la corrupción⁸⁴⁷, al tiempo que no contribuyen a reducir la inseguridad de los propios poderes adjudicadores sobre la posibilidad de una planificación y una consecución de objetivos de carácter estratégico en sus procedimientos de contratación pública⁸⁴⁸. Ante ello, en Europa se ha presentado, como reto necesario en este ámbito, una racionalización y una recualificación de los poderes adjudicadores a fin de conseguir el objetivo de las directivas europeas de 2014 de incrementar la eficiencia de los contratos y, con ello, la reducción y optimización del gasto público; e incluso, a favor de la posibilidad de acceder a las PyMEs y empresas de terceros Estados miembros a los procesos de licitación. En el caso de Italia existen unos 37.000 entes adjudicadores, los cuales, a su vez, dan lugar a 60.000 centros de compra⁸⁴⁹. En España, partiendo del dato de que los entes adjudicadores con su perfil alojado en la PCSP son 17.484⁸⁵⁰, y de que dicha plataforma, como hemos visto en el epígrafe I.2 de la Introducción, engloba un tercio del volumen total de la contratación pública en España, podría estimarse que el número de entes adjudicadores se sitúa en torno a los 50.000⁸⁵¹.

Ante ello, se ha planteado como respuesta posible a la necesidad de mejorar la eficiencia y la efectividad de la contratación pública, el establecimiento de acuerdos de colaboración entre poderes adjudicadores, tendentes a la agregación de sus respectivas demandas, con los esperados efectos de “economías de escala, incremento del poder de compra por parte de los poderes adjudicadores y permitir la posibilidad de aunar sus habilidades y experiencias al tiempo que comparten los riesgos y costes relacionados

⁸⁴⁶ *Vid.* nota 93.

⁸⁴⁷ GUERRA, M. P., «Dalla spending review a un “sistema” del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti tra centralizzazione e policentrismo», cit., p. 1. En el mismo sentido véase VANDELLI, L., «Les riformes territoriales en France et en Italie: parallélismes et divergences», 2014, Paris, Audition au Senat sur le project de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République.

⁸⁴⁸ BUTLER, L., «Innovation in Public Procurement: Towards the “Innovation Union”», cit., pp. 346 y 347. En igual sentido véase RACCA, G. M., «Joint procurement challenges in the future implementation of the new directives», cit., pp. 225 a 226.

⁸⁴⁹ GUERRA, M. P., «Dalla spending review a un “sistema” del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti tra centralizzazione e policentrismo», cit. P. 1. En el mismo sentido véase L. Vandelli “Les riformes territoriales en France et en Italie: parallélismes et divergences”. Audition au Senat sur le project de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République. Paris. 27/11/2014

⁸⁵⁰ MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», cit., p. 46.

⁸⁵¹ Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, Informe anual de supervisión de la contratación pública de España, cit., p. 32.

con el procedimiento de contratación pública”⁸⁵². A este último respecto, RACCA ha señalado que las ventajas de la agregación de la demanda no solo se manifestarán en una mayor posición negociadora de los poderes adjudicadores en el mercado, sino que además permitirá eliminar las deficiencias en la contratación derivadas de la falta de habilidades profesionales suficientes, propias de pequeños poderes adjudicadores y/o unidades de contratación, toda vez que la disminución de la fragmentación de las unidades de compra, implicará, a su vez, la disminución de la dispersión de las habilidades técnicas y económicas de los responsables de aquellas⁸⁵³. Fruto de lo cual, se favorecería la transparencia de la actividad de estos entes, así como la efectividad del principio de igualdad de trato de los operadores económicos⁸⁵⁴.

Incluso, se ha señalado que los sistemas de agregación de demanda de distintos poderes adjudicadores pueden constituir una importante herramienta, a la hora de fomentar el empleo de la contratación pública, como un instrumento de impulso de la innovación, toda vez que la misma permite una distribución del riesgo entre diferentes agentes actuantes. Extremo, que puede incrementar su atractivo, así como hacerlo viable dentro del campo de acción de pequeños poderes adjudicadores que no podrían tratar de llevar a cabo tales compras innovadoras de otro modo⁸⁵⁵.

Finalmente, como ventajas de la agregación de la demanda de los entes adjudicadores se ha predicado la potencial consecución de reducción de costes procedimentales y de transacción derivados de la compra pública⁸⁵⁶, así como la extrapolación de la materialización de las decisiones de aquellos en el presente a un entorno ajeno, con la consiguiente facilitación del escrutinio y la auditoría por parte de terceros⁸⁵⁷.

No obstante, estas soluciones, sin una adecuada clasificación y división por categorías y lotes, podrían tener como contrapartida el favorecimiento de las grandes empresas ante el previsible aumento del tamaño de las ofertas demandadas; así como favorecer la realización actividades colusorias entre los operadores económicos y la reducción de la competencia real del mercado de la contratación pública⁸⁵⁸. Junto a estos efectos de

⁸⁵² BUTLER, L., «Innovation in Public Procurement: Towards the “Innovation Union”», cit., p. 378.

⁸⁵³ RACCA, G. M. Y OTROS, «Nuovi modelli organizzativi per il “joint procurement” e l’innovazione dei contratti pubblici in Europa», cit., p. 375.

⁸⁵⁴ RACCA, G. M., «Joint procurement challenges in the future implementation of the new directives», cit., pp. 225, 228 y 234.

⁸⁵⁵ BUTLER, L., «Innovation in Public Procurement: Towards the “Innovation Union”», cit., p. 380.

⁸⁵⁶ Término empleado sobre la base del expresado en el art. 37.2 de la Directiva 2014/24/UE a la hora de referirse al poder adjudicador al que la central de compra ofrece sus servicios.

⁸⁵⁷ MONZÓN MAYO, M. J., «Los acuerdos marco», en *Contratación Pública Local. Conceptos esenciales y aspectos prácticos. Adaptado a la Ley 2/2011 de Economía sostenible*, Madrid, Wolters Kluwer, 2011

⁸⁵⁸ FIORENTINO, L., «Il modello Consip: profili evolutivi», en BROGGI, D. (coord.) *Consip: il significato di un’esperienza. Teoria ed pratica tra e-Procurement ed e-Government*, FrancoAngeli, 2008, pp. 56 y 57; DI LASCIO, F., «Le centrali di committenza», en GALLO, S. (coord.) *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2014, p. 100; Considerando 59 de la Directiva 2014/24/UE.

carácter económico, la doctrina ha señalado que esta agregación de la demanda podrá provocar dificultades de adaptación del producto a las necesidades de cada ente adjudicador⁸⁵⁹, así como una pérdida de la autonomía de aquellos en el diseño de la contratación pública como un elemento de carácter instrumental para el apoyo a la realización de sus competencias, prestación de servicios públicos y diseño de políticas públicas⁸⁶⁰.

Sobre esta problemática, VARONE⁸⁶¹ ha señalado que la agregación de la demanda predicada en el seno de la legislación europea, todavía en una fase incipiente, puede llevarse a cabo mediante una doble vía: con la reducción de las administraciones que pueden actuar como poderes adjudicadores —considerando 59 de la Directiva 2014/24/UE—, o potenciando las centrales de compra o más en general, potenciando la actuación conjunta de los poderes adjudicadores —considerando 69 de la Directiva 2014/24/UE—. Pese a la referencia a ambas vías llevada a cabo por el legislador europeo, el desarrollo de la primera de ellas carece del establecimiento de pauta alguna, habiendo limitado su regulación general para la segunda de las vías indicadas.

En todo momento, la racionalización de la marcada fragmentación de los entes adjudicadores en los Estados miembros ha de ser contemplada como un objetivo programático de la normativa europea, viniendo a constituir, verdaderamente, un “objetivo-instrumento” dirigido a alcanzar otros fines últimos, tales como reducir los precios de aprovisionamiento de los poderes públicos en los procedimientos de contratación pública, aumentar la presión competitiva de los operadores económicos y mejorar la competencia y profesionalidad de los gestores a cargo de los compradores públicos⁸⁶².

1.1 Las centrales de compra

La forma más extendida a la hora de materializar esta agregación de las demandas de diversos entes adjudicadores ha sido la de su canalización a través de entes especializados y constituidos específicamente para este propósito: las centrales de compra. Su definición es recogida en el art. 2.1.16 de la Directiva 2014/24/UE indicándose que son “un poder adjudicador que realiza actividades de compra centralizadas y, eventualmente, actividades de compra auxiliares”.

⁸⁵⁹ Como se señala en RACCA, G. M., «Joint procurement challenges in the future implementation of the new directives», cit. P. 227, la compra conjunta puede originar planificaciones estratégicas de abastecimiento de mayor eficiencia, pero difíciles de comprender desde el punto de vista de la actuación individual de un único poder adjudicador.

⁸⁶⁰ SÁNCHEZ GRAELLS, A. Y OTROS, «Impact of public procurement aggregation on competition. Risks, rationale and justification for the rules in directive 2014/24», cit., pp. 145 a 147.

⁸⁶¹ VARONE, V., «Il novo Codice dei contratti pubblici. La qualificazione delle stazioni appaltanti», cit., p. 12.

⁸⁶² *Ibid.*, p. 13.

Aunque la Directiva 2004/18/CE ya las preveía y definía —vid. artículo 1.10—, no venía a establecer una regulación sustantiva de las mismas⁸⁶³. Por el contrario, la Directiva 2014/24/UE sí ha incorporado su regulación, principalmente, en su art. 37. En efecto, la implementación de sistemas de agregación de demanda de diversos poderes adjudicadores se ha asociado habitualmente con la introducción de sistemas electrónicos⁸⁶⁴. Compra conjunta y electrónica se han contemplado como fenómenos que presentan importantes sinergias, en tanto que la desmaterialización de la información y de las interrelaciones entre los sujetos implicados facilitaría la deslocalización de los procedimientos de compra respecto de sus núcleos anteriores, al tiempo que la mayor profesionalización del sujeto agregador facilitaría una mayor disponibilidad de las TIC y destreza en su utilización⁸⁶⁵.

De hecho, por este motivo, el empleo de medios electrónicos, que se difería o podía diferirse para los poderes adjudicadores de los distintos Estados miembros de 24 a 30 meses, se establece de forma preceptiva e inmediata para las centrales de compra —arts. 37.3 y 90.2 de la Directiva 2014/24/UE—, al tiempo que se prevé que “todos los procedimientos de contratación dirigidos por una central de compras se llevarán a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos”.

Esta regulación de la Directiva 2014/24/UE responde a una dinámica previa, extendida en diversos Estados miembros, por la que se ha dado lugar a centrales de compra establecidas y desarrolladas en virtud de diversos instrumentos jurídicos. Así, en algunos de ellos, se han constituido como sociedades de responsabilidad limitada de capital público, como es el caso de HANSEL en Finlandia, CONSIP en Italia y SKI en Dinamarca. En otros casos, el sistema utilizado es el de establecimiento de organismos públicos *stricto sensu*, como es el caso de UGAP en Francia. Y, finalmente, podemos encontrar ejemplos de sociedades de capital público y privado como NHS Supply Chain en el Reino Unido. Por su parte, las regulaciones nacionales pueden establecer si las centrales de compra han de limitar su actividad a determinados sectores, si pueden concertar acuerdos marco en calidad de intermediarios —voluntarios o preceptivos para

⁸⁶³ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Demanda agregada en el ámbito local», en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (coord.) *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 288 y 295. Como señala la autora, la definición en ambas directivas de la central de compras como un poder adjudicador es, probablemente, el núcleo de la regulación europea de esta materia. Así las cosas, por disposición de la normativa europea, la relación de un ente adjudicador con una central de compras no quedará sujeta a la normativa sobre contratos públicos, en tanto en cuanto la segunda sea un poder adjudicador que aplique dicha normativa en su actuación frente a los operadores económicos.

⁸⁶⁴ Véase al respecto el considerando 60 de la Directiva 2014/24/UE.

⁸⁶⁵ MARONGIU, D., «Acquisti aggregati automazione, trasparenza e ruolo del software. L'esperienza italiana», cit., p. 441; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «Sistemas de contratación pública electrónica con aplicación en la compra pública conjunta y agregada», cit., p. 413.

los poderes adjudicadores según la normativa nacional—, o actuar como mayoristas de los poderes adjudicadores a los que agrupan.

Las centrales de compra pueden mostrar un doble patrón de comportamiento como sujeto que participa de manera activa en el diseño, preparación y/o ejecución de los procedimientos de compra. Por un lado, pueden actuar como mayoristas de los poderes adjudicadores, esto es realizando unos primeros procesos de contratación a través de los cuales se proveen de los diversos suministros y servicios que, posteriormente, revenderán a los poderes adjudicadores. De otro, podrán actuar como intermediarios encargados de llevar a cabo los procesos de licitación, realizar acuerdos marco o implementar medios de adquisición dinámicos, ya sea de forma autónoma, ante unas instrucciones poco definidas del poder adjudicador en cuestión, o bien por cuenta de aquellos bajo su detallada dirección⁸⁶⁶.

Adicionalmente, las centrales podrán prestar actividades auxiliares de compra, definidas por el art. 2.15 de la Directiva 2014/24/UE como aquellas dirigidas potencialmente y, en primer lugar, a facilitar al poder adjudicador el aprovisionamiento de infraestructuras técnicas orientadas a que estos puedan desenvolver directamente sus propios procedimientos de compra pública o la celebración de acuerdos marco. Esta función auxiliar podrá también dirigirse a ofrecer asesoramiento en el diseño del procedimiento de contratación, o en la preparación directa y gestión de los mismos por cuenta del poder adjudicador, en cuestión. A tal fin, incluso, se podrán facilitar las herramientas necesarias para el seguimiento de su actividad, con la finalidad de parametrizar algunos rasgos de su actividad, permitiendo posteriormente diseñar de manera más eficiente sus necesidades de contratación o facilitar personal que permita el diseño estratégico de sus políticas de compra⁸⁶⁷.

En tercer lugar, esta actividad podrá consistir en la preparación y gestión de procedimientos de contratación por cuenta de otros poderes adjudicadores.

Actividades auxiliares, que se han de entender provistas sin necesidad de iniciar un procedimiento de contratación en el que se apliquen las normas de la directiva cuando aquellas sean llevadas a cabo por una central de contratación en el ejercicio propio de sus funciones —lo que no quedaba claro en el artículo 36 del borrado de la directiva— o, incluso, cuando aquellas sean previstas mediante contratos no onerosos⁸⁶⁸—. Considerandos 70 y 73 de la Directiva 2014/24/UE—.

⁸⁶⁶ Art. 2.1.14) de la Directiva 2014/24/UE

⁸⁶⁷ PEÑA ALONSO, J., «La Central de Contratación de la Diputación de Burgos. Experiencia práctica en la gestión de acuerdos marco y la licitación electrónica de contratos menores», cit., pp. 173 y 179.

⁸⁶⁸ RACCA, G. M., «Joint procurement challenges in the future implementation of the new directives», cit., p. 240.

Tanto las actividades de compra centralizada y actividades auxiliares se podrán articular en virtud de un contrato de servicios, el cual no quedará sometido a las normas de preparación, licitación y adjudicación de la normativa sobre contratos públicos.

Más allá de esta clasificación, a la hora de analizar las ventajas y funcionalidades de estas centrales de compra, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares lleva a cabo una interesante división o agrupación de las mismas en dos categorías, por un lado, las ventajas de gestión, derivadas de la tramitación “desfragmentada” de los procedimientos de compra pública por parte de entes especializados; y por otro, las denominadas ventajas económicas derivadas de la intervención directa de las centrales de compra en el diseño tramitación y adjudicación de los contratos⁸⁶⁹.

En relación al alcance de la actuación de las centrales de compra, el artículo 39 de la Directiva 2014/24/UE establece una importante novedad al reconocer, expresamente, la posibilidad de que los poderes adjudicadores de los diferentes Estados miembros actúen de forma conjunta en la adjudicación de contratos públicos, bien mediante el establecimiento de acuerdos entre ellos, bien mediante su adhesión a centrales de compra de otros Estados miembros. Así, el artículo 39.2, viene a impedir que los Estados miembros puedan prohibir el empleo de centrales de compra ubicadas en otros Estados miembros, sin perjuicio de que puedan predeterminar los tipos de compra agregada que puedan llevar a cabo, en concreto, mediante la actuación de las centrales de compra en calidad de mayoristas o intermediarios. La ley aplicable a estas centrales de compra, con intervención de poderes adjudicadores procedentes de diversos Estados miembros, será la de aquél en la que se halle ubicada la central de compra —art. 39.3 de la Directiva 2014/24/UE y aplicación del Reglamento Roma I—.

De lo anterior, se desprende cómo el ordenamiento jurídico europeo se pronuncia a favor del establecimiento de centrales de contratación a nivel nacional, si bien mediante el establecimiento de normas sustantivas “en blanco” que permitan un desarrollo nacional completamente libre⁸⁷⁰.

1.2 Acuerdos de compra conjunta

No solo es posible una agregación de la demanda de los entes adjudicadores de carácter institucionalizado mediante la creación y establecimiento de centrales de compra. El TJUE⁸⁷¹ ha indicado que los poderes adjudicadores no han de emplear una concreta figura jurídica a la hora de llevar a cabo sus demandas de manera conjunta. Estaríamos, en tales casos, ante las llamadas cooperaciones horizontales o no institucionalizadas —

⁸⁶⁹ Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, Informe 5/2009, de 18 de diciembre. Posibilidad de que una o más entidades adjudicadoras concluyan un acuerdo marco, p. 10.

⁸⁷⁰ VARONE, V., «Il novo Codice dei contratti pubblici. La qualificazione delle stazioni appaltanti», cit., p. 13.

⁸⁷¹ STJUE, Gran Sala, de 9 de junio de 2009, asunto. C-480/06.

public to public cooperation— que no quedarían sujetas a las prescripciones del legislador europeo en materia de centrales de compra —aunque sí a las pautas indicadas por el art. 38 de la Directiva 2014/24/UE—, siempre y cuando los acuerdos se lleven a cabo, exclusivamente, entre poderes adjudicadores, no exista participación de capital privado, los acuerdos busquen realmente el establecimiento de una cooperación para la realización de procedimientos de compra pública, rigiéndose la cooperación exclusivamente por el interés público. En estos casos, se daría lugar, en términos del TJUE⁸⁷², a una “colusión positiva”. Se descarta, por tanto, que este tipo de cooperación de lugar a tipo alguno de colusión que deba ser evitado, toda vez que la misma se orienta a la consecución de un interés público en beneficio de los ciudadanos. De hecho, la realización de estas asociaciones *pair to pair* entre entes adjudicadores de diversos Estados miembros vendría a constituir una vía de fomento de la competencia intraeuropea de los operadores económicos, pero que requeriría, previamente, el establecimiento de medios eficaces de interoperabilidad lingüística y organizativa —*vid.* Considerando 72 y art. 39 de la Directiva 2014/24/UE—⁸⁷³.

Esta colaboración pública-pública podrá regularse a través de los acuerdos internacionales que, eventualmente, hayan podido establecer los Estados miembros, o, en su defecto, por los acuerdos establecidos entre tales poderes adjudicadores en el que se establezcan los focos de responsabilidad de cada uno de ellos, el ordenamiento jurídico nacional aplicable y la forma y organización interna. Una vez ubicadas las responsabilidades entre los poderes adjudicadores participantes y las disposiciones de legislación nacional aplicables, estas se mencionarán en los documentos de contratación que se lleven a cabo en los procedimientos de compra conjunta —art. 39.4—. Este camino nos lleva también a la posibilidad del establecimiento de estos acuerdos entre centrales de compra de diversos Estados miembros, dando lugar a un sistema de funcionamiento de compra en red a nivel europeo⁸⁷⁴, con el añadido de que la mayor especialización de estos poderes adjudicadores permitirá superar, de manera más plausible, las limitaciones fácticas a estos acuerdos antes referidas.

1.3 Las agrupaciones de derecho europeo

Una tercera forma de establecimiento de plataformas de agregación de demanda de poderes adjudicadores, esta vez a un nivel netamente europeo, la encontramos mediante la posibilidad de creación de agrupaciones europeas de cooperación territorial —AECT⁸⁷⁵—, reguladas por el Reglamento 1082/2006 y modificado por el Reglamento

⁸⁷² STJUE, Gran Sala, de 11 de julio de 2006, asunto C-205/03P.

⁸⁷³ RACCA, G. M., «Joint procurement challenges in the future implementation of the new directives», cit., pp. 234, 235 y 241.

⁸⁷⁴ RACCA, G. M. Y OTROS, «Nuovi modelli organizzativi per il “joint procurement” e l’innovazione dei contratti pubblici in Europa», cit., p. 387.

⁸⁷⁵ Equivalente a las siglas EGTC, correspondientes a la expresión inglesa *European Grouping of Territorial Cooperation*.

1302/2013. De esta forma, la agrupación de derecho europeo llevada a cabo podría actuar como una central de compras, que tendría como único límite el de tratar de actuar con el fin de evitar la aplicación de normativa nacional de carácter imperativo y acorde con la legislación europea. Una experiencia relevante en este ámbito fue la EHPPA, una asociación europea establecida bajo derecho francés creada por poderes adjudicadores de diversos Estados miembros y regulada bajo unos estatutos que le permiten actuar como una central de compras a nivel europeo⁸⁷⁶. Igualmente, puede ser destacado el programa HAPPI, finalizado en el año 2016 y referido al sector de la salud⁸⁷⁷.

La nueva regulación de 2013 relativa a las AECT trata de solucionar el principal obstáculo para el establecimiento de este tipo de organizaciones, consistente en el incumplimiento sistemático del plazo de tres meses originalmente establecido para la aprobación, o no, de estas agrupaciones por las autoridades nacionales competentes⁸⁷⁸. Ante ello, la nueva regulación amplía el plazo de los tres a los seis meses, estableciendo que, en ausencia de objeción —que deberá ser debidamente motivada— por la referida autoridad nacional en el indicado plazo de seis meses, la misma se entenderá tácitamente aprobada, siempre que al menos, el Estado miembro donde se encuentre el domicilio social de la AECT propuesto apruebe formalmente la convención. Sin embargo, la nueva regulación de las AECT no regula las cuestiones derivadas de la adquisición conjunta por parte de poderes adjudicadores pertenecientes a diferentes Estados miembros, tal y como expresamente se indica en el considerando 25 del Reglamento 1302/2013, pese a lo cual reconoce de forma expresa el interés de esta figura jurídica a tal fin, especialmente, en relación con los servicios de interés general.

Esta estructura de agrupación de derecho europeo aporta una base estable, y jurídicamente segura, sobre la que apoyar la cooperación de los agentes pertenecientes a diversos Estados miembros, que facilita la gestión y control de la financiación de estas iniciativas de colaboración⁸⁷⁹. En su constitución, los poderes adjudicadores participantes determinarán la ley aplicable, la duración de la unión y su ámbito material de acción dentro del mercado de la contratación pública a la luz de lo establecido en el art. 39.5 de la Directiva 2014/24/UE. Como ha sostenido RACCA, este tipo de agrupación nos ofrece una herramienta de gran potencial a la hora de contribuir a la cooperación entre Estados miembros y centrales de compra, con el fin de fomentar una contratación pública agregada extra nacional dentro del mercado interno de la Unión Europea⁸⁸⁰.

⁸⁷⁶ RACCA, G. M., «Joint procurement challenges in the future implementation of the new directives», cit. P. 243.

⁸⁷⁷ https://ec.europa.eu/eip/ageing/public-procurement-platform/aha-innovative-solutions/5-happi-project-joint-transnational-eu-tenders_en. Fecha de consulta 15/1/2021. Valoración positiva de este proyecto puede verse en RACCA, G. M. Y OTROS, «Nuovi modelli organizzativi per il “joint procurement” e l’innovazione dei contratti pubblici in Europa», cit., p. 378.

⁸⁷⁸ RACCA, G. M., «Joint procurement challenges in the future implementation of the new directives», cit., pp. 246 y 247.

⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 244.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 248.

2. EL IMPULSO DEL LEGISLADOR ITALIANO DE LA AGREGACIÓN DE LA DEMANDA

En el contexto expuesto al que ha conducido la Directiva 2014/24/UE, en Italia, el art. 1.bb) de la Legge 11/2016 en su delegación para la conformación del d.lgs. 50/2016, efectúa un mandato para la consecución de la “racionalización de los procedimientos de compra”, aplicando “criterios de calidad, eficiencia, profesionalización de los poderes adjudicadores” con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37 de la Directiva 2014/24/UE. En la misma línea, su artículo 1.cc) de la Ley antes citada, se invita al potenciamiento de utilización y regulación del funcionamiento de las centrales de compra.

Las consideraciones anteriores, han dado lugar a una evolución normativa que ha finalizado con la redacción del art. 37 del d.lgs. n. 50/2016 por el que se viene a establecer que, sin perjuicio del preceptivo empleo de medios telemáticos, cuando así haya sido dispuesto, los poderes adjudicadores, con carácter general, pueden proceder autónomamente a la adquisición de bienes y servicios por importe inferior a los cuarenta mil euros, así como a la adquisición de obras por importe inferior a los ciento cincuenta mil euros.

Por su parte, cuando se pretenda actuar por encima de los referidos umbrales de manera autónoma, las Administraciones Públicas habrán de acreditar ante un organismo independiente de ámbito nacional, como la ANAC, la suficiente «cualificación»⁸⁸¹ para la realización de procedimientos de licitación sobre la base de unos criterios que se encuentran pendientes de determinación y cuyo desarrollo se realizará mediante Decreto del Presidente del Consejo de Ministros —art. 38.2—⁸⁸².

La cualificación de las Administraciones Públicas tendrá en cuenta la totalidad del proceso de adquisición de productos, fundamentalmente, en relación a tres ámbitos: la capacidad de planificación y proyección; la capacidad de gestión de la licitación y la

⁸⁸¹ El artículo 38, c. 1 establece como sujetos cualificados *ex lege* al *Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Consip, Ivitalia*, así como los sujetos agregadores regionales referidos en el artículo 9 del d.L. 66/2014 y las ciudades metropolitanas. La adquisición de tal cualificación es necesaria tanto para poderes adjudicadores individuales como para centrales de compras. El art. 38, c. 10 del d.lgs. 50/2016 limita a las Administraciones Públicas la aplicación del régimen de cualificación.

⁸⁸² Transitoriamente, hasta la entrada en vigor de tal Decreto, *ex art. 216 epígrafe 10 del D.lgs. 50/2016*, se entenderán por poderes adjudicadores y centrales de compra cualificados aquellos que se encuentren inscritos en el Anagrafe previsto en el art. 33-ter del *DL 179/2012*. Como señala GUERRA, M. P., «Dalla spending review a un “sistema” del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti tra centralizzazione e policentrismo», cit., 13 y 14, los criterios de cualidad, eficiencia y profesionalización promovidos por el *D.lgs 50/2016* difieren de los establecidos previamente respecto de los sujetos agregadores en los que se tenía en cuenta su volumen de contratación. La enorme trascendencia de la inclusión del sistema de cualificación podría hacer aconsejable, como señala TORCHIA, L., «La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, 161, una primera fase experimental de carácter voluntario. Actualmente, en desarrollo de la previsión en cuestión se ha llevado a cabo el *Schema* del d.P.C.M. registrado el 7 de febrero de 2018.

adjudicación; y la capacidad de verificación de la ejecución y control del procedimiento. Tres ámbitos muy relacionados, pues quien lleva a cabo una adecuada planificación del proceso de contratación se encontrará en mejor posición a la hora de cumplir sus expectativas y garantizar el cumplimiento del contrato proyectado⁸⁸³. La cualificación llevada a cabo por la ANAC tendrá una duración de cinco años, pudiendo ser revisada en cualquier momento durante dicha vigencia, por la ANAC, o incluso (aunque improbable) a petición del propio poder adjudicador. Pese a que no se determina expresamente en el cuerpo de la ley, ha de entenderse que, transcurridos cinco años, el poder adjudicador en cuestión deberá remitir solicitud de clasificación a la ANAC debiendo reiniciarse el procedimiento contemplado en el artículo 38 del d.lgs. 50/2016⁸⁸⁴.

Por su parte, la remisión del art. 38 del d.lgs. al reglamento de desarrollo no confiere a este último un cheque en blanco, sino que se predeterminan expresamente aquellos parámetros que deberán tenerse en cuenta a la hora de valorar los tres ámbitos arriba indicados:

a) Valoración de la estructura organizativa establecida para el desempeño de las labores de planificación, adjudicación y control.

b) Presencia en dichas estructuras de personal especializado para el desempeño de las referidas funciones.

c) Previsión de un sistema de formación —inicial y continuada— del personal encargado de las indicadas funciones.

d) Antecedentes —curriculum— del poder adjudicador en relación a la realización de contratos anteriores, referido tanto a la fase de publicación como de ejecución, indicándose el número de licitaciones desarrolladas ponderadas en función de su importe, tipología y dificultad, variaciones llevadas a cabo, determinación de las diferencias de precio entre el indicado de forma inicial en las bases del contrato y el efectivamente pagado, así como entre los tiempos estipulados inicialmente y los finalmente desempeñados.

e) Respeto de los tiempos de pago a los contratantes —art. 33 DL 14 de marzo de 2013, n. 33—.

d) Valoración positiva de la ANAC en cuanto al establecimiento de medidas de prevención de los riesgos de corrupción.

e) Utilización de sistemas de gestión de la calidad establecidos por el protocolo UNI EN ISO 90001,

f) Utilización de medios telemáticos para la realización de los procedimientos de licitación.

⁸⁸³ VARONE, V., «Il novo Codice dei contratti pubblici. La qualificazione delle stazioni appaltanti», cit., p. 18.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, p. 18.

g) Porcentaje de litigios perdidos por parte del poder adjudicador.

h) Utilización de criterios de sostenibilidad social y medioambiental.

Los entes adjudicadores que superen dicho examen quedarán inscritos en un registro de entes adjudicadores cualificados gestionados por ANAC. Por disposición expresa del art. 38.1 estarán inscritos en dicho registro, en todo caso, el Ministerio de Infraestructuras y de Transportes y los distritos interregionales para la obra pública, CONSIP S.p.A. e INVITALIA, las ciudades metropolitanas y los sujetos de agregación regional establecidos en el artículo 9 del d.L. 66/2014.

Aquellos poderes adjudicadores que no obtengan la suficiente cualificación deberán proceder a la adquisición de bienes, servicios y obras mediante una central de compras o mediante agregación de su demanda con uno o más poderes adjudicadores que sí dispongan de la suficiente cualificación⁸⁸⁵, previéndose que cuando un ente adjudicador solicite a la ANAC la concesión del código de identificación de la licitación —CIG⁸⁸⁶— para la realización de un procedimiento para el que no hayan acreditado su cualificación, éste le sea denegado.

En el caso de los municipios que no sean capitales de provincia se prevé expresamente que, en ausencia de la debida cualificación, los entes agregadores a los que podrán recurrir aquellos serán las centrales de compras cualificadas, las uniones, asociaciones o consorcios de municipios constituidos y cualificados como centrales de compras, o las *Stazioni Uniche Appaltante* —SUA— de las ciudades metropolitanas, o ente de área vasta⁸⁸⁷, con la suficiente y acreditada cualificación. Al respecto, se establece que por medio de Decreto del Presidente del Consejo de Ministros —pendiente de aprobación— se determinarán los ámbitos territoriales de referencia para el establecimiento de centrales de contratación que agreguen la demanda de municipios que no sean capitales de provincia, encuadrando dentro del ámbito nacional una competencia que hasta ahora había sido reservada a las regiones⁸⁸⁸. La leve modificación del primer párrafo del c. 4 del art. 37 del d.lgs. n. 50/2016, efectuada por el art. 1.1 lett. g) d.l. 18 abril 2019 n. 32, resulta muy clarificadora a la hora de revelar la intencionalidad del legislador de que el nuevo sistema de cualificación no establezca un sistema ordinario para el conjunto de los poderes adjudicadores, y otro de rango menor o restringido para los municipios no capitales de provincia, sino que aquel sea accesible para todos y cada uno de los poderes adjudicadores.

⁸⁸⁵ Ibid., p. 15.

⁸⁸⁶ Siglas correspondientes a la denominación en italiano *Codice Identificativo di Gara*.

⁸⁸⁷ El concepto de *Stazione Unica Appaltante* podríamos traducirlo por un Poder Adjudicador Único generalmente constitutivo de entidades de compra supralocales y/o supra provinciales. Por su parte, los entes de área vasta hacen referencia a las provincias y a las ciudades metropolitanas. Sobre el desarrollo de esta figura jurídica véase PAPPANO, D., «Las compras centralizadas de la Administración Pública, entre exigencias de racionalización del gasto y medidas anticrisis», cit., 406.

⁸⁸⁸ Cambio que puede ir ligado a las manifestaciones del considerando 60 Directiva 2014/24/UE sobre la necesidad de determinar precisamente el ámbito geográfico de los acuerdos marco.

Al margen de la habilitación ligada al proceso de cualificación, el art. 37, c. 2 del d.lgs. n. 50/2016 establece una disposición a favor del empleo de medios telemáticos, previendo que para los contratos de bienes y servicios con valor comprendido entre 40.000 y 209.000 euros y de obras comprendidos entre 150.000 y un millón de euros, los poderes adjudicadores, con la suficiente cualificación, deberán proceder al empleo autónomo de los sistemas electrónicos de compra que se hallen disponibles para las concretas categorías de producto y que hayan sido puestos a disposición por centrales de compras cualificadas, tales como la Consip, S.p.A.⁸⁸⁹. Es decir, además de la oportuna cualificación, una vez obtenida, ésta no otorgará una posibilidad de actuación completamente libre, sino que en los procedimientos no sujetos a una regulación armonizada, tal actuación autónoma deberá desarrollarse, necesariamente, a través de los sistemas electrónicos de compra establecidos mediante las plataformas electrónicas de los entes centralizadores.

Así las cosas, nos encontramos con el hecho de que el Ordenamiento italiano aborda el objetivo, y las preocupaciones mencionadas, mediante un original sistema de cualificación orientado a garantizar que todos los demandantes de productos incluidos en el ámbito subjetivo de la ley de contratos deban acreditar una cierta solvencia para poder actuar de manera autónoma, previéndose la concentración de su demanda en caso contrario. Sistema, en el que adquirirá una trascendental importancia el desarrollo de sus concretos criterios de cualificación mediante Decreto del Presidente del Consejo de Ministros previsto en el art. 38.2 del d.lgs. 50/2016, aún pendiente de aprobación, como se ha indicado.

Se trata, pues, de un sistema “innovador” que no encuentra ningún fundamento en relación a la existencia de norma de la directiva de trasposición preceptiva. Si bien, si encuentra su fundamento en el espíritu e intencionalidad de la norma europea, tal y como se deriva de los considerandos 59, 69 y artículo 37 de la Directiva 2014/24/UE⁸⁹⁰. En efecto, por medio de estas previsiones, queda de manifiesto cómo la agregación de la

⁸⁸⁹ CRESTA, S., «Procedure elettroniche e strumenti di acquisto telematici nel nuovo codice dei contratti pubblici», *Urbanistica e appalti*, vol. 8-9, 2016, 985. Como se señala en Broggi, D., *Consip: Il significato di un'esperienza. Teoria e pratica tra e-procurement ed e-government*, cit., p. 25; «Consip. Chi siamo», fecha de consulta 4/12/2020, en <http://www.consip.it/azienda/chi-siamo>, Consip, S.p.A., es una sociedad empresarial participada al 100% por el *Ministero dell'Economia e delle Finanze* y creada en el año 1997. Su trayectoria se vio potenciada con el *Decreto Ministeriale 24 febbraio 2000*, integrándose como un factor clave del modelo iniciado por la *Legge Finanziaria per il 2000*, n. 488/1999, la cual inició ya una política de racionalización y de contención del gasto público con importantes implicaciones en el ámbito de la compra pública, previendo la celebración de acuerdos al respecto por parte del *Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica*, valiéndose incluso para ello de sociedades especializadas. Actualmente este organismo desarrolla su actividad por medio de las *convenzioni consip*, similares a los acuerdos marco y el *Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione* —MEPA—. Este último, como se destaca en la *web* institucional de Consip S.p.A. — <https://www.consip.it/media/news-e-comunicati/consip-nel-2020-gli-acquisti-delle-pubbliche-amministrazioni-sul-mercato-elettronico-della-pa-mepa-raggiungono-i-56-mld-15-rispetto-al-2019>, consultado el 15/1/2021— presentó una negociación de contratos públicos por valor total de 5.600.000.000 euros en el año 2020, distribuidos en 621.000 contratos.

⁸⁹⁰ VARONE, V., «Il novo Codice dei contratti pubblici. La qualificazione delle stazioni appaltanti», cit., p. 117.

demanda deja de ser meramente una facultad de las administraciones, para convertirse en un elemento de carácter preceptivo en caso de ausencia de cualificación, pasando sus únicas vías, para el mantenimiento de su autonomía en el desarrollo de los procedimientos de licitación, por realizar agrupaciones con otros municipios o centrales de compra.

Tal regulación, sin duda, potencia el papel de las centrales de compra. Su regulación se contempla, fundamentalmente, en los arts. 37, 38 y 41 del d.lgs. 50/2016. En concreto, los epígrafes 7 y 8 de su art. 37 establecen que estas centrales pueden adjudicar y celebrar contratos, así como vigilar su ejecución por cuenta de la Administración destinataria final de aquellos; establecer acuerdos marco, actividad en la cual, las centrales cualificadas podrán además proceder a la adjudicación de los contratos que se lleven a cabo dentro de su ámbito; y gestionar los sistemas dinámicos de adquisición y mercados electrónicos. Por su parte, solo las centrales de compra que hayan adquirido la cualificación en los términos antes indicados pueden desarrollar una actividad auxiliar en procesos de licitación desempeñados por otras centrales de compra, o para uno o más poderes adjudicadores, sobre la base de la habilitación que sobre la materia le otorgue su propio nivel de cualificación, así como sobre el ámbito territorial sobre el que se circunscriba su acción⁸⁹¹.

Cuando un poder adjudicador recurra al empleo de una central de compras, el primero solo responderá de aquellas actividades que le sean directamente imputables, mientras que la central de compras será la responsable de que se cumpla la normativa al proceso de licitación en cuestión.

Como alternativa al recurso a las centrales de compra se prevé la asociación entre entes adjudicadores, siempre y cuando uno de ellos tenga la suficiente cualificación. En estos casos, la responsabilidad por el cumplimiento de la legalidad en su realización será solidaria —dispuesta en el art. 1292 del código civil italiano—. Según establece el artículo 10 del d.lgs. 50/2016, en este caso estaremos ante una “agregación en central de compras” de dos o más entes adjudicadores. Sin perjuicio de la responsabilidad solidaria ad extra, siempre que sean identificables e imputables las actuaciones dentro de la licitación, los poderes adjudicadores agrupados procederán a identificar un responsable único para cada uno de aquellos, cuyas funciones serán las establecidas en el artículo 31 del d.lgs. 50/2016. Por otra parte, cuando la unión entre poderes adjudicadores se lleve a cabo tan solo para algunos aspectos de desarrollo de procesos

⁸⁹¹ Los servicios auxiliares definidos en el artículo 3.1.m del d.lgs. 50/2016, tal y como establece el art. 39.1 del mismo cuerpo legal deberán ser llevados a cabo, en todo caso, por centrales de compras cualificadas. En el caso de que se pretenda que tales servicios sean prestados por sujeto distinto, podrá hacerlo —salvo cuando se trate de los servicios auxiliares del art. 3.1.m.4— siempre y cuando tal selección se lleve a cabo mediante un proceso de licitación público.

de licitación, la responsabilidad solidaria de ambas se limitará a aquellos procesos que hayan llevado a cabo de manera conjunta.

3. LA REGULACIÓN DE LAS CENTRALES DE CONTRATACIÓN EN ESPAÑA

Las centrales de compra, bajo la denominación de centrales de contratación⁸⁹² son reguladas en España por los arts. 227 a 230 de la LCSP. El primero de estos artículos, en el primero de sus epígrafes, se refiere a las centrales de compra como “servicios especializados. Denominación que se alinea con el TRLCSP y que parece separarse de la definición dada por el legislador italiano. Así, mientras la Directiva lleva a cabo una caracterización subjetiva de las centrales de compra, la LCSP parece vincular el concepto de central de contratación a una vertiente funcional específica. De tal manera, que cualquier poder adjudicador que actúe “adquiriendo suministros y servicios para otros entes del sector público, o adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos”, tendrá dicha consideración. A grandes rasgos, este distinto enfoque del legislador español no tendrá mayor trascendencia en la práctica, ya que, como ocurría en el caso italiano, la agregación se podrá canalizar, bien mediante entes constituidos *ad hoc* para esta función o a través de otros poderes adjudicadores, generalmente, de mayor alcance territorial. No obstante, sí se aprecian como necesarias dos matizaciones importantes que deberían ser corregidas a la luz de la Directiva 2014/24/UE. Por un lado, que quien actúe como central de compras no solo podrá llevar a cabo las actividades de compra centralizada que se refieren en el art. 227.2 de la LCSP, sino también las actividades de compra auxiliares referidas en la Directiva. Así como que la mención a entidades del sector público —incluidas las que no son poder adjudicador— en el art. 227.1 debe entenderse como sujetos que pueden acceder a dichos servicios especializados, pero no como aquellos otros que los prestan, los cuales deberán ser, necesariamente, un ente adjudicador.

Estos poderes adjudicadores especializados en el ámbito nacional podrán ser creados por la Administración General del Estado, por las Administraciones autonómicas y por las Administraciones locales⁸⁹³. A su vez, los poderes adjudicadores de los referidos niveles territoriales, o dependientes de estos, podrán adherirse a las centrales de compra establecidas en otro ámbito territorial distinto. Amplitud en la autonomía de los entes

⁸⁹² Sobre la mayor corrección del término empleado por el legislador español al ser más riguroso en su aplicación a los contratos de obras y servicios, véase GALLEGO CÓRCOLES, I., «Demanda agregada en el ámbito local», cit., pp. 297 y 298. A ello podría unirse el hecho de que el término contratación podría tener mayor encaje con la actividad de intermediación y con las funciones auxiliares que también desarrollan estas centrales.

⁸⁹³ Ámbito dentro del cual la LCSP refiere expresamente en la DA Tercera punto décimo, que entre los entes locales que puedan proceder a la constitución de centrales de compra se encuentran las asociaciones de entidades locales a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

adjudicadores, a la hora de elegir, en su caso, la central a la que requerir sus servicios, que presenta como contrapeso la determinación expresa, por la LCSP, de que un mismo servicio de compra centralizada o auxiliar no podrá concertarse con más de una central de compras, sin perjuicio de que se pueda diversificar en varias centrales la recepción de estos servicios.

En el ámbito estatal, a la luz del art. 229 de la LCSP y su desarrollo en la Orden EHA/1049/2008, se prevé un sistema de contratación centralizada gestionado por la Junta de Contratación Centralizada, adscrita a la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda y Función Pública, quien prestará apoyo técnico para su correcto funcionamiento. Dicho sistema de contratación centralizada, deberá ser empleado obligatoriamente por los entes adjudicadores de la Administración General del Estado para la compra de obras, bienes y servicios que presenten “características esencialmente homogéneas” a los determinados como centralizados por el Ministro de Hacienda y Función Pública⁸⁹⁴.

⁸⁹⁴ Dicha determinación puede encontrarse en los arts. 1 y 2 de la Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada, en virtud del cual “se declaran de contratación centralizada los contratos de suministros” consistentes en la adquisición de:

- “a) Mobiliario de despacho y complementario, de archivo, de bibliotecas, mamparas, clínico, de laboratorio y otros de uso común de la Administración.
- b) Ordenadores personales, servidores y sistemas de almacenamiento y elementos complementarios.
- c) Software de sistema, de desarrollo y de aplicación.
- d) Equipos de impresión, sus elementos complementarios, así como el material fungible que se contrate asociado directamente con dichos equipos.
- e) Fotocopiadoras, copiadoras, multicopiadoras, sus elementos complementarios y el material fungible.
- f) Equipos de destrucción de documentos.
- g) Papel de equipos de impresión, fotocopiadoras, copiadoras y multicopiadoras.
- h) Equipos audiovisuales.
- i) Equipos y programas de telecomunicación para la transmisión de voz y datos.
- j) Equipos de control de acceso de personas y paquetería.
- k) Sistemas contra intrusión, antirrobo y contra incendios.
- l) Equipos de seguridad electrónica y física.
- m) Vehículos a motor para transporte de personas y mercancías, tales como motocicletas, automóviles de turismo, todo terreno, vehículos industriales y autobuses con cualquier clase de equipamiento específico.
- n) Combustibles en estaciones de servicio.
- o) Energía eléctrica, con exclusión de aquellos suministros que puedan tramitarse mediante contrato menor.
- p) Material de oficina no inventariable.”

Así como los contratos de servicios consistentes en:

- a) Los servicios dirigidos al desarrollo de la Administración Electrónica cuyo presupuesto de licitación no supere 862.000 euros, I.V.A. excluido, cuyo objeto consista en:
 1. Trabajos de consultoría, planificación, estudio de viabilidad, análisis, diseño, construcción e implantación de sistemas de información, y los mantenimientos de las aplicaciones desarrolladas bajo esta modalidad.
 2. Servicios de alojamiento en sus distintas modalidades, y los servicios remotos de explotación y control de sistemas de información que den soporte a servicios públicos de administración electrónica.
- b) Los servicios de telecomunicaciones.
- c) Los servicios dirigidos a la compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios relativos a campañas de publicidad institucional, con exclusión de aquellos cuyas características puedan tener la consideración de contrato menor.

Tal obligación solo podrá ser exceptuada mediante informe favorable de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, en el que se constate la imposibilidad de satisfacer las necesidades del ente adjudicador interesado, dadas las características de los productos y obras análogos negociados *ex* acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición o por contratación directa de la central de compras, para su puesta a disposición por ésta. Y, en todo caso, cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados.

No obstante, si estos productos u obras hubieran sido declarados como centralizados, y no se hubiera producido la entrada en vigor del acuerdo marco o del sistema dinámico de contratación correspondiente para su adquisición, se podrá proceder a su obtención individual por el ente adjudicador interesado con la correspondiente licitación, siempre y cuando la duración del mismo prevea una duración máxima de un año, prorrogable por otro año avalado por informe favorable de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación. Excepcionalmente, por razones de eficiencia en la gestión, y a solicitud del órgano de contratación afectado, la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación podrá, incluso, aprobar una duración del contrato individual superior.

El art. 3 de la Orden EHA/1049/2008, en correlación con el art. 229.7 de la LCSP, prevé la posibilidad de que las indicadas acciones de compra centralizada se efectúen por medio de un sistema dinámico de adquisición, un acuerdo marco o procedimientos individuales, efectuándose la concreción de cada una de estas técnicas a cada producto mediante resolución del Director General.

Respecto de su funcionamiento se prevé que, cuando haya que proceder a una selección del contratista encargado de la ejecución de un contrato basado en el acuerdo marco, si el mismo únicamente estuviera enfocado a la obtención de suministros para un solo ente

d) Los servicios de seguridad privada y de servicios de auxiliares de control, con exclusión de aquellos cuyas características puedan tener la consideración de contrato menor.

e) Los servicios de limpieza integral de edificios.

f) Los servicios postales, con exclusión de aquellos cuyas características puedan tener la consideración de contrato menor.

g) Los servicios de agencias de viajes.

h) Los servicios de evaluación *ex post* de la eficacia de las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado y demás entidades del Sector Público estatal incluidas en el ámbito de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional cuya difusión se desarrolle dentro del territorio nacional, con exclusión de las campañas incluidas en el correspondiente Plan Anual de Publicidad Institucional que no tengan coste, las campañas incluidas en los supuestos previstos en el artículo cincuenta de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General y las campañas institucionales cuya evaluación sea preceptiva y deba adecuarse a condiciones específicas de conformidad con la normativa de la Unión Europea.

Asimismo, se excluye de la presente centralización la evaluación *ex post* de aquellas campañas cuya contratación de compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios hubieran tenido la consideración de contrato menor.

i) Los servicios de ciberseguridad.

j) Los servicios de actualización y de soporte del software mencionado en la letra c) del artículo anterior.

adjudicador, será este el que efectúe la consulta por escrito a los potenciales licitadores o, en su caso, la recepción y examen de las proposiciones, para proceder a la propuesta del adjudicatario y elevarla. A tales efectos, y con independencia de la actuación como interesado de un organismo perteneciente a la AGE o subcentral adherido, se prevé que la Junta de Contratación Centralizada establezca para cada acuerdo marco y sistema dinámico de adquisición las medidas que considere adecuadas para garantizar que los expedientes de contratación tramitados por las entidades adheridas, la aplicación de las reglas de licitación y selección de los contratistas, las adjudicaciones que acuerden y la ejecución de los contratos basados, cumplen los términos y condiciones establecidos en los pliegos que rigen dichos acuerdos y sistemas, para lo que podrá acordar la utilización de herramientas informáticas específicas, la emisión de informes preceptivos y vinculantes o cualquier otro medio adecuado a este fin. De otra parte, además de la dicha tramitación, el ente adjudicador interesado será el encargado de efectuar la recepción y pago de los bienes y servicios del contrato específico.

No obstante, cuando un mismo contrato específico cuente con varios entes adjudicadores, el encargado de las actividades anteriores será la propia Dirección General del Racionalización y Centralización de la Contratación, salvo que los diversos organismos adjudicadores interesados concurrentes sean un departamento ministerial y organismos vinculados o dependientes de éste, en cuyo caso el encargado a los efectos de llevar a cabo estas operaciones será el primero. No obstante, dicha pluralidad de interesados en un mismo contrato específico solo se prevé cuando, de manera excepcional, se detecten motivos de conveniencia en este sentido, por razones de eficiencia en la gestión y utilización de los recursos públicos.

En el caso de que los entes adjudicadores de ámbito subestatal opten por contar con los servicios del sistema estatal de contratación centralizada respecto de todos o parte de los productos u obras centralizados, deberá procederse a la formalización de un acuerdo de adhesión entre estos y la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda y Función Pública. Dicho procedimiento de adhesión se regula en el art. 8 de la Orden EHA/1049/2008 en su redacción dada por la Orden HAP/2834/2015. En ella se regula, fundamental o exclusivamente, la adhesión de entes adjudicadores a servicios de compra centralizada mediante la utilización de acuerdos marco a través de un procedimiento de estructura bifásica. Así, en primer lugar, el ente adjudicador interesado y la Dirección General documentarán la voluntad del primero de adherirse a la Central de Contratación del Estado, y su correlativo derecho a adherirse a los acuerdos marco de la misma. Tras ello, se irán formalizando adhesiones específicas a los distintos acuerdos marco que tenga suscritos la Central de Contratación, lo que conllevará la obligación del ente adjudicador interesado de proveerse de las obras, suministros y servicios a los que se refiere el acuerdo marco en cuestión a través del mismo, salvo que las características de los mismos, o su régimen de prestación, impidan satisfacer sus necesidades. La duración del acuerdo de adhesión será análoga o correlativa a la que reste de vigencia para el acuerdo marco, sin perjuicio

de que el mismo pueda resolverse mediante solicitud dirigida a la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación.

Una vez se produzca la adhesión específica a un acuerdo marco, la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación deberá facilitar el acceso del ente adjudicador interesado a la aplicación informática Conecta-Centralización, a través de la cual deberán tramitarse las solicitudes de contratos basados en el acuerdo marco o de adjudicaciones de contratos realizados en el marco del sistema dinámico de contratación. Estas plataformas electrónicas, de las que deberán valerse las centrales de compra para la materialización de su actividad, responderán no solo a la mayor agilidad operacional que permitan los medios electrónicos, y la capacidad de su empleo por sujetos especializados como son las centrales de compras, sino también como medida de transparencia a través de la cual se pueda conocer el nivel de actividad y con ello de eficiencia de la central en cuestión⁸⁹⁵.

Como se ha tenido ocasión de apuntar, el art. 228 de la LCSP —al igual que, anteriormente, el art. 204 del TRLCSP— permite la creación de centrales de compra a nivel autonómico y a nivel local, a las que podrán adherirse las entidades locales —DA segunda, epígrafe 10 de la LCSP—. En este último supuesto, debe destacarse la proliferación de estas soluciones de compra conjunta por parte de las Diputaciones Provinciales, ya sea de manera autónoma o en cooperación entre varias de estas. Ámbito, en el que se están verificando iniciativas de gran interés en el aprovechamiento de las funcionalidades ofrecidas por las TIC.

En el caso de la Central de Contratación de Badajoz y Granada se contempla la implementación de una solución novedosa, que se ha venido a denominar como “mercado electrónico”, orientada a la negociación de contratos que queden dentro de los umbrales de la contratación menor. En este ámbito, las empresas interesadas en contratar con las administraciones locales han de formular una oferta electrónica susceptible de actualización, en la que se indiquen los precios unitarios en virtud de los cuales estarían dispuestos a suministrar productos predefinidos, tanto en lo referente a sus características técnicas como en las condiciones del servicio. Dicha indicación, se haría mediante una “Sección Oferta” de la plataforma, orientada a su utilización por parte de los operadores económicos. De otra parte, se encuentra una “Sección Demanda” destinada a su empleo por parte de los entes adjudicadores en la cual se podrá seleccionar el producto que más se adecúe técnica y económicamente a sus pretensiones⁸⁹⁶.

⁸⁹⁵ COLÁS TENAS, J., «Las centrales de contratación provinciales», en *Jornada sobre Centrales de Contratación en las Diputaciones Provinciales*, Alicante, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2015.

⁸⁹⁶ Propuesta analizada en *Ibid.*

También destaca, en esta línea, el procedimiento electrónico de contratación menor del Ayuntamiento de Gijón, establecido por la Resolución de la Alcaldía de 2 de octubre de 2013⁸⁹⁷.

A nivel nacional, con especial vocación al ámbito local, encontramos la Central de Contratación de la Federación Española de Municipios y Provincias. Se trata de una central de compras destinada a suministrar servicios, bienes y obras a las entidades locales, los cuales respondan a necesidades estándar de todas ellas. En palabras de su reglamento de funcionamiento, se trata de “un servicio especializado creado por acuerdo de la Junta de Gobierno de la FEMP, de 28 de enero de 2014, al amparo de lo previsto en el último párrafo del apartado 3 de la Disposición Adicional quinta de la Ley de Bases del Régimen Local (LRBRL), conforme a la redacción dada a la misma por el artículo 1.35 de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), con la finalidad de contratar bienes y servicios que, por sus especiales características, sean susceptibles de ser utilizados con carácter general por las Entidades Locales asociadas a la FEMP y sus entes instrumentales”⁸⁹⁸. Las entidades adheridas no tendrán la obligación de hacerlo posteriormente a los procedimientos de compra conjunta que se efectúen en la central, pudiendo mantener, en la medida que lo deseen, su actividad de compra independiente. Igualmente, los servicios prestados por la central de contratación no tendrán coste alguno. Características todas ellas que, salvo casos específicos como los mencionados anteriormente, son representativas de las centrales de contratación desarrolladas por las Diputaciones Provinciales. La repercusión de esta central de contratación es aún limitada, ya que engloba solo a 1.555⁸⁹⁹ municipios, si bien desde el año 2015, prácticamente, ha cuádruplicado su número de adhesiones por parte de entidades locales⁹⁰⁰.

A nivel local, la previsión de las centrales de compra, como instrumento de racionalización, trató de ser impulsado por la Ley 27/2013 mediante la modificación del art. 36 de la LRBRL. Dicho precepto establecía como competencia de las Diputaciones Provinciales, en su apartado 1.g), “la prestación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes”. Si bien, la misma no puede entenderse como una medida de coordinación en el sentido de que se haya extraído dicha competencia de los municipios indicados en favor de las Diputaciones Provinciales, sino que por efecto de

⁸⁹⁷ <https://contratacioncentralizada.gob.es/comomeadhiero>. Fecha de consulta 15/1/2021.

⁸⁹⁸ Federación Española de Municipios y Provincias, Reglamento regulador del funcionamiento de la Central de Contratación, pp. 1 y 3. Aunque en la definición expuesta no se hace mención a los contratos de obras, estas sí son mencionadas en su página 3.

⁸⁹⁹ Dato disponible en http://femp.femp.es/Microsites/Front/PaginasLayout3/Layout3_Personalizables/MS_Maestra_3/_MznynrPoTrU6CM-Yw1KFsmATMxyVKz0cDWIHO85Bj5oOgq6UdRc1SPtFkUGElisR. Fecha de consulta 15/1/2021.

⁹⁰⁰ GALLEGO CÓRDOLES, I., «Demanda agregada en el ámbito local», cit., p. 307.

interpretación conforme del Tribunal Constitucional, tal precepto ha de entenderse como una especificación de las posibles labores de asistencia jurídica económica y técnica a los municipios, especialmente a los de menor capacidad económica y de gestión⁹⁰¹. En caso de producirse voluntariamente, como tuvo ocasión de señalar la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, no se trata de una encomienda de gestión ni de una cesión de competencias, sino una técnica de racionalización de la contratación pública⁹⁰².

A pesar de que, como se ha visto, la normativa citada, especialmente el art. 227 de la LCSP, contempla la posibilidad de que las centrales de compra recurran no solo a los acuerdos marco, sino también a los sistemas dinámicos de adquisición o a la realización de contratos individuales, es lo cierto que la acción de las centrales de compra en los tres niveles territoriales está focalizándose, especialmente y siguiendo la experiencia previa en otros Estados miembros como Italia, en los acuerdos marco, destacándose como uno de los grandes logros realmente alcanzados la obtención de economías de escala⁹⁰³.

Sin embargo, no podemos mostrarnos favorables a esta dinámica, debiendo instaurarse las bases necesarias para modular los medios y procedimientos que canalicen la actuación bien de los entes adjudicadores, bien de las centrales de compra, tal y como se analiza en el siguiente capítulo.

⁹⁰¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, número 111/2016, de 9 de junio. Esta circunstancia se ha calificado como “elocuente precedente de inoperancia” en GAMERO CASADO, E., «Reparto competencia y posibilidades competenciales», cit., p. 83.

⁹⁰² Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, Informe 5/2010, de 14 de abril. Sobre la naturaleza de la contratación como elemento competencial, véase el epígrafe III.1.4 del capítulo segundo del presente trabajo. Sobre la problemática surgida en relación a la posibilidad de crear centrales de compra por entes locales que no sean Diputaciones Provinciales, véase GARCÍA JIMÉNEZ, A., *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*, cit., pp. 230 a 237.

⁹⁰³ PEÑA ALONSO, J., «La Central de Contratación de la Diputación de Burgos. Experiencia práctica en la gestión de acuerdos marco y la licitación electrónica de contratos menores», cit., pp. 171 y 172; GALLEGO CÓRCOLES, I., «Demanda agregada en el ámbito local», cit., pp. 299 y 302. A este respecto puede verse como en Federación Española de Municipios y Provincias, Reglamento regulador del funcionamiento de la Central de Contratación, cit., p. 2, el único procedimiento de compra conjunta es el acuerdo marco y no el sistema dinámico de adquisición. De acuerdo con ello, aunque no se veda el uso del segundo, todos los contratos en vigor actualmente se han realizado mediante el instrumento del acuerdo marco. Coincidimos con la opinión expuesta en DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., «Los Sistemas Dinámicos de Adquisición: Unos cambios de calado», cit., p. 2078, por la que se determina que acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición presentan en la actualidad una relación de vasos comunicantes, por la que la extensión de uno irá en detrimento del otro. Aunque, dados sus diferentes ámbitos objetivo, tal y como se ha expuesto en el presente trabajo, ello no debería ser así.

CAPÍTULO SEXTO.- PROPUESTA DE EXTENSIÓN Y REFORMA DE LOS PROCEDIMIENTOS ELECTRÓNICOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA SOBRE LA BASE DE LOS DATOS ABIERTOS Y LA AUTOMATIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

I. LA INTEROPERABILIDAD SEMÁNTICA COMO FACTOR DE REUTILIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y DE PLANIFICACIÓN DE LA COMPRA PÚBLICA

La interoperabilidad semántica consiste en la utilización de un lenguaje informático que sea reconocido por todas las aplicaciones interconectadas, es decir, el establecimiento de consensos dirigidos a que, una vez habilitada la conexión de los sistemas básicos empleados por diferentes administraciones —interoperabilidad técnica—, las comunicaciones o información compartida puedan ser descifradas por los sistemas de lectura y procesamiento automáticos o semiautomáticos empleados por cada una de las referidas aplicaciones y sistematizarlas correctamente dentro de su base de datos y lógica de funcionamiento⁹⁰⁴. De esta manera, se permitirá la reutilización de los programas o formatos generados por otras aplicaciones que no intervendrán en su aplicación⁹⁰⁵.

Esta definición principal de interoperabilidad semántica nos conduce a su concepción esencial y de carácter *ad intra*, esto es, como un requisito técnico necesario para el buen funcionamiento de las aplicaciones interconectadas en su dimensión de *backoffice*. Su importancia queda reflejada, entre otros elementos, por la previsión en el apartado tercero de la DA 1ª del ENI, del Centro de interoperabilidad semántica de la Administración —CISE—, destinado a la publicación de los modelos de datos de

⁹⁰⁴ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición», cit., p. 293.

⁹⁰⁵ GAMERO CASADO, E., «Administración electrónica e interoperabilidad», cit., p. 501.

intercambio, tanto comunes como sectoriales, así como los relativos a infraestructuras y servicios comunes, junto con las definiciones y codificaciones asociadas; y a proporcionar funciones de repositorio, generación de formatos para procesamiento automatizado, colaboración, publicación y difusión de los modelos de datos que faciliten la interoperabilidad semántica entre las Administraciones Públicas y de éstas con los ciudadanos, así como su conexión con otros instrumentos europeos equivalentes⁹⁰⁶.

En un plano cercano se sitúa el concepto de interoperabilidad lingüística ⁹⁰⁷ o interoperabilidad semántica *ad extra*. La misma constituye el establecimiento de una terminología, código estándar o de sistemas de traducción automática, que permitan la utilización de un mismo medio de administración electrónica y comprensión común de la información en él contenida por todos los administrados, con independencia de la Administración o poder adjudicador al que se dirijan y de cuál sea el idioma o idiomas que dominen. Esta variante cobra especial relevancia en la contratación del Sector Público por cuanto, como se ha podido ver, las políticas europeas dirigidas a la regulación de la contratación pública electrónica aúnan objetivos consistentes, por un lado, en posibilitar la concurrencia competitiva de operadores económicos de todos los Estados miembros de la Unión Europea en plano de igualdad respecto de los operadores económicos nacionales⁹⁰⁸ dentro de un mercado único de la contratación pública y, por otro lado, incrementar la participación e integración en estos procedimientos de las PyMES, pequeñas organizaciones donde las posibilidades de acceder a la utilización del idioma —distinto al suyo— del poder adjudicador, o incluso a los idiomas más extendidos de la Unión como el inglés o el francés, puede suponer una barrera y un desincentivo notable⁹⁰⁹, en forma de costes de licitación.

No desconocemos, pues, cómo la interoperabilidad lingüística constituye, también, una pieza esencial en la creación de un mercado europeo único de contratación del Sector

⁹⁰⁶ La línea de actuación más reciente de la Unión Europea en materia de interoperabilidad semántica puede consultarse en Comisión Europea, Anexo I a la decisión de implementación de la Comisión Europea de la cuarta revisión del plan de trabajo por el que se implementa el programa de soluciones de interoperabilidad y marco común para las Administraciones europeas, empresas y ciudadanos, cit., vol. C(2020) 11, pp. 170 a 340. Los resultados tangibles en forma de soluciones de interoperabilidad semántica generados en el seno de Open e-Prior y el marco de interoperabilidad europeo, pueden consultarse en https://ec.europa.eu/isa2/solutions_en. Fecha de consulta 15/1/2021.

⁹⁰⁷ BERNADÍ GIL, X., «La cooperación interadministrativa y la interoperabilidad», en *Informe sobre la administración local*, Barcelona, Fundació Carles Pi i Sunyer, 2009 p. 313.

⁹⁰⁸ Véase al respecto la necesaria influencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en materia de contratación pública (especialmente arts. 34, 36 y 49 y ss.) así como el desarrollo jurisprudencial del TJUE de los mismos en MORENO MOLINA, J. A.; PUERTA SEGUIDO, F.; PUNZÓN MORALEDA, J. Y OTROS, *El consultor de los Ayuntamientos. Claves para la aplicación de la directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, 1º, Madrid, Wolters Kluwer, 2016, pp. 29 a 32.

⁹⁰⁹ Como establece la Comisión Europea, COM(2010) 744 final de 16 de diciembre: Hacia la interoperabilidad de los servicios públicos europeos p. 4, el multilingüismo existente dentro de la Unión Europea puede dar lugar al establecimiento de barreras que han de ser superadas.

Público que permita el acceso a todo tipo de potencial licitador interesado. De hecho, la Comisión Europea ha procurado el desarrollo de la herramienta *eTranslation*, un servicio *online* para la traducción automática de texto y documentos entre las diversas lenguas de la Unión, en el cual, además, se pueden seleccionar diversos registros de texto en función del contexto en el que aquellos se encuadren. Este servicio, iniciado en noviembre de 2017, se ha puesto a disposición de las Administraciones Públicas, PyMES y Universidades de cualquier Estado miembro, Islandia o Noruega, de manera gratuita, al menos, hasta finales de 2020⁹¹⁰. Y, lo que es más, el Vocabulario Común de Contratación Pública —CPV, por sus siglas en inglés— puede actuar como medio de interoperabilidad lingüística, toda vez que cada uno de sus códigos se encontrará indexado en un listado con su descripción en lenguaje natural, disponible en todas las lenguas de la Unión Europea. En efecto, esta interoperabilidad se traduce en un sistema o núcleo de estructuración de la información, en formatos especialmente aptos para su tratamiento por sistemas de *big data*, a los que nos referiremos en el epígrafe III del presente capítulo⁹¹¹.

Siguiendo la línea argumental del presente trabajo, debemos detenernos dentro del concepto de interoperabilidad semántica y, más concretamente, en las figuras orientadas a este objetivo dentro del campo específico de la contratación pública, como son los sistemas de nomenclatura NUTS y CPV.

La nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas —NUTS— ha sido establecida por el Reglamento 1319/2013/UE, la cual se compone de cinco caracteres. Los dos primeros son letras por la que se designa el Estado miembro. El tercero es un número por el que se designa un ámbito territorial correspondiente a unidades administrativas suprarregionales existentes en otros países miembros, pero no en España —vid. anexo II del Reglamento referido—, el cual, en el caso de nuestro país, efectúa una división que, en la mayor parte de los casos no se corresponde con ninguna Administración Pública —en concreto, dicha división realizada se refiere a los ámbitos Noroeste, Noreste, Madrid, Centro, Este, Sur y Canarias—. El cuarto, numérico, se corresponde con la región o comunidad autónoma. Y el quinto, también numérico, designa la provincia o unidad territorial análoga.

⁹¹⁰ La descripción, el manual y el acceso a la herramienta —previo registro— se encuentran disponibles en:
https://ec.europa.eu/info/resources-partners/machine-translation-public-administrations-ettranslation_en, fecha de consulta 22/12/2020.

⁹¹¹ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del “big data”», cit., p. 120.

Mayor complejidad, derivada del objeto codificado, se desprende del CPV, el cual es designado por la Unión Europea como una de las acciones realizadas y básicas para la consecución de un mercado europeo común de contratación pública⁹¹².

II. LA NOMENCLATURA CPV

La nomenclatura CPV viene a constituir un sistema único de clasificación común de los contratos públicos y de archivo telemático de escritura recogido en el Reglamento 2195/2002/CE⁹¹³. A través del mismo se establece un sistema de identificación de los procedimientos de contratación pública homogéneo en todo el territorio de la UE, con independencia de cuál sea el ente adjudicador que actúe, superando la barrera del multilingüismo y estableciendo unos estándares, dentro del lenguaje XML empleado por el Portal SIMAP, que permiten la transferencia, recepción y lectura telemática de la información⁹¹⁴. De esta manera, en lo relativo a la determinación del objeto del contrato, pieza esencial en la sistematización de los contratos indexados en la plataforma o plataformas donde se aloje cada uno de esos anuncios, o su enlace, se viene a establecer un código numérico de carácter unívoco a nivel de la Unión Europea, que cuenta con un profundo nivel de detalle, gracias al cual se evita la necesidad de contar con complejos sistemas de procesamiento de lenguaje natural en múltiples idiomas, en los que, además, se tengan en cuenta las amplias variantes de sinónimos que podrán emplear los órganos de contratación de los diferentes Estados miembros⁹¹⁵. En consecuencia, el avance en la homogenización en la descripción y publicidad de los contratos permitirá favorecer la implementación de sistemas automatizados en el tratamiento de la publicidad de los procedimientos de licitación, ya sea a los efectos de obtener una publicidad operativa destinada al conocimiento de la demanda por parte de los operadores económicos, o bien a la generación de una publicidad cognoscitiva-difusa⁹¹⁶. La primera entraría dentro del ámbito de *e-government* que centra el presente trabajo, mientras que la segunda se circunscribiría dentro de un ámbito de *e-governance*, más amplio.

⁹¹² Comisión Europea, Anexo I a la decisión de implementación de la Comisión Europea de la cuarta revisión del plan de trabajo por el que se implementa el programa de soluciones de interoperabilidad y marco común para las Administraciones europeas, empresas y ciudadanos, cit., vol. C(2020) 11, p. 529.

⁹¹³ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica: análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, cit. p. 78

⁹¹⁴ GARCÍA ATIENZA, A., «E-Procurement: Una ventana a la transparencia», cit. p. 328.

⁹¹⁵ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición», cit., p. 294.

⁹¹⁶ MOREU CARBONELL, E., «Vocabulario común de contratos públicos -voz-», en BERMEJO VERA, J. y BERNAL BLAY, M.Á. (coords.) *Diccionario de contratación pública*, Madrid, Iustel, 2009

Como señalan MOREU y BERNADÍ, esta función desempeñada por el CPV es esencial dentro del funcionamiento de mercados que requieren de la “unificación” de diversos ámbitos o economías regionales que, tradicional y anteriormente, han funcionado de manera independiente o fragmentada por fronteras claramente delimitadas⁹¹⁷.

Como se puede apreciar, por tanto, el CPV ha permitido el establecimiento de un código para cada uno de los posibles objetos sobre los que puede recaer un proceso público de contratación. Dicho código unívoco se halla recogido en una clasificación disponible en todos y cada uno de los idiomas oficiales de los Estados miembros. Este sistema facilita el acceso a la información publicada en los diversos anuncios de licitación, con independencia de cuál sea el Estado miembro de origen del operador económico que acceda a ella y sin posibilidad de que pueda mediar error alguno de traducción⁹¹⁸, constituyéndose en una especie de lengua —aún numérica— franca en todo el territorio de la Unión, para la identificación de los objetos de los contratos públicos. Así las cosas, con independencia de la referida procedencia, y sin necesidad de conocer el idioma del poder adjudicador que haya publicado el correspondiente procedimiento de licitación, podrá conocerse de manera fácil cuál es el objeto de aquél⁹¹⁹. Igualmente, esta unificación de criterio en la descripción del objeto de los contratos, facilitará la tarea de redacción de los anuncios de licitación por parte de los entes adjudicadores⁹²⁰. En definitiva, se contribuye decididamente a la instauración de un instrumento de interoperabilidad semántica *ad extra* o lingüística, especialmente favorable para la conformación de un mercado de contratación pública único dentro de la Unión Europea, en el que se favorece la posibilidad de participación de los operadores económicos de otros Estados miembros, incluidas las Pymes⁹²¹.

De este modo, la asignación de un código para la identificación de los objetos sobre los que versan los contratos públicos es un elemento que conlleva evidentes sinergias con la utilización de portales electrónicos a través de los cuales se ponen a disposición de los operadores económicos los diversos anuncios de procesos de licitación en toda la Unión Europea. El empleo de estos acarrea una agrupación de gran cantidad de

⁹¹⁷ *Ibid*; BERNADÍ GIL, X., «La cooperación interadministrativa y la interoperabilidad», cit. p. 313.

⁹¹⁸ Comisión Europea, La contratación pública en la Unión Europea. Manual del Vocabulario Común de los Contratos Públicos (CPV), Bruselas, 2008, p. 3; Comisión Europea, COM(2001) 449 final, de 3 de agosto, propuesta de reglamento del parlamento Europeo y del Consejo relativo al Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV), Considerando cuarto.

⁹¹⁹ RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A., «La nomenclatura CPV», cit., pp. 2 y 3.

⁹²⁰ Comisión Europea, La contratación pública en la Unión Europea. Manual del Vocabulario Común de los Contratos Públicos (CPV), cit. p. 4

⁹²¹ *Ibid.*, p. 3. Véase al respecto la necesaria influencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en materia de contratación pública (especialmente arts. 34, 36 y 49 y ss.), así como el desarrollo jurisprudencial del TJUE de los mismos en MORENO MOLINA, J. A. Y OTROS, *El consultor de los Ayuntamientos. Claves para la aplicación de la directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, cit., pp. 29 a 32. En este sentido, establece la Comisión Europea, COM(2010) 744 final de 16 de diciembre: *Hacia la interoperabilidad de los servicios públicos europeos*, cit., p. 4, que el multilingüismo existente dentro de la Unión Europea puede dar lugar al establecimiento de barreras que han de ser superadas.

información a través de un portal de acceso único. Ante ello, la implementación de un motor de búsqueda o sistema de filtrado preciso y fácil de emplear no solo favorecerá y simplificará la detección de la información que resulte de utilidad al usuario⁹²², sino que evitará que dicho volumen elevado de información devenga no manejable por los usuarios, que de producirse, dejaría sin efecto las pretendidas potencialidades de estos instrumentos de información operativa.

Tal potencialidad de la nomenclatura CPV ya se encontraba en la mente del legislador europeo a fin de añadirla dentro de la base de datos TED, aun antes de la puesta en funcionamiento del actual portal SIMAP, tal y como pone de manifiesto el considerando octavo de la Recomendación 96/527/CE, en la que se afirma por la Comisión que “el CPV se ha convertido así en el criterio esencial de búsqueda en la selección e identificación de oportunidades de contratos por los posibles licitadores”⁹²³.

El CPV también se presenta como instrumento de consulta previa y autónoma del mercado por parte de otros poderes adjudicadores⁹²⁴. En efecto, el uso del CPV en las bases de datos empleadas por los portales de contratación permite a los órganos de contratación conocer, de manera agregada, para cada objeto, qué técnica se ha seguido en la licitación y ejecución del contrato, qué pliegos se han empleado, cuál ha sido el presupuesto base de licitación, las empresas que han concurrido a la licitación, los precios en que han sido adjudicados y porcentaje de las bajas, información sobre precios unitarios de los diversos elementos que integran el contrato, etc. Información que, generada por órganos de contratación especializados o con mayores medios técnicos y materiales para la realización de los procedimientos de licitación, puede resultar de especial ayuda para otros entes que carezcan de los conocimientos, preparación y medios adecuados.

El hecho de facilitar el acceso a esta información, en función de la finalidad de cada actuación de compra pública y de manera global o acumulada, obteniendo información y valores medios que superen los datos circunscritos a un solo procedimiento, presentará grandes ventajas cognoscitivas de transparencia y operativas también para los entes adjudicadores. Es decir, sobre la base del CPV se permite la generación de valores medios que podrán ilustrar a cualquier ente adjudicador y en tiempo real sobre los rasgos principales que definan el funcionamiento de un determinado mercado de la contratación pública. Datos que podrá visualizar de manera asequible durante la fase de elaboración de los pliegos de los diversos procedimientos de licitación.

⁹²² Comisión Europea, La contratación pública en la Unión Europea. Manual del Vocabulario Común de los Contratos Públicos (CPV), cit., p. 3.

⁹²³ Comisión Europea, COM(2001) 449 final, de 3 de agosto, propuesta de reglamento del parlamento Europeo y del Consejo relativo al Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV), cit., Exposición de Motivos.

⁹²⁴ RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A., «La nomenclatura CPV», cit., p. 4.

Su institución en el funcionamiento actual de los procedimientos de compra pública lo encontramos, a nivel europeo, en el artículo 23 de la Directiva 2014/24/UE, donde se viene a establecer que “toda referencia a nomenclaturas en el marco de la contratación pública se hará utilizando el Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV) aprobado por el Reglamento (CE) n.º. 2195/2002”. Reglamento en cuyo artículo 4 se instituye expresamente como “obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”. Adicionalmente, el segundo apartado del art. 23 de la Directiva 2014/24/UE confiere a la Comisión la posibilidad de adoptar “actos delegados”, relativos a la adaptación de los códigos CPV, siempre y cuando no impliquen una modificación de su ámbito de aplicación. Fruto de lo cual, se procedió a la aprobación del Reglamento 213/2008, por el que se modifica el reglamento de 2002 a los fines de actualizar dicha nomenclatura.

Es cierto que este empleo del CPV, como pieza del sistema de interoperabilidad semántica, constituye una novedad surgida a raíz del fenómeno de la contratación pública electrónica. Sin embargo, se ha de poner de manifiesto que no estamos ante un elemento novedoso, sino que se trata, en última instancia, de la adaptación y/o extensión de una figura preexistente a nuevas necesidades sobrevenidas. Sus raíces podemos encontrarlas en una serie de iniciativas anteriores, tendentes a la unificación a la hora de codificar a sujetos, objetos y actividades económicas⁹²⁵. Iniciativas que desde el inicio de la regulación de la contratación pública se han tratado de incorporar por la Unión Europea. Prueba de ello lo encontramos en la Directiva 92/50/CEE⁹²⁶, donde se establecía la obligación de publicar los anuncios de contratos en el DOCE, con descripción del objeto del contrato sobre la base de la Clasificación Común de Productos desarrollada por las Naciones Unidas —CCP⁹²⁷—, a fin de simplificar la identificación de los servicios contenidos en su Anexo I A y Anexo I B—. Igualmente, la Directiva 93/38/CEE⁹²⁸ requería el empleo de la CCP para la clasificación de los diferentes tipos de servicios relacionados en sus Anexos XVI A y XVI B. De otro lado, la Directiva 93/36/CEE⁹²⁹, para la identificación de los productos a suministrar relacionados en su Anexo IV, establecía la obligatoria utilización de la nomenclatura de Clasificación de

⁹²⁵ MORENO MOLINA, J. A. Y OTROS, *El consultor de los Ayuntamientos. Claves para la aplicación de la directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, cit., pp. 53 y 54.

⁹²⁶ Art. 17 y Anexos III.B.2; III.C.2; III.D.2 y III.E.3.

⁹²⁷ Traducción literal de la denominación en inglés “Central Product Classification (CPC)”, la cual ha tenido variaciones como la contenida en la versión en español de la Recomendación de la Comisión de 30 de julio de 1996, relativa al empleo del vocabulario común de contratos públicos (CPV) para la descripción del objeto del contrato, donde se emplea la denominación de Clasificación Común de Productos (CCP) al derivar, probablemente, la traducción de la versión francesa del documento donde se refiere la *Classification Commune des Produits*. En la versión en italiano de la referida Recomendación, se mantiene la definición literal del término inglés recogiendo la denominación *Classificazione Centrale dei Prodotti*, la cual terminaría por imponerse en la terminología española, como tendremos ocasión de ver.

⁹²⁸ Art. 21 y Anexos XII.A.2; XII.B.2; XII.C.2

⁹²⁹ Art. 9 y Anexos IV.A.2; IV.B.3.b); IV.C.3.b); IV.D.3.b); IV.E.7

Productos por Actividades —CPA—. Y, finalmente, la Directiva 93/37/CEE⁹³⁰, para la clasificación de las actividades profesionales que figuran en su Anexo II, establecía la necesidad de emplear la Nomenclatura Estadística de Actividades Económicas en la Comunidad Europea —NACE—⁹³¹, al igual que la Directiva 93/38/CEE en relación a la clasificación de actividades profesionales contenidas en su Anexo XI⁹³².

En consecuencia, es obligado que en el estudio del CPV debamos detenernos en las iniciativas de clasificación homogénea de actividades, objetos y sujetos económicos preexistentes, sobre la base de las cuales se conformará este instrumento de interoperabilidad lingüística y semántica. Recorrido, en el que podemos ver cómo el actual medio de interoperabilidad semántica se fraguó, inicialmente, como un medio de interoperabilidad lingüística con finalidad estadística.

De hecho, las iniciativas de codificación de elementos propios de la actividad económica, desarrolladas en un ámbito global, son herederas de una necesidad de conocimiento e información que nos obliga a retrotraernos al siglo XIX, tal y como se desprende de lo formulado por la Secretaría General de las Naciones Unidas en su resolución E/CN.3/148 de 22 de enero de 1953⁹³³, al expresar que:

Como la Comisión Estadística es plenamente consciente, la acción internacional encaminada hacia estos objetivos se ha llevado a cabo durante largo tiempo y por parte de muchas y diversas organizaciones, pudiendo fijar su inicio de manera más o menos sistemática con el establecimiento del Instituto Internacional de Estadística⁹³⁴. Desde entonces, muchas organizaciones internacionales de diferentes objetivos, composición y competencia han asumido diversos aspectos del problema de la comparabilidad.

⁹³⁰ Nomenclatura empleada como referencia a la hora es establecer el ámbito de aplicación de la Directiva 93/37/CEE. Vid art. 2.2.

⁹³¹ Nuevamente, encontramos aquí una dualidad de denominaciones de esta nomenclatura toda vez que el término empleado por la versión en español de la Recomendación de la Comisión de 30 de julio de 1996 relativa al empleo del vocabulario común de contratos públicos (CPV) para la descripción del objeto del contrato es el de Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas, siguiendo la terminología de la versión francesa de la misma, pese a lo cual es predominante en la actualidad el empleo del término Nomenclatura Estadística de Actividades Económicas en la Comunidad Europea, siguiendo el término en inglés “Statistical Classification of Economic Activities in the European Community”. Tal disputa entre el término general y estadístico desaparece en la versión italiana del texto, donde, ajustándose a las siglas NACE, se refiere exclusivamente la “Nomenclatura delle attività economiche nelle Comunità europee”

⁹³² Utilización de la NACE a fin de delimitar estas actividades profesionales que podían ser requeridas de forma conjunta a contratos de obras. Vid. Art. 1.4).

⁹³³ Statistical Commission of the Economic and Social Council, Review of National and International Statistics. Memorandum by the Secretary-General. E/CN.3/148, New York, 1953, p. 17, párrafo 37.

⁹³⁴ Véase el origen de esta institución en 1885 en Instituto Internacional de Estadística. International Statistics Institute, About ISI. What is ISI. History, fecha de consulta 13/11/2020, en <https://www.isi-web.org/index.php/about-isi/what-is-isi/history>.

[...] *Unas buenas estadísticas internacionales deben estar apoyadas sobre la base de unas adecuadas estadísticas nacionales. Así las cosas, en primer lugar, ha de procederse a la elaboración de las estadísticas nacionales con la intención de responder a necesidades y objetivos nacionales, sin que tal afirmación se vea desvirtuada por el hecho de que uno de tales objetivos nacionales pueda ser una acción internacional a distintos niveles que requiera de información estadística comparable. Por lo tanto, si ello va a contribuir a la conformación de más y mejores cuadros estadísticos comparables, es esencial para las agencias internacionales y las agencias nacionales de estadística colaborar para la formulación de principios rectores, definiciones, conceptos y métodos uniformes. Lo cual conllevará que la información estadística de los diferentes países será acumulable, transformable o comparable según se requiera.*

La razón de ser de estas necesidades se fundamentan en la voluntad de estas organizaciones internacionales de llevar a cabo un seguimiento estadístico de diversas variables macroeconómicas, para las que es indispensable la cuantificación y categorización de los elementos objeto de generación y/o intercambio económico en cada Estado⁹³⁵, así como contribuir, inicialmente, a facilitar medios y sistemas de trabajo que permitan la creación o mejora de sus sistemas estadísticos, especialmente de aquellos que se encuentren en vías de desarrollo y de los que habían visto interrumpida su actividad estadística con motivo de la Segunda Guerra Mundial⁹³⁶.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CPV

1.1. Clasificaciones homogéneas promovidas por la Comisión de Estadística de las Naciones Unidas.

1.1.1 Clasificaciones de bienes y servicios (CCP, ICGS)

Dentro de las clasificaciones promovidas en el seno de las Naciones Unidas a la hora de establecer un catálogo homogéneo de actividades, objetos y sujetos económicos debemos de destacar, en primer lugar, la ya mencionada Clasificación Central de

⁹³⁵ Statistics Division of Department of Economic and Social Affairs, Central Product Classification (CPC) Version 2.1, New York, United Nations, 2015, p. 3.

⁹³⁶ Statistical Commission of the Economic and Social Council, Report on the nineteenth session. 8-19 November 1976, New York, 1977 pp. 1 y 2; Statistical Commission of the Economic and Social Council, Review of National and International Statistics. Memorandum by the Secretary-General. E/CN/.3/148, cit. pp. 3, 13 y 17, párrafo 36°.

Productos, una nomenclatura destinada a cubrir, codificar y sistematizar todo tipo de resultado derivado de una actuación de producción en términos económicos; es decir, de objetos propios del tráfico económico, y que a la vista de los conceptos facilitados por SNA 2008⁹³⁷ lleva a concluir que, dentro del catálogo de realidades clasificadas por el CCP, encontramos “bienes”, “servicios”, “obras” y “otros productos”, empleándose esta última categoría para designar aquellas realidades que, a pesar de no cumplir todos los requisitos exigidos por la definición de bien o de servicio establecida por el SNA 2008 son, igualmente, frutos de una actividad de producción económica⁹³⁸.

La primera versión de este sistema de clasificación se remonta a 1991, año en el que vio la luz la CCP Provisional. Con posterioridad, se sucedieron la CCP versión 1.0 en 1998, la CCP versión 1.1 en 2002, la CCP versión 2 en 2008, y, finalmente, se procedió a la publicación en 2013 de la, actualmente en vigor, CCP versión 2.1. Cambios de versión, por los que se ha tratado de adaptar esta clasificación a las innovaciones y modificaciones sufridas por la industria, su actividad y tipo de producción.

La necesidad de su creación y el inicio de los trabajos e investigaciones, que permitieron su desarrollo, nos conducen hasta una serie de iniciativas, presentadas en los primeros años de la década de los 70 del siglo XX, las cuales desembocaron en la discusión del borrador final de la Clasificación Estándar Internacional de todos los Bienes y Servicios —ICGS⁹³⁹— por la Comisión Estadística del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su nonagésima novena reunión. En ella, se decidió la difusión de la

⁹³⁷ Como se establece en Statistics Division of Department of Economic and Social Affairs, Central Product Classification (CPC) Version 2.1, cit., pp. 9 y 10: el *System of National Accounts* 2008 (SNA 2008) define el concepto de producto como sinónimo de bienes y servicios, entendiéndolo a su vez a los primeros como los objetos físicos sobre los que existe demanda —bien para la satisfacción de las necesidades de los consumidores finales o para su utilización como materia prima para la elaboración de terceros productos— y sobre los que recae un derecho de propiedad bien delimitado que permite a su propietario su transmisión en el mercado. Adicionalmente permiten distinguir claramente su proceso de producción y de intercambio, sin que la existencia de una de estas actividades sea presupuesto necesario para la existencia de la otra. Por su parte, los servicios, se subdividirían en dos categorías: los *change-effecting services*, consistentes en aquellos resultados de una actividad de producción que tienen como consecuencia la modificación de las condiciones en las que se encuentra un consumidor, ya sea mediante alteraciones de las condiciones de los propios bienes de consumo (ubicación, limpieza, ...), modificaciones en la situación física del consumidor (ubicación, salud, apariencia física, ...) o modificación de su situación cognitiva-emocional (transmisión de información, educación, entretenimiento, ...); y los *margin services*, que facilitan la transmisión jurídica de la propiedad de un bien, o de activos financieros. Ambos tipos de servicios presentan como característica común que no constituyen una realidad sobre la que se pueda constituir un derecho de propiedad, así como que su producción e intercambio conforman una realidad unitaria e inseparable, de forma que conforme su producción finaliza deben ser necesariamente provistos a los consumidores.

⁹³⁸ *Ibid.* p. 11. Esta categoría de “otros productos” es una última incorporación inexistente en las versiones iniciales de la CCP cuya necesidad ha surgido dadas las novedades funcionales a las que ha dado lugar la sociedad de la información, y que han conllevado que algunos bienes, pese a cumplir todos los demás requisitos establecido por el SNA 2008 carezcan de soporte físico.

⁹³⁹ En inglés, ICGS, correspondiente a la denominación *International Standard Classification of All Goods and Services*. El borrador final se encuentra contenido en el Informe del Secretario General de Naciones Unidas número E/CN 3/493.

mencionada clasificación tras la incorporación de las modificaciones acordadas por la Comisión Estadística⁹⁴⁰ consistentes, fundamentalmente, en su armonización con el resto de nomenclaturas existentes, o en proceso de gestación, referidas a la clasificación de productos, tanto en las Naciones Unidas como en otras organizaciones internacionales. Proceso, para el que se instituyó un grupo de expertos *ad hoc*⁹⁴¹.

1.1.2 Clasificación de bienes (HS, SITC, Listado Mínimo de Mercaderías para el Comercio Internacional y Nomenclatura Aduanera)

En relación a esas otras nomenclaturas de productos, realizadas en el ámbito de Naciones Unidas, cabe destacar la *Harmonized Commodity Description and Coding System* —HS—⁹⁴², iniciativa surgida en el seno de la *World Customs Organization* con actos preparatorios coetáneos a los de la ICGS, y que vio la luz en la primera de sus versiones en 1983, que entró en vigor en enero de 1988⁹⁴³. Fruto de dicha iniciativa se llevaron a cabo los sucesivos listados de codificación del HS correspondientes a los años 1996, 2002, 2007, 2012 y 2017. No obstante, cabe indicar que la misma se limita, dentro de la categoría de productos, a los bienes o mercaderías objeto de comercio.

Mismo ámbito específico de la Clasificación Internacional Estándar de Comercio —SITC⁹⁴⁴— como nomenclatura dirigida a la clasificación de bienes susceptibles de intercambio internacional. En efecto, esta clasificación se orienta a la división y codificación de las diversas mercancías que pueden encontrarse en el comercio internacional con el principal fin de contribuir a la conformación y comparación de información estadística⁹⁴⁵. Desde los años 70 se llevó a cabo una importante y periódica

⁹⁴⁰ Statistical Commission of the Economic and Social Council, Report on the nineteenth session. 8-19 November 1976, cit., pp. 32 a 34.

⁹⁴¹ Recomendaciones contenidas en Statistical Commission of the Economic and Social Council, E/CN.3/494 International Standard Classifications: Expert on Harmonization of Statistical Classifications. Summary of comments on the report of the Expert Group on Harmonization of Statistical Classifications prepared by the Secretariat, New York, 1976

⁹⁴² Véase al respecto, *Ibid.* p. 4; Statistical Commission of the Economic and Social Council, Report of the Nineteenth session, New York, 1976, pp. 33 y 34; y World Customs Organization, Admendments to the Harmonized System Nomenclature, Bruselas, 1994, p. 8.

⁹⁴³ International Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding System, Bruselas, 1983, fecha de consulta 2/10/2020, en http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/nomenclature/instruments-and-tools/hs-convention/hs-5_1_hs-convention_en.pdf?la=en

⁹⁴⁴ Siglas correspondientes a la denominación en inglés *Standard International Trade Classification*. Dicho sistema, en su versión actual, puede analizarse en profundidad en Statistics Division of Department of Economic and Social Affairs, Standard International Trade Classification. Revision 4, New York, 2006.

⁹⁴⁵ Es de destacar, en este punto, cómo junto a la necesidad de obtención de información estadística agregable y comparable de variables macroeconómicas de los distintos Estados miembros de Naciones Unidas, a fin de adoptar políticas a la vista de aquella, se añadía una adicional, cual era la negociación entre países acerca de los aranceles establecidos, dada la importancia que, progresivamente, se concedía a la eliminación de las restricciones al comercio internacional. Vid. Economic Commission for Africa of

actualización de esta nomenclatura, originándose SITC rev. 2 (1974), SITC rev. 3 (1988) y SITC rev. 4 (2006). No obstante, su versión inicial hemos de situarla en 1950⁹⁴⁶, como fruto de los trabajos que siguieron a la decisión adoptada en abril de 1948 por la Comisión Estadística del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. La intención de aquellos radicaba en la actualización del Listado Mínimo de Mercaderías para el Comercio Internacional al nuevo y vigente contexto del mercado internacional. Para ello, la SITC incluye todos los bienes incluidos en la HS salvo oro monetario, monedas de oro y moneda de curso legal⁹⁴⁷.

Como desarrollo y sistema de agregación en categorías de productos con determinadas características en común, detallados e individualizados por la SITC y la HS, Naciones Unidas, a raíz de la 30ª sesión de la Comisión de Estadística, comenzó en 1965 los trabajos para el desarrollo de la *Classification by Broad Economic Categories* —BEC—, cuya versión original definitiva vio la luz en 1970. Su primera revisión se efectuó en 1971 sobre la base de la SITC. Su segunda revisión se efectuó en 1976, sobre la base de SITC rev. 2. La BEC rev. 3 aparece en 1986, realizándose sobre la base de SITC rev. 3. Con su cuarta revisión en el año 2002, la BEC comenzó a emplear como base no solo SITC —todavía entonces en su rev. 3—, sino también la HS de 2002. Finalmente, la actualmente vigente BEC rev. 5, surgida en 2016, se encuentra basada en la HS 2012, incluyendo ahora su fundamentación en la CCP 2.1, de modo que su referencia a la SITC ha quedado en un segundo plano. La lógica de agregación efectuada por la BEC se basa en el uso final del bien, efectuando, a grandes rasgos, una clasificación de bienes de capital, bienes intermedios y bienes de consumo⁹⁴⁸. En esta misma tendencia de agregación y simplificación de la información, aunque desde el punto de vista del sector productivo del que derivan, Naciones Unidas generó en 1971 el listado de productos industriales, revisado en 2004, en virtud del cual se agrupan en 563 categorías, basadas en la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas —que se analiza a continuación—, los bienes individuales referidos por la CCP y la HS, a los efectos de facilitar la generación de estadísticas agregadas sobre comercio internacional, relativas a categorías representativas de diversos productos y ámbitos de actividad productiva-industrial. De esta manera, el listado de productos

the Economic and Social Council, The Brussels Nomenclature for the Classification of Goods in Customs Tariffs: Its origins, characteristic features and field of application, Addis Ababa, 1966, Anexo I.

⁹⁴⁶ Oficina de Estadística de las Naciones Unidas, Clasificación Uniforme para el Comercio Internacional, Nueva York, 1950; Statistical Commission. Economic and Social Council, Report of the fifth Session, New York, 1950, p. 3.

⁹⁴⁷ Eurostat, Reference And Management Of Nomenclatures. Standard International Trade Classification, fecha de consulta 24/11/2020, en:

https://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=DSP_GEN_DESC_VIEW_N OHDR&StrNom=SITC_REV4&StrLanguageCode=EN.

⁹⁴⁸ Eurostat, Reference And Management Of Nomenclatures. Classification by Broad Economic Categories, fecha de consulta 24/11/2020, en

https://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=DSP_GEN_DESC_VIEW_N OHDR&StrNom=BEC_REV4&StrLanguageCode=EN.

industriales vino a reemplazar la *Classification of Commodities by Industrial Origin* —CCIO—, el cual limitaba la clasificación sobre la base de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas a los productos indexados en la SITC, aunque no en la HS⁹⁴⁹.

Los referidos sistemas de clasificación, vigentes a día de hoy, siguen el testigo iniciado por medios de codificación anteriores. Así, el referido Listado Mínimo de Mercaderías para el Comercio Internacional constituyó una nomenclatura de codificación de bienes previa a Naciones Unidas, al hundir sus raíces en los trabajos de preparación de la Liga de Naciones iniciados en 1937 y publicados en 1938⁹⁵⁰. Debiendo destacarse que, por aquel entonces, la Liga de Naciones ya contaba con precedentes efectuados en la misma línea durante la década de los años 20 del siglo XX, como, por ejemplo, el borrador de la Nomenclatura Aduanera⁹⁵¹, para cuyo desarrollo se llevó a cabo la conformación de una comisión de expertos en 1927, con la tarea principal de unificar la nomenclatura de todos los aranceles aduaneros existentes⁹⁵².

1.1.3 Clasificación de Actividades Económicas (CIU)

De forma coetánea al SITC, Naciones Unidas comenzó la gestación de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas —CIU⁹⁵³—. Una división de actividades de producción, y/o económicas, a los efectos del análisis estadístico de los diversos agentes que lo componen y sus correspondientes actividades.

⁹⁴⁹ Eurostat, Reference And Management Of Nomenclatures. Classification of Commodities by Industrial Origin, fecha de consulta 24/11/2020, en:

https://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=DSP_GEN_DESC_VIEW_NOHDR&StrNom=CCIO_1971&StrLanguageCode=EN.

⁹⁵⁰ Traducción de la denominación inglesa *Minimum List of Commodities for International Trade Statistics*, o también conocida como *Geneva Nomenclature*, la cual fue completada en 1931 a falta de su revisión final de 1937. Vid. Economic Commission for Africa of the Economic and Social Council, *The Brussels Nomenclature for the Classification of Goods in Customs Tariffs: Its origins, characteristic features and field of application*, cit., p. 2.

⁹⁵¹ Traducción de la denominación inglesa *Draft Customs Nomenclature*.

⁹⁵² Committee on Statistical Classification of the Economic and Social Council, *The 1928 Statistical Convention and the Minimum List of Commodities for international trade statistics*. Memorandum prepared by the Secretariat for consideration under item 3 of the provisional agenda, New York, 1948, p. 3. En mayor profundidad sobre la trayectoria de esta clasificación estadística, vid. Committee on Statistical Classification of the Statistical Commission, *Historical background of the development of minimum list for international trade*, New York, 1948.

⁹⁵³ Equivalente a las siglas en inglés ISIC: *International Standard Industrial Classification*. Dicho sistema, en su versión actual, puede analizarse en profundidad en Statistics Division of Department of Economic and Social Affairs, *International Standard Industrial Classification of All Economic Activities*. Revision 4, New York, 2008.

Su versión original vio la luz en 1948⁹⁵⁴, siendo sucedido posteriormente por sus revisiones 1 (1958), 2 (1968), 3 (1990), 3.1 (2004) y 4 (2008).

De hecho, en esta misma línea, a principios de los años 60 del Siglo XX, el Consejo de Ayuda Mutua Económica —COMECON—, dentro de la órbita de la URSS, desarrolló la Clasificación de Ramas de la Economía Nacional —CBNE⁹⁵⁵—, revisada por primera vez en 1975 y, en segunda instancia, en 1983, momento en el que se trató de establecer un sistema de equivalencia con la CIIU de Naciones Unidas⁹⁵⁶.

1.2 Clasificaciones homogéneas promovidas en Europa.

1.2.1 Clasificaciones de bienes, servicios y obras (CPA, CC)

Dentro de las iniciativas de clasificación homogénea gestadas en el seno de la Unión Europea con carácter previo al CPV, encontramos, en primer lugar, la denominada Clasificación Estadística de Productos por Actividad —CPA⁹⁵⁷—, presente, como se ha podido observar, en la primera tanda de directivas llamadas a la regulación de la contratación pública en la Comunidad Europea. El Instituto Nacional de Estadística español la define como⁹⁵⁸:

Una macroclasificación de productos que constituye la versión europea de la Clasificación Central de Productos (CPC) elaborada y recomendada por la ONU [...] La CPA, además de ser más detallada, difiere de la CPC en el criterio de estructuración. Mientras que en la CPC el criterio de clasificación es la naturaleza de los productos, criterio por el que se agrupan los productos por sus propiedades físicas y composición; en la CPA se sigue el criterio del origen de producción de los productos, es decir, los productos se agrupan de acuerdo a la actividad económica de la que proceden.

⁹⁵⁴ Vid. Resolución 149 A (VII) de 27 de agosto de 1948, llevada a cabo por el Consejo Económico y Social; Oficina de Estadística de las Naciones Unidas, Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas, Nueva York, 1949; Statistics Division of Department of Economic and Social Affairs, International Standard Industrial Classification of All Economic Activities. Revision 4, cit., p. 9.

⁹⁵⁵ Siglas correspondientes a su denominación en inglés *Classification of Branches of the National Economy*.

⁹⁵⁶ Eurostat, Reference And Management Of Nomenclatures. Classification of Branches of the National Economy, fecha de consulta 24/11/2020 en:

https://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=DSP_GEN_DESC_VIEW_N_OHDR&StrNom=CBNE_1975&StrLanguageCode=EN.

⁹⁵⁷ Su denominación inglesa responde a Statistical Classification of Products by Activity.

⁹⁵⁸ Instituto Nacional de Estadística, Clasificación de Productos por Actividades. CPA 2.1, fecha de consulta 14/11/2020, en:

https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177035&menu=ultiDatos&idp=1254735976614.

Esta nomenclatura se halla destinada al estudio estadístico de variables macroeconómicas de los distintos Estados miembros, desde el punto de vista de todos los elementos producidos y/o intercambiados con valor económico, incluidas las obras. Actualmente, se encuentra en vigor la CPA v. 2.1, generada en noviembre de 2012 a los efectos de alinearse con CCP v. 2.1 en vigor desde enero de 2015 *ex* Reglamento 1209/2014/UE⁹⁵⁹. Con esta última versión se actualizaba la CPA-2008 mediante la modificación del Reglamento 451/2008/CE. Dicho reglamento derogó el Reglamento 3696/1993/CEE, que dio acogida al original CPA-1993, al CPA-1996⁹⁶⁰ y al CPA-2002⁹⁶¹.

En los considerandos del Reglamento 451/2008/CE puede observarse la referencia a la necesidad de recopilación de información estadística acumulable y comparable sobre la base de la clasificación y cuantificación de todos los objetos sobre los que versa el intercambio económico. Esto es, en la misma línea de las anteriormente referidas iniciativas del Instituto Internacional de Estadística, la Liga de las Naciones y las Naciones Unidas. Es más, este tipo de nomenclatura es considerada expresamente como un elemento necesario, a fin de que el mercado interior pueda “funcionar correctamente”⁹⁶². Por dicho motivo, se establece la obligación de su empleo a efectos estadísticos o, alternativamente, el de otros sistemas nacionales derivados que cuenten con una clara equivalencia con la europea. De los considerandos de los dos Reglamentos 451/2008/CE y 3696/1993/CEE se infiere que la CPA viene a constituir un sistema de clasificación adaptado a la realidad europea, al tiempo que mantiene y permite su correspondencia con otros sistemas internacionales, de ámbito territorial superior, como el CCP.

A pesar de que la CPA refiere no solo productos, sino también obras, la Comisión desarrolló en 1998 la Clasificación de Tipos de Construcción —CC— con mayor detalle respecto de su configuración y aprovechabilidad sobre este tipo de elementos y sobre la base de la CCP.

Por su parte, la CPA vino a reemplazar en 1993 la Nomenclatura Común de Productos Industriales —NIPRO⁹⁶³—, surgida en 1975 como una clasificación de productos

⁹⁵⁹ Eurostat, CPA ver. 2.1. Statistical Classification of Products by Activity, fecha de consulta 15 diciembre 2019, en <https://ec.europa.eu/eurostat/web/cpa>.

⁹⁶⁰ Cuya entrada en vigor se efectuó mediante el Reglamento 1232/1998/CE.

⁹⁶¹ Cuya entrada en vigor se efectuó mediante el Reglamento 204/2002/CE.

⁹⁶² Vid. Considerando sexto del Reglamento 451/2008/CE y Considerando segundo del Reglamento 3696/1993/CEE. En este último se indica de manera textual que: “esta información es necesaria para las empresas a fin de evaluar su competitividad, y útil para las instituciones comunitarias con objeto de prevenir toda distorsión de la competencia”.

⁹⁶³ Siglas correspondientes a su denominación en inglés *Common Nomenclature of Industrial Products*.

derivados de cada una de las ramas de actividad económicas sistematizadas por la clasificación NACE a la que nos referiremos más adelante⁹⁶⁴.

1.2.2 Clasificación de bienes (NC, NIMEXE, BTN, TARIC)

De igual forma que en el desarrollo progresivo de sistemas de clasificación uniformes en el seno de las Naciones Unidas, el surgimiento de la CPA fue precedida de otras iniciativas tendentes a la obtención de una información análoga a través de la cuantificación y clasificación de otros factores.

Así las cosas, el Reglamento 2658/1987/CEE estableció el sistema de Nomenclatura Combinada —NC⁹⁶⁵— con el objetivo de sistematizar la información estadística de las mercaderías objeto de comercio internacional. Su versión original estuvo en vigor desde 1988 hasta 1994, si bien, desde 1995 este sistema de codificación ha sido actualizado todos los años mediante la modificación del Anexo del Reglamento 2658/1987/CEE a través de reglamento de ejecución de la Comisión. El último de ellos ha sido el Reglamento de ejecución 2020/1577/UE de la Comisión de 21 de septiembre de 2020 por el que se modifica el anexo I del Reglamento (CEE) n° 2658/87 del Consejo, relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común, cuya entrada en vigor se ha producido el 1 de enero 2021 y dando lugar a la NC 2021.

La NC vino a reemplazar, con su entrada en vigor en 1988, una iniciativa previa denominada Nomenclatura de las Mercancías para las Estadísticas del Comercio Exterior de la Comunidad y del Comercio entre sus Estados Miembros —NIMEXE⁹⁶⁶— establecida en virtud del Reglamento 1445/72/CEE, en vigor desde 1973.

A su vez, esta última recogía el testigo de las pautas preestablecidas por la Nomenclatura para la Clasificación de Productos en los Aranceles Aduaneros o, sencillamente, Nomenclatura Bruselas —BTN⁹⁶⁷—, establecida en virtud del Convenio de Bruselas de 15 de diciembre de 1950 y elaborada por el Grupo de Estudio de la Unión de Aduanas Europeas desde 1948. Grupo que comenzó su trabajo sobre la base de la *Minimum List*

⁹⁶⁴ EUROSTAT, «Reference And Management Of Nomenclatures. Common Nomenclature of Industrial Products», fecha de consulta 24/11/2020, en:
https://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=DSP_GEN_DESC_VIEW_N_OHDR&StrNom=NIPRO_1975&StrLanguageCode=EN.

⁹⁶⁵ Equivalente a las siglas en inglés CN, correspondientes a la denominación inglesa *Combined Nomenclature*.

⁹⁶⁶ Las siglas NIMEXE fueron establecidas en base a la denominación original en francés: *Nomenclature des marchandises pour les statistiques du commerce extérieur de la Communauté et du Commerce entre ses États membres*.

⁹⁶⁷ Siglas procedentes de su denominación inglesa: *Brussels Tariff Nomenclature*

of *Commodities for International Trade Statistics* o *Geneva Nomenclature*, referida en el epígrafe anterior⁹⁶⁸.

1.2.3 Clasificación de actividades económicas (NACE, NICE, NCE, EA, PRODCOM)

En relación a las clasificaciones homogéneas destinadas a la obtención de información estadística de carácter económico mediante la clasificación y cuantificación de los diversos sectores económicos, a nivel europeo, encontramos la Nomenclatura Estadística de Productos por Actividades en la Comunidad Económica Europea —NACE⁹⁶⁹—, surgida en 1970 por elaboración de Eurostat sin llegar a cobrar, inicialmente, trascendencia legal. Respecto de esta nomenclatura se han sucedido diversas versiones, ahora sí con vinculación legal, siendo la primera de ellas NACE rev. 1, establecida mediante el Reglamento 3037/1990/CEE⁹⁷⁰. La misma fue modificada por el Reglamento 761/1993/CEE primero y, en segundo término, por el Reglamento 29/2002/CE, el cual dio lugar a la versión conocida como NACE rev. 1.1. Posteriormente, el 1 de enero de 2008, entró en vigor el Reglamento 1893/2006/CE, por el que se establecía la NACE rev. 2. Esta clasificación, además de en la CIIU, hunde sus raíces en otras iniciativas previas, llevadas a cabo a nivel europeo en relación a ámbitos de actividades más concretos, tales como la Nomenclatura de las Industrias establecidas en las Comunidades Europeas —NICE— publicada en 1961 y revisada en 1963 por la Oficina Estadística de la Comunidades Europeas⁹⁷¹, la Nomenclatura del Comercio publicada en 1965 por el mismo organismo estadístico —NCE—⁹⁷², y la Estadística Agrícola —EA— publicada también por la Oficina de Estadística de las Comunidades Europeas en 1967⁹⁷³.

Cadena de clasificaciones de sectores específicos de actividad que culminó con la nomenclatura PRODCOM⁹⁷⁴, la cual, al contrario que las anteriores, no constituye un

⁹⁶⁸ Economic Commission for Africa of the Economic and Social Council, *The Brussels Nomenclature for the Classification of Goods in Customs Tariffs: Its origins, characteristic features and field of application*, cit., p. 3.

⁹⁶⁹ Siglas correspondientes a la denominación en francés *Nomenclature générale des Activités Économiques dans les Communautés Européennes*.

⁹⁷⁰ Versión realizada sobre la base de CIIU Rev. 3 tal y como se destaca por Comisión Europea, *La contratación pública en la Unión Europea. Manual del Vocabulario Común de los Contratos Públicos (CPV)*, cit.

⁹⁷¹ Office Statistique des Communautés Européennes, *Statistiques industrielles*. N.I.C.E, Bruxelles, 1961. Como indica RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A., «La nomenclatura CPV», cit., p. 1, esta nomenclatura fue la primera en ser empleada en el marco de las directivas europeas, en concreto por la Directiva del Consejo 71/304/CEE, de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras, en cuyo art. 2.1 se valía de esta nomenclatura para definir su campo de aplicación.

⁹⁷² Office Statistique des Communautés Européennes. N.C.E., *Nomenclature du Commerce*, Bruxelles, 1965.

⁹⁷³ Office Statistique des Communautés Européennes, *Statistique Agricole*, Bruxelles, 1967.

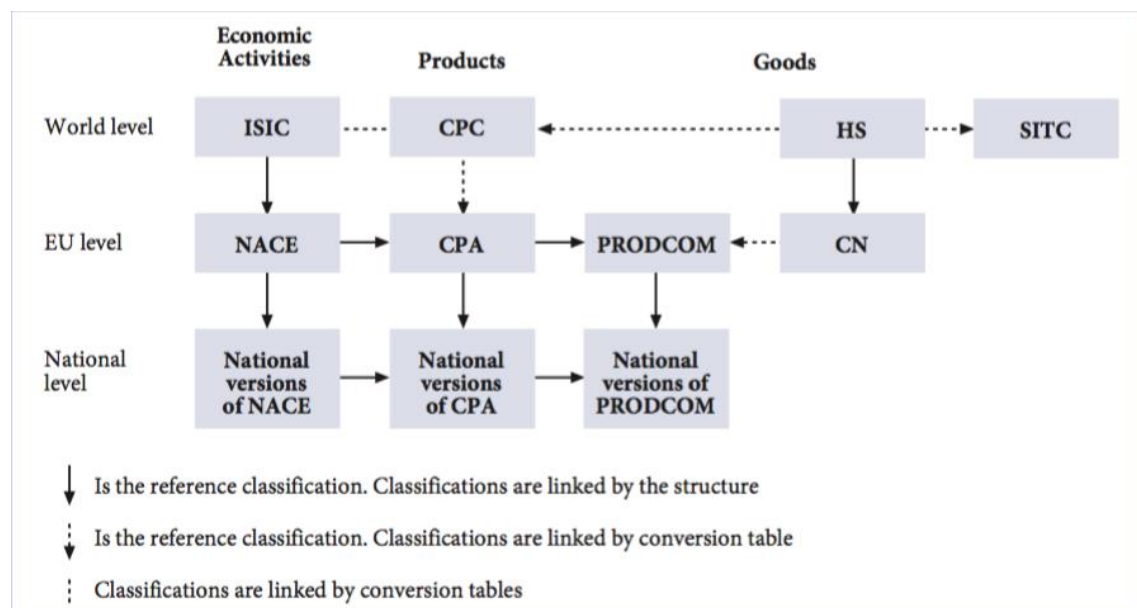
⁹⁷⁴ Correspondiente a las siglas en francés *Production Communautaire*.

precedente de la NACE, sino un instrumento creado a la vista y sobre la base de esta, con el que se pretende la obtención de una información, con mayor detalle respecto a las actividades de industria extractiva —minería y canteras— e industria manufacturera ⁹⁷⁵. Su regulación inicial se efectuó mediante el Reglamento 3924/1991/CEE, modificado posteriormente por el Reglamento 912/2004/CE. Esta nomenclatura, mediante reglamento de la Comisión ha sido publicada y actualizada cada año desde 1993 hasta 2016, adquiriendo carácter bianual en 2017. La Unión Europea ha publicado, igualmente con carácter anual, su equivalencia con los códigos de la Nomenclatura Combinada, superando su inicial limitación de equivalencia con referencia a la NACE⁹⁷⁶. La versión actualmente vigente de PRODCOM es la versión de 2019 *ex* Reglamento 2019/1933/UE⁹⁷⁷.

Por todo lo anterior, todos los referidos sistemas de clasificación uniforme que han constituido en mayor o menor medida un precedente del CPV a nivel global y europeo son los siguientes:

De manera revisada, los sistemas de clasificación adicionales al CPV que se hallan actualmente en vigor en el ámbito de la UE y las Naciones unidas son los expresados en la siguiente tabla:

Imagen 15⁹⁷⁸



⁹⁷⁵ Véase Considerando tercero del Reglamento 3924/1991/CEE.

⁹⁷⁶ Eurostat, Explanatory Notes about PRODCOM, 2015.

⁹⁷⁷ Eurostat, Reference And Management Of Nomenclatures. PRODCOM List, fecha de consulta 24/11/2020, en:

https://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=LST_NOM_DTL&StrNom=PRD_2019&StrLanguageCode=EN&IntPcKey=&StrLayoutCode=HIERARCHIC.

⁹⁷⁸ Eurostat, NACE Rev. 2. Statistical classification of economic activities in the European Community, Luxembourg, 2008, p. 13

El anterior recorrido histórico viene a poner de manifiesto cómo el CPV, en efecto, no viene a constituir una novedad introducida por la legislación europea, ni mucho menos una realidad surgida como consecuencia de la implementación de medios electrónicos en materia de contratación pública. Se trata, por el contrario, de una figura jurídica preexistente encaminada *ab initio* a satisfacer unas necesidades ya presentes en la administración en papel, llegando incluso a encontrar su primer precedente en el siglo XIX.

No obstante, como pasamos a analizar, estas iniciativas de codificación de los elementos susceptibles de constituirse en la prestación no pecuniaria de un contrato han adquirido, con la irrupción de la administración electrónica, un papel inédito y, desde nuestro punto de vista, básico para el aprovechamiento de las ventajas permitidas por el nuevo modelo. Rol que, en el concreto sector de la contratación pública, deberá recaer sobre las iniciativas que han guiado a los sistemas de codificación generales expuestos hasta una adaptación específica a los intercambios producidos en la actividad de contratación de los entes del Sector Público de los Estados miembros de la Unión Europea: el CPV.

2. LA APARICIÓN DEL CPV Y SU INCLUSIÓN EN LAS NORMATIVAS EUROPEA Y ESPAÑOLA

La Directiva 77/62/CEE, en su art. 29, preveía la obligación de los Estados miembros de la realización de clasificaciones estadísticas de la actividad de compra de sus poderes adjudicadores. Mandato que en la Directiva 93/36/CEE dio paso, por aplicación de su art. 9, en relación con el Anexo IV, a la previsión de la utilización de la clasificación CPA en los anuncios de los procedimientos de licitación, así como para la agregación de productos a la que se refería el anuncio de información previa agregado regulado, por aquel entonces, en el art. 9.1 de la referida directiva.

Por su parte, en relación a los contratos de servicios, la Directiva 92/50/CEE preveía la codificación del objeto de los contratos públicos sobre la base de la CCP, tanto en lo relativo a la publicación de los mismos —art. 17 en relación con los Anexos III y IV— como al ámbito de aplicación objetivo de la directiva —arts. 7 y 13—. Misma decisión por la que se optó en la Directiva 93/38/CEE sobre los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, tal y como puede apreciarse en su art. 21 en relación al anexo XII.

Finalmente, la normativa europea reguladora de los contratos de obras no presentaba en la Directiva 71/305/CEE mención alguna a la utilización de estas nomenclaturas, al igual que la Directiva 72/277/CEE. Aunque la Directiva 71/304/CEE sí empleaba como medio de concreción de su ámbito objetivo de aplicación la nomenclatura NICE. Posteriormente, la Directiva 89/440/CEE introdujo la referencia a la NACE respecto del alcance objetivo de la directiva. En esta línea, la Directiva 93/37/CEE mantuvo la

referencia a la NACE, a los efectos de concreción de su ámbito objetivo de aplicación —arts. 2 y 1, en relación al Anexo II—, pero no en relación a la publicación de los procedimientos de contratación, sin perjuicio del efecto que pudiera tener, en relación a los anuncios de información previa, el anexo IV de la Directiva 93/36/CEE.

No obstante, a pesar de su previsión a efectos de publicidad de las licitaciones en los contratos de servicios y suministro, se produjo una muy reducida utilización de los códigos CPA y CCP⁹⁷⁹. Realidad a la que pudo contribuir decisivamente que la nomenclatura CPC solo estaba disponible en lenguas oficiales de las Naciones Unidas y que la nomenclatura CPA se restringía inicialmente al inglés⁹⁸⁰. Adicionalmente, la realidad expuesta conllevaba a que los entes adjudicadores debieran manejar diversas nomenclaturas, cada una de ellas de elevada complejidad. Ante ello, el legislador europeo detectó la necesidad de unificar todas las nomenclaturas empleadas⁹⁸¹ a fin de aumentar la transparencia de los contratos públicos; de posibilitar la creación de un sistema de información para los contratos públicos —proyecto SIMAP—; de reducir los errores de traducción y facilitar a los poderes adjudicadores la descripción del objeto del contrato —interoperabilidad lingüística—; y de favorecer el acceso de las PyMEs a los procesos de contratación pública de otros Estados miembros⁹⁸². Objetivos del sistema de codificación del objeto del contrato que vendrían a desplazar su función tradicional, consistente en la obtención de información estadística. Prueba de ello lo encontramos en el hecho de que Eurostat, al referirse al CPV, indica que su objetivo consiste en facilitar la identificación del objeto de los contratos, facilitar la traducción de los anuncios de licitación a todas las lenguas oficiales de la UE y fortalecer la transparencia y concurrencia potencial de los procedimientos de licitación, sin que venga a constituir un sistema de clasificación estadística⁹⁸³. Aunque el hecho de que esa no sea su naturaleza ni su causa de existencia, no debe descartarse su utilidad como medio de elaboración de estadísticas sobre contratación pública, al ser compatible con las clasificaciones mundiales elaboradas al efecto por Naciones Unidas⁹⁸⁴.

⁹⁷⁹ Comisión Europea, COM(1996) 583 final. Libro verde. La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro, cit., p. 25

⁹⁸⁰ RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A., «La nomenclatura CPV», cit., p. 1.

⁹⁸¹ Considerando 4 de la Comisión Europea, COM 96/527/CE Recomendación de la Comisión de 30 de julio de 1996 relativa al empleo del vocabulario común de contratos públicos (CPV) para la descripción del objeto del contrato, Bruselas, 1996

⁹⁸² Comisión Europea, COM(1996) 583 final. Libro verde. La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro, cit., p. 36; y considerando 8 de la Comisión Europea, COM 96/527/CE Recomendación de la Comisión de 30 de julio de 1996 relativa al empleo del vocabulario común de contratos públicos (CPV) para la descripción del objeto del contrato, cit.

⁹⁸³ Eurostat, Reference And Management Of Nomenclatures. Common Procurement Vocabulary, fecha de consulta 24/11/2020, en:

https://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=DSP_GEN_DESC_VIEW_NOHDR&StrNom=CPV&StrLanguageCode=EN.

⁹⁸⁴ Comisión Europea, La contratación pública en la Unión Europea. Manual del Vocabulario Común de los Contratos Públicos (CPV), cit., p. 3

Ante la situación expuesta, en 1993 se finalizó la elaboración de la primera versión de la CPV. Esta nomenclatura nacía como una adaptación de la CPA al ámbito de la contratación pública. Adaptación necesaria al requerirse un mayor detalle en la descripción de los productos, a los efectos de que, sobre la base de esta codificación, los anuncios de licitación permitieran conocer a los licitadores su disposición a la hora de poder cubrir las necesidades expresadas por el objeto del contrato. En otras palabras, se constató “que la CPA no presentaba en muchos campos el nivel de detalle necesario para ofrecer una descripción adecuada de las mercancías, obras y servicios que buscaban los organismos”⁹⁸⁵. La segunda versión del CPV se culminó y publicó en 1994 y el 30 de julio de 1996 fue publicada en el DOUE, junto con una nueva versión del CPV en su suplemento, la Recomendación 96/527/CE. Nueva versión, en la que se incluía, entre otras novedades, el dígito de control. En virtud de la misma se sustituía la Recomendación 91/561/CEE, indicándose la deseable utilización del CPV “para describir la naturaleza y alcance de [los] contratos públicos en los anuncios que han de remitir a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas”. Al mismo tiempo, se instaba a los Estados miembros a adoptar medidas de difusión y fomento del CPV entre los poderes adjudicadores, las entidades adjudicadoras y los empresarios. En tercer lugar, a los efectos de retroalimentar futuras revisiones y actualizaciones del CPV, se instaba a sus usuarios a informar a la Comisión, “cuando comprueben que el CPV no describe clara y concisamente la naturaleza y alcance de un contrato público”, facilitando un Anexo al efecto. En 1998 y 2001 se publicaron nuevas versiones del CPV, por las que se introdujeron cambios significativos en su estructura⁹⁸⁶.

Cinco años más tarde de la aprobación de la antedicha recomendación de 1996, esta tiene acogida en España con la aprobación 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. A estos efectos, el artículo 67.2.a) imponía la obligación de emplear esta nomenclatura en relación a contratos sujetos a una regulación armonizada. Y, al año siguiente, tras lo que podríamos denominar como un periodo de prueba de CPV, en el que se llevó a cabo su difusión y un intercambio de información entre las instituciones europeas y los usuarios de este sistema de codificación y en el que su adopción por los Estados miembros y sus poderes adjudicadores era potestativo, se dio un paso adicional en el desarrollo y consolidación de la CPV mediante la aprobación de Reglamento 2195/2002, publicando en él una nueva y revisada versión del CPV, así como de sus equivalencias con la CPA, CPC, NACE rev. 1 y NC. Esta nueva versión, en buena parte fue fruto de la retroalimentación recibida por parte de usuarios e instituciones

De manera adicional, se avisaba en su Considerando decimoprimer que se trata de “un sistema de clasificación único que se hará obligatorio dentro de un cierto tiempo”. Esto

⁹⁸⁵ *Ibid.*, p. 5. En el mismo sentido se expresa la Recomendación 96/527/CE.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 6.

es, no se instituía su uso obligatorio a nivel de toda la Unión Europea, pero sí se informaba sobre la probabilidad del futuro acaecimiento del mismo.

Dicha anunciada preceptividad se fraguó por medio del Reglamento 2151/2003, en el cual se mantenía en esencia la versión del CPV contenida en el Reglamento de 2002. Llegamos, de esta manera, a la versión existente al momento de aprobación de las Directivas 2004/18/CE⁹⁸⁷ y 2004/17/CE, a través de las cuales se extiende expresamente la obligación de emplear esta nomenclatura en todos los tipos de contratos públicos, a la hora de detallar su ámbito de aplicación objetivo, como medio de agregación de contratos y, tangencialmente, como información que debía contenerse en algunos anuncios sobre los procedimientos de licitación. No obstante, tal introducción no supuso una ruptura total con los sistemas de nomenclatura establecidos en las directivas anteriores. Así, el art. 14.1 de la Directiva 2004/18/CE viene a establecer una solución de conflicto entre nomenclaturas. Esta podría sorprender en un inicio al determinarse que, en el caso de “posibles divergencias” entre la nomenclatura CPV y las nomenclaturas NACE y CPC, pese a las equivalencias contenidas en los Anexos I y II de la Directiva 2004/18/CE, prevalecerían estas últimas sobre la primera. Sería factible o comprensible entender que la Directiva 2004/18/CE daba un paso hacia atrás, dentro de la dinámica que hemos venido describiendo de avance del CPV. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, sería injusta dicha calificación, toda vez que era comprensible el hecho de que tal regulación respondía a una realidad donde el CPV tan solo contaba con un bagaje de ocho años, seis de ellos en virtud de una Recomendación y publicación de esta clasificación orientada a su mejora progresiva a través de la experiencia y el *feedback* con los agentes implicados, y dos en virtud de sendos Reglamentos que, a pesar de suponer un nuevo estadio en su evolución, mantenían el objetivo de mejora y afinamiento del CPV. Posición frente a la cual, los sistemas NACE y CPC⁹⁸⁸ contaban con un desarrollo y difusión entre los sujetos implicados que podemos remontar hasta 1970, amén de que tanto la Directiva 2004/18/CE como la Directiva 2004/17/CE se hallaban sometidas al Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio. En refuerzo de nuestro posicionamiento debe señalarse que entre 2004 y 2007 se llevó a cabo una nueva y profunda revisión del CPV que culminó con una reestructuración y ampliación de sus códigos⁹⁸⁹.

Por lo tanto, debemos considerar que la regulación del art. 1.14.II de la Directiva 2004/18/CE es un presupuesto lógico a la hora de llevar a cabo el salto desde los antiguos sistemas de nomenclatura empleados a uno, de reciente creación, especializado

⁹⁸⁷ Cuyo Considerando 36 podrá de manifiesto nuevamente las necesidades e iniciativas a las que esta nueva figura responde.

⁹⁸⁸ En el caso del CPC, hemos de computar también la antigüedad del ICGS del que viene a constituirse como sucesor.

⁹⁸⁹ Comisión Europea, La contratación pública en la Unión Europea. Manual del Vocabulario Común de los Contratos Públicos (CPV), cit., p. 7.

para el ámbito de la contratación pública en la UE. De este modo se instituyó su utilización de manera progresiva y poco traumática para los poderes adjudicadores e incluso operadores económicos y atendiendo a la seguridad jurídica a la vista de más que probables profundos cambios del CPV a corto plazo. Al mismo tiempo que se aseguraba la interoperabilidad o correspondencia del CPV con las nomenclaturas existentes de manera previa⁹⁹⁰.

Por otro lado, de la lectura de los arts. 35 y 36 de la Directiva 2004/18/CE, en relación con su Anexo VII, puede observarse cómo tan solo se hace referencia expresa a la obligada utilización de la nomenclatura CPV en relación con los anuncios de información previa y respecto de los anuncios de licitación simplificados en el marco de un sistema dinámico de adquisición. No así en relación al resto de anuncios como, por ejemplo, en relación al anuncio de licitación. No obstante, ello no implica que el empleo del CPV debiera delimitarse a los anuncios de información previa⁹⁹¹, previéndose también la utilización de esta nomenclatura en el resto de anuncios, a través de la remisión contenida en su Anexo VIII a la Directiva 2001/78/CE, la cual, antes de la aprobación de estas nuevas directivas europeas, y aún antes del definitivo impulso que supuso para el CPV la aprobación del Reglamento 2195/2002/CE, ya había tratado de introducir en la legislación anterior la utilización de esta nomenclatura⁹⁹², con el subsiguiente reflejo antes indicado en la normativa española sobre contratación pública de principios del siglo XXI.

Finalizado el proceso de transformación del CPV entre los años 2004 y 2007, se procedió a la aprobación del Reglamento 213/2008/CE. Tal y como se pone de manifiesto en sus considerandos, el objetivo de la nueva versión era el de dar lugar a una clasificación que presentara una estructura y agrupación más favorable para la descripción del objeto de los procedimientos de contratación pública, sustituyéndose los anexos correspondientes del Reglamento de 2002 y las modificaciones introducidas en 2003 por los nuevos anexos en los que se recogía la nueva estructuración de la nomenclatura CPV, al tiempo que se procedía a la correlativa sustitución de los Anexos I y II de la Directiva 2004/18/CE.

Con la entrada en vigor de la Directiva 2014/24/UE se proseguía la línea ascendente en la instauración de esta nomenclatura, toda vez que el párrafo segundo del punto 14 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE era superado por las previsiones del artículo 23 de la Directiva 2014/24/UE, donde se indicaba que “toda referencia en el marco de la contratación pública se hará utilizando el «vocabulario común de contratos públicos CPV» aprobado por el Reglamento nº 2195/2002”. De esta manera, se eliminaba la presencia, potencialmente predominante, de las nomenclaturas CPC, CPA y NACE.

⁹⁹⁰ Véase al respecto los Anexos I y II de la Directiva 2004/18/CE.

⁹⁹¹ Mención expresa del artículo 35 del CPV toda vez que esta nomenclatura es empleada a la hora de referir el ámbito de la información a la que se hallan encaminados.

⁹⁹² Véase al respecto el Considerando 3 de la Directiva 2001/78/CE.

Esta modificación se confirmó por su Anexo II, donde se indicaba que “en caso de diferentes interpretaciones entre CPV y NACE, se aplicará la nomenclatura CPV”. Adicionalmente, se eliminaba toda a las nomenclaturas CPC y CPA.

De este modo, la Directiva 2014/24/UE viene a cerrar el círculo en torno a la aparición, evolución, perfeccionamiento y paulatino establecimiento de la nomenclatura CPV como repertorio/listado único en materia de contratación pública. A día de hoy puede destacarse cómo el CPV se presenta como un campo de filtrado de gran utilidad, tanto en la PCSP como en el portal SIMAP y, más concretamente, en la herramienta TED por la que se publican los anuncios relativos a procedimientos de licitación pública en el suplemento del DOUE.

3. CONFIGURACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA NOMENCLATURA CPV

La primera versión del CPV mantenía los seis dígitos de la CPA. Nomenclatura empleada de base que, a su vez, mantenía los cuatro primeros dígitos de la NACE rev.1. A esos seis dígitos iniciales se añadieron dos adicionales, hasta un total de 8, con una ordenación “arborescente”⁹⁹³. De tales dígitos, los dos primeros ofrecían información relativa a la “división” del objeto identificado, estableciéndose dichas divisiones sobre la base del origen y/o materia prima de los bienes y suministros —divisiones 1 a 41—, los contratos de obras —división 45—, y según la prestación en la que consistan los contratos de servicios —divisiones 51 a 99—. En relación a este último tipo de contratos, su división respondía a distinta lógica según su naturaleza. Así las cosas, en el caso de que se tratara de un servicio relacionado con un determinado bien o suministro, tal servicio se clasificaba en la división del bien o suministro en cuestión dentro de una categoría del mismo generalmente identificada con el dígito 9. Mientras, aquellos que no se encontraban relacionados con ningún bien o servicio se clasificaban a través de su división independiente.

El tercer dígito viene a informar sobre los diferentes “grupos” de bienes o servicios, obras o servicios dentro de cada una de las divisiones anteriores. Estos grupos de productos u obras son desglosados, a su vez, en “clases” por medio del cuarto dígito.

El detalle de las clases de producto u obra son dadas por el quinto dígito el cual viene a clasificarlas en “categorías”, divididas en “subcategorías”. En este último apartado es donde la nomenclatura ofrece su mayor aportación respecto de la CPA, puesto que en vez de ser identificadas las posibles subcategorías mediante un único dígito —el sexto—, estas pasaban a detallarse en función de un total de tres dígitos.

Los indicados ocho dígitos configuraban lo que se denominaba el vocabulario principal del CPV, al cual se añadía la posibilidad de emplear un vocabulario suplementario

⁹⁹³ MOREU CARBONELL, E., «Vocabulario común de contratos públicos -voz-», cit., p. 708.

destinado a la transmisión de información adicional sobre las características o el destino del objeto del contrato. Esta nomenclatura suplementaria se compone de un primer carácter, constituido por una letra, seguido de tres dígitos, de modo que se conformaba un código alfanumérico al que se le asignaba una determinada palabra o expresión.

Dicho sistema de numeración de la nomenclatura CPV fue contemplado en su segunda versión de 1994, tal y como se ha adelantado, añadiendo un noveno dígito del vocabulario principal y un quinto carácter del vocabulario suplementario, establecidos, en ambos casos, como cifra de control de todos los anteriores. Su función, por tanto, es la de prevenir posibles errores tipográficos en la indicación de los anteriores, quedando separados mediante un guion respecto de los anteriores.

Tal sistema fue modificado profundamente en su versión de 1998, en la que se llevó a cabo una reclasificación de las divisiones del CPV, de modo que los servicios, independientemente de su relación con un determinado producto o suministro, adquirieron su propia división. Al mismo tiempo, se llevó a cabo una profunda reconfiguración, tanto del vocabulario principal como del vocabulario suplementario como lo demuestra el hecho de que, si bien antes se conformaba de un total de 6.000 códigos, este quedó conformado por un total de 8.200 códigos tras la eliminación aproximadamente de 2.500 y la incorporación de 5.000 nuevos. En tan profunda reconfiguración huelga destacar la eliminación de la división 51 de “servicios comerciales al por mayor y a comisión, excepto los de vehículos automóviles y motocicletas” y la creación de la 50 de “servicios de reparación, mantenimiento e instalación”.

La posterior apertura de consultas a operadores económicos, poderes adjudicadores e instituciones en general dio lugar a la paulatina introducción de nuevas modificaciones en la configuración del CPV hasta tener como resultado la versión de 2002. En ella se introducían 100 códigos más que en la anterior. Ampliación exponencialmente mayor se produjo en la versión del CPV de 2008, tras la cual se alcanzó la cifra de 9454 códigos, mantenida hasta la actualidad. Mientras, a nivel estructural-sistemático, respecto de los bienes clasificados se modificó su clasificación anterior radicada en los materiales de composición, por otra regida por la tipología o funcionalidad, lo que resultaba más acorde respecto de su funcionalidad como instrumento al servicio del funcionamiento del mercado de la contratación pública. Evolución que le conducía en este aspecto a distanciarse de sus antecesores de clasificación estadística multipropósito. De otra parte, se profundizó en la línea de separación en códigos diversos de elementos funcionalmente similares pero generadores de tipos de contratos diferentes, como es el caso de los programas informáticos listos para su uso —contrato de suministro— y el desarrollo de programas informáticos elaborados *ad hoc* —contrato de servicio—. Finalmente, el vocabulario suplementario se configuró con un total de 939 códigos, ampliándose los 500 subcódigos anteriormente generados. Al mismo tiempo que esta nomenclatura auxiliar experimentó un cambio cualitativo al quedar configurada por cinco dígitos alfanuméricos, donde el primero, consistente en una letra, indica una

“sección” de indicaciones complementarias, el segundo, también alfabético — anteriormente numérico—, indica un “grupo” de indicaciones complementarias dentro de la sección de que se trate. Los dos siguientes dígitos, de carácter numérico vendrán a establecer de manera conjunta las “subdivisiones” establecidas dentro de cada una de las secciones o subsecciones, y, finalmente, el quinto dígito, también numérico, actuará como dígito de control. De esta manera, los códigos suplementarios se consolidaban como “una lista sustancial de atributos para permitir que los usuarios añadan más elementos a la descripción de un código del CPV”⁹⁹⁴. En concreto, las secciones A a M prevén descripciones genéricas empleables con bienes y elementos materiales, las secciones P a U con servicios y las D y F para ambos tipos de elementos⁹⁹⁵.

Esta versión vigente del CPV mantiene la estructura inicial de los sucesivos dígitos consistente en división-grupo-clase-categoría-subcategoría, aunque las divisiones responden a una lógica distinta, de manera que las referidas a contratos de suministro son actualmente la 1 a 44 y 48, la referida a contratos de obra es la 45 y las referidas a los contratos de servicios son la 50 a 99 —no existe la división 49—.

4. RELEVANCIA Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS RELATIVAS A LA UTILIZACIÓN INADECUADA DEL CPV

El reflejo de una realidad compleja implicará, necesariamente, que el medio de representación deba heredar dicha complejidad. Prueba de lo cual encontramos en el proceso de perfeccionamiento del CPV que ha implicado que los 6000 códigos CPV existentes aproximadamente en sus primeras versiones, hayan dado lugar a los actuales más de 9000. Al mismo tiempo que se ha podido observar que, en la última revisión del vocabulario suplementario, el número de subcódigos, prácticamente, se dobló. Sobre este fenómeno de traslación de la complejidad de lo representado al sistema de representación ya nos advertía RACCA, al determinar que los nuevos retos y medios en el ámbito de la contratación pública, hacían prever una complejidad creciente en los procedimientos de contratación pública, que harán necesario el desarrollo de mayores habilidades técnicas y económicas por parte de los poderes adjudicadores, difíciles de obtener en los poderes adjudicadores de tamaño mediano y pequeño⁹⁹⁶.

⁹⁹⁴ Comisión Europea, La contratación pública en la Unión Europea. Manual del Vocabulario Común de los Contratos Públicos (CPV), cit., p. 8.

⁹⁹⁵ SIMAP. Información sobre contratación pública europea, Notas explicativas. CPV 2008, fecha de consulta 24 noviembre 2020, en https://simap.ted.europa.eu/documents/10184/36234/cpv_2008_explanatory_notes_es.pdf, p. 3.

⁹⁹⁶ RACCA, G. M., «Joint procurement challenges in the future implementation of the new directives», cit., p. 230.

En consecuencia, el manejo de unos diez mil códigos y subcódigos se ha traducido en una utilización errónea y/o imprecisa⁹⁹⁷ del vocabulario CPV, de una manera y frecuencia no excepcional. Lo que conlleva a impedir la materialización de las ventajas esperadas de este sistema y los frutos de los grandes esfuerzos realizados para su consecución. Aunque, sin ninguna duda, se ha tener en cuenta que, en el caso de los entes adjudicadores de menor tamaño, estos errores o exceso de generalidad en el empleo de este sistema de codificación no deriva de una actitud dolosa o negligente por parte de los entes adjudicadores, sino del hecho de que la utilización con soltura del CPV y la propia consciencia de la importancia de ello, de manera adicional o independiente a lo indicado mediante lenguaje natural, puede superar las posibilidades de sus medios materiales y personales disponibles. Esta problemática de indebido uso del CPV puede ejemplificarse sobre la base de los datos abiertos relativos a contratación pública, ofrecidos por el Portal de Transparencia de la Región de Murcia, a través del cual es posible obtener en formato reutilizable la información de los 8.130 contratos no menores realizados por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia desde el año 2014 hasta el tercer trimestre de 2020⁹⁹⁸. Mediante el tratamiento⁹⁹⁹ de dichos datos abiertos se puede comprobar que el gasto anual acumulado en contratos con objeto “apósitos” con CPV 33141110-4¹⁰⁰⁰ responde al siguiente comportamiento:

Tabla 3:

CPV 33141110-4	Año 2014	0 euros
CPV 33141110-4	Año 2015	0 euros
CPV 33141110-4	Año 2016	0 euros
CPV 33141110-4	Año 2017	1.947.588 euros
CPV 33141110-4	Año 2018	4.348.254 euros
CPV 33141110-4	Año 2019	6.295.842 euros

⁹⁹⁷ Como recuerda la RTACRC 487/2014, de 27 de junio, Rec. 386/2014, FD Séptimo: “[...] el Manual explicativo de la Nomenclatura CPV que, pese a no poseer valor oficial, no deja de tener cierto carácter orientativo, y que afirma en su apartado 6.2: «Las entidades adjudicadoras deben buscar el código que responda a sus necesidades con la mayor precisión posible»”.

⁹⁹⁸ Oficina de Transparencia y Participación Ciudadana. Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, Portal de transparencia. Región de Murcia. Datos económicos. Contratos realizados por la Administración Regional, fecha de consulta 25 noviembre 2020, en <https://transparencia.carm.es/web/transparencia/contratos-de-obras-suministros-y-servicios>.

⁹⁹⁹ Dicho tratamiento ha sido efectuado mediante la utilización de la herramienta R-estudio facilitada a través de uno de los cursos de formación impartidos por la Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad de Murcia.

¹⁰⁰⁰ Código CPV perteneciente a la división 33: “Equipamiento y artículos médicos, farmacéuticos y de higiene personal”, grupo 1: “Equipamiento médico”, clase 4: “Material médico fungible”, categoría 1: “Productos consumibles médicos no químicos desechables y productos consumibles hematológicos”, primera subcategoría 1: “Apósitos; clips, suturas y ligaduras” y segunda subcategoría 1: “apósitos”.

De tales datos se extrae, por reducción al absurdo, que durante los años 2014 a 2016 los órganos de contratación de la Región de Murcia no estaban empleando el código 33141110-4, quedando dichas compras englobadas en otros códigos erróneos o de subcategoría, categoría, clase, grupo o división más generales. Tanto en un caso como en otro, la utilidad del CPV se diluye, toda vez que no será posible su utilización a la hora de sistematizar la información sobre los procedimientos de contratación pública, agregados por razón de su objeto y obtener datos relevantes de concretos mercados de contratación pública. De igual modo que tampoco será posible prever de manera eficaz, sobre la base de actuaciones pretéritas, el futuro comportamiento de los entes adjudicadores, ni implementar sistemas de filtrado y alerta altamente personalizados y circunscritos. Amén de que los anuncios del procedimiento de licitación reflejarán una información imprecisa para aquellos operadores económicos que prefieran o necesiten obtener esta primera información mediante el CPV.

En los siguientes periodos, puede comprobarse cómo entre 2017 y 2018 se produce un incremento del 223 %, y entre 2018 y 2019 un incremento del 144 %. Variaciones muy significativas, pero decrecientes, que, a falta de obtener la información completa sobre el año 2020, podrían dejar entrever que los órganos de contratación de la Comunidad Autónoma han ido corrigiendo paulatinamente la inicial falta de uso o uso impreciso de este CPV. Corrección en el ámbito de una Comunidad Autónoma que ha podido ser detectada gracias a su potente Oficina de Transparencia y abordada gracias a la suficiencia de medios personales y materiales de los órganos de contratación. Circunstancias que, *a sensu contrario*, permiten detectar como riesgos o amenazas de este proceso de progresivo perfeccionamiento del CPV, la inexistencia de las herramientas que permitan detectar internamente, o de forma difusa, esta errónea aplicación del CPV, así como la imposibilidad o error en la rectificación del uso de esta nomenclatura en relación a los concretos procedimientos de licitación. En este último caso, debe reseñarse, de manera adicional, el riesgo de cronificación, derivado de la comisión del error en los modelos de pliego empleados por ese órgano de contratación, así como la imposibilidad de su detección por parte de los recursos disponibles del órgano de contratación y por los sistemas generales de supervisión como el expuesto, al poder no tratarse de un defecto generalizado, sino específico. Imprecisión o error en el uso del CPV que extraerá información sobre el procedimiento de contratación afectado y que contaminará la información agregada del sector al que corresponda el CPV equivocadamente empleado.

Nos encontramos pues ante una situación en la que el uso inadecuado del CPV presenta efectos inaceptables, al tiempo que existen barreras estructurales, al menos inicialmente, para su adecuada y precisa utilización.

En este contexto, se añade que, a la obligatoriedad de la utilización del código CPV, ya afirmada por el TJUE respecto de los contratos sujetos a una regulación armonizada¹⁰⁰¹, se une en nuestro ordenamiento jurídico nacional la preceptividad del uso del CPV para los contratos no SARA¹⁰⁰², salvo en el caso de los contratos menores, donde su empleo no se establece como una obligación *ex lege*, traduciéndose, entre otras cosas, en la inexistencia de un campo de filtrado basado en esta nomenclatura dentro del buscador de contratos menores de la PCSP¹⁰⁰³. Sin duda, esta última exclusión —o no inclusión— de los contratos menores dentro del campo de acción preceptivo del CPV, podría entenderse completamente lógica desde el punto de vista de los medios personales y materiales más reducidos de los que pueden disponer los entes adjudicadores de menor tamaño, así como desde el punto de vista del carácter *ex post* de esta información. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, sobre los posicionamientos basados en los puntos anteriores, debe predominar la consideración de que la sistematización, también de los contratos menores, mediante este sistema de interoperabilidad semántica es necesaria a los efectos de extender su funcionalidad derivada de análisis de los mercados de contratación pública y facilitación de información sobre los mismos, dado que, precisamente, esta información será especialmente útil en relación a la contratación menor, para los entes adjudicadores con menos medios personales y materiales. Al mismo tiempo, la falta de publicidad *ex ante* de la contratación menor, unida a su fuerte importancia agregada y a la mayor facilidad de que las conductas irregulares pasen más desapercibidas dentro de su ámbito de aplicación, hacen que no podamos considerar como menos útil o prescindible las utilidades de transparencia y planificación a las que contribuye, decididamente, el CPV. Es más, su importancia en relación a la información operativa puede ser especialmente importante, toda vez que un análisis de previsión de los contratos menores a desarrollar por un ente adjudicador durante un ejercicio, será el que permita sustituir a la información *ex ante* por la iniciativa del operador económico de facilitar al ente adjudicador un catálogo con los diversos productos que podrían ser de interés para la satisfacción de futuros contratos menores. En lo que respecta a la indicación del CPV en los PCAP de contratos no SARA, es cierto que el art. 67.2.a) del RCSP limita, en principio, el uso del CPV a los contratos SARA, previendo para los no SARA la utilización de otra nomenclatura de carácter nacional: la Clasificación Nacional de Productos por Actividades 1996 (CNPA-1996), aprobada por RD 81/1996. No obstante, desde el año 2003 el RD 81/1996 fue derogado por el RD 331/2003,

¹⁰⁰¹ Tribunal de Justicia. Sala Sexta, Sentencia de 24 de septiembre de 1998, C-76/97, párrafo 37.

¹⁰⁰² El art. 135.4, en relación con el Anexo III de la LCSP, exige la utilización del CPV en todos los anuncios relativos a los procedimientos de licitación, sin exclusión de los contratos no SARA. Misma línea seguida por el art. 67.2 del RCSP respecto del contenido del PCAP.

¹⁰⁰³ Plataforma de Contratación del Sector Público, Licitaciones. Búsqueda. Contratos menores, fecha de consulta 12/12/2020, en:

https://contrataciondelestado.es/wps/portal!/ut/p/b1/04_SjzS1tDAwtrQ0MdeP0I_KSyzLTE8syczPS8wB8aPM4k1c_Z2d3TyMDCyCjV0MjHxcQkPNPIBcd1Oggkh8CoyI029q7GwS5hUWYBbs6W5g4Onh5uITamgK1G5GnH4DHMDRgJD-cP0o_EqMoArwORGsAI8b_Dzyc1P1c6Ny3NwsPbNMHBUVAYIuQzo!/dl4/d5/L2dBIS

estableciendo la aplicación de la CPA dentro del ámbito ocupado anteriormente por el RD 81/1996. En consecuencia, partiendo de que el CPV es una nomenclatura basada en el CPA que la desarrolla, concreta y ajusta legalmente al campo de la contratación pública y que existe un sistema de equivalencias claro entre ambas, sin perjuicio de que sea recomendable la actualización del art. 67.2.a) del RCSP para que extienda la utilización del CPV en todos los PCAP, con independencia de los contratos no SARA, debe concluirse que la inclusión de esta nomenclatura en los pliegos debe considerarse suficiente a los efectos de cumplir con este mandato del RCSP, también en relación a los contratos que no superen los umbrales de los SARA. Es más, carecería de sentido obligar a los entes adjudicadores a emplear la nomenclatura CPV en relación a los anuncios de los procedimientos de licitación y que, cuando ya hubieran encontrado el CPV adecuado, se vieran obligados a la determinación del código correspondiente de la nomenclatura CPA —menos precisa— para el PCAP.

Sea como fuere y por los motivos ya expuestos, todo empleo del referido código CPV, ya sea preceptivo o voluntarista, necesariamente ha de ir acompañado de la exigencia a los entes adjudicadores de cualquier tamaño de que su uso sea siempre riguroso. Bien sea en aras a la satisfacción del principio de igualdad de trato y no discriminación, del principio de libre concurrencia o en relación a los principios de eficacia y eficiencia. De hecho, la progresiva consolidación del empleo del CPV puede conducir a que este se constituya en un motor de búsqueda que garantice la igualdad de todos los operadores económicos a la hora de acceder a los anuncios de licitación, incluso dentro del propio mercado nacional de contratación pública, con independencia de que nos encontremos o no ante contratos sujetos a una regulación armonizada y con independencia de que participen o no licitadores de otros Estados miembros¹⁰⁰⁴.

En este contexto, el TACRC¹⁰⁰⁵ ha tenido la ocasión de analizar casos de utilización de un código CPV erróneo, que no identifica de manera adecuada el objeto del contrato expresado mediante lenguaje natural en esos mismos pliegos. Siendo su pronunciamiento acerca de esta materia que “el error en la determinación de la CPV es un defecto subsanable que no puede tener consecuencias anulatorias del pliego”, procediendo su corrección en el caso de que haya lugar a la nueva redacción de los pliegos.

El sentido de esta doctrina administrativa, desde nuestro punto de vista, se constituye como una muestra de lo expresado por CAÑO GÓMEZ al señalar que más allá de la obtención de medios tecnológicos, la principal dificultad para la implementación de

¹⁰⁰⁴ En relación a la aplicación de los principios generales del Ordenamiento europeo a los contratos no SARA, véase MORENO MOLINA, J. A., «Principios generales de la planificación y racionalización de la compra pública», cit., pp. 84 a 86.

¹⁰⁰⁵ RTACRC 78/2018, de 26 de enero, Rec. 1243/2017, FD Quinto; RTACRC 487/2014, de 27 de junio, Rec. 386/2014, FD Quinto.

sistemas de contratación pública electrónica se encontrará en la necesaria y consiguiente adaptación cultural¹⁰⁰⁶.

Si tenemos en cuenta que el art. 135 de la LCSP, en relación a su Anexo III, así como el ya referido art. 67.2.a) del RCSP requieren de la utilización de la nomenclatura CPV. De otra parte, su carácter de elemento indicador del objeto del contrato y de medio de interoperabilidad semántica y lingüística. Y, en tercer lugar, el tenor del art. 39.2.a) de la LCSP y, en todo caso, de los arts. 47 y 48 de la Ley 39/2015, como se ha indicado en el epígrafe I del capítulo cuarto del presente trabajo, consideramos que el defecto en el CPV debe implicar la nulidad del pliego, a los efectos de garantizar la tutela judicial de todos los licitadores afectados, sobre todo de aquellos que no pudieron tener conocimiento en su momento de la existencia del procedimiento de licitación. No siendo posible, en ningún caso, que al menos deba procederse a aplicar el instituto de la anulabilidad, al ser inviable la consideración de este error una mera irregularidad.

En relación a los anuncios de información previa, especialmente en lo que concierne a aquellos elaborados a la luz del art. 28.4 de la LCSP, la utilización de un código CPV incorrecto o que aplique un campo genérico a contratos que admitan, de forma manifiesta, una clasificación más precisa, supone un defecto en la información digital suministrada que, difícilmente, podrá contar con una sanción lo suficientemente adecuada a sus efectos negativos, si no se opta por considerar que dicha programación ha carecido realmente de publicación. Lo que en el caso del anuncio de información previo debería suponer la imposibilidad de que este reduzca los plazos de presentación de ofertas de los subsiguientes procedimientos de contratación¹⁰⁰⁷ y, en el caso del art. 28.4 de la LCSP la imposibilidad de tener por efectuada la difusión a la que se refiere dicho precepto¹⁰⁰⁸.

Desde nuestro punto de vista, resulta crucial insistir en la necesidad trascendental del rigor y acierto a la hora de establecer este tipo de elementos de identificación en el nuevo contexto de información digital. De otra manera, se estará asumiendo el riesgo de que condenemos a la publicidad digital a convertirse en una maraña insondable de datos que impidan, de facto, el acceso a la misma.

No ignoramos que este posicionamiento puede resultar criticable, especialmente en los casos más habituales de error consistente en la aplicación de categorías excesivamente generales, donde la existencia de una información general —pero no errónea— es potencialmente concretable en sede de los procedimientos de licitación de desarrollo —en el caso de que se trate de un anuncio de información previa— o mediante el lenguaje natural del PCAP del propio procedimiento en cuestión —en el caso de los anuncios de

¹⁰⁰⁶ CAÑO GÓMEZ, M., «La transición a la contratación pública electrónica», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015, p. 33.

¹⁰⁰⁷ Vid. art. 156.3.a) de la LCSP.

¹⁰⁰⁸ Nos remitimos a las consideraciones efectuadas en el epígrafe II.3 del capítulo tercero.

licitación—. En este punto será necesario efectuar un análisis tópico que permita concluir para cada caso, si la imprecisión constituye realmente una generalidad concretable por conjunto de la información contenida o que se contendrá en el resto de elementos que conformen el expediente de contratación puesto a disposición de los licitadores o, por el contrario, si se trata de una imprecisión equivalente a un CPV erróneo o a su ausencia. El factor determinante al efecto será valorar si la falta de concreción en la asignación del CPV conduce a un incremento tal de los productos u obras incluibles en el CPV utilizado que, racionalmente sea posible considerar que un operador económico interesado en el CPV correcto no habrá consultado normalmente el realmente empleado.

En el caso antes expuesto del CPV 33141110-4, estas indicaciones nos llevarían a considerar que la utilización del CPV 33141100-1: “Apósitos; clips, suturas y ligaduras”, podría tener la consideración de mera irregularidad, mientras que la utilización del CPV 33100000-1: “Equipamiento médico” conduciría a una situación equiparable a la de utilización de un CPV erróneo o, directamente, a la ausencia del mismo. A pesar de lo cual, debe tenerse en cuenta que la utilidad del CPV, en relación a sus efectos *extra* procedimiento, como factor inicial para la predicción de compra y análisis de mercados de contratación pública, se verá anulada por cualquier imprecisión, ya sea, en términos concurrenciales, una mera irregularidad o un defecto invalidante.

No obstante, este rigor que mostramos con la adecuada utilización del CPV, no es incompatible con la plena comprensión de las dificultades de su utilización, especialmente por parte de determinados entes adjudicadores. Como remedio a esta situación podría recurrirse a los servicios de asesoramiento técnico que pudieran dar entes de mayor tamaño, tratándose, en concreto, de un ámbito especialmente propicio para el desarrollo de actividades de asesoramiento o auxiliares de compra de las centrales de compras —vid. art. 2.1.15) del Directiva 2014/24/UE—. Igualmente, consideramos que la superación de este obstáculo es posible mediante la automatización de la asignación del código CPV por medio de algoritmos deterministas o no deterministas. Tal y como pasamos a analizar en el siguiente epígrafe.

III. POSIBILIDADES DE IMPLEMENTACIÓN DE ALGORITMOS DETERMINISTAS PARA LA ASIGNACIÓN DEL CPV Y LA PLANIFICACIÓN DE LA COMPRA PÚBLICA

1. CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN AUTOMATIZADA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1 La complejidad de la actividad automatizada

La utilización de herramientas de administración automatizada en el ámbito de la contratación pública no es una novedad. Así, como destaca MIRANZO DÍAZ¹⁰⁰⁹, en la Comunidad Autónoma de Valencia podemos encontrar la implementación de un programa por el que, a través de sus algoritmos deterministas, se analizan los datos de la actividad de compra pública de las Administraciones a los efectos de estimar o evaluar el riesgo de corrupción en cada uno de los contratos celebrados y, sobre la base de ello, dirigir la actividad de sus entes fiscalizadores¹⁰¹⁰. Misma línea en la que se orienta el sistema *Red Flags* empleado en Hungría. Otro sistema lo constituye la herramienta de gestión de big data “Arachne”, ofrecida por la Comisión Europea y la OLAF a cualquier entidad gestora de Fondos Estructurales para la detección de factores de riesgo relativos a situaciones de fraude, conflictos de intereses, manipulación de los contratos u otras irregularidades. Más recientemente y en esta misma línea, se ha llevado a cabo el desarrollo del algoritmo empleado por el programa “DoZorro”, del tipo red neuronal. Su principal diferencia estriba en que se abandona el modelo del algoritmo determinista en favor de otro no determinista, basado en procedimientos de *deep learning*, con el consiguiente efecto, propio de este tipo de algoritmos, del incremento exponencial de la dificultad o imposibilidad de determinar los factores tenidos en cuenta y su correspondiente ponderación a la hora de determinar las variables endógenas o *outputs* a los que se da lugar¹⁰¹¹. Esto es, una dificultad de efectuar una trazabilidad de la lógica seguida para la obtención de su conclusión, incluso por sus propios programadores.

De estas experiencias previas se desprende que la automatización de la actividad administrativa es una realidad en el ámbito de la contratación pública, con el objetivo de su parametrización y fiscalización. Dentro de las posibilidades de implementación pueden distinguirse dos grandes categorías de algoritmos empleados: deterministas y no

¹⁰⁰⁹ MIRANZO DÍAZ, J., «Inteligencia artificial y contratación pública», cit., pp. 115 y 116.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*, p. 115. Sobre los factores indicativos de la existencia de corrupción véase la obra citada, pp. 112 y 113.

¹⁰¹¹ BODEN, M. A., *Artificial Intelligence: A very short introduction*, Oxford University Press, 2018, p. 28.

deterministas. No obstante, no todas las experiencias previas referidas son encuadrables dentro del art. 41 de la Ley 40/2015.

En efecto, esta ha venido a establecer la posibilidad de tramitación de un procedimiento administrativo hasta la obtención de su correspondiente resolución, sin intervención humana de manera directa, la cual será sustituida mediante la utilización de medios tecnológicos automatizados. Se trata del fenómeno que se ha venido a denominar como “actuación administrativa automatizada”, y que implica elementos cualitativos que exceden de la mera automatización auxiliar de la actividad administrativa que tiene lugar en los ejemplos citados. Debe tenerse en cuenta que el art. 41 de la Ley 40/2015 no promulga una ausencia absoluta de intervención humana. Dicha ausencia es referida a su actuación “directa” en el procedimiento administrativo en cuestión, ya que, en todo caso, será necesaria una labor previa de configuración y programación. Es más, dicho precepto viene a determinar que deberá determinarse el órgano u órganos competentes para la determinación de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad¹⁰¹², y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Paralelamente, deberá determinarse el órgano que ha de ser considerado responsable de las decisiones del sistema automatizado a efectos de impugnación.

Tanto en relación a la actividad de sistemas automatizados auxiliares, como dentro del concepto de administración automatizada, en sentido propio, al que hace referencia la Ley 40/2015, resulta factible la implementación de algoritmos de inteligencia artificial o no deterministas. Estos últimos, como indica VALERO TORRIJOS, escapan del concepto de “automatización”¹⁰¹³, dando lugar, en todo caso, a una “automatización robótica”, o funcional, de la actuación de la Administración. Frente a ella encontraríamos otra automatización, ahora, de carácter cognitivo, fruto de la implementación de sistemas y/o algoritmos de inteligencia artificial¹⁰¹⁴.

¹⁰¹² Como se señala en MARTÍN DELGADO, I., «Convegno Intelligenza artificiale e funzioni amministrative. Sindacato e tutela rispetto alle decisioni automatizzate», en *Il controllo dell'attività amministrativa automatizzata nell'ordinamento giurido spagnolo*, Google Meet, Università LUM Jean Monet, 2020, la alta complejidad de esta actuación de auditoría tecnológica requeriría de la creación de un organismo administrativo especializado para la creación o, al menos, el control del diseño de los sistemas algoritmos que deseen ser implementados por las Administraciones Públicas.

¹⁰¹³ VALERO TORRIJOS, J., «Inteligencia Artificial y contratación del sector público», cit., p. 1.

¹⁰¹⁴ Sobre estos conceptos de automatización, véase RAMÍO, C., *Inteligencia artificial y Administración pública. Robots y humanos compartiendo el servicio público*, Madrid, Catarata, 2018. Esta distinción de diversos tipos de algoritmos es presentada en MARONGIU, D., «Inteligencia artificial y Administración Pública», en GARCÍA NOVOA, C., SANTIAGO IGLEIAS, D., TORRES CARLOS, M.R., GARRIDO JUNCAL, A. y MIRANDA BOTO, J.M. (coords.) *4ª Revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 387 y 394, haciendo referencia a “formas de automatización totalmente predeterminadas”, “inteligencia artificial débil” e “inteligencia artificial fuerte”.

La transición de un algoritmo determinista a otro no determinista bien diseñado nos encaminaría a una maximización de la eficacia o precisión del resultado o dato obtenido, a costa de una pérdida de control significativa de la relación entre variables endógenas y exógenas dentro de los correspondientes algoritmos. En el ámbito del derecho administrativo ello se traduce en una obstaculización de la formulación de la necesaria motivación de los actos administrativos, la cual difícilmente se podrá obtener de manera intuitiva y sencilla sobre la mera observación del funcionamiento del algoritmo empleado¹⁰¹⁵. Este rasgo puede no ser un óbice para la utilización de herramientas auxiliares, donde tras la detección del potencial resultado “correcto”, la unidad administrativa correspondiente debe actuar, a través de sus medios personales, para comprobar si aquel es compatible con alguna de las posibilidades de razonamiento aplicables; fruto de lo cual se confirmará o no la propuesta del algoritmo. Aunque, por el contrario, cuando sobre el resultado obtenido a través del programa informático se haga cargar exclusivamente la decisión adoptada por el órgano administrativo, será necesario que se pueda acreditar ante las autoridades judiciales pertinentes que el *software* cumple con las exigencias científicas y técnicas necesarias a la hora de llevar a cabo el procesamiento que conduce a la adopción de una determinada resolución¹⁰¹⁶.

En el primero de los casos expuestos, cuando el resultado obtenido por medio del programa informático correspondiente se hace pasar por el tamiz de la decisión y supervisión de los medios humanos al servicio de la unidad administrativa correspondiente y, en su caso, por la motivación verbalizada por los mismos, tendrá lugar en lo que, en palabras del art. 55 de la Ley 39/2015, se viene a denominar como actuaciones previas. En sede de contratación pública, las actuaciones previas no quedarán circunscritas a la fase de preparación del contrato, sino que tendrán lugar, también, en relación a gran parte de las actuaciones administrativas realizadas en aras a generar los actos administrativos que tendrán lugar en la fase de selección del contratista, de adjudicación del contrato, de su ejecución y terminación.

Además, a pesar de los matices realizados en estos casos de uso, se ha puesto de manifiesto la necesidad de que, aun cuando estos programas se empleen como medios auxiliares, es necesaria una correcta trazabilidad y transparencia del funcionamiento de los algoritmos que rigen a aquellos “que, entre otras cosas, permita determinar el grado real de intervención humana en la toma de decisiones”¹⁰¹⁷. Nótese cómo la trazabilidad referida alude al modo de utilización de los sistemas de inteligencia artificial, y no tanto

¹⁰¹⁵ MARONGIU, D., «Acquisti aggregati automazione, trasparenza e ruolo del software. L’esperienza italiana», cit., p. 455. Se trata del concepto de “opacidad por causas técnicas” referido en CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Automatización e inteligencia artificial», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Madrid, Iustel, 2020, p. 401.

¹⁰¹⁶ STJUE, de 7 de noviembre de 2018, asuntos C-293/17 y C-294/17, par. 106.

¹⁰¹⁷ II Seminario Internacional de Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial en el Sector Público: La Importancia de las Garantías Jurídicas, Declaración Final, 2019, p. 3.

el funcionamiento de las variables y respectivas ponderaciones tenidas en cuenta por el algoritmo. En este caso, lo relevante es garantizar que la herramienta actúe realmente como sistema de apoyo de los medios personales de la unidad administrativa, de modo que estos comprueben que la respuesta originada por el funcionamiento de los algoritmos que rigen un determinado programa es la adecuada, mediante la utilización de sus propios sistemas de razonamiento lógico, eventualmente coincidentes o no, con el trazado de razonamiento del programa.

Cuestión que no es baladí al constituir un riesgo cierto que, en la línea de la dinámica del llamado “solucionismo tecnológico” ciego, los medios personales de las unidades administrativas, confíen irreflexivamente en el saber hacer de una mente computacionalmente superior, y se limiten a actuar como médiums de la misma, haciendo suyos unos parámetros explicativos que pueden, incluso, no conocer¹⁰¹⁸. Misma línea en la que ZLOTNIK¹⁰¹⁹ refiere que dicha intervención de control humana no debe dar lugar a que el sistema “se convirtiera en uno de actuación administrativa automatizada *de facto*, al limitarse a reproducir el operador humano los *outputs* del programa en cuestión, de manera que el sujeto al que apoya la herramienta en cuestión sea capaz de entender el 'razonamiento' exteriorizado en el algoritmo de modo que pueda reproducirlo en la eventual necesidad de motivación del acto adoptado”.

Máxime cuando, como señala VALERO TORRIJOS, las garantías reforzadas previstas para la actividad administrativa *stricto sensu*, entre otros en el art. 41 de la Ley 40/2015, no serían de aplicación preceptiva en los casos en los que los programas informáticos actúan como herramienta auxiliar¹⁰²⁰. Así las cosas, entendemos, en sintonía con la línea doctrinal expuesta, que la regulación de esta actividad auxiliar de los medios informáticos que propone MIRANZO DÍAZ¹⁰²¹ debe ir encaminada, no tanto a extender aquellas garantías previstas para la decisión automatizada, relativas a la transparencia del algoritmo o algoritmos empleados, sino a garantizar que al sistema de razonamiento artificial se ha superpuesto una motivación de elaboración humana, prevaleciendo la segunda sobre la primera. En palabras de COTINO HUESO, se ha de verificar la existencia de “autonomía humana”¹⁰²².

¹⁰¹⁸ Sobre esta posible tendencia de falta de verificación de la respuesta dada por el programa informático, véase OSWALD, M., «Algorithm-assisted decision-making in the public sector: framing the issues using administrative law rules governing discretionary power», *Philosophical Transactions of the Royal Society*, vol. 379, 2018, p. 57

¹⁰¹⁹ Como señala ZLOTNIK, A., «Inteligencia artificial en las administraciones públicas: definiciones, evaluación de viabilidad de proyectos y áreas de aplicación», *Boletic*, vol. 84, 2019, p. 31.

¹⁰²⁰ VALERO TORRIJOS, J., «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración», *Revista catalana de dret públic*, vol. 58, 2019, p. 87.

¹⁰²¹ MIRANZO DÍAZ, J., «Inteligencia artificial y contratación pública», cit., p. 125.

¹⁰²² COTINO HUESO, L., «Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial robótica y big data confiables y su utilidad desde el Derecho», *Revista catalana de dret públic*, vol. 58, 2019, p. 38.

Esa actuación de los medios personales de la Administración no tiene porqué limitarse a tratar de revisar los motivos en los que se ha fundado el programa informático, sino que el *output* del mismo ha de actuar como una orientación, sobre el cual aquellos puedan formular su propia motivación, sin limitación ni vinculación alguna al resultado sugerido por el programa informático. Este último actuará a modo de pista inicial, orientación o sugerencia sobre la que el personal de la Administración podrá armar una motivación contrastable por los administrados a la hora de determinar su corrección y/o suficiencia, al igual que en cualquier otro tipo de actuación administrativa. A este respecto, debe recordarse que, como no podía ser de otra manera y en desarrollo del art. 9 CE, el Tribunal Supremo¹⁰²³ ha venido a determinar que toda decisión administrativa, aun tomada dentro de ámbitos susceptibles de discrecionalidad por parte del órgano actuante, debe ser encuadrable dentro de un proceso de motivación o argumentación mínimamente racional¹⁰²⁴, al tiempo que se ha venido a colegir posibilidad que esta actuación no aboque a una solución unívoca, sino a un abanico de ellas, siempre y cuando sean compaginables con el principio de interdicción de la arbitrariedad. Vicio que será predicable de aquellos casos que presenten una ausencia total de la externalización de los motivos que sustentan la decisión administrativa, frente a los argüidos por el administrado.

En este punto, ha de tenerse en cuenta que los sistemas de inteligencia artificial tratan de recrear un sistema de funcionamiento propio de la inconsciencia humana, más que procesos de razonamiento lógico¹⁰²⁵. Resultando un corolario lógico que, si se ha generado un sistema con una capacidad computacional de datos enormemente superior a la de la mente humana, ese sistema de razonamiento “extrahumano” no pueda ser seguido en todos sus aspectos por los recursos personales del órgano de contratación. No obstante, una exigencia irrenunciable de nuestro ordenamiento jurídico radica en la necesidad de que el cumplimiento de la actividad razonable y no arbitraria de la Administración sea contrastada exclusivamente mediante criterios de razonamiento humano, so pena de encubrir actuaciones irregulares de la Administración tras insondables procedimientos cognitivos efectuados por las nuevas herramientas

¹⁰²³ STS de 10 de mayo de 2007, rec. 545/2002, FJ Cuarto. Se refiere expresamente que: “Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate. Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate”.

¹⁰²⁴ En el contexto de la Administración Pública y de la interdicción de la arbitrariedad establecida por el art. 9.3 CE, se vendría a exigir que la decisión adoptada respondiera a los criterios del art. 218.3 de la LEC, esto es, “ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón” humanas, hemos de entender.

¹⁰²⁵ BODEN, M. A., *Artificial Intelligence: A very short introduction*, cit., p. 80.

tecnológicas. Lo que conduce a la generación de situaciones de indefensión de los administrados contrarias al art. 24 CE. En consecuencia, aunque la actividad administrativa automatizada de carácter auxiliar pueda basarse en una cognición sobrehumana como elemento indiciario, su conclusión deberá quedar dentro de los límites parametrizables por la mente humana, en tanto en cuanto aquella influya en la acción ejercida por la Administración frente a los administrados.

De otro lado, aun coincidiendo, como se ha dicho, en que la principal tarea de fiscalización en el ámbito de la actuación automatizada auxiliar debe centrarse en la existencia de una “autonomía humana” real; creemos que, por aplicación de los principios y derechos constitucionales básicos de nuestro ordenamiento —no *ex* art. 41 de la Ley 40/2015—, debe efectuarse por el órgano competente una auditoría del programa que, dentro de los límites de la técnica, garantice de forma inductivamente válida la inexistencia de sesgos discriminatorios. En efecto, aunque haya un desplazamiento de la de la lógica del programa informático en favor de la lógica de los medios personales, en el caso de que el elemento indiciario facilitado por los medios electrónicos esté contaminado en este aspecto, dicha contaminación entendemos que se extenderá de manera irremediable a la lógica humana derivada¹⁰²⁶.

En este punto, no podemos compartir el posicionamiento de Palomar Olmeda por el que se viene a establecer que el apartado 1.a) de la DA 16ª de la LCSP supondría una excepción a los requisitos de la actuación administrativa automatizada establecidos en el art. 41 de la Ley 40/2015¹⁰²⁷. Desde nuestro la DA 16ª viene a establecer los requisitos generales de las herramientas que serán empleadas en el procedimiento de contratación, así como las posibilidades de la exigencia de su utilización por los operadores económicos, lo que difiere de la regulación del art. 41 de la Ley 40/2015, por el que se establecen una serie de requisitos *ad intra* de la Administración, en los casos en los que se pretenda que las decisiones adoptadas en el seno de un procedimiento administrativo carezcan absolutamente de la intervención de un funcionario público, esto es, de intervención humana.

1.2 Adquisición de soluciones de actividad administrativa automatizada

Dado lo anterior, al contrario de lo que sucede en relación a la actuación administrativa automatizada *stricto sensu*, en la adquisición de herramientas auxiliares de inteligencia artificial, al igual que en los contratos de suministro de ordenadores y fotocopiadoras, el ente adjudicador renuncia al conocimiento del funcionamiento técnico-mecánico de la herramienta, en tanto en cuanto ello sea un elemento agilizador de la compra y

¹⁰²⁶ A estos efectos, nos parece muy interesante y útil la utilización de un lenguaje inclusivo o que, en general, podríamos denominar neutro en los textos tratados por el programa, a los efectos de sustraer toda posibilidad de que la inteligencia artificial genere concatenaciones lógicas no admisibles por nuestros fundamentos legales, tales como el art. 14 CE.

¹⁰²⁷ PALOMAR OLMEDA, A., «Marco general de la utilización de medios tecnológicos en la contratación administrativa», cit., p. 167.

reductor de su precio y gasto de mantenimiento. Su evaluación de la mejor calidad-precio de las ofertas presentadas y su adecuación a las prescripciones técnicas de la contratación en cuestión tendrá un eminente carácter finalista, a salvo de la excepción y indicada de control inductivamente suficiente de inexistencia de sesgos discriminatorios y la garantía de que la información y datos en poder del ente adjudicador no se transmiten al proveedor o terceros más allá de lo expresamente conocido y legalmente consentido. Lo que facilitará su adquisición por las Administraciones de menor tamaño¹⁰²⁸.

En consecuencia, los medios electrónicos auxiliares, independientemente de su programación determinista o no determinista, bien se adquirirán mediante contratos de suministro exclusivamente referidos a una licencia de utilización del programa, o se “arrendarán” mediante el sistema de pago por uso o *Software as a Service*. En ambos casos, por regla general y salvo que se trate de un contrato mixto en el que los servicios de mantenimiento o formación adquieran una importante o principal dimensión, dará lugar a su obtención mediante contrato de suministro por aplicación del precepto antes indicado¹⁰²⁹.

Ejemplo de ello podemos encontrarlo en el expediente de contratación 19/T/19/MI/SE/A/0026 efectuado por el Servicio Canario de Salud. Dicho procedimiento se orienta a la contratación de una plataforma de licitación pública electrónica para la implementación de sistemas dinámicos de adquisición. En este caso, el programa requerido generará una plataforma de la que no se derivaran actuaciones administrativas automatizadas, ya que se trata de un canal para la realización de actuaciones de administraciones electrónica no automatizadas y no de un foco de decisión. A la vista de ello, en los pliegos que rigen la referida contratación no se requiere disponer del conocimiento de su código de fuente, bastando, como en el caso de cualquier otro demandante, con la obtención de licencias, servicios profesionales de instalación, configuración e interacción con el resto de plataformas utilizadas.

Ahora bien, como nos alerta RAMIÓ MATAS, cuando se lleve a cabo una adquisición de herramientas tecnológicas sin derechos sobre su código fuente o sus derechos de propiedad intelectual, se podrá provocar la situación de que se genere una cautividad tecnológica del ente adjudicador¹⁰³⁰. No obstante, en este punto, hemos de remitirnos a lo ya analizado a lo largo del presente trabajo en relación a las precauciones que en este

¹⁰²⁸ Sobre esta restricción vía precio que los tipos contractuales con adquisición de derechos de propiedad pueden desplegar parece basarse la afirmación en Ministerio de Economía y competitividad, Guía 2.0 para la compra pública de innovación, 2019, p. 66, por la que se pone de manifiesto que “lo ordinario debe ser que los derechos de propiedad los retenga la empresa que desarrolla los bienes y tecnologías”.

¹⁰²⁹ Este tipo de contratos son exceptuados expresamente por el art. 9 de la LCSP entre aquellos que son excluidos de la aplicación de la LCSP por referirse a propiedades incorpóreas. Se establece de manera adicional su carácter de contrato privado y regido por la legislación patrimonial.

¹⁰³⁰ RAMIÓ MATAS, C., *Inteligencia Artificial y administración Pública. Robots y humanos compartiendo el servicio público*, Madrid, Catarata, 2018, p.

tipo de equipamientos han de efectuarse en torno a la coordinación e interoperabilidad entre el Sector Público e interconexión con otras herramientas —vid. epígrafe III.1 del capítulo segundo—.

Por su parte, la adquisición de herramientas de administración automatizada *stricto sensu* requerirá por, norma general, que la Administración que las implemente para sí y/o para otras Administraciones, recurra a aquellos tipos contractuales donde, además de la puesta a disposición, se busque el desarrollo *ad hoc* de la tecnología a emplear en alguna de las formas contempladas por el art. 308 de la LCSP, o su adquisición. Sin embargo, no solo desde un punto de vista legal, sino también funcional y fáctico, las soluciones de administración electrónica automatizada, salvo contadas excepciones no se “comprarán”, adquiriendo programas existentes en el mercado —contrato de suministro— dados los sobrecostes de esta opción indicados anteriormente, sino que las soluciones de administración automatizada se desarrollarán, bien por medios propios o, la mayor parte de las veces, mediante relación contractual con el sector privado. Lo que implicará su obtención mediante contrato de servicios, por determinación del art. 16.b) de la LCSP *in fine*¹⁰³¹.

1.3 Garantías del administrado frente a programas de inteligencia artificial

En lo que respecta a la administración automatizada propiamente dicha, referida por el art. 41 de la Ley 40/2015, encontramos dos factores fundamentales con una relación de cumplimiento inversamente proporcional: la transparencia del funcionamiento de la herramienta tecnológica y los derechos económicos y de propiedad industrial por parte del sector privado que suministra dicha tecnología a los poderes públicos¹⁰³². El primero de estos factores tiende a garantizar la compatibilidad de las nuevas herramientas electrónicas y/o computacionales con las garantías propias de un Estado Democrático y de Derecho, mientras que el segundo refiere un elemento esencial del acceso efectivo de los poderes adjudicadores al mercado en el que se negocian ese tipo de tecnología¹⁰³³. Si se prescinde completamente del primer factor indicado, la actividad administrativa será ilegal y si se prescinde del segundo será inaccesible¹⁰³⁴.

Sobre este punto, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña¹⁰³⁵ ha señalado que los algoritmos y toda la información relativa a

¹⁰³¹ Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, Informe 58/2018.

¹⁰³² World Economic Forum, Guidelines for AI Procurement, 2019, fecha de consulta 12/12/2020, en http://www3.weforum.org/docs/WEF_Guidelines_for_AI_Procurement.pdf, p. 16. Se trata del principal factor generador de “opacidad por causas jurídicas” siguiendo la terminología empleada en CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Automatización e inteligencia artificial», cit., p. 401.

¹⁰³³ ZALNIERIUTE, M.; MOSES, L. B. Y WILLIAMS, G., «The rule of law and automation of government decision-making», *Modern Law Review*, vol. 82, 3, 2019, p.; Ministerio de Economía y competitividad, Guía 2.0 para la compra pública de innovación, cit., p. 66.

¹⁰³⁴ MARONGIU, D., «Acquisti aggregati automazione, trasparenza e ruolo del software. L’esperienza italiana», cit., p. 456.

¹⁰³⁵ Resolución de 21 de septiembre de 2016, reclamaciones 123 y 124/2016.

los mismos tienen el carácter de información pública, de acuerdo con lo expuesto en el artículo 13 de la LTBG. Si bien, como en cualquier otro caso, la obtención de dicha condición no conllevaría de manera automática la posibilidad de su acceso general, sino que el mismo podría ser limitado en virtud de los supuestos contemplados en el art. 14 de dicha Ley. Entre ellos, para el caso que ahora nos ocupa, pueden destacarse los supuestos de los epígrafes h) y j) del referido artículo, donde dicho acceso se limita “cuando acceder a la información suponga un perjuicio para [...] los intereses económicos y comerciales [...] el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial”. Así, puede observarse cómo el acceso general a toda la información relativa a los algoritmos y su diseño, además de limitaciones derivadas de usos específicos de los mismos que podrían tener cabida, entre otros, en los supuestos e) o g)¹⁰³⁶, en todo caso podría suponer un perjuicio para los intereses económicos y comerciales de los propios entes adjudicadores, en tanto en cuanto les impida acceder a la compra de tecnología útil desarrollada por el sector privado o les obligue a hacerlo en condiciones económicas inviables —tal y como podría suceder de pasar a la adquisición de aquella en lugar de a un sistema de pago por uso o *Software as a Service*—¹⁰³⁷. Amén de poder no ser compatibles con las limitaciones de la propiedad intelectual correspondiente¹⁰³⁸.

Adicionalmente a los límites del art. 14 de la LTBG, los licitadores que traten de suministrar soluciones de administración automatizada a los entes adjudicadores podrán señalar como confidenciales, *ex art.* 133.1 de la LCSP, determinados aspectos de su producto que afecten “a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores”. Protección de carácter esencial para los proveedores de este tipo de productos que, inevitablemente deberán de compartir el código fuente de sus programas y el contenido del diseño de sus algoritmos cuando aquellos se vayan a emplear como instrumentos de administración automatizada *stricto sensu*. En caso contrario, el órgano administrativo sería incapaz de conocer y por ende motivar los actos administrativos a los que se dan lugar, con el consiguiente y evidente menoscabo de las exigencias del art. 35 de la Ley 39/2015 y del derecho de los ciudadanos a una adecuada tutela judicial efectiva. En estos casos, la adquisición de tecnología será un elemento crítico del sistema de funcionamiento de la Administración, donde el conocimiento completo del sistema empleado será irrenunciable, para que sus propios medios personales puedan

¹⁰³⁶ VALERO TORRIJOS, J., «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración», cit., p. 89.

¹⁰³⁷ Como señala, BRAVO, F., «Access to Source Code of Proprietary Software Used by Public Administrations for Automated Decision-making . What Proportional Balancing of Interests?», *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 1, 1, 2020, p. 159, la adquisición de soluciones en propiedad incrementará significativamente los costes iniciales de adquisición y mantenimiento.

¹⁰³⁸ MIRANZO DÍAZ, J., «Inteligencia artificial y contratación pública», cit., p. 137.

implicarse, al menos, como factores de supervisión, en el mantenimiento y gestión de la herramienta. Recibiendo, incluso, cuando ello fuera necesario, formación especializada. Junto a ello, tales medios personales deberían garantizar que los algoritmos del código fuente que rige el programa informático no genere “cajas negras”¹⁰³⁹ de difícil o imposible discernimiento. Motivo por el que, en caso de inexistencia de diferencias funcionales significativas, existirá una preferencia general en favor de estructuras deterministas¹⁰⁴⁰.

Resumidamente, tal y como se ha expuesto, en los casos de programas electrónicos auxiliares no existirá necesidad de adquisición o conocimiento del código fuente, mientras que en el caso de administración automatizada propiamente dicha, dicho código de programación deberá conocerse por el ente adjudicador-Administración Pública, independientemente de los derechos de propiedad que recaigan sobre él y aun cuando dicho conocimiento se produzca en condiciones sometidas a estricta confidencialidad.

Incluso, el posible alcance de esta confidencialidad puede verse significativamente reducido. Así, como indica MARTÍN DELGADO¹⁰⁴¹, la puesta en marcha de una solución de administración automatizada sin la publicación del algoritmo daría lugar a una incorrección formal con efectos invalidantes. De otro lado, si el algoritmo está mal constituido en términos de nuestro ordenamiento jurídico, las decisiones tomadas en virtud de dicha solución generarían desviaciones de poder. Y, en tercer lugar, si dicho algoritmo no permite conocer los motivos o extraer la motivación seguida por el programa de administración automatizada, se produciría la vulneración del derecho de defensa de los administrados. Es por ello que los administrados deberán poder acceder a la programación del código fuente —principio de cognoscibilidad— y, además, sería exigible que los poderes públicos dieran lugar a dicho acceso de manera asequible para un ciudadano medio, sin formación específica en programación informática —principio de comprensibilidad—¹⁰⁴². Este último principio será imprescindible también en su dimensión interna, a los efectos de que los titulares de los órganos a los que se les imputan las decisiones automatizadas puedan llevar a cabo correctamente su labor de supervisión y modulación¹⁰⁴³.

De este último derecho emana la posibilidad de impugnar el algoritmo a través de la impugnación del acto donde se aplica. No obstante, tal impugnación del algoritmo no

¹⁰³⁹ ZLOTNIK, A., «Inteligencia artificial en las administraciones públicas: definiciones, evaluación de viabilidad de proyectos y áreas de aplicación», cit., p. 25.

¹⁰⁴⁰ VALERO TORRIJOS, J., «Inteligencia Artificial y contratación del sector público», cit., p. 4.

¹⁰⁴¹ MARTÍN DELGADO, I., «Convegno Intelligenza artificiale e funzioni amministrative. Sindicato e tutela rispetto alle decisioni automatizzate», cit..

¹⁰⁴² OROFINO, A. G., *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, cit., pp. 207 y 208. Como señala el autor, el acceso se ha de predicar no tanto al código fuente o programación inicial, sino a la concreta ordenación de factores a la que eventualmente haya dado lugar un sistema de *machine learning* al momento de adopción del acto administrativo.

¹⁰⁴³ PALOMAR OLMEDA, A., «El procedimiento común al servicio de la contratación», cit., p. 108.

consideramos que sea indirecta y general, de manera análoga al recurso indirecto frente a reglamentos. En efecto, desde nuestro punto de vista, la realidad a la que asistimos no es la de un acto administrativo que aplica un elemento previo de carácter normativo, sino a un acto que integra las pautas interpretativas preestablecidas por un órgano administrativo —referido por el art. 41 de la Ley 39/2015— para dar una u otra solución a determinados casos ante unas circunstancias concretas. Esto es, un adelanto de la discrecionalidad administrativa que se aplicará a la casuística futura. En consecuencia, lo que se impugnará y revocará, en su caso, es el acto administrativo, no dando validez a la motivación generada por el programa informático en cuestión. Hecho que obligará a su revisión, de igual forma que, en su día, la doctrina del Tribunal Constitucional pudo condicionar a los municipios para que replantearan determinados criterios aplicativos relativos al impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana. En efecto, el algoritmo contiene una motivación o colección de motivaciones para diversos escenarios, la cual es esquematizada y adelantada en forma de fórmula matemática y programación informática. Pero no por ello debe perder su naturaleza final de concreta aplicación del marco normativo a un caso concreto. De hecho, el algoritmo no viene sino a representar un esquema mental-motivacional de su promotor, pues, como indicaba ASIMOV, “las palabras son pobres sustitutos de las ecuaciones matemáticas”¹⁰⁴⁴.

Así las cosas el algoritmo o código fuente no será en sí mismo considerado ni un acto administrativo, ni una disposición general, sino que será el núcleo que contenga de manera anticipada, la motivación del órgano administrativo en cuestión, necesaria para resolver una determinada cuestión. Dicha motivación será la que se adhiera posteriormente al acto administrativo surgida de ella¹⁰⁴⁵.

Igualmente, la decisión de implementación del programa, por lo expuesto, no podrá considerarse que tenga naturaleza normativa¹⁰⁴⁶. Posición sostenida por un sector doctrinal con la que se trata que para su implementación deba seguirse el procedimiento establecido al efecto con su correspondiente información y participación pública y su posterior publicación formal. Tras lo que se abriría el plazo de posibilidad de recurso directo y, posteriormente, los concretos actos cuya fundamentación se base en dichas especificaciones técnicas serían atacables por mor del recurso indirecto a la indicada disposición general.

La consideración de un algoritmo como elemento de carácter reglamentario podría negar la posibilidad de acudir a la actuación automatizada, prevista en el art. 41 de la

¹⁰⁴⁴ ASIMOV, I., *Trilogía de la Fundación. Fundación. Fundación e Imperio. Segunda Fundación*, cit., p. 375.

¹⁰⁴⁵ OROFINO, A. G., *La transparencia oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, cit., pp. 196 a 202.

¹⁰⁴⁶ En sentido contrario, BOIX PALOP, A., «Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender la garantía propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones», cit.

Ley 40/2015, a aquellos órganos competentes en la materia que carezcan de potestad reglamentaria. Salvo que el nuevo paradigma condujera al establecimiento del algoritmo por parte de un sujeto diferente a aquel al que le serán imputados los efectos y responsabilidades derivadas de dicha actuación automatizada o que se abocara a la necesidad de una nueva y recentralizadora distribución competencial. Igualmente, esta postura podría conducir a colegir el carácter normativo de todas las instrucciones de carácter interno por la que se establezcan los criterios a seguir por parte de los integrantes de un órgano administrativo, con evidente trascendencia *ad extra*, como, por ejemplo, aquellos por los que se determina la elección, en el ejercicio en curso, de los contribuyentes que serán objeto de inspección tributaria.

Desde nuestro punto de vista, esta anticipación de tal discrecionalidad deberá arbitrarse por medio de un procedimiento administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la conveniencia de las especiales necesidades que puedan surgir de sus implicaciones, tales como la necesidad de proceder a someter a información pública y con carácter previo la decisión adoptada para su implementación¹⁰⁴⁷. Posteriormente, la impugnabilidad de los efectos derivados del algoritmo será viable mediante la impugnación de los actos administrativos respecto de los que intervenga en la conformación de su motivación. Entendida esta última como criterio aplicativo del ordenamiento jurídico para el caso concreto, por parte del órgano administrativo competente.

El control efectuado en una eventual impugnación del acto de establecimiento del programa no se dirigirá a dirimir el “acierto y ajuste al ordenamiento de las decisiones electrónicas”¹⁰⁴⁸, las cuales todavía no han sido tomadas, sino el acierto y ajuste al ordenamiento de los criterios aplicativos e interpretativos anunciados y adelantados por el órgano administrativo competente en ejecución de sus competencias en relación a un elenco más o menos amplio de circunstancias ante las que podrá enfrentarse, así como la previsión de la forma de implementación y utilización del programa de manera conforme al art. 41 de la Ley 40/2015.

En cualquier caso, cabe señalar que la necesidad de la configuración previa y con carácter generalista de las reglas técnicas por la que se regirá la actuación de los medios tecnológicos de administración automatizada *stricto sensu*, orientados a sustituir la acción humana, hará que esta deba circunscribirse, *prima facie*, a aquellos casos de aplicación de potestades plenamente regladas o donde la discrecionalidad técnica sea

¹⁰⁴⁷ VALERO TORRIJOS, J., «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración», cit., pp. 87 y 88. En HUERGO LORA, A., «Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo», cit., pp. 65 y 68, se circunscribe esta postura a una tipología determinada de algoritmos: los no predictivos, anteriormente referidos en este trabajo como deterministas. En este sentido podría ser necesaria una regulación de estas actuaciones administrativas, otorgándoles ciertas garantías adicionales, como ocurre por ejemplo en relación a la necesidad de ocupación de un procedimiento expropiatorio.

¹⁰⁴⁸ PALOMAR OLMEDA, A., «El procedimiento común al servicio de la contratación», cit., p. 110.

susceptible de “predeterminación previa a través de un baremo”, generando una actividad administrativa abocada a un adelanto o anticipación de la discrecionalidad técnica¹⁰⁴⁹. Es cierto, como indica GALLEGO CÓRCOLES con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo, que la regulación sobre contratos públicos exige que mediante la elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, los entes adjudicadores deberán predeterminar los criterios objetivos de adjudicación, por lo que dicho adelanto de la discrecionalidad no supondría, por implementación de este tipo de algoritmos, una variación sustancial respecto de la situación en los procedimientos de contratación pública enteramente analógicos¹⁰⁵⁰. No obstante, es lo cierto que la agregación del factor de la automatización en sentido estricto a la ecuación anterior supondrá los siguientes elementos diferenciales propios de la contratación electrónica:

- Las cargas y tareas administrativas al optar por criterios objetivos en lugar de por criterios subjetivos no solo se simplificarán y disminuirán, sino que desaparecerán.
- La absoluta ausencia de intervención humana para la ejecución de la discrecionalidad anunciada hará previsible una reducción e, incluso, eliminación de posibles errores y sesgos, aumentando la confianza en el sistema.
- En determinados tipos de procedimiento, como la subasta electrónica o el sistema dinámico de adquisición, se permitirá una interacción de los operadores económicos con la discrecionalidad adelantada del operador económico en forma de ensayo-error, de manera que se permita una renegociación a la baja de las condiciones de la oferta a la que se enfrenta el ente adjudicador.

2. PROPUESTA DE AUTOMATIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE PLANIFICACIÓN DEL ART. 28.4 DE LA LCSP Y DE CODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS SOBRE LA BASE DE LA NOMENCLATURA CPV

La elaboración de una acción de previsión de la demanda en el siguiente o siguientes ejercicios, aun cuando pueda constituir una acción cuantitativa o cualitativamente excesiva para los medios técnicos y humanos de los que se dispone, o más onerosa en relación a la penalización para el ente adjudicador de su no realización –ninguna–, constituirá, en lo que a las actividades de compra recurrentes se refiere¹⁰⁵¹, una

¹⁰⁴⁹ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición», cit., p. 303.

¹⁰⁵⁰ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Breves notas sobre el uso de medios electrónicos en la contratación pública», cit., p. 331; MARONGIU, D., «Inteligencia artificial y Administración Pública», cit., pp. 395 y 396.

¹⁰⁵¹ No nos referimos solo a las compras de reiteración anual o en periodos inferiores al año, como podría ser la compra de material de oficina, sino aquellos que presentan todo tipo de periodicidad cíclica aun de

funcionalidad fácilmente asequible mediante la aplicación de programas en los que intervengan algoritmos de carácter determinista. Instituyéndose en un factor protagonista de las políticas de profesionalización basadas en los sistemas, en virtud de las cuales se trata de proporcionar a los responsables de los órganos de contratación herramientas y metodologías de apoyo, medios de cooperación e instrumentos de agregación de conocimientos y de intercambio de buenas prácticas para el desarrollo de sus funciones en el desarrollo de procedimientos de compra pública¹⁰⁵². De otro modo, los encargados y gestores de la contratación pública no podrán, previsiblemente, aprovechar y emplear de manera óptima los medios electrónicos que se ponen a su disposición¹⁰⁵³.

Se sigue por tanto lo expresado por la recomendación 2017/1805/UE, de 3 de octubre de 2017 de la CE, sobre la profesionalización de la contratación pública, donde se ha puesto de manifiesto la necesidad de garantizar la disponibilidad de herramientas de contratación electrónica que ayuden en dicha profesionalización. Entre ellas, se encontrarían aquellas orientadas a facilitar el acceso de los empleados públicos a la información sobre licitaciones, funcionamiento de la contratación pública electrónica y el mercado de la contratación pública.

En el panorama expuesto, realizando el análisis que ha de preceder a toda opción por la implementación de algoritmos y automatización en la toma de decisiones de los entes del Sector Público, expuesto por VALERO TORRIJOS y consistente en el planteamiento para el concreto ámbito que nos ocupe, de la necesidad de basar el apoyo de las TIC en un análisis desarrollado través de programas completamente predeterminados por el operador humano encargado de su configuración, o bien, sobre la base de otros entrenados para la obtención paulatina de un mayor acierto en su respuesta, mediante la capacidad de auto-reconfiguración de los criterios empleados e inicialmente introducidos por el referido operador¹⁰⁵⁴, puede inferirse fácilmente que dichos procedimientos de compra de carácter recurrente podrán ser fácilmente predecibles en su cuantía y reiteración por parte de sistemas estadísticos predictivos.

Si a ello le unimos la posibilidad de que los programas adopten un carácter de “sistema de soporte a la decisión humana” y no el de sistema de automatización sin intervención

carácter plurianual, como podrían ser las obras de mantenimiento del polideportivo municipal o de la vía pública del núcleo urbano.

¹⁰⁵² CANTERO MARTÍNEZ, J., «La profesionalización de la contratación pública como herramienta de innovación», cit., p. 212. Sobre la necesidad de adoptar acciones de formación y orientación especialmente de las PyMEs en el marco de los operadores económicos, así como de los poderes adjudicadores véase MORCILLO MORENO, J., «Brecha digital y contratación pública», cit., p. 263.

¹⁰⁵³ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica: análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, cit., p. 109. Sobre los pasos para la realización de esta planificación por parte de los medios personales del ente adjudicador véase DÍAZ MORÁN, Y., «Cómo planificar los contratos públicos: especial referencia a las pequeñas y medianas entidades locales», cit., pp. 181 y ss.

¹⁰⁵⁴ VALERO TORRIJOS, J., «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración», cit., p. 84.

humana, lo que conseguiremos será sistematizar las diferentes categorías de compra recurrente y prever su cuantía y el momento futuro de necesidad de su demanda. Hecho que permitiría, en última instancia, simplificar o facilitar la acción de intervención humana, ciñéndola a la revisión —efectiva y real— de la razonabilidad de los resultados de las inferencias estadísticas obtenidas, respecto de los productos y obras de carácter recurrente. Intervención humana que ya no tendrá que crear sus propias inferencias desde cero y que, por tanto, devendrá más asequible para cualquier responsable de dicha tarea, con independencia de su grado de especialidad en la materia. Sin perjuicio de que tal acción “manual” de previsión “desde cero” se mantendrá respecto de aquellas compras específicas y excepcionales de ejercicios concretos. Concepto que entendemos más reducido que el de compras “no recurrentes” generalmente extendido, ya que, a estos efectos, la predicción del algoritmo, si cuenta con una suficiente serie histórica, podría detectar contratos con una “recurrencia” cada diez años. En consecuencia, en este punto, cuando hablemos de compras no recurrentes, debemos referirnos, exclusivamente, a aquellas cuya repetición en el futuro sea altamente improbable — construcción de un auditorio en un municipio— o cuya repetición en el futuro responda a una aleatoriedad no parametrizable. Este último grupo de compras no recurrentes ha de reducirse lo máximo posible. Así, en un principio, podrían considerarse incluidos en esta categoría los contratos de retirada de subproductos cárnicos y restos de animales en la vía pública derivados de los efectos de una DANA. No obstante, en el caso de que el fenómeno climático, junto con sus efectos, se reproduce, podría detectarse como un contrato recurrente hasta que se tomen, en su caso, las medidas adecuadas que eviten dichos efectos periódicos. En definitiva, a los efectos que ahora nos ocupan, el concepto de contrato recurrente no ha de referir aquellos contratos de realización frecuente, sino todos aquellos que presenten una reiteración a lo largo de cualquier periodo de tiempo, fundada en variables parametrizables.

En el caso de que se pretendiera automatizar la previsión de demandas de carácter estrictamente excepcional o puntual, o que sean completamente aleatorias en el tiempo, sí sería necesario sobrepasar los límites de la automatización robótica, para alcanzar otra de carácter cognitivo, aun cuando se tratara de un medio auxiliar y no de automatización de la actividad administrativa. Si bien, ello, en el estado actual de la técnica abocará a que los mismos deban ser sometidos a una pauta de programación dirigida al perfeccionamiento de la respuesta dada sobre la base de un proceso de “entrenamiento” o “aprendizaje” basado en el manejo de una gran cantidad de datos¹⁰⁵⁵ que sobrepasará, de manera significativa, la de los algoritmos deterministas antes enunciados. Adicionalmente, se requerirá contar con personal experto, no ya en materia de contratación pública, sino también en el empleo de estos sistemas específicos y

¹⁰⁵⁵ZLOTNIK, A., «Inteligencia artificial en las administraciones públicas: definiciones, evaluación de viabilidad de proyectos y áreas de aplicación», cit., pp. 25 y 27; CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Automatización e inteligencia artificial», cit., p. 397.

complejos de las TIC, a fin de detectar y paliar posibles desactualizaciones del modelo de inferencia y predicción ante las situaciones cambiantes del mercado. Así como a efectos de ser capaces de interpretar las intrincadas relaciones lógicas que pueden generar estos sistemas y evitar la generación de las ya referidas “cajas negras”. Este último aspecto, aunque se tratara de una actividad auxiliar que no se encuentre dentro del ámbito de aplicación del art. 41 de la Ley 40/2015, presenta una especial importancia si partimos de la base de que, en aras a la implementación de buenas prácticas y de una adecuada gobernanza, aun cuando no se estén generando decisiones administrativas automatizadas que afecten de manera directa a los derechos o intereses de los ciudadanos, aquellas deberán contar con una factible definición previa de "las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente"¹⁰⁵⁶, que den sentido sustantivo al eventual derecho de acceso sobre tales algoritmos que puede desprenderse del art. 13 de la Ley de Transparencia¹⁰⁵⁷.

Así las cosas, entendemos que, en aras a favorecer la potencial realidad de las propuestas planteadas en el escenario actual o a corto plazo, hemos de constreñirnos a la búsqueda de una solución a los problemas de sistematización que impiden la fácil verificación de una automatización robótica para la previsión de acciones de compra recurrentes, reservando para escenarios futuros el análisis de la implementación de algoritmos de inteligencia artificial destinados a la predicción de la totalidad de la acción de compra de los diversos entes adjudicatarios.

En cualquiera de los casos expuestos, para que dichos algoritmos puedan aplicar estos sistemas de inferencia, como primer requisito *sine qua non*, deberán contar con un acceso efectivo a los datos y la información necesaria de manera actualizada¹⁰⁵⁸. Como indica SÁNCHEZ GRAELLS, la disponibilidad de los datos suficientes y en el formato adecuado relativos a contratos adjudicados, constituye un presupuesto básico para la introducción de sistemas de inteligencia artificial o automatización robótica en materia de contratación pública¹⁰⁵⁹. Como puede verse, no será suficiente con la mera accesibilidad de los datos, sino que la misma deberá cumplir con un triple requisito: su gestión documental electrónica¹⁰⁶⁰, su digitalización y la posibilidad de su

¹⁰⁵⁶ Valero Torrijos, J., «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración», cit., p. 87.

¹⁰⁵⁷ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo. ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?», *Revista General de Derecho Administrativo*, vol. 50, 2019.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*, p. 27.

¹⁰⁵⁹ SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Data-driven and digital procurement governance: Revisiting two well-known elephant tales», *Communications Law. Journal of Computer, Media and Telecommunications Law*, 2019, p.

¹⁰⁶⁰ Sobre la criticidad de la gestión documental en la conformación de una eficiente administración electrónica nos alertan VALERO TORRIJOS, J., «La exigencia legal de formatos abiertos y reutilizables en la gestión de la contratación pública», cit., p. ; y MORO CORDERO, M. A., «La interoperabilidad como

automatización¹⁰⁶¹. En consecuencia, como ya indicaba GIMENO FELIÚ, en materia de contratación pública destacarán los programas de inteligencia artificial o automatización robótica basados en el *big data*, resultando esta técnica un aliado esencial a la hora de mejorar la gestión de la contratación pública sobre la base de implementación de soluciones tecnológicas¹⁰⁶². Esta tecnología consiste en aquellas herramientas o programas informáticos que permiten la extracción y recopilación de gran cantidad de información de manera automatizada, de la cual extraen o sistematizan un conocimiento que no era evidente a partir de la observación individual de los datos recopilados¹⁰⁶³.

Estos datos deberán referirse, fundamentalmente, a la gran cantidad de información generada por la actividad previa de los entes adjudicadores en el mercado de la contratación pública. Su análisis permitirá detectar patrones de reiteración y anticipar los costes de cobertura de cada necesidad. Esta utilidad se incrementará exponencialmente si la información tratada no se limita exclusivamente a la acción del ente en cuestión, sino que provenga de un sistema de datos compartido y referido al resto de entes del Sector Público. Ámbito que sería propicio para la implementación de sistemas basados en el auxilio e implementación de las TIC en las actividades de recolección, estructuración y procesamiento de la información¹⁰⁶⁴.

En palabras de VALCÁRCEL FERNÁNDEZ¹⁰⁶⁵, esta actuación nos conduce a una tercera dimensión de la transparencia en la contratación pública, en virtud de la cual se pone a disposición “información muy valiosa que puede servir para incrementar la calidad de la gestión que se hace de esta importante parcela de la actividad pública”, la cual, añade, “no está todavía suficientemente plasmada ni en normas, ni interiorizada en el día a día del sector público”.

A priori, podría pensarse que dicha información se encuentra disponible en formato abierto y reutilizable por exigencia directa y expresa del art. 63 de la LCSP, en relación con el Anexo III de dicho texto legal. En consecuencia, sería plenamente factible la

necesidad», cit., p. 523. El primero nos indica la necesidad, como tendremos ocasión de analizar en profundidad, de cambiar un sistema de gestión basado en documentos en favor de otro basado en datos, al tiempo que la segunda destaca la necesidad de priorizar el cambio de los procesos sobre la novación de los instrumentos.

¹⁰⁶¹ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del big data*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, p. 121.

¹⁰⁶² GIMENO FELIÚ, J. M., «Administración electrónica, transparencia y contratación pública: algunas propuestas de reforma», cit., p. 311.

¹⁰⁶³ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del “big data”», cit.

¹⁰⁶⁴ CANALS AMETLLER, D., «El proceso normativo ante el avance tecnológico y la transformación digital (inteligencia artificial, redes sociales y datos masivos)», *Revista General de Derecho Administrativo*, vol. 50, 2019, p. 4.

¹⁰⁶⁵ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del “big data”», cit., p. 120.

implementación de los referidos algoritmos sobre la base de la Plataforma de Contratos del Sector Público o de sus homólogas autonómicas. Si bien, rápidamente habríamos de matizar esta optimista conclusión. Esta actuación, sin mayores consideraciones, podría dar lugar a sistemas de recolección de información defectuosos o sesgados, toda vez que es patente que, a pesar de la existencia y presencia de la indicada información, esta presenta una significativa falta de adecuada sistematización o, en su caso, de un amplio margen de mejora. Estos errores de sistematización se producirían, como ya se ha analizado, en el caso de que se haya efectuado una codificación errónea o imprecisa del objeto del contrato mediante la utilización de la nomenclatura CPV. Problema que se agudiza en relación a la contratación menor, donde podrá llegar a carecerse por completo de un sistema de interoperabilidad semántica en lo que se refiere al objeto de los contratos.

A la vista de lo establecido en el epígrafe II del presente capítulo, los algoritmos de previsión de compra pública que identifiquen la acción de compra de los entes adjudicadores en ejercicios anteriores, no pueden presuponer su empleo acertado y preciso. En consecuencia, resulta preciso que estos sistemas automatizados auxiliares comprueben el uso de esta nomenclatura, detecten posibles casos de defectuosa utilización y, en su caso, los corrijan. Actividad que al automatizarse permitirá superar eventuales y más que probables carencias de medios de los entes de menor tamaño. Al mismo tiempo que esta automatización permitirá dar un paso más y facilitar la difusión generalizada del uso del vocabulario suplementario o subcódigo CPV. Elemento cuyo uso en la actualidad es residual.

Esta premisa técnica o algoritmo de utilización previa por el programa destinado a la planificación y previsión de los contratos públicos puede incluso dar lugar a un programa o subproducto de utilización independiente. Este se basaría en tecnologías de reconocimiento de texto o lenguaje natural, por medio del cual se genere una vía de vinculación bidireccional entre la descripción textual del objeto de un contrato contenida en los pliegos con el código y subcódigo CPV más detallado que le correspondería. En relación a los referidos subprogramas de codificación automática, se trataría de herramientas automatizadas de soporte en la elaboración de los pliegos que, tras una instalación rápida y no traumática en sus equipos informáticos, actúe como un *plug in* del procesador de texto empleado, de manera que, una vez redactado el pliego mediante lenguaje natural, sugiera el código o códigos de la nomenclatura CPV con mayor coincidencia con el texto. La lógica del algoritmo básicamente se fundamentaría en contrastar los términos empleados en el PCAP con los propios de la descripción del CPV, presentando los resultados que tengan una mayor coincidencia. De otra parte, ese mismo *plug in* utilizado, bien en el PCAP, bien en el PPT, mediante la misma forma de funcionamiento ofrecería los subcódigos CPV que pueden resultar de utilidad para su inclusión —o no— por el encargado de su elaboración. De esta manera, se guiará la acción de cualquier responsable de contratación a fin de optimizar el potencial del vocabulario CPV a la hora de informar de manera normalizada y con gran detalle sobre

la naturaleza del contrato. Por ejemplo, pasando de informar de un mero contrato de suministro de mesas, a un contrato de mesas para oficina de forma rectangular en madera o PVC con previsiones ergonómicas para sus usuarios. Necesidad esta última que, previsiblemente, deberá contar con una dotación presupuestaria superior que la primera a efectos de financiar dicha demanda futura.

Mientras, los programas de planificación de compra pública que empleen el algoritmo de codificación CPV automatizada como un paso previo o inicial no presentarán forma de *plug in* a emplear por parte del personal del órgano de contratación u otros sujetos que participen en la preparación del procedimiento de licitación. Se trataría en estos casos de un motor más del sistema de *big data* encaminado a la consulta masiva de los pliegos de licitación de manera que permitieran confrontar el CPV señalado en el anuncio de licitación y el propio PCAP con el generado por el propio *software*. Con ello se evitaría que determinados procedimientos pasen desapercibidos en las interacciones posteriores del programa por su errónea o genérica codificación. Además, se conseguiría que tales interacciones o algoritmos de ejecución posterior puedan desglosar, potencialmente, la información de la demanda futura dentro de un mismo CPV, así como eliminar o identificar los sesgos que dentro de una misma categoría de CPV generan sus subcódigos. De manera adicional esta funcionalidad de comprobación del CPV permitirá a los motores de búsqueda extraer como resultado pliegos que respondan al objeto de los correspondientes códigos o subcódigos con el nivel de agregación o desagregación expresado por el operador económico, sin que sea impedimento para ello que los mismos hayan sido efectiva y adecuadamente asignados por el ente adjudicador.

En definitiva, creemos firmemente en el que la implementación de sistemas de *big data* aun basados en la utilización de algoritmos deterministas, permitirán un adecuado cumplimiento del art. 28.4 de la LCSP en todos los entes adjudicadores, en tanto en cuanto actuará a modo de sistema de *business intelligence* que les permita actuar “no ya desde la intuición o desde un conocimiento parcial de datos, sino sobre la base de información objetiva y real y basada en el manejo de una perspectiva más amplia y completa”¹⁰⁶⁶.

3. EL DESARROLLO DE LA PLATAFORMA PLAN COMO EJEMPLO DE LAS SOLUCIONES PROPUESTAS

3.1 Situación actual

Dentro de las actividades desarrolladas en el seno de la prueba de concepto desarrollada en paralelo a la elaboración del presente trabajo, se ha elaborado un programa informático, cuyo algoritmo y estructura de funcionamiento se hallan alojados en

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*, p. 123.

Amazon Web Services. Mediante dicho programa, se habilita que un documento electrónico elaborado con un procesador de texto que genere un archivo en formato “.docx”, “.doc”, de texto plano o “.pdf” legible con procesador OCR, sea enviado al servicio desarrollado por medio de un protocolo HTTP y una petición POST.

Dicho servicio contará con un punto de entrada, materializado en una URL, en el que se reciba la información estructurada de la manera antes indicada. Tras la recepción de la información se cortará el contacto con el punto de envío y se iniciarán las dos primeras acciones del algoritmo en el que se basa el servicio. Una de ellas es la función “OperationState”, encargada de indicar a los servicios externos que efectúan una llamada a este si el proceso solicitado ha finalizado. Al recibirse la llamada e iniciarse el procedimiento de asignación del CPV y CPV suplementario, el estado será de “en proceso” o de “error”. Dicho estado del proceso podrá ser reflejado al usuario, mediante la interfaz de su equipo o del procesador de texto en el que se haya instalado el *plug in*. Con dicha información en tiempo real, a pesar de la desconexión durante su ejecución entre el servicio que efectúa la solicitud y el servicio de asignación de CPV se mejorará la sensación de *streaming*. Una vez finalizado el proceso de asignación de CPV, esta función marcará el estado “procesado”, permitiendo aceptar llamadas, nuevamente, de servicios externos para la descarga de la respuesta generada.

La otra será la función de “GenerateOperation”, la cual, tras abrir la petición POST enviada externamente, estructurará en un formato JSON el texto de dicha petición, coincidente con la redacción del PCAP y/o del PPT. Tras ello, dicho elemento será guardado en un módulo del programa que actúa como carpeta de archivos en el interior del servicio, denominada “OperationBucket”. Almacenado el texto en formato JSON, solicitará a las funciones ulteriores del servicio la realización o inserción de una nueva operación.

En la ejecución de esta operación, la base de datos del programa “GaiaDB” tendrá almacenados todos los códigos CPV y CPV suplementarios asociados a su descripción establecida en el Reglamento europeo. Dicha relación semántica podrá ser enriquecida por los gestores no técnicos del programa, añadiendo otras expresiones adicionales a las recogidas en el Reglamento que puedan actuar como sinónimos de aquellas y, por tanto, equivalentes al CPV correspondiente.

Recibida la orden de inicio de operación, el fichero JSON será recabado por la función “Processor” de “OperationBucket”. Al mismo tiempo, la base de datos “Gaia-DB” transmitirá en *stream* a la función “Processor” todas sus entradas almacenadas. Cada una de ellas constituirá, de manera independiente, la correlación entre código CPV y CPV suplementario y descripción y sinonimia asociada al mismo.

El contraste entre el texto de los pliegos y la descripción de los CPV, incluida su sinonimia incorporada, se efectuará por palabras habiendo sido eliminadas preposiciones y determinantes, así como cualquier otra palabra que carezca de valor semántico. Además, se establecerá una relación de equivalencia entre una palabra en

singular y su plural. Igualmente, la presencia de tildes, en principio determinará la existencia de palabras diferentes. La comparación por caracteres que, inicialmente podría considerarse más acertada o precisa, debe ser descartada al poder generar casos de error en la detección de coincidencias derivados de la fragmentación indebida de las palabras¹⁰⁶⁷.

Igualmente, a la hora de establecer las coincidencias con un mayor porcentaje de similitud no se puede partir de una mera determinación del número de palabras de la descripción del CPV —o sus sinónimos— que se encuentran en el texto. En caso de actuar de dicho modo el algoritmo sería inservible al provocar los siguientes resultados erróneos: Si en el pliego aparece la expresión "construcción de un parque de ocio infantil", indicará que la coincidencia con el CPV 45212100-7: "Trabajos de construcción de instalaciones de ocio" es de un 29 % aproximadamente, porque solo detecta dos palabras de las 7 que componen el título del CPV. Ese *rate* de coincidencia tan bajo hará que ni aparezca como posibilidad ofrecida por el programa.

En consecuencia, la lógica de funcionamiento consiste en la selección de grupos de palabras que tengan el mismo número de palabras que la descripción, realizando el contraste. Como resultado, se generará, para cada grupo de palabras del pliego, un número determinado de subíndices o *rate* parciales de coincidencia comprendido entre 0 —ninguna coincidencia— y 1 —máxima coincidencia—, resultante del número de términos coincidentes ponderado por la longitud de estas palabras. De esta manera, una vez detectados términos de interés para la descripción del CPV, se analizarán los términos de su entorno. Los entornos que tengan mayor índice de coincidencia serán los definitivamente seleccionados para arrojar la lista de coincidencias.

Del modo indicado, un CPV con descripción extensa, como, por ejemplo, 45212000-6 Trabajos de construcción de edificios relacionados con el ocio, los deportes, la cultura y el alojamiento y restaurantes, no arrojará falsos positivos por la mera presencia en el pliego, de manera independiente, como "construcción" o "deporte".

No obstante, esta lógica de funcionamiento podría originar dos situaciones de fallo importantes. La primera de ellas es cuando, por lo común, un CPV refiere un objeto que en lenguaje natural es descrito sin emplear los términos de descripción del pliego. Situación que puede darse, como hemos visto, en relación al CPV 45212100-7: "Trabajos de construcción de instalaciones de ocio". En efecto, no resulta extraño imaginar que, a través del lenguaje natural, las referencias a este objeto del contrato pueden realizarse empleando términos completamente distintos, como podría ser "realización de un jardín para el esparcimiento infantil". Como remedio a estas

¹⁰⁶⁷ Dichos errores consistirían por ejemplo en determinar que entre la preposición "para" y el sustantivo "paraguas" existe un 45 % de coincidencia. O que entre el adjetivo "térmico" y el sustantivo "té" existe un 100 % de coincidencia, si los términos "paraguas" y "té" son los empleados para comprobar su aparición en el texto analizado.

situaciones se presenta la herramienta ya referida de introducción de sinonimia, en virtud de la cual se permitirá que el algoritmo detecte como equivalentes a los términos de la descripción del CPV otros diferentes. En este caso sería pertinente que se incorporaran los términos “jardín/es” “parque/es” como sinónimos de “instalaciones”. Mientras que sería oportuno contar con los términos “recreo” y “esparcimiento” como sinónimos de “ocio”. En segundo lugar, podría considerarse como escenario problemático el planteado por los códigos CPV con una descripción excesivamente escueta, como por ejemplo el CPV 39224330-0: “Cubos”. En este caso, el sistema de sinónima indicado no solo actuará como elemento que adicione términos equivalentes de la descripción del CPV, sino, además, términos adicionales. Los términos adicionales introducidos, generalmente se seleccionarán siguiendo la estructura arborescente del CPV. Así las cosas, en el caso seleccionado, son candidatos claros a su adición los siguientes términos: “limpieza”, “hogar”, derivados de la descripción de la categoría de primer nivel a la que se refiere el CPV 39224300-1.

A efectos de localizar todas estas situaciones que pueden generar imprecisión del algoritmo, en el seno de la presente prueba de concepto se han realizado consultas masivas de un total de 809 pliegos a los efectos de asignar un CPV. Dicho CPV es comparado con el asignado manualmente por el órgano de contratación. Aquellos casos de discrepancia han sido objeto de análisis para su clasificación, asignando alguna de las dos soluciones indicadas. Fruto de ello, actualmente se está contemplando y probando la posibilidad de introducir “compra/s” y “suministro/s” como término adicional generalizado en las divisiones 1 a 44 y 48; “obra/s” y “construcción/es” respecto de la división 45; y “prestación/es” y “servicio/s” respecto de las divisiones 50 a 99. Este sistema de entrenamiento se ha efectuado gracias a la colaboración de la Oficina de la Transparencia y la Participación Ciudadana, la cual ha facilitado el acceso a los indicados pliegos en formato abierto.

Igualmente, para la mayor agilidad del algoritmo se tiene prevista a corto plazo de un sistema de campos de atención, de manera que el algoritmo solo desarrolle su acción en los fragmentos del PCAP donde se describa el objeto del contrato. Para ello, la falta de homogeneidad en la estructura de estos documentos generados por los diferentes poderes adjudicadores, hace necesaria la extracción masiva de pliegos de la PCSP y la comparación de las viñetas y títulos de los epígrafes en los que se describe el objeto del contrato. Igualmente se valora la posibilidad de que el usuario indique si se trata de un contrato de suministros, obras, servicios, concesión de obras, concesión de servicios o mixto, combinando alguna de las categorías anteriores. En caso de hacerlo, los códigos CPV incluidos en la base de datos “GaiaDB” objeto de consulta serán, solo, los correspondientes a ese tipo de contrato. Si no se hiciera indicación alguna, la consulta se haría a todas las divisiones de la nomenclatura.

En el proceso, además de las similitudes semánticas que se hayan podido informar, así como los campos de atención preestablecidos, se valorarán las situaciones de cercanía o proximidad tipográfica entre expresiones de ambos ficheros, valorando si han de ser

consideradas coincidencias —p.ej. erratas— o si, por el contrario, han de considerarse expresiones diversas —p.ej. pseudo-homonimias—. La asignación del CPV suplementario, dada la naturaleza de su descripción oficial, será posterior a la detección de los CPV principales. Obtenidos estos, se procederá exclusivamente a la detección de los CPV suplementarios en las inmediaciones de los primeros. Respecto de esta asignación del código o códigos correspondientes de la nomenclatura auxiliar, la iteración lógica del algoritmo resulta más sencilla. Al tratarse de meros atributos o elementos adicionales, a modo de adjetivo del CPV inicial, no se han detectado problemas de falsos positivos. Además, el sistema de sinonimia resulta suficiente para perfeccionar su precisión. Nótese que el uso de este vocabulario auxiliar es prácticamente inédito en nuestro país y puede ser de gran utilidad en ejemplos como el antes indicado respecto al CPV 45212100-7, donde claramente tenía cabida el CPV auxiliar EA02-8: “para niños”, el cual ha recibido como término equivalente “infantil/es”.

La estructura diseñada permitirá subsiguientes desarrollos en los que se introduzcan algoritmos de aprendizaje automático, basados en *transformers* u otras arquitecturas útiles para la interpretación de textos. De esta forma se podrá enriquecer dicha sinonimia sin la necesidad de su detección e inclusión manual por parte de operadores humanos. En el entrenamiento de los futuros algoritmos de generación automática de sinonimia se emplearían dos tipos de bases de datos, atendiendo al contenido de estas y no a la estructura de estas. De un lado, las bases de datos *Corpus*, que son grandes colecciones de textos que sirven para entrenar total o parcialmente el sistema de aprendizaje automático. Y, de otro, las bases de datos *Word embeddings*, que son sistemas que representan las palabras como vectores en espacios multidimensionales, donde la cercanía en alguna dimensión indica proximidad semántica al sistema y suelen usarse para entrenar parcialmente el sistema de aprendizaje automático.

Acumuladas ambas informaciones por la función “Processor”, se procederá a iniciar la paralización del proceso del servicio. El criterio será determinado por el administrador del sistema. Ello implica la división del texto del pliego enviado en un número determinado de bloques, así como la división del listado de códigos CPV y CPV suplementarios en otro número determinado de bloques. Cuanta más divisiones, más rápido será el procedimiento de asignación del CPV, pero más cara en términos económicos resultará cada operación. Consecuentemente, y, en otros términos, esta paralelización es la que procederá en la generación de paquetes en los que se vincule una información sobre el documento analizado —contenida en el archivo con estructura JSON— con una determinada información sobre la nomenclatura CPV —obtenida de la información que se almacena en la base de datos “GaiaDB”—. Así las cosas, dicha vinculación podrá hacerse entre la totalidad de la información del fichero JSON y una concreta selección de n entradas que correspondan con n códigos CPV o CPV suplementario; entre un fragmento del fichero JSON con la totalidad de códigos CPV y subcódigos CPV; o, bien, entre un fragmento del fichero JSON con una concreta

selección de n entradas que correspondan con n códigos CPV o CPV suplementario. En todo caso, la unión de todos los paquetes de paralelización del proceso garantizará el contraste cruzado de todos y cada uno de los elementos de ambos extremos.

Realizada la paralelización, se generarán tantas funciones del programa con el mismo objeto denominadas “TextAnalytics” como bloques o paquetes JSON-CPV y CPV suplementario; asignando “Processor”, a cada uno de ellos, uno de dichos bloques. En cada una de las funciones “TextAnalytics”, se comprobará la coincidencia de la parte del texto asignada con los CPV y CPV suplementarios del modo antes indicado. Como resultado del cruce de elementos, se generará un nuevo archivo con formato JSON — en adelante, JSON2—, en el que se indica el CPV o CPVs detectados y el grado de coincidencia de cada uno de ellos con el texto explorado.

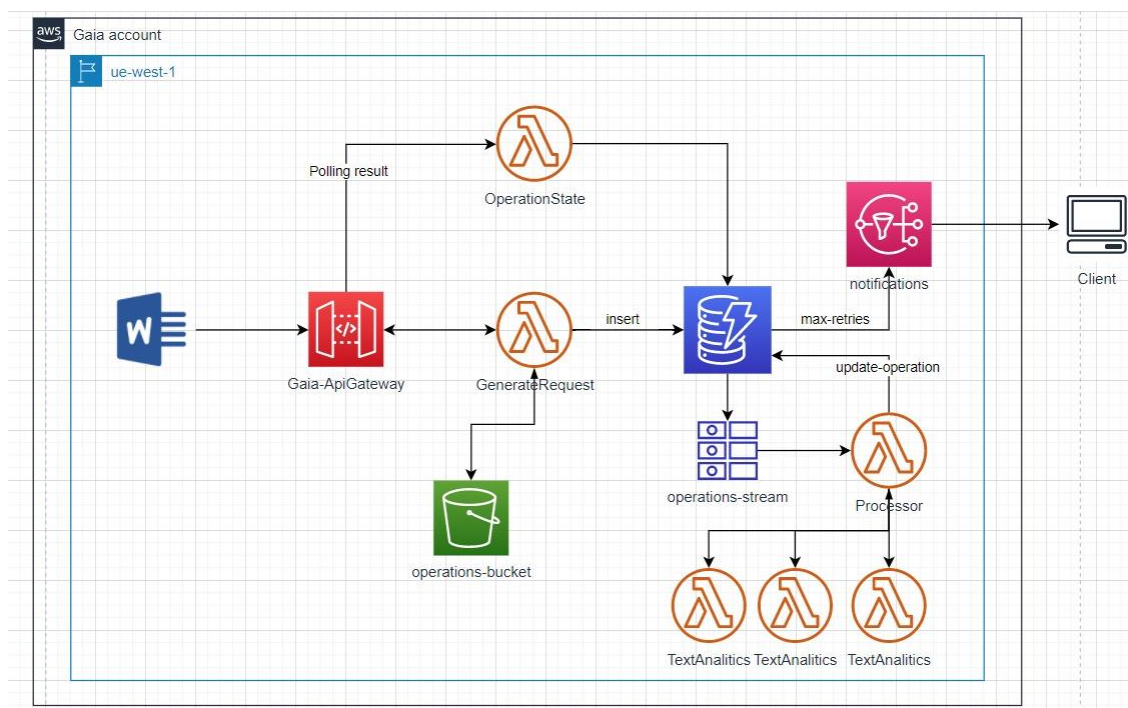
Cuando “TextAnalytics” obtenga su correspondiente JSON2_{*i*}, que conformará una parte del archivo final resultante de la acumulación de la información de los n JSON2 obtenidos, lo devolverá a la función “Processor”. Esta acumulará las respuestas parciales para, posteriormente, fusionarlas y conseguir un archivo JSON2 total o final —en adelante JSON2_{*T*}—, en el que serán ordenadas en orden decreciente, según grado de coincidencia, los CPV y CPV suplementarios detectados.

Cuando se consiga este fichero de respuesta, se informará a la función “OperationState” de la finalización del procedimiento de asignación a través de la base de datos “GaiaDB”. Adicionalmente, la función “Processor” enviará el archivo JSON2_{*T*} a “OperationBucket”.

Durante la ejecución de todo el proceso anterior, y cada pocos segundos, el *plug in* o servicio de *big data* empleado reiterará llamadas al servicio. Cuando la función “OperationState” indique que se ha finalizado con éxito, en la ulterior llamada de servicios externos, la función “GenerateOperation” extraerá de la carpeta “OperationsBucket” el archivo JSON2_{*T*} y lo transmitirá al *plug in* o programa que efectúa la respuesta. El archivo JSON2_{*T*}, además de los CPV detectados y su grado de coincidencia, determinará la posición unívoca en el texto de la coincidencia, lo que posteriormente servirá para ubicarla y asociarla de nuevo al texto plano inicial.

Gráficamente, el funcionamiento del programa descrito responde a la siguiente representación:

Imagen 16



3.2 Líneas futuras de desarrollo

Sobre la base de todos los puntos analizados en los epígrafes anteriores, consideramos que queda patente la posibilidad y plausibilidad de la siguiente propuesta:

1ª- Posibilidad de activación de un sistema de seguimiento personalizado de las categorías de producto para un determinado bien, servicio, obra, gestión de servicios públicos o concesión de obra, a partir de la información contenida en un programa plurianual de contratación. Seguimiento para cuya activación será necesaria la identificación del operador económico en la plataforma que permite tal operativa mediante firma digital, de forma que sean aceptados los mismos sistemas de firma electrónica que serán posteriormente exigidos en el procedimiento de licitación propiamente dicho. De este modo y sin necesidad de mayores operaciones, *ab initio* el ente adjudicador podrá proceder al diseño de los ulteriores procedimientos de compra conociendo una muestra —número, identificación y ubicación— de los potenciales operadores económicos que conforman el mercado de la contratación pública. No obstante, esta posibilidad proporcionada a los operadores económicos no debe ir acompañada de una normativa que requiera de manera preceptiva este *feedback* previo con el poder adjudicador. Al menos, en relación a los subsiguientes procedimientos de contratación que deban ser objeto de publicidad previa. En consecuencia, en el ulterior proceso de contratación podrán participar todos los operadores económicos que lo deseen y que permita el sistema de adjudicación seleccionado, con independencia de la activación previa del sistema de seguimiento.

2ª- La apertura general de la posibilidad de que la plataforma interactiva de publicación de los programas de contratación permita a los operadores económicos la presentación de un catálogo de productos o soluciones constructivas con inclusión de aspectos técnicos y económicos, incluso, con la posibilidad de adjuntar archivos ‘.pdf’ que contengan información técnica y/o comercial sobre el producto en cuestión. Catálogo que resultará vinculante, en el sentido de que pueda ser posteriormente exigido su cumplimiento a cualquiera de los proveedores en el seno de un procedimiento de compra menor. En estos casos, el incumplimiento de las condiciones adelantadas podrá suponer la incursión en causa de prohibición para contratar. La preoferta deberá ir acompañada de la correspondiente declaración responsable relativa a los requisitos generales de contratación sobre capacidad de obrar y ausencia de prohibiciones de contratar, preferiblemente, siguiendo un modelo preconfigurado que se base en una versión adaptada del DEUC. Como es lógico, en esta fase previa, no será posible declaración sobre los requisitos de solvencia, al ser inviable su conocimiento.

3ª- En caso de que lo decida el ente adjudicador, se podrá efectuar el establecimiento, para los contratos de suministro, de una necesaria presentación de oferta o preoferta, en forma de catálogo de productos, con inclusión de aspectos técnicos y/o económicos para la activación del sistema de seguimiento. El contenido de dichos catálogos, en el caso de que el procedimiento ulterior sea un contrato menor o un contrato negociado sin publicidad, podrá delimitar los modelos de producto que podrá ofrecer el operador económico. La preoferta deberá ir acompañada de la correspondiente declaración responsable relativa a los requisitos generales de contratación, antes indicados, preferiblemente siguiendo un modelo preconfigurado que se base en una versión adaptada del DEUC.

4ª- La inclusión de ambas posibles interacciones, es decir, la opción de seguimiento personalizada y de formulación de preofertas, mediante una plataforma central, como puede ser la PCAP, destinada para la publicación de los anuncios de licitación y demás anuncios previstos en la normativa de contratación pública. Dicha plataforma aunará y sistematizará, en formato abierto, las programaciones de todos los entes adjudicadores del país, de modo que, previo su registro e identificación, el operador económico pueda activar sistemas de seguimiento de manera sinérgica respecto de varios entes adjudicadores, tipos de producto, lugar de ejecución... al tiempo que le sea posible generar una declaración responsable sobre condiciones generales para contratar y unos catálogos electrónicos-preofertas reutilizables respecto de diversas actividades de contratación programadas. Siendo necesario para la utilización de estas funcionalidades básicas la identificación del operador de forma segura mediante sistemas de firma electrónica.

5º La dinámica establecida con el CPV abre la puerta a su replicación respecto de otros elementos de la licitación que, de manera análoga al objeto del contrato, sean sometidos a un proceso de codificación alfanumérico de carácter unívoco. En este sentido, sería deseable que se efectuaran iniciativas en este sentido sobre prescripciones técnicas de

los productos, criterios de adjudicación, condiciones especiales de ejecución o criterios de solvencia.

CONCLUSIONI.

PRIMA- In merito alla necessità di un coordinamento statale dei sistemi degli appalti elettronici nella dimensione interna della Pubblica Amministrazione o *front office*

Come è stato dimostrato in questo studio, nel caso di attuazione di un *e-Government* che non rispetti il principio di interoperabilità, sarà difficile, se non impossibile, ottenere i vantaggi che la tecnologia potenzialmente offre. In altre parole, porterà a costose innovazioni strumentali che non comporteranno una vera e propria innovazione amministrativa di natura sostanziale. Per questo motivo, sulla base del pieno rispetto e della garanzia dell'autonomia e della capacità di auto-organizzazione dei vari livelli di amministrazione territoriale esistenti in Spagna, lo Stato deve diventare un effettivo garante dell'esistenza di questa interoperabilità.

Come è stato concluso in questo studio, il nostro Ordinamento Giuridico permette questa coordinazione statale, a condizione che sia fatta in modo preciso e consapevole rispetto all'obiettivo perseguito: l'interconnessione e/o l'intercambiabilità, dal punto di vista dell'amministrato, delle varie soluzioni di *e-Government*. Caratteristiche che, come abbiamo visto, non sono soddisfatte nella Disposizione Addizionale Seconda della Ley 39/2015 che, alla fine, è stata concepita come una misura di contenimento della spesa derivata dalla crisi economica e finanziaria subita dalla Spagna nel 2010 e non, di fatto, come una soluzione sistemica d'interoperabilità.

A questo proposito, è stato possibile stabilire che gli appalti pubblici non rappresentano di per sé stessi una competenza materiale propria e distinta, ma piuttosto un'attività amministrativa ausiliaria legata a ciascuna di queste materie previste agli articoli 148 e 149 CE. Allo stesso modo, la Corte Costituzionale ha chiarito che la competenza dello Stato contenuta nell'art. 149.1.18ª CE non può giungere all'imposizione o al controllo amministrativo diretto, da parte dello Stato, delle soluzioni tecnologiche attuate dal resto delle amministrazioni territoriali. Ciò violerebbe la loro autonomia, dato il legame essenziale tra la progettazione dello strumento elettronico e il livello di servizio che deriva dalla loro competenza.

Tuttavia, abbiamo concluso che queste precauzioni non impediscono di agire entro l'ambito di applicazione dell'art. 149.1.18ª CE al fine di stabilire sistemi statali di

garanzia *a priori*, attraverso i quali vengono fissate le condizioni fondamentali di interoperabilità che devono essere rispettate dalle diverse amministrazioni e dagli enti pubblici quando si opta per uno specifico strumento tecnologico. Inoltre, è stato possibile dedurre la natura “básica” dell'ENS e dell'ENI, comprese le loro norme tecniche di sviluppo.

In questo senso, non c'è dubbio che un sistema così nucleare, volto a garantire l'efficienza del sistema e il rispetto dell'Ordinamento Giuridico in modo più efficiente rispetto ai sistemi di interoperabilità retroattiva, arriverà ad avere una certa influenza sull'auto-organizzazione delle Amministrazioni sub-statali. Tuttavia, ciò, sarà possibile fintanto che l'opzione specifica scelta non sia predeterminata e non vengano superati i confini della ponderazione di questo principio con quello della parità di trattamento e dell'accesso alla procedura sul quale è fondato l'articolo 149.1.18 CE. Pertanto, questa attività di coordinamento, dal punto di vista dell'interoperabilità e dell'interconnessione, sarà possibile, nella misura in cui risponda e non vada oltre l'obiettivo di raggiungere un approccio "centrato sull'utente" nel funzionamento dell'amministrazione elettronica.

Tale prospettiva, in linea con la *ratio existit* dell'art. 149.1.18 CE, sarà volta a garantire che il pubblico in generale e gli operatori economici in particolare non siano costretti ad utilizzare strumenti tecnologici diversi, ciascuno con le proprie peculiarità, limitazioni, requisiti specifici, fattori di condizionamento e processo di apprendimento —che possono anche essere incompatibili tra loro— secondo l'Amministrazione con cui si produce il rapporto. Questo, senza dubbio, può minare il loro accesso e la loro interrelazione con le autorità pubbliche. Dunque la suddetta circostanza deve essere evitata anche nel campo degli appalti pubblici e non può essere esclusa da questo settore sulla base della speciale qualificazione dei soggetti che operano in esse, poiché altrimenti, si faciliterebbe il consolidamento di barriere all'ingresso al mercato o ai mercati degli appalti pubblici sotto forma di costi di gara che colpiranno in particolare le PMI.

Come canali per l'esecuzione di questa possibile e necessaria attività di coordinamento statale, ci sono due strade aperte. Da un lato, l'adattamento al modello portoghese, in base al quale i programmi di appalti pubblici elettronici sono soggetti ad un sistema di autorizzazione o qualificazione preventiva, la quale diventa requisito necessario per la sua acquisizione da parte delle stazioni appaltanti. E, in secondo luogo, l'estrapolazione del sistema operativo progettato rispetto alla DEHú, in virtù del quale è richiesta l'esistenza di poli di collegamento, con determinate caratteristiche tecniche, in tutte le soluzioni arbitrate da ogni Amministrazione. Da essi verranno estratte tutte le informazioni necessarie, che potranno essere riprodotte in interfacce esterne e aggregate entro un livello superiore di Amministrazione. A questo proposito, gli altri estremi dei menzionati poli dove si accumuleranno e si sistematizzeranno le informazioni di tutti gli elementi interconnessi, sarebbero, in modo connaturale, il PCSP e il ROLECE. In assenza di sviluppi propri, le iniziative PEPOL e Open e-Prior forniscono esempi che possono essere utilizzati come punto di partenza dell'interconnessione proposta.

Dal nostro punto di vista, e data la possibilità di conformare o potenziare, con l'accennato sistema di qualificazione, un mercato di natura oligopolistica con conseguenze già avvertite dall'esperienza portoghese, siamo favorevoli alla seconda opzione, la cui prescrizione legale, pena l'invalidità della procedura di acquisto, potrebbe essere fatta attraverso l'estensione in questo senso dell'art. 39.1.c) della LCSP.

SECONDA.- In merito alla necessità di assicurare l'implementazione di nuovi strumenti di *e-procurement* per mezzo di strumenti ausiliari e orientati a supplire alla mancanza di risorse delle stazioni appaltanti

L'utilizzo dei mezzi elettronici implica una maggiore complessità sia per la moltiplicazione dei soggetti e dei fornitori dei servizi coinvolti —accesso a Internet, piattaforme, requisiti di identificazione e autenticazione...— sia per i requisiti tecnici degli strumenti impiegati.

In molte occasioni, questa complessità può superare i mezzi personali e materiali della struttura frammentata che presentano le stazioni appaltanti. Come risposta, possiamo trovare la possibile ristrutturazione dell'organico dalle stazioni appaltanti, la riprogettazione della loro struttura politico-istituzionale, nonché l'attuazione di iniziative per la formazione del personale. Ma soltanto queste azioni possono diventare una soluzione a lungo termine e potrebbero essere persino insufficienti. Alla luce di ciò, riteniamo che la cosiddetta “professionalizzazione basata su sistemi” possa e debba essere un elemento di risposta di fronte alle nuove sfide degli appalti pubblici. Come fattori che favoriscono tale politica troviamo i programmi di automazione ausiliaria basati sul trattamento di un ampio genere e quantità d'informazione. Vale a dire, le tecnologie dei *big data* e, pertanto, di algoritmi deterministici o di intelligenza artificiale. Infatti, queste soluzioni non solo possono favorire l'attuazione della professionalizzazione del responsabile o dei pubblici impiegati che intervengono nelle procedure di acquisto, ma anche dei cittadini nella loro qualità di supervisori politici ultimi, arricchendo la sola funzione di finanziatore del settore pubblico.

Inoltre, questi sistemi possono presentare come esternalità positiva per gli operatori economici una migliore sistematizzazione e accesso alle procedure di gara, che favorisce soprattutto le PMI.

Dunque, si è concluso che la richiesta di semplificazione presente nel Diritto dell'Unione Europea deve essere intesa come un'agevolazione di nuovi e ulteriori compiti procedurali che hanno dovuto essere incorporati nel funzionamento degli appalti pubblici per ottenere una maggiore efficienza. In altre parole, l'attuazione dei mezzi per rendere possibile e più facile l'assorbimento di una maggiore complessità ambientale. Da questo punto di vista, si tratta, in primo luogo, di una semplificazione amministrativa che, intesa dal lato dell'amministrato, ha lo scopo di ridurre gli oneri procedurali necessari nei rapporti con le stazioni appaltanti. A cui si deve aggiungere, in secondo luogo, dal lato della dimensione interna del settore pubblico, il raggiungimento delle

condizioni ambientali ideali per il loro eventuale e verosimile assorbimento da parte di esse.

I progressi in questa linea avranno come requisito un'analisi realistica ed *a priori* delle nuove esigenze possibili sui mezzi generalmente a disposizione dalle stazioni appaltanti, specialmente quelle di piccole e medie dimensioni, al fine di affrontare le nuove sfide e i nuovi aspetti degli appalti elettronici ai quali ha contribuito l'implementazione delle ICT.

A questo punto, siamo giunti alla conclusione che grazie all'automazione robotica ausiliaria, ai dati aperti ed all'utilizzo di formati di riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, una risposta negativa alla precedente analisi d'impatto non deve necessariamente ritardare o impedire l'introduzione dei nuovi obiettivi e dei nuovi modi di procedere della contrattazione amministrativa elettronica, ma anche guidare verso la sua soluzione sulla base delle ICT. Il corollario di questo risultato analitico sarà, pertanto, la necessità di introdurre, parallelamente alle nuove esigenze che migliorano il servizio dal punto di vista della sua dimensione esterna, programmi ausiliari automatizzati che riducono il sovraccarico di lavoro dal punto di vista della sua dimensione interna. In sintesi, la sopradetta professionalizzazione basata sui sistemi.

TERZA.- In merito all'ambito di applicazione degli accordi quadro e in merito alla necessità di limitare le procedure di digitalizzazione basate su di essi ai mercati oligopolistici o monopolistici

Gli accordi quadro, che sono generalmente —ma non necessariamente— legati all'uso di mezzi elettronici, consentono una auspicabile separazione tra l'ente appaltante e l'operatore economico, nella misura in cui la selezione di quest'ultimo è effettuata da un terzo, spesso non legato in modo diretto allo scopo principale dello scambio economico. Fatto che previene le attività di corruzione. Al tempo stesso, la gara è effettuata, generalmente, da una stazione appaltante centralizzata e altamente professionalizzata organizzata in forma di centrale di committenza. Nel suo agire fisserà anche diversi parametri economici comuni di fornitura per tutti le stazioni appaltanti coinvolte, inquadrandosi entro un'area di sviluppo di più ampia scala e con maggiore trasparenza rispetto a quella derivante dall'azione individuale di ciascuna stazione appaltante. Così, la configurazione della domanda generata nel mercato pubblico sarà, probabilmente, più efficiente di quella che potrebbe derivare dalla suddetta azione in via individuale. Più ancora, sarà anche in grado di stabilire un riferimento affidabile di ciò che può essere inteso come un contratto efficiente in un settore specifico.

Tuttavia, a causa della sua struttura operativa, il suo campo di applicazione dovrebbe essere limitato ai prodotti e ai lavori che soddisfano le esigenze comuni e standardizzate delle varie amministrazioni aggiudicatrici, poiché l'accordo iniziale predeterminerà in modo decisivo i successivi contratti derivati o di sviluppo. Questa struttura operativa porterà ad un significativo aumento del volume di ciascuna delle procedure di acquisto

effettuate e ad una costrizione del numero totale di quelle effettuate. Situazione da cui deriva uno scenario che favorirà gli operatori economici più grandi e penalizzerà le PMI durante la gara o nel suo acceso. Questo impatto sulla concorrenza deriva sia dall'aumento dei requisiti per l'accesso alle gare sia dalla riduzione, in termini assoluti, delle opportunità di *business* attraverso procedure aperte autonome. In pratica, inoltre, come è stato dimostrato nella sezione I del capitolo quinto di questo studio, le limitazioni alla concorrenza presentate dagli appalti derivati, dopo la formalizzazione dell'accordo quadro, possono generare comportamenti anticoncorrenziali, anche nei casi in cui vi sia una pluralità di offerenti aggiudicatori di esse. In questo scenario, dal punto di vista della natura dell'accordo quadro, si aggiunge che la suddivisione in lotti avrà una portata limitata. Infatti, in caso di una molteplice suddivisione in lotti, i vantaggi dell'accordo quadro saranno ridotti, ad eccezione della centralizzazione della sua gestione, di modo che si renderà opportuno il ricorso ad altre forme di contrattazione.

Oltre a questi svantaggi, i costi e i tempi di trasporto o di distacco possono svantaggiare le amministrazioni aggiudicatrici che sono più lontane dai fornitori centrali, portandole ad affrontare costi più elevati di quelli che risulterebbero da un rapporto economico con operatori più vicini, nonché la rigidità di tali procedure quando si cerchi di adattare i prodotti standard alle possibili esigenze speciali delle varie stazioni appaltanti.

Per questo motivo il ricorso a questa procedura deve essere limitato ai casi in cui la domanda pubblica è integrata in un mercato che abbiamo descritto in lavori precedenti come monopolio bilaterale. Cioè quando alla singolarità della domanda della stazione appaltante secondo il territorio o l'oggetto, si unisce una struttura dell'offerta di natura monopolistica o oligopolistica. Questa situazione si traduce nell'esistenza di un piccolo numero di operatori economici, di grandi dimensioni e con un forte potere di negoziazione. È il caso del mercato dell'industria farmaceutica o dei servizi di telecomunicazione o di energia. Ad oggi abbiamo un esempio molto attuale, rappresentato dall'azione dell'Unione Europea per l'acquisizione di vaccini contro la pandemia COVID-19. Si tratta di un caso paradigmatico di questi mercati in cui la centralizzazione del processo di acquisto è non solo consigliabile ma anche critica. Di fronte alla struttura dell'offerta, l'incremento del potere negoziale del richiedente pubblico è cruciale, non solo per la determinazione dei prezzi, ma anche per il proprio accesso all'offerta. Approccio dal quale non ci si possono aspettare effetti negativi^[1]. Sebbene, questo scenario estremo non rappresenta in senso stretto il funzionamento di un accordo quadro basato sulla Direttiva 2014/24/UE, per quanto si tratta di un'azione urgente fondata dal Regolamento 2016/369/UE, è utile come noto esempio di mercato che giustifica la logica dell'articolo 33 della Direttiva 2014/24/UE.

D'altro canto, i mercati con acquisti ricorrenti e la presenza di un gran numero di fornitori, come l'eventuale mercato relativo alla fornitura di attrezzatura da ufficio, dovrebbero cercare i possibili vantaggi offerti dagli acquisti aggregati secondo diverse procedure.

QUARTA.- In merito alla necessaria estensione della logica di funzionamento dei sistemi dinamici di acquisizione

Al di fuori dei mercati indicati nella precedente conclusione, l'utilizzo di mezzi elettronici dovrebbe essere sinergizzato con mezzi di aggregazione —centralizzata o policentralizzata— di funzionamento, gestione e manutenzione delle piattaforme o dei siti digitali di negoziazione, senza che ciò comporti l'aggregazione della propria domanda e delle corrispondenti procedure di acquisto. Cioè senza rinunciare all'azione autonoma delle stazioni appaltanti nella progettazione delle proprie domande.

Questo indirizzo ci porta alla logica dei sistemi dinamici di acquisizione, che devono essere estesi oltre le limitazioni che sono state tradizionalmente attribuite, come il funzionamento elettronico end-to-end, la circoscrizione a prodotti di acquisto ripetitivo o ricorrente, e la limitazione all'acquisto di prodotti le cui caratteristiche tecniche richieste coincidono con la domanda di molteplici stazioni appaltanti, per quanto l'efficienza del sistema ha bisogno di rispondere a necessità standard delle stazioni appaltanti.

In ordine all'attuazione della logica del sistema dinamico di acquisizione, il requisito della necessaria valutazione automatizzata delle offerte limita le sue possibilità di utilizzo a quelle procedure in cui si applicano solo criteri di aggiudicazione oggettivi, valutabili esclusivamente attraverso formule prestabilite. La conclusione che la loro natura elettronica non debba essere richiesta end to end potrebbe essere intesa come una contraddizione con le linee generali di questo studio, ma non lo è. La conclusione non è che questa caratteristica della figura del sistema dinamico di acquisizione debba essere rimossa, ma che, al contrario, la procedura di acquisto elettronico, tipica del sistema dinamico di acquisizione, debba essere esportata al di là del suo attuale ambito di applicazione fino al momento della presentazione e della ricezione delle offerte per i contratti che ne derivano. In realtà, questa conclusione può essere basata sul considerando 52 della Direttiva 2014/24/UE, che rappresenta una risposta consapevole ai limiti tecnologici che esistevano ancora al momento dell'approvazione di questa norma e, quindi, alla luce dello stadio di sviluppo dei sistemi di approvvigionamento elettronico in quel momento.

La seconda sfida per l'ampliamento della struttura operativa del sistema dinamico di acquisizione è più complessa e richiede un'intensificazione dell'utilizzo dei mezzi elettronici secondo le linee indicate nelle conclusioni che seguono. Se questa sfida trova una possibile risposta, concluderemmo che è possibile e verosimile estendere la dinamica bifasica del sistema dinamico di acquisizione oltre gli "acquisti ricorrenti". Sebbene è vero che ci sarà una limitazione agli "acquisti ricorrenti", dovremo modulare il concetto di "ricorrenza" nel senso in cui dovrà essere dissociato da qualsiasi riferimento alla frequenza dell'acquisto.

L'utilizzo di mezzi elettronici automatizzati di natura ausiliaria basati su big data sono anche un'opportunità per affrontare la terza sfida sopradetta. Insieme all'utilizzo —ed

estensione— di due figure giuridiche già previste dal nostro Ordinamento, come l'avviso di pre-informazione, utilizzato o meno come bando di gara —v. l'art. 48.2 della Direttiva 2014/24/UE—, e il catalogo elettronico— art. 36 della Direttiva 2014/24/UE—.

Una volta superate queste barriere, che attualmente limitano la dinamica del sistema dinamico di acquisizione, i vantaggi di una maggiore trasparenza e concorrenza inerenti alla tecnologia saranno estesi sulla base di una struttura a due fasi della procedura di gara che, a differenza delle procedure di natura eminentemente aggregativa, come gli accordi quadro, non costituirà nella prima fase una limitazione della concorrenza o dell'accesso al sistema di acquisto elettronico, ma piuttosto un requisito di autorizzazione all'ingresso di qualsiasi operatore che soddisfi determinate caratteristiche.

Inoltre, nella misura in cui la combinazione delle domande delle varie amministrazioni aggiudicatrici in un unico ente aggiudicatore non costituisce una condizione sine qua non, sarà possibile suddividere il sistema in categorie e sottocategorie adeguate alla realtà di tutti gli operatori economici che potenzialmente soddisferebbero i requisiti di solvibilità necessari per poter partecipare alla procedura singola ordinaria equivalente. Questa divisione renderà possibile un sistema di accesso scaglionato, basato sull'oggetto o sul codice CPV dell'appalto derivato, sul valore stimato, sul luogo di esecuzione o sul codice NUTS, o sulla categoria della stazione appaltante —ad esempio “enti locali” o “enti locali al di sotto di 5 000 abitanti”.

È quindi possibile disaggregare il sistema di abilitazione nella prima delle sue fasi, il che deve essere urgentemente inserito nella pratica, per le potenzialità di questi sistemi elettronici, al fine di proiettarsi come uno strumento utile e accessibile per tutti gli operatori economici, oltre che come dinamica appropriata in ogni tipo di mercato degli appalti pubblici.

A tal fine, diviene essenziale evitare un'eccessiva proliferazione di piattaforme elettroniche o, se ciò si verifica, garantire che tutte siano conformi a requisiti tecnici minimi che consentano l'interconnessione e persino la sua intercambiabilità in un approccio incentrato sul cittadino. In caso contrario, i potenziali vantaggi della concorrenza e i vantaggi in termini di informazione per gli operatori economici e le stazioni appaltanti si ridurranno progressivamente e in modo drastico, provocando una marcata frammentazione del mercato che costringerà gli operatori economici a compiere uno sforzo impossibile —ancor più nel caso delle PMI— per confrontare le molteplici interfacce e forme di funzionamento di centinaia di portali elettronici. Oltre, naturalmente, alla conseguente creazione di un sistema chiaramente inefficiente, antieconomico e contrario alle possibilità offerte dalla tecnologia. In ogni caso, va tenuto presente che questo tipo di possibile centralizzazione della piattaforma, o la selezione dei requisiti minimi di interconnessione, sarà effettuata dal punto di vista della gestione dello strumento elettronico utilizzato per lo sviluppo della procedura, senza

implicare una centralizzazione dell'attività di gara neanche della decisione di acquisto o della selezione dell'operatore economico aggiudicatario dell'appalto.

QUINTA.- In merito alla centralità della pianificazione degli appalti pubblici come soluzione di efficienza del sistema elettronico di appalti pubblici e la sua necessaria automatizzazione

L'articolo 28.4 della LCSP ha introdotto una linea d'azione essenziale nel funzionamento del nostro sistema nazionale di appalti pubblici che dobbiamo curare e promuovere per quanto possibile. Dallo studio di questo precetto abbiamo concluso che la sua attuale regolamentazione può portare a una significativa mancanza di attuazione nella pratica dalle stazioni appaltanti, tra le altre ragioni, soprattutto data la totale assenza di conseguenze.

Tuttavia, siamo anche stati indotti a concludere che è impossibile collegarla alla validità delle successive procedure di appalto effettuate dalle stazioni appaltanti in questione, per quanto la sua inesistenza o imprecisione può derivare in maniera logica della mancanza di personale specializzato e di risorse materiali della stazione appaltante.

Pertanto, come passo preliminare, l'implementazione di sistemi di automazione robotizzata deve essere approfondita nell'attività di pianificazione degli appalti pubblici di ogni stazione appaltante. Tale attuazione può avvenire nell'ambito delle piattaforme di appalti pubblici —centrali o regionali— messe a disposizione delle stazioni appaltanti, dove esse ospitano i profili dei loro committenti; oppure autonomamente e nell'ambito dell'elenco generale di applicativi previsto all'articolo 157 della Ley 40/2015. Questa tecnologia è attualmente diffusa e si baserebbe sull'analisi statistica e pluriennale dei dati pubblicati in formato aperto dalle stazioni appaltanti nei loro profili dei committenti o anche nei loro portali di trasparenza, ospitati nelle rispettive sedi elettroniche. In questo modo sarà possibile generare, attraverso l'utilizzo di algoritmi deterministici e tecnologie di big data, previsioni di acquisto riferite agli "acquisti ricorrenti", nel senso ampio del concetto esposto nella conclusione precedente.

Dobbiamo quindi concludere che la realizzazione di questi sistemi non deve avvenire nell'ambito dell'articolo 41 della Ley 40/2015, ma, al contrario, come mezzo ausiliario di automazione. Ciò semplificherà le loro esigenze, consentendo al tempo stesso che la risposta data dal programma implementato sia sfumata e supervisionata dalla stazione appaltante, soprattutto per quanto riguarda l'inclusione delle procedure di appalto previste per gli anni successivi e che non contino nessuna ripetizione. Questo potrebbe essere il caso, ad esempio, delle grandi opere realizzate a livello comunale.

Arrivati allo scenario indicato, dobbiamo concludere che occorrerà, ancora, un legame tra l'obbligo di pianificazione previsto dall'articolo 28.4 della LCSP e la validità delle procedure di contrattazione effettuate nell'esercizio in questione. Allo stesso tempo, questo possibile effetto deve essere limitato al requisito della esistenza e ragionevolezza di una adeguata motivazione della stazione appaltante in questo senso, e non alla esatta

verifica del contenuto della pianificazione. In tal modo, il punto culminante del percorso aperto, a livello nazionale, dall'art. 28.4 della LCSP deve essere l'esistenza, in ogni procedura di gara, di una motivazione argomentata e ragionevole sulla sua presenza, o meno, nella corrispondente pianificazione pluriennale e la ragione della sua coincidenza, o meno, nelle cifre previste. In altre parole, un ragionamento qualitativo e quantitativo che, quando coincida con il contenuto della precedente programmazione, non dovrà essere reso esplicito in ogni procedura di appalto, ai sensi dell'articolo 88.6 della Ley 39/2015.

In questo modo, oltre a costituire un presupposto funzionale per la messa in atto dell'operativa degli appalti pubblici elettronici, che sarà sviluppata nelle seguenti conclusioni, la pianificazione consentirà di oggettivare ed esternare il lavoro fatto nella fase di preparazione della procedura di appalto svolta dalla stazione appaltante. Ciò contribuirà a rafforzare la cura del settore pubblico in questa fase della procedura e a poter supervisionare un'attività che presenta gravi ostacoli in questo senso, a causa della mancanza di pubblicità e dell'elevata discrezionalità tecnica di cui dispongono — necessariamente—le stazioni appaltanti.

SESTA.- In merito alla co-centralità della nomenclatura CPV come mezzo di interoperabilità semantica e la sua necessaria attuazione e/o verifica in maniera automatizzata

Il e 347.8 della LCSP, che richiedono l'uso di formati aperti e riutilizzabili, non possono essere basati sull'elaborazione automatica del linguaggio naturale incluso nelle specifiche. Questa funzione è attualmente svolta, su base paneuropea, dalla nomenclatura CPV.

Tuttavia, la complessità intrinseca di questo vocabolario non può essere ignorata, poiché ha più di novemila codici e quasi mille sottocodici. Pertanto, al fine di garantire il corretto funzionamento del sistema elettronico degli appalti pubblici, data la criticità di questo elemento e la potenziale carenza di risorse delle stazioni appaltanti, è necessario incorporare mezzi elettronici a tal fine, secondo le linee indicate nella seconda conclusione.

A tal fine, si afferma la necessità di progredire nello sviluppo e nell'implementazione di programmi basati su algoritmi deterministici o intelligenza artificiale, attraverso i quali è ora possibile trattare il linguaggio naturale contenuto nelle specifiche per tradurlo nel codice o nei codici CPV supplementari, CPV che rappresentano l'oggetto del contratto nel modo più accurato possibile, nell'ambito delle possibilità offerte da questa nomenclatura.

L'esistenza di questi programmi ridurrà la pressione sulle risorse a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici per affrontare le nuove sfide degli appalti elettronici secondo le linee indicate nelle conclusioni di cui sopra. Allo stesso tempo, permetterà di garantire il funzionamento automatizzato dei sistemi di pianificazione, senza che la

loro affidabilità dipenda interamente da fattori esterni, come la correzione della codifica effettuata manualmente da ciascuna delle migliaia di stazioni appaltanti nel nostro paese secondo i loro criteri unici.

La possibilità di accedere a questo strumento ausiliario per l'attività amministrativa, attraverso la piattaforma contrattuale, *ex art. 157.3 della Ley 40/2015* o attraverso il suo stesso sviluppo, potrebbe anche rendere del tutto coerente l'esigenza della realtà e della precisione del suo utilizzo in ogni procedura amministrativa. Pertanto, nel caso in cui la nomenclatura CPV non sia stata espressa nel bando di gara —*art. 135.4 della LCSP* in relazione al suo allegato III -, sia stata fatta in modo errato o addirittura eccessivamente impreciso, la procedura in questione dovrebbe essere dichiarata nulla e non avvenuta, in quanto ciò ha un effetto decisivo sull'accessibilità delle informazioni pubblicate su tale procedura, pregiudicando, a sua volta, il principio di non discriminazione e di uguaglianza di tutti gli operatori economici quando competono per la gara. Si tratta di una conseguenza che potrebbe essere derivata, in via interpretativa, dall'*art. 47.1.a) della Ley 39/2015*, in relazione allo sviluppo dell'*art. 14 CE* contenuto nei principi di cui all'*art. 1 della LCSP*. Tuttavia, data la sua enorme rilevanza, riteniamo che dovrebbe essere inserita come causa specifica di invalidità nell'articolo 39 della LCSP.

È quindi evidente che ci differenziamo dal TACRC per quanto riguarda le conseguenze legali da attribuire all'eventuale assenza del codice CPV o al suo utilizzo errato o inesatto. A questo proposito, se dalle vaghe considerazioni di questo organismo dovesse emergere che una tale situazione, senza pregiudizio della sua validazione, porti al vizio di invalidità della procedura, non saremmo in grado di affermare l'esistenza di un errore, ma semplicemente di una diversità di opinioni. Ciò è dovuto al fatto che siamo consapevoli della logica per cui la possibilità di convalida di questo errore può presentare, a difesa dell'efficienza e dell'agilità del procedimento amministrativo, un minore fallimento del principio di uguaglianza di tutti gli offerenti.

Tuttavia, dobbiamo insistere sull'istituto dell'invalidità, poiché questo tipo di difetto può portare all'accesso alle informazioni dopo l'esaurimento dei termini ordinari per le contestazioni, e l'invalidità è l'unico modo per mantenere le garanzie legali per coloro che hanno subito questi effetti.

D'altra parte, a nostro avviso non possiamo in nessun caso ritenere giustificabile che tali vizi nell'utilizzo del CPV possano costituire una mera irregolarità formale che non inficia la validità della procedura.

In ogni caso, dalle attività empiriche svolte in parallelo allo sviluppo di questo studio si può dedurre la fattibilità di questi sistemi per automatizzare l'allocazione e/o la verifica della nomenclatura CPV.

SETTIMA.- In merito all'automazione e ai *big data* come requisito di partenza per l'implementazione di sistemi integrali di contrattazione pubblica elettronica

Una volta soddisfatti i requisiti della pianificazione degli appalti pubblici e l'esistenza di un bollettino che fornisca affidabilità e precisione nell'uso dei codici e sottocodici CPV, gli elementi più importanti saranno disponibili per aumentare i servizi offerti dalle piattaforme di approvvigionamento. In questo modo sarà possibile sfruttare le funzionalità di un sistema di appalti pubblici realmente integrato e non solo quelle di semplici strumenti per la diffusione di informazioni dematerializzate e/o la presentazione di richieste o la ricezione di notifiche.

A tal fine, dobbiamo sottolineare che queste tecniche di *big data* consentirebbero l'implementazione di varie caratteristiche, senza che il loro peso ricada sugli scarsi mezzi delle stazioni appaltanti. A tal fine, devono essere soddisfatti i requisiti stabiliti, sulla base degli obblighi oggi esistenti in termini di pubblicazione delle informazioni sulle procedure di appalto pubblico e del requisito dei formati aperti.

A questo proposito, in primo luogo, si può evidenziare la possibile generazione di analisi dei valori medi e/o aggregati dei principali fattori che possono servire come indicatori della qualità dell'attività di approvvigionamento pubblico delle stazioni appaltanti. Tra quelli da individuare vi sono: l'ente appaltante, il CPV, il codice NUTS del luogo di esecuzione, il valore stimato, il budget di base dell'offerta, il valore in euro dell'offerta selezionata, il numero di offerte ricevute e il valore in euro di ciascuna offerta non selezionata. A tal fine, è necessario modificare solo l'allegato III, sezione 6, per includere l'ultima variabile indicata.

Inoltre, potrebbe contribuire alla generazione di una comunità di scambio professionale, facilitando così una attività collaborativa e in rete delle stazioni appaltanti. Tale collaborazione potrebbe essere estesa alla preparazione del capitolato d'onori e classificata secondo CPV, valore stimato dell'appalto e natura della stazione appaltante; alla preparazione di modelli orientati verso la documentazione dei diversi atti che compongono la procedura di acquisto; o alla programmazione della gestione annuale o pluriennale sugli appalti pubblici.

In terzo luogo, ci consentirebbe compilare un elenco dei criteri di aggiudicazione, delle specifiche tecniche, delle condizioni particolari di prestazione e dei criteri di solvibilità più consueti classificati secondo CPV e valore stimato del contratto

E infine, sarebbe possibile determinare le clausole sociali e ambientali più comuni da parte del CPV e confrontarle con i prezzi di procedure simili senza tali clausole. Ciò fornirebbe informazioni utili alle stazioni appaltanti in modo che possano stimare il costo diretto o il prezzo supplementare nell'offerta al fine di includere queste clausole per sostenere l'una o l'altra politica pubblica.

Di conseguenza, questo approccio favorirebbe la raccolta di dati statistici da mettere a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici al momento di preparare le loro procedure di appalto pubblico attraverso il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico e l'uso di sistemi ausiliari automatizzati. Dal punto di vista degli operatori economici, vale la pena di evidenziare la possibile generazione di sistemi di ricerca e di avviso di nuovi bandi di gara o di informazioni preliminari tramite codice CPV e sottocodice CPV in modo più preciso e affidabile rispetto ai sistemi attualmente in uso.

OTTAVA.- In merito alla possibilità di riformare la procedura aperta ordinaria e semplificata sulla base delle ICT e dei dati aperti

Sulla base delle proposte di cui sopra, si è concluso che è possibile arricchire la procedura d'appalto aperta e le sue rispettive varianti in funzione delle caratteristiche quantitative e qualitative di ciascuna procedura. In particolare, sulla base delle informazioni contenute nella pianificazione delle procedure di appalto pubblico previste per l'anno successivo, si propone di pubblicare un avviso di pre-informazione il 31 dicembre di ogni anno, in cui, oltre a rispettare i requisiti dell'articolo 28.4 della LCSP, gli operatori economici sono invitati a manifestare la loro intenzione di partecipare alla futura procedura di gara per uno o più dei CPV contenuti.

Nel caso di appalti di forniture, si propone di attivare uno specifico sistema di allerta per le successive procedure di gara effettuate dai CPV previsti nell'avviso di pre-informazione. Ciò dovrebbe, tuttavia, richiedere all'operatore economico di presentare un catalogo elettronico di tutti i prodotti a sua disposizione che ritiene possano soddisfare la necessità indicata. A tal fine, ogni stazione appaltante potrebbe determinare i propri modelli per il catalogo elettronico; tuttavia, dovrebbe essere accettato un modello comune generato a livello nazionale che soddisfi i requisiti di attuazione contenuti nelle norme tecniche di attuazione dell'ENI. Questo catalogo comune dovrebbe essere riutilizzabile; i cataloghi inviati dovrebbero, in linea di principio, essere noti solo all'ente appaltante; e le informazioni contenute nelle precedenti offerte, semplici o sotto forma di catalogo, possono essere esportate, se lo si desidera, per la presentazione dell'offerta finale. Per quanto riguarda i contratti di lavori, servizi, nonché le concessioni di lavori e servizi, il monitoraggio potrebbe essere effettuato senza la necessità di presentare alcuna offerta previa.

Tali operazioni antecedenti l'avvio della gara non possono pregiudicare il normale e ordinario svolgimento della procedura successiva, che può coinvolgere operatori economici che non hanno partecipato alle interazioni precedenti la pubblicazione del capitolato d'onori. Né limiterebbe le possibilità per gli operatori economici che hanno presentato una previa offerta di modificarla o li obbligherebbe a presentare un'offerta definitiva. Fermo restando quanto sarà indicato in relazione alla contrattazione di minore entità, nonché le conseguenze che possono sorgere nel caso in cui tale comportamento porti allo svolgimento di attività anticoncorrenziali.

In relazione alle procedure sommarie semplificate aperte, non essendo richiesto alcun controllo del merito creditizio, sarebbe possibile fornire un sistema di rating CPV sulla piattaforma in questione con informazioni simili a quelle contenute nella registrazione degli operatori economici nel ROLECE. Ossia, limitatamente al possesso della capacità di agire in relazione all'oggetto contrattuale in questione e di non incorrere in divieti di contrattazione. Tali operatori qualificati riceveranno gli inviti a partecipare e a presentare offerte in tutte le procedure aperte semplificate pubblicate dei CPV di interesse e riguardanti la stazione appaltante e/o le aree di attuazione NUTS prescelte. Se lo desidera, l'amministrazione aggiudicatrice può esigere che, oltre all'autorizzazione corrispondente, venga presentata una prima offerta sotto forma di catalogo elettronico.

In breve, con questo approccio avremmo una prima fase in cui la partecipazione degli operatori che non sono stati precedentemente autorizzati non sarebbe limitata. Tuttavia, sarebbe auspicabile riformulare successivamente l'articolo 159.6 della LCSP al fine di stabilire tale autorizzazione preventiva, breve e generale per l'intero territorio nazionale come obbligatoria. Ciò consentirebbe che, in futuro, nel caso in cui fosse richiesta la presentazione di un catalogo elettronico, la presentazione delle offerte non sarebbe necessaria, in quanto i criteri di aggiudicazione si applicherebbero automaticamente alle offerte auto-formulate sulle informazioni contenute nei cataloghi indicati.

Tutte queste possibilità sarebbero potenzialmente integrate nel PCSP.

NONA.- In merito alle possibilità di riuscire a ottenere maggiore dinamismo e concorrenza nell'“appalto minore” e in merito alle possibilità della sua successiva limitazione fino alla sua soppressione

Le iniziative per la pianificazione degli appalti pubblici e l'assegnazione automatica del CPV sono più utili in relazione all'elaborazione di bandi trimestrali di appalti minori da parte della Pubblica Amministrazione. Questo perché, anche se non è raro che i codici CPV vengano assegnati con maggiore o minore precisione, la loro determinazione non è obbligatoria nel nostro sistema giuridico.

Inoltre, quando la procedura di contrattazione effettuata nello sviluppo della pianificazione corrispondente all'esercizio o al periodo in questione deve rientrare nei limiti del contratto minore, le precedenti offerte ricevute sotto forma di catalogo e relative a contratti di fornitura acquisiranno automaticamente la condizione di proposta o di preventivo ai sensi dell'istruzione 1/2019 dell'OIRESCON. A tal fine, all'atto della presentazione della previa offerta, l'operatore economico dovrebbe firmare digitalmente il proprio assenso al carattere vincolante della propria offerta, in caso di selezione mediante una procedura di acquisto di minore entità. In seguito, se è costretto ad eseguirlo, la sua mancata esecuzione può comportare un possibile divieto di stipulare contratti *ex art. 71.2.a) della LCSP*.

Per quanto riguarda gli appalti di lavori e di servizi, quando i valori stimati di progettazione siano entro le soglie per gli appalti di minore entità, è prevista a tal fine

anche la possibilità per gli operatori economici di presentare offerte preliminari. Per la modulazione e la presentazione della stessa, si dovrebbe offrire l'accesso, tramite un hyperlink, alle informazioni contenute negli avvisi aggregati relativi agli acquisti minori dell'anno precedente, corrispondenti al CPV in questione.

In linea di principio, le informazioni contenute nelle offerte previe potevano essere conosciute solo dalle autorità aggiudicatrici. L'amministrazione aggiudicatrice potrebbe optare per il contrario, informando gli operatori economici in anticipo, dell'intenzione di generare un effetto d'asta costante. Tuttavia, ciò non comporterebbe la pubblicazione dell'identità degli operatori economici, ma solo il contenuto della loro offerta previa. In questo caso, in relazione agli appalti di servizi e di lavori, si deve tener conto delle peculiarità cui si fa riferimento nel presente studio in merito alla mancata valutazione degli "elementi di perizia nella gara d'appalto" e alla mancata pubblicazione di elementi riservati che rappresentano un vantaggio economico per l'offerente; tra questi, come è stato analizzato, non vi sarà la descrizione generale della prestazione del servizio o delle modalità di esecuzione dell'opera, né i servizi aggiuntivi e correlati che si propone di includere.

Queste offerte previe possono essere modificate in qualsiasi momento, fatti salvi gli effetti giuridici vincolanti che possono sorgere durante la loro validità a seguito della loro accettazione da parte delle stazioni appaltanti. Inoltre, queste offerte preliminari possono essere riutilizzate per la loro riformulazione prima di altre stazioni appaltanti.

Al fine di sistematizzare e facilitare il trattamento delle proposte ricevute e di giustificare la decisione presa, le amministrazioni aggiudicatrici possono mettere a disposizione di tutti gli operatori economici, attraverso i loro profili dell'appaltatore, i modelli delle offerte previe con l'indicazione delle informazioni che saranno di interesse per la determinazione del miglior bilancio.

Non vi è alcun problema ad estendere questo approccio alle amministrazioni aggiudicatrici diverse da quelle pubbliche, sostituendo il sistema di aggiudicazione diretta attualmente in vigore. Inoltre, l'attuazione di questo sistema di offerta previa per i contratti minori potrebbe contribuire a generare informazioni senza precedenti sui contratti minori, in particolare sul numero di operatori economici interessati.

Questa proposta costituirebbe una prima fase per l'eliminazione definitiva della contrattazione minore come la conosciamo oggi, secondo le linee proposte dal CNMC. In una seconda fase, la riforma della LCSP dovrebbe essere realizzata, in particolare affinché i modelli di pre-candidatura —semplici o a catalogo— per la stipula di contratti entro le soglie dell'attuale contratto di minore entità siano obbligatoriamente elaborati dalle stazioni appaltanti. Questi dovrebbero includere i campi della descrizione tecnica del prodotto o dei prodotti richiesti, gli elementi qualitativi del prodotto che sono di interesse e il prezzo o i prezzi unitari corrispondenti; così come la predeterminazione dei criteri di aggiudicazione puramente oggettivi che saranno applicabili. Queste offerte previe, al momento in cui la fornitura del servizio era richiesta, sarebbero state elaborate

in modo automatizzato per determinare quale operatore economico avesse presentato l'offerta con il miglior rapporto qualità-prezzo. In caso di parità, si potrebbe applicare un criterio di assegnazione automatica a rotazione. Dobbiamo concludere che questo metodo di sistematizzazione è fattibile per qualsiasi procedura di acquisto di questo tipo, indipendentemente dal fatto che si tratti di un contratto d'opera, di servizio o di fornitura.

Pertanto, l'attuale regolamentazione dei contratti minori sarebbe limitata a quelli che non potevano essere previsti nella relativa pianificazione, estendendosi anche alle amministrazioni aggiudicatrici diverse dalla pubblica amministrazione. Tale impossibilità deve essere debitamente motivata per giustificare la validità della procedura. In caso contrario, riteniamo che la procedura debba essere considerata non valida di per sé.

Il della LCSP è eccessivo, e non ha senso, nel contesto di cui sopra, che questo tipo di contratto sia privo di pubblicità.

DECIMA.- In merito alla natura incrementale delle possibilità di digitalizzazione messe in discussione sulle procedure aperte e dell'“appalto minore”

La spinta decisiva per la trasformazione digitale degli appalti pubblici richiede in modo impellente l'effettiva implementazione di un modello di gestione basato su dati in formato aperto e riutilizzabile, nell'incorporazione di tecniche di *big data* nell'utilizzo di ausili di automazione robotica e/o intelligenza artificiale. Inoltre, come requisito irrinunciabile, sarà necessario estendere i sistemi di interoperabilità semantica ad altri estremi delle procedure di appalto, in modo analogo a quanto fa il CPV rispetto all'oggetto dell'appalto.

Le possibilità per l'ulteriore sviluppo dei contratti previsti in un avviso di preinformazione *ex* articolo 28.4 della LCSP per un CPV specifico sono indubbiamente molto ampie. Ma non sono irragionevoli. Occorre quindi considerare una linea d'azione strategica, coordinata a livello nazionale e che cerchi di essere promossa negli organismi europei, in cui siano codificati altri aspetti degli appalti pubblici, al di là del loro oggetto e del luogo di esecuzione.

Infatti, oltre a compiere progressi nel perfezionamento e nell'aggiornamento dei CPV quando necessario, o a generare un livello NUTS municipale per la Spagna, è necessario sviluppare altri codici univoci per la classificazione di aspetti quali i criteri di solvibilità richiesti, i criteri di aggiudicazione, le condizioni speciali di esecuzione e le caratteristiche tecniche dei vari CPV. Questi sistemi dovrebbero presentare una struttura ad albero che può essere basata sul CPV, includendo cifre aggiuntive per la descrizione della categoria e delle sottocategorie di ogni *articolo*. Il suo sviluppo, senza dubbio, sarà un compito arduo, ma avrà un grande referente nel processo di creazione del CPV esposto nel presente studio. Questo compito dovrà quindi basarsi su tre pilastri fondamentali: la gestione da parte di un team specializzato in ogni oggetto degli appalti

pubblici, l'apertura pubblica alla partecipazione e alla consultazione da parte di tutti gli agenti che intervengono nel mercato degli appalti pubblici, e, inoltre, sistemi di elaborazione massiccia dei dati basati sul linguaggio naturale, allo scopo di analizzare *in loco* l'attività di approvvigionamento passata.

In questo modo si ridurranno le esigenze di elaborazione in linguaggio naturale mediante sistemi di analisi di *big data*, che consentiranno una più precisa e dettagliata sistematizzazione delle informazioni estratte dalle procedure di acquisto che si svolgono, nonché l'ampliamento degli elementi suscettibili di previsione e/o pianificazione. Tra questi, si potrebbe evidenziare l'obiettivo di prevedere, sulla base delle precedenti procedure di aggiudicazione, quali saranno i criteri di solvibilità che un ente aggiudicatore utilizzerà nello sviluppo del proprio piano di acquisti pubblici per i contratti di un certo CPV. Ciò aprirebbe la porta all'integrazione di ogni singola procedura di gara con altre che si riferiscono allo stesso oggetto ed esercizio e alla generazione autonoma ed esterna di un sistema di acquisto dinamico, ai fini dell'autorizzazione preventiva da parte degli operatori economici, per ciascuno di questi gruppi.

UNDICESIMA.- In merito alle necessità di un controllo diffuso delle procedure di appalto pubblico dal punto di vista del Governo Aperto

Come affermato in questo documento, il controllo degli appalti pubblici dal punto di vista della legalità e anche dell'efficacia non dovrebbe ricadere solo sugli organi istituzionali istituiti a tale scopo, ma è necessario scommettere su una trasparenza collaborativa, in cui questa funzione sia condivisa con la società civile nel suo complesso, sulla base dei principi e delle esigenze del Governo Aperto.

A tal fine, gli stessi dati elaborati e sistematizzati dai *grandi* strumenti informatici a seguito del funzionamento dei sistemi di *business intelligence* potrebbero essere riutilizzati per generare, all'interno della piattaforma in questione, un portale di trasparenza relativo a tutte le attività svolte al suo interno. Naturalmente, l'utilizzo per quest'altro scopo deve avere diversi livelli e possibilità di aggregazione delle informazioni.

È quindi possibile che queste piattaforme non diventino esclusivamente mezzi di informazione operativi ma anche cognitivi. A questo punto, per la costituzione del PCSP in un portale di trasparenza completo a livello nazionale sulla contrattazione pubblica; o, in alternativa, nella banca dati che ne consente la creazione con il livello di dettaglio proposto, sarà necessario garantire il rispetto del mandato dell'articolo 347.3.III della LCSP, includendo nell'articolo 39.2.c) della LCSP la menzione di questi annunci per interconnessione nel PCSP. Se questa ipotesi viene convalidata, il raggiungimento dell'obiettivo proposto sarà possibile in modo economico, data l'avvertenza dell'esistenza della procedura, la fornitura del collegamento ipertestuale alla specifica sezione della piattaforma regionale dove avviene la pubblicazione completa e il dovere

che questa pubblicazione avvenga attraverso formati aperti che consentano l'utilizzo e il riutilizzo in modo automatizzato senza l'intervento diretto dei singoli.

Tuttavia, data la complessità tecnica delle procedure di appalto pubblico —non da un punto di vista giuridico-procedurale, ma da un punto di vista tecnico-strutturale riferito a ciascuno dei prodotti e dei lavori richiesti— comprendiamo che tale partecipazione dei cittadini non deve tradursi in uno spostamento o in una trasformazione della struttura decisionale dello Stato nei confronti dei cittadini, ma, al contrario, in un'apertura accessibile delle iterazioni logiche seguite nelle decisioni adottate dalle stazioni appaltanti. Oltre che in un eventuale audit, ugualmente accessibile e comparabile dei risultati ottenuti da ciascuno di essi.

Pertanto, nell'ambito della contrattazione aperta, comprendiamo che la sua importanza fondamentale risiederà nello "spostamento" o nella modifica delle variabili motivazionali o della loro ponderazione all'interno delle azioni dalle stazioni appaltanti, in modo che la materializzazione di un'effettiva trasparenza sotto forma di dati aperti, riutilizzabili e comparabili farà sentire su esse un'influenza reale e diretta sulla decisione politica dei loro elettori, sui loro errori e sulle loro deviazioni intenzionali in questo settore.

È quindi necessario trasformare la sistematizzazione dei dati disponibili dal punto di vista della *business intelligence* a quello della *votazione*. Vale a dire che, attraverso questi dati, si forniscono al cittadino gli strumenti necessari per conoscere il livello e la qualità di questo tipo di procedure che, come abbiamo visto, implicano solo in Spagna la gestione di circa duecentomila milioni di euro.

Pertanto, data la complessità del settore degli appalti pubblici e il panorama giuridico presentato e favorevole in termini di disponibilità dei dati, la qualità dei dati in termini di accessibilità per i cittadini diventa una delle premesse principali, cosicché, insieme alla disponibilità dei dati non trattati secondo gli standard indicati, vengono offerti dal settore pubblico anche sistemi informativi già realizzati dal settore pubblico e/o interfacce intuitive di accesso e di aggregazione.

DODICESIMA.- In merito alle necessità e alla priorità di mantenere i progressi fatti finora

Non c'è dubbio che la regolamentazione della LCSP ha aumentato la qualità del nostro sistema di approvvigionamento pubblico in termini di sostenibilità, integrità ed efficienza.

A questo proposito, l'introduzione del contratto aperto semplificato e della sua variante abbreviata, insieme all'eliminazione del contratto negoziato senza pubblicità per motivi di valore, ha rappresentato un'importante pietra miliare. Il sistema di integrazione dei profili dell'appaltatore all'interno di piattaforme a livello statale o di comunità autonoma previsto dall'art. 347 della LCSP in combinazione con l'art. 39.2.c), al di là dei dubbi costituzionali che tale opera può aver generato, è stato essenziale affinché la

contrattazione elettronica non implicasse il passaggio da molteplici riviste ufficiali cartacee a migliaia di profili di appaltatori indipendenti e ingestibili, evitando così che la modernizzazione tecnologica portasse a soluzioni inoperanti e disfunzionali. Il 347,8 della LCSP meritano la stessa valutazione positiva, senza dubbio progressi legali che devono essere adeguatamente ponderati.

Le proposte e le conclusioni del presente studio sono misure per la loro valutazione e, se del caso, la futura attuazione giuridica che riteniamo ci aiuterà a progredire come paese a livello di efficienza nell'uso dei flussi pubblici, di uguaglianza degli amministrati e di garanzie legali contro l'azione delle autorità pubbliche. Ma come budget irrinunciabile, dobbiamo consolidare il mantenimento dei risultati già ottenuti. Per questo motivo, dobbiamo avvertire dell'involuzione prodotta dal Real Decreto Ley 3/2020 che ha eliminato la rotazione obbligatoria nella contrattazione minore prevista nella versione originale dell'articolo 118.3 della LCSP. E non solo per la decisione adottata, ma anche per la motivazione in essa contenuta e basata su "gravi problemi tecnici".

A questo proposito, occorre sottolineare che non è molto credibile che le stazioni appaltanti, anche quelle di minori dimensioni, non siano state in grado di soddisfare tale esigenza, in quanto non sembra nemmeno necessario modificare i loro attuali mezzi materiali e personali, né valorizzarli nel modo indicato nella seconda conclusione. Al contrario, sarebbe sufficiente un fermo impegno a favore del cambiamento culturale a cui si è fatto riferimento in tutta questa opera e che, tra l'altro, è necessario per non confondere le legittime esigenze di un'azione rigorosa da parte delle amministrazioni aggiudicatrici con indebite difficoltà di gestione.

Tuttavia, se la spiegazione data dal Real Decreto Ley fosse vera, la valutazione sarebbe ancora più pessimistica, poiché dimostrerebbe che il legislatore —in realtà anche il Governo, che è quello che inizialmente promuove e approva la normativa— non ha realmente una volontà determinata di scommettere sulla trasformazione digitale degli appalti pubblici sfruttando il potenziale innovativo che la tecnologia permette. In questa situazione, i contributi che abbiamo cercato di dare in questo studio potrebbero non essere presi in considerazione da coloro che avrebbero la responsabilità istituzionale di promuovere gli appalti pubblici.

Per questo motivo, in primo luogo, dobbiamo valorizzare e proteggere ciò che è stato realizzato finora, che non c'è stato un successo scarso nell'attuazione dei mezzi elettronici come punto di partenza per raggiungere ed assicurare una contrattazione pubblica più efficiente, pianificata, trasparente e integra.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBANO, G. L.; y ANTELLINI RUSSO, F., *Public Procurement e politica economica*, V, Quaderni Consip, 2009.
- ALBANO, G. L.; CARPITETI, L.; DINI, F.; GIAMBONI, L.; RUSSO, F.; y SPAGNOLO, G., *Riflessioni sull'impatto economico degli istituti innovativi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, IV, Quaderni Consip, 2007.
- ALMONACID LAMELAS, V., «La contratación electrónica», en ALMONACID LAMELAS, V. (coord.) *Contratación Pública Local. Conceptos esenciales y aspectos prácticos. Adaptado a la Ley 2/2011 de Economía sostenible*, Madrid, Wolters Kluwer, 2011.
- AMUTIO GÓMEZ, M.Á., *La construcción de los servicios pan-europeos de Administración electrónica: de IDA a IDABC*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2005.
- ARROWSMITH, S., *The law of Public and Utilities Procurement*, Londres, Sweet and Maxwell, 2015.
- ARROWSMITH, S.; y KUNZLIK, P., «Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles», en ARROWSMITH, S. y KUNZLIK, P. (coords.) *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 9-54.
- ASIMOV, I., *Trilogía de la Fundación. Fundación. Fundación e Imperio. Segunda Fundación*, 9ª, Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial S.A.U., 2015.
- DE ASÍS ROIG, A., «Documento electrónico en la administración pública», *Cuadernos de derecho judicial*, vol. 11, 1996, pp. 137-190.
- Autoridad Vasca de la Competencia, Resolución de 11 de noviembre de 2015. Expediente 7/2013.
- AYMERICH CANO, C., «Corrupción y contratación pública: Análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, vol. 45-46, 2015.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J., «Una reflexión introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración pública de la sociedad de la información y del conocimiento», *Revista Andaluza de Administración Pública*, vol. 40, 2000.
- BARONE, A., «Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale», *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 1, n.º 1, 2020, pp. 63-67.
- BARONE, A., «Programmazione e progettazione nel codice dei contratti pubblici», *federalismi.it*, vol. 1, 2018, pp. 1-9.

- BARRUIO RUIZ, C., *Administración electrónica*, Madrid, Dykinson, 2007.
- BERMEJO VERA, J., «Las prohibiciones de contratar en la ley de contratos del sector público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, vol. 10, 2008, pp. 109-140.
- BERNADÍ GIL, X., «La cooperación interadministrativa y la interoperabilidad», en *Informe sobre la administración local*, Barcelona, Fundación Carles Pi i Sunyer, 2009.
- BERNAL BLAY, M. Á., «Licitación electrónica y tecnología de registro distribuido», en GIMENO FELIÚ, J.M. y DE GUERRERO MANSO, C. (coords.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2018*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, pp. 229-252.
- BERNAL BLAY, M. Á., «Medios electrónicos -voz-», en BERMEJO VERA, J. y BERNAL BLAY, M.Á. (coords.) *Diccionario de contratación pública*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 393-400.
- BLANCO GONZÁLEZ, F., «Subastas electrónicas y Sistemas dinámicos de contratación», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015, pp. 58-67.
- BLASCO DÍAZ, J. L., «Los derechos de los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración», *Revista española de Derecho Administrativo*, vol. 136, 2007, pp. 1-20.
- BODEN, M. A., *Artificial Intelligence: A very short introduction*, Oxford University Press, 2018.
- BOIX PALOP, A., «Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, 2020, pp. 223-270.
- BOVIS, C., *EC Procurement Law: case Law and regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- BOYLE, R., «EU procurement green paper on the modernisation of EU public procurement policy: a personal response», *Public Procurement Law Review*, vol. 20, n.º 5, 2011, pp. NA171-NA184.
- BRAVO, F., «Access to Source Code of Proprietary Software Used by Public Administrations for Automated Decision-making . What Proportional Balancing of Interests?», *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 1, n.º 1, 2020, pp. 157-165.
- BROGGI, D., *Consip: Il significato di un'esperienza. Teoria e pratica tra e-procurement ed e-government*, Milano, FrancoAngeli, 2008.
- BUENO BUENO, A. I., «Los acuerdos marco», en PINTOS SANTIAGO, J. (coord.) *Planificación y racionalización de la compra pública*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp. 211-246.
- BUTLER, L., «Innovation in Public Procurement: Towards the “Innovation Union”», en LICHÈRE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, Djof Publishing, 2014, pp. 337-383.

- CABALLERÍA RIVERA, M. T., «La cooperación interadministrativa en la LBRL», *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, vol. 257, 1993.
- CAMANZI, A., «Introduzione», en *Contratti pubblici*, Roma, AREL, 2013.
- CAMARA VILLAR, G., «Educación y Enseñanza», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.) *Reformas Estatutarias y Distribución de Competencias*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2007, pp. 513-524.
- CAMINITI, D., «Art. 21. Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici», en GAROFOLI, R. y FERRARI, G. (coords.) *Codice dei contratti pubblici. Tomo II*, Molsetta, Neldiritto editore, 2017, pp. 351-376.
- CANALS AMETLLER, D., «El proceso normativo ante el avance tecnológico y la transformación digital (inteligencia artificial, redes sociales y datos masivos)», *Revista General de Derecho Administrativo*, vol. 50, 2019, pp. 1-26.
- CAÑO GÓMEZ, M., «La transición a la contratación pública electrónica», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015, pp. 33-40.
- CANTERO MARTÍNEZ, J., «La profesionalización de la contratación pública como herramienta de innovación», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 197-246.
- CARINGELLA, F.; y GIUSTINIANI, M., *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, Dike. Giuridica Editrice, 2015.
- CARINGELLA, F.; y PROTTO, M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017, n. 56*, Roma, Dike. Giuridica Editrice, 2017.
- CARULLO, A.; y IUDICA, G., *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, CEDAM, 2012.
- CASARRUBIOS BLANCO, E.; y CRIADO GRANDE, J. I., «La e-Administración y cooperación entre niveles de gobierno en España. Las relaciones interadministrativas y la interoperabilidad dentro del Estado autonómico (y la Unión Europea)», en *VII Congreso español de ciencia política y de la Administración*, Madrid, AECPA, 2005.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Automatización e inteligencia artificial», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 389-415.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Contratación electrónica y transparencia: fundamentos necesarios de la contratación abierta», *Cuadernos de Derecho Local*, vol. 48, 2018, pp. 121-149.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Cooperación entre Administraciones Públicas para el impulso de la Administración Electrónica», en VALERO TORRIJOS, J. y GAMERO CASADO, E. (coords.) *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, pp. 757-810.

- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo. ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?», *Revista General de Derecho Administrativo*, vol. 50, 2019.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «El papel de los medios electrónicos en la lucha contra la corrupción», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, vol. 104, 2016, pp. 199-235.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «La contratación abierta en la futura ley de contratos del sector público», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 150, 2017, pp. 6-20.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Las compras abiertas y la prevención de la corrupción», *Gestión y análisis de políticas públicas*, vol. 15, 2016, pp. 7-22.
- CHOI, J. Y.; y KIM, H., «Electronic Government Procurement Reform», *Public Procurement Law Review*, vol. 3, 2013, pp. 116-134.
- CLARICH, M., «Contratti Pubblici e concorrenza», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, pp. 263-303.
- COLÁS TENAS, J., «Las centrales de contratación provinciales», en *Jornada sobre Centrales de Contratación en las Diputaciones Provinciales*, Alicante, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2015.
- COMBA, M. E., «Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and major role of the approximation of laws», en LICHÈRE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, Djof Publishing, 2014, pp. 29-48.
- CORRADO, A., «La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale», *Federalismi.it: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, vol. 1, 2018.
- CORTESE, F., «L'ambito soggettivo di applicazione», en MASTRAGOSTINO, F. (coord.) *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2017, pp. 61-88.
- COSTANTINO, F., «Public Officials and the Design of Algorithms. Lessons from the Italian Experience», *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 1, n.º 1, 2020, pp. 143-155.
- COSTANTINO, F., «Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data», *Diritto Pubblico*, vol. 2019, n.º 1, 2019, pp. 43-70.
- COSTANZO, P., «Internet (Diritto Pubblico) -voce-», en *Digesto discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino, Utet giuridica, 2000, pp. 347-371.
- COTINO HUESO, L., «Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial robótica y big data confiables y su utilidad desde el Derecho», *Revista catalana de dret públic*, vol. 58, 2019, pp. 30-48.

- CRESTA, S., «Procedure elettroniche e strumenti di acquisto telematici nel nuovo codice dei contratti pubblici», *Urbanistica e appalti*, vol. 8-9, 2016, pp. 981-992.
- D'ELIA CIAMPI, I., «L'informatica e le banche dati», en CASSESE, S. (coord.) *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale. Vol. III*, Milano, Giuffrè Editore, 2003.
- DANESI, A., «L'attività di programmazione dei contratti pubblici e la determina a contrarre», en GALLI, D., GENTILE, D. y GUALANDI, V.P. (coords.) *Appalti pubblici*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer, 2015, pp. 214-225.
- DÍAZ MORÁN, Y., «Cómo planificar los contratos públicos: especial referencia a las pequeñas y medianas entidades locales», en PINTOS SANTIAGO, J. (coord.) *Planificación y racionalización de la compra pública*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp. 167-194.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Madrid, Civitas, 1992.
- DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., «La contratación pública electrónica como instrumento para la transparencia: ¿Estamos a setas o estamos a Rolex?», en FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (coords.) *Transparencia, Innovación y Buen Gobierno en la Contratación Pública*, Valencia, Tiranto lo Blanch, 2019, pp. 195-232.
- DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., «La insistencia de la UE en la contratación pública electrónica -y sus correspondientes decepciones-», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015.
- DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., «Los Sistemas Dinámicos de Adquisición: Unos cambios de calado», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (coords.) *Tratado de contratos del Sector Público. Tomo II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 2077-2102.
- DRAGOS, D. C.; y NEAMTU, B., «Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects», en LICHÈRE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, Djof Publishing, 2014, pp. 301-335.
- DUGATO, M., «Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici», *Munvs*, vol. 3, 2015, pp. 666-684.
- DUGATO, M., «Terremoto, ricostruzione e regole degli appalti», *Munvs*, vol. 3, 2017, pp. 485-496.
- Economic Commission for Africa of the Economic and Social Council, *The Brussels Nomenclature for the Classification of Goods in Customs Tariffs: Its origins, characteristic features and field of application*, Addis Ababa, 1966.
- EPRIOR, *Facilitating interoperable electronic procurement across Europe. Technical Overview*.
- ESCRIHUELA MORALES, F. J., «La contratación del sector público y la corrupción», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 135, 2015, pp. 16-21.
- FANTINI, S.; y SIMONETTI, H., *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè

- Editore, 2017.
- FAZEKAS, M.; TÓTH, I. J.; y KING, L. P., «Corruption Manual for Beginners: “Corruption Techniques” in Public Procurement with Examples from Hungary», *SSRN Electronic Journal*, n.º January, 2013, pp. 1-73.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.; y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del Sector», en *La contratación pública a debate: Presente y futuro*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2014.
- FIorentino, L., «Il modello Consip: profili evolutivi», en BROGGI, D. (coord.) *Consip: il significato di un’esperienza. Teoria ed pratica tra e-Procurement ed e-Government*, FrancoAngeli, 2008, pp. 55-66.
- FLECHA MARCO, E., «Artículo 136. Plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las proposiciones», en RECUERDA GIRELA, M.Á. (coord.) *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2018, pp. 877-887.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J., «Estado de Derecho o imperium de la deslealtad institucional: breves consideraciones sobre la imposición por el Estado central a las Comunidades Autónomas de su adhesión a sistemas y plataformas electrónicas estatales», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP, 2017, pp. 527-546.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La e-Administración y la contratación pública, en especial la subasta electrónica*, Granada, CEMCI, 2013.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J., «La subasta electrónica», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (coords.) *Tratado de contratos del Sector Público. Tomo II*, Valencia, Tiranto lo Blanch, 2018, pp. 2020-2076.
- FROSINI, V., «Informática y Administración Pública», *Revista de Administración Pública*, vol. 105, 1984.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «Aspectos conexos relativos a la contratación pública», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 319-388.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «Breves notas sobre el uso de medios electrónicos en la contratación pública», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Madrid, INAP, 2017, pp. 323-342.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», *Revista española de Derecho Administrativo*, vol. 184, 2017, pp. 193-219.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública y catálogos electrónicos: una oportunidad para la innovación», en FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (coords.) *Transparencia, Innovación y Buen Gobierno en la Contratación Pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 135-164.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «Demanda agregada en el ámbito local», en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (coord.) *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación*

- del sector público: un análisis jurídico y económico*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 285-320.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «La introducción de rectificaciones, aclaraciones y modificaciones en los pliegos de contratación», *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 146, 2016.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «Las consultas preliminares del mercado: Algunas reflexiones», en GIMENO FELIÚ, J.M. y DE GUERRERO MANSO, C. (coords.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2017*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 131-180.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «Las subastas electrónicas en la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales», *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 144, 2016.
- GALLONE, G., «Public Administration and the Challenge of Contractual Automation. Notes on Smart Contracts», *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 1, n.º 1, 2020, pp. 179-195.
- GALTIERI, C., «Controlli tradizionali e disciplina dei contratti pubblici», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, pp. 385-404.
- GAMERO CASADO, E., «Administración electrónica e interoperabilidad», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Madrid, INAP, 2017, pp. 499-517.
- GAMERO CASADO, E., «El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP», *Cuadernos de Derecho Local*, vol. 48, 2018, pp. 150-177.
- GAMERO CASADO, E., «Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor», *Revista de administración pública*, vol. 179, 2009, pp. 291-332.
- GAMERO CASADO, E., «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica; su posición en el sistema de fuentes», en *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008.
- GAMERO CASADO, E., «Reparto competencia y posibilidades competenciales», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 61-104.
- GAMERO CASADO, E.; y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 14ª, Madrid, Tecnos, 2018.
- GAMERO CASADO, E.; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El Derecho Administrativo ante la “Era de la Información”», en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.) *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los servicios Públicos*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 35-88.
- GARCÍA ATIENZA, A., «E-Procurement: Una ventana a la transparencia», en *La*

Regeneración del sistema: Reflexiones en torno a la calidad democrática, el buen gobierno y la lucha contra la corrupción, Valencia, AVAPOL, 2015.

GARCÍA JIMÉNEZ, A., «El perfil del comprador europeo: una forma de innovar en contratación pública», *Revista de administración pública*, vol. 192, 2013, pp. 381-400.

GARCÍA JIMÉNEZ, A., *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*, Madrid, Tecnos, 2018.

GATTI, M., *E-Procurement. Il D.P.R. 101/2002 e gli acquisti in rete della P.A.*, Napoli, Esselibri - Simone, 2002.

GIANNINI, M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977.

GIMENO FELIÚ, J. M., «Administración electrónica, transparencia y contratación pública: algunas propuestas de reforma», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 299-317.

GIMENO FELIÚ, J. M., «Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos», *Observatorio de la Contratación pública*, 2014.

GIMENO FELIÚ, J. M., «El informe CORA y la contratación pública: una visión crítica», *Observatorio de la Contratación pública*, 2013.

GIMENO FELIÚ, J. M., «El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: Principales novedades. La orientación estratégica de la contratación pública.», en RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S. (coord.) *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 17-127.

GIMENO FELIÚ, J. M., *La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.

GIMENO FELIÚ, J. M., «La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia», *Observatorio de la Contratación pública*, 2014.

GIMENO FELIÚ, J. M., «Retos pendientes en la Unión Europea en la materia de contratos públicos. La necesidad del think tank», *Observatorio de la Contratación pública*, 2015.

GIMENO FELIÚ, J. M., «Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos», en GIMENO FELIÚ, J.M. y BERNAL BLAY, M.Á. (coords.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 27-80.

GIMENO FELIÚ, J. M., «Unidad de mercado y Contratación Pública: redefiniendo los perfiles del contratante», *Observatorio de la Contratación pública*, 2013.

GÓMEZ MANRESA, M. F., «La contratación electrónica: Una apuesta del Derecho europeo por la sostenibilidad de la Administración Pública», *Revista Internacional de Derecho Ambiental*, vol. III-8, 2014.

GONZÁLEZ RUFO, M. Á., «La Plataforma de Contratación del Sector Público: El presente de la contratación pública electrónica.», en *El futuro de la contratación pública electrónica a la luz de las directivas europeas*, Murcia, Escuela de formación e

- innovación de la Administración Pública, 2016.
- GUERRA, M. P., «Dalla spending review a un “sistema” del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti tra centralizzazione e policentrismo», *Astrid Rassegna*, vol. 20, 2016, pp. 1-27.
- DE GUERRERO MANSO, C., «Las consultas preliminares de mercado: una herramienta para mejorar la eficacia en la contratación pública», en GIMENO FELIÚ, J.M. y AMOEDO SOUTO, C.A. (coords.) *Estudio Sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 1047-1072.
- GUICHOT, E., «El sentido, el contexto y la tramitación de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno», en *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid, Tecnos, 2014, pp. 17-34.
- HAIM FARIDIAN, P., «Innovation in Public Management: Is Public E-procurement a wave of the Future? A theoretical and Exploratory Analysis», *International Journal of Public Administration*, vol. 38, 2017, pp. 654-662.
- HUERGO LORA, A., «Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo», en HUERGO LORA, A. (coord.) *La regulación de los algoritmos*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2020, pp. 23-87.
- IRTI, N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonómico», *Revista española de derecho constitucional*, vol. 27, 1989, pp. 39-92.
- JIMÉNEZ, J. M., «El nuevo escenario de la contratación pública electrónica», *Libro Blanco. Licitación Pública Electrónica. Federación de Municipios de Madrid*, 2014, pp. 7-12.
- JOSÉ HIERRO, M., «Inscripción obligatoria en el Registro de Licitadores: “vuelva usted mañana”», *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, 2018, fecha de consulta en <https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDA0NzQ3MrBUK0stKs7Mz7M1MjCOMLA0MgMJZKZVuuQnh1QWpNqmJeYUpwIASSST4jUAAAA=WKE>.
- DE JUAN CASERO, L. J., «La utilización de los medios electrónicos en el procedimiento de contratación. El expediente electrónico de contratación», en CAMPOS ACUÑA, C. (coord.) *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*, Madrid, El consultor de los Ayuntamientos. Wolters Kluwer, 2018, p. ebook.
- DE JUAN CASERO, L. J., «Perfil del contratante y Plataforma de contratación del sector público», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015.
- KLITGAARD, R., *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema del fin de siglo*, Buenos Aires, Ed. Sudamérica, 1994.
- DI LASCIO, F., «La centralizzazione degli appalti, la spending review e l'autonomia organizzativa locale», *Giornale di Diritto Amministrativo*, vol. 2, 2014, pp. 205-219.

- DI LASCIO, F., «Le centrali di committenza», en GALLO, S. (coord.) *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2014, pp. 95-118.
- LENOCI, M. C.; LESTO, M.; y MALINCONICO, C., «Le procedure, tra tradizione ed innovazione», en CORRADINO, M., GALLI, D., GENTILE, D., LENOCI, M.C. y MALINCONICO, C. (coords.) *I Contratti Pubblici*, Vicenza, Wolters Kluwer, 2017.
- LUPO, A., «I sistemi dinamici di acquisizione», en SAITTA, F. (coord.) *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer; CEDAM, 2016, p. capitolo XXVIII.
- MARCHETTI TRICAMO, P., «Il sistema Consip e l'approvvigionamento di beni e servizi da parte della P.A. attraverso l'utilizzo di sistemi elettronici e telematici», en GALLI, D., GENTILE, D. y GUALANDI, V.P. (coords.) *Appalti pubblici*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer, 2015, pp. 1242-1283.
- MARONGIU, D., «Acquisti aggregati automazione, trasparenza e ruolo del software. L'esperienza italiana», en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (coord.) *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 439-468.
- MARONGIU, D., «Inteligencia artificial y Administración Pública», en GARCÍA NOVOA, C., SANTIAGO IGLEIAS, D., TORRES CARLOS, M.R., GARRIDO JUNCAL, A. y MIRANDA BOTO, J.M. (coords.) *4ª Revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 385-411.
- MARONGIU, D., «L'intelligenza artificiale "istituzionale": limiti (attuali) e potenzialità», *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 1, n.º 1, 2020, pp. 37-53.
- MARTELLI, R., «Figure innovative del codice dei contratti pubblici: l'accordo quadro», en CROCCO, D. y MANDRACCHIA, L.E. (coords.) *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Rimini, DEI, 2007.
- MARTÍN DELGADO, I., «Convegno Intelligenza artificiale e funzioni amministrative. Sindacato e tutela rispetto alle decisioni automatizzate», en *Il controllo dell'attività amministrativa automatizzata nell'ordinamento giurido spagnolo*, Google Meet, Università LUM Jean Monet, 2020.
- MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 19-54.
- MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (coords.) *Tratado de contratos del Sector Público. Tomo II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1951-2019.
- MARTÍN DELGADO, I., «La práctica de notificaciones electrónicas en la contratación pública. Premisa de transparencia, libre competencia y simplificación administrativa», *Cuadernos de Derecho Local*, vol. 48, 2018, pp. 178-220.
- MARTÍN DELGADO, I., «Presentación», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA,

- J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 13-16.
- MARTÍN MATEO, R., «El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total», *Revista de administración pública*, vol. 134, n.º mayo-agosto, 1994.
- MARTÍNEZ DÍEZ, R., «El proceso de informatización de la Administración Pública española», *Documentación Administrativa*, vol. 200, 1984, pp. 133-162.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «“Transparencia” vs “Transparencia” en la contratación pública», *Diario la Ley*, vol. 8607, 2015.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2009.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «Cooperación y coordinación entre administraciones públicas para el impulso de la administración electrónica. La interoperabilidad», en *Administración electrónica y ciudadanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El régimen jurídico de la Administración digital: aspectos procedimentales», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 143-224.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Madrid, INAP, 2017, pp. 285-322.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica: análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (coords.) *Tratado de contratos del Sector Público. Tomo II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1910-1950.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «Sistemas de contratación pública electrónica con aplicación en la compra pública conjunta y agregada», en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (coord.) *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 407-438.
- MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.; GONZÁLEZ RIVAS, J. J.; HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J.; y GIL IBÁÑEZ, J. L., *Constitución Española (Comentada)*, Madrid, Colex, 1993.
- MASUCCI, A., «Digitalization of public administration and electronic public services», *Diritto Pubblico*, vol. 2019, n.º 1, 2019, pp. 117-151.
- MATTARELLA, B. G., «Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione*,

- rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, pp. 337-353.
- MATTARELLA, B. G., «La centralizzazione delle committenze», *Giornale di Diritto Amministrativo*, vol. 5, 2016, pp. 613-620.
- MEDINA ARNÁIZ, T., «Avanzando en la reducción de las cargas administrativas vinculadas a la selección del contratista», en FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 101-133.
- MEDINA ARNÁIZ, T., «Conclusiones del I Seminario de expertos Innovap-CLM», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 319-326.
- MEDINA ARNÁIZ, T., «El Documento Europeo Único de Contratación: Un paso más para reducir la carga burocrática en la contratación pública», en GIMENO FELIÚ, J.M. (coord.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2016, pp. 247-272.
- MEDINA ARNÁIZ, T., «Hacia una contratación pública electrónica: El uso del Documento Europeo Único de Contratación», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Madrid, INAP, 2017, pp. 363-376.
- MELE, E., *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, Milano, Giuffrè Editore, 2011.
- MESTRE DELGADO, J. F., «Nuevas tecnologías y Administración Pública», *Documentación Administrativa*, vol. 265-266, n.º enero-agosto, 2003.
- MIRANZO DÍAZ, J., «Inteligencia artificial y contratación pública», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 105-142.
- MONZÓN MAYO, M. J., «Los acuerdos marco», en *Contratación Pública Local. Conceptos esenciales y aspectos prácticos. Adaptado a la Ley 2/2011 de Economía sostenible*, Madrid, Wolters Kluwer, 2011.
- MORCILLO MORENO, J., «Brecha digital y contratación pública», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 247-274.
- MORENO MOLINA, J. A., «Administración electrónica y contratación pública», en PIÑAR MAÑAS, J.L. (coord.) *Administración Electrónica y Ciudadanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011, pp. 743-772.
- MORENO MOLINA, J. A., *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Oxford, Chartridge Books Oxford, 2015.
- MORENO MOLINA, J. A., «La innovación en la contratación pública desde la Unión Europea», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 55-80.
- MORENO MOLINA, J. A., «Principios generales de la planificación y racionalización de la compra pública», en PINTOS SANTIAGO, J. (coord.) *Planificación y racionalización de la compra pública*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi,

- 2020, pp. 77-96.
- MORENO MOLINA, J. A.; y DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P., «El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública», en *La contratación pública a debate: Presente y futuro*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2014.
- MORENO MOLINA, J. A.; y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva ley de contratos del sector público*, Madrid, La Ley, 2007.
- MORENO MOLINA, J. A.; PUERTA SEGUIDO, F.; PUNZÓN MORALEDA, J.; y RAMOS PÉREZ OLIVARES, A., *El consultor de los Ayuntamientos. Claves para la aplicación de la directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, 1º, Madrid, Wolters Kluwer, 2016.
- MOREU CARBONELL, E., «Vocabulario común de contratos públicos -voz-», en BERMEJO VERA, J. y BERNAL BLAY, M.Á. (coords.) *Diccionario de contratación pública*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 708-711.
- MORO CORDERO, M. A., «La interoperabilidad como necesidad», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Madrid, INAP, 2017, pp. 519-527.
- NEGROPONTE, N., *Essere digitali*, Milano, Sperling & Kupfer, 1995.
- DE NICTOLIS, R., «Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà», en *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè Editore, 2017, pp. 65-107.
- NIETO GARCÍA, A., «Reforma administrativa y modernización de la Administración Pública», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, vol. 23, n.º enero-abril, 1989.
- OBWEGESER, N.; y MÜLLER, S. D., «Innovation and public procurement: Terminology, concepts and applications», *Technovation*, vol. 74-75, 2018, pp. 1-17.
- OROFINO, A. G., *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, Bari, Caccuci Editore, 2020.
- OROFINO, A. G., «The Implementation of the Transparency Principle in the Development of Electronic Administration», *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 1, n.º 1, 2020, pp. 123-142.
- OSWALD, M., «Algorithm-assisted decision-making in the public sector: framing the issues using administrative law rules governing discretionary power», *Philosophical Transactions of the Royal Society*, vol. 379, 2018, pp. 1-27.
- PALOMAR OLMEDA, A., «El procedimiento común al servicio de la contratación», en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.) *Contratación Administrativa Electrónica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 93-134.
- PALOMAR OLMEDA, A., «La contratación administrativa utilizando medios electrónicos y telemáticos», *Documentación Administrativa*, vol. 274-275, 2006, pp. 129-198.
- PALOMAR OLMEDA, A., «Marco general de la utilización de medios tecnológicos en la contratación administrativa», en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.) *Contratación Administrativa Electrónica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 135-220.
- PAPPANO, D., «Las compras centralizadas de la Administración Pública, entre

- exigencias de racionalización del gasto y medidas anticrisis», en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (coord.) *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia, Francia*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 397-438.
- PASCUZZI, G., *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, Il Mulino, 2016.
- PEÑA ALONSO, J., «La Central de Contratación de la Diputación de Burgos. Experiencia práctica en la gestión de acuerdos marco y la licitación electrónica de contratos menores», en FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (coords.) *Transparencia, Innovación y Buen Gobierno en la Contratación Pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 165-193.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Manual de Informática y Derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1996.
- PILI, G., «Gli accordi quadro nel diritto interno ai tempi della spending review», *Appalti & Contratti*, vol. 8-9, 2012, pp. 56-71.
- PIN ARBOLEDAS, J. R., «La gestión del cambio. Aspecto crucial que determina el éxito», *Libro Blanco. Licitación Pública Electrónica. Federación de Municipios de Madrid*, 2014, pp. 27-32.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., «Revolución tecnológica, Derecho Administrativo y Administración Pública», en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo hoy*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., «Revolución tecnológica, nueva administración y derechos fundamentales», *DIXI*, vol. 13, 2011.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., «Revolución tecnológica y nueva administración», en *Administración Electrónica y Ciudadanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2011.
- PRÉBISSY-SCHNALL, C., «La dématérialisation des marchés publics: un outil efficace de lutte contre la corruption», *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 1, n.º 1, 2020, pp. 205-208.
- PUERTA SEGUIDO, F., «Instrumentos para la contratación electrónica en la Ley 9/2017: la subasta electrónica», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 81-104.
- PUNZÓN MORALEDA, J., «Reducción de plazos de publicidad y presentación de ofertas», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 143, 2016.
- PUNZÓN MORALEDA, J.; y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, F., «El uso de las nuevas tecnologías en la Administración Pública: la contratación pública electrónica prevista en la Directiva 2004/18/CE», *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red -REDETI-*, vol. 24, 2005.
- PUNZÓN MORALEDA, J.; y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público*, Móstoles, La Ley, 2009.
- RACCA, G. M., «Joint procurement challenges in the future implementation of the new directives», en LICHÈRE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, Djof Publishing, 2014, pp.

- 225-254.
- RACCA, G. M., «Professional buying organisations, sustainability and competition in public procurement performance», en *4th International Public Procurement Conference*, Corea, 2010.
- RACCA, G. M.; y PONZIO, S., «Nuovi modelli organizzativi per il “joint procurement” e l’innovazione dei contratti pubblici in Europa», en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (coord.) *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 373-406.
- RAMIÓ, C., *Inteligencia artificial y Administración pública. Robots y humanos compartiendo el servicio público*, Madrid, Catarata, 2018.
- RAMIÓ MATAS, C., *Inteligencia Artificial y administración Pública. Robots y humanos compartiendo el servicio público*, Madrid, Catarata, 2018.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., «Los principios generales de la contratación pública», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (coords.) *Tratado de contratos del Sector Público. Tomo I*, Cizur Menor, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 181-238.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M., «Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: Aspectos clave y propuestas para su transformación en España», *Revista de administración pública*, vol. 196, 2015.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «Rango normativo y legislación básica (A propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al principio de preferencia de ley)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. 4, 1998, pp. 447-466.
- ROMAR VILLAR, J. C., «Efectos respecto a los contratos de valor estimado inferior a los umbrales comunitarios», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 143, 2016.
- RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A., «La nomenclatura CPV», *Observatorio de la Contratación pública*, 2013.
- RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A., «La nomenclatura CPV en la contratación», en BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Á. (coord.) *Administración local: estudios en homenaje a Ángel Ballesteros*, Madrid, Wolters Kluwer, 2011, pp. 197-204.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Data-driven and digital procurement governance: Revisiting two well-known elephant tales», *Communications Law. Journal of Computer, Media and Telecommunications Law*, 2019, pp. 1-18.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Exclusion, qualitative selection and short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24», en LICHÈRE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, Djof Publishing, 2014, pp. 97-128.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A.; y HERRERA ANCHUSTEGUI, I., «Impact of public procurement aggregation on competition. Risks, rationale and justification for the rules in directive 2014/24», en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (coord.) *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 129-163.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., «La coordinación administrativa como concepto jurídico», *Revista de documentación administrativa*, vol. 230-231, 1992.

- SANMARTÍN MORA, M. A., «Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», en GIMENO FELIÚ, J.M. y BERNAL BLAY, M.Á. (coords.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 81-122.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General. Tomo II*, Madrid, Iustel, 2018.
- SCIANCELEPORE, V. D., «Pianificazione, programmazione e progettazione», en CORRADINO, M. y DAMIANI, S.S. (coords.) *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Varese, Giuffrè Editore, 2017, pp. 43-68.
- SCOCA, S. S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè Editore, 2008.
- SILCOCK, R., «What is e-Government», *Parliamentary Affairs*, vol. 54, n.º 1, 2001.
- SMUDA, F., «Cartel overcharges and the deterrent effect of EU competition law», *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 10, n.º 1, 2014, pp. 63-86.
- SOSA WAGNER, F.; y FUERTES LÓPEZ, M., «El principio de lealtad institucional», en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 901-921.
- SPIAZZI, D., «Appalto pubblico (Diritto Comunitario) -voce-», en *Novissimo Digesto italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1980, pp. 338-345.
- SUBIRANA DE LA CRUZ, S., «Instituciones específicas», en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.) *Contratación Administrativa Electrónica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 221-295.
- TASSONE, A. R., «Il codice dei contratti pubblici e le autonomie», en SAITTA, F. (coord.) *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer; CEDAM, 2016, p. capitolo IV.
- TEJEDOR BIELSA, J., *La contratación pública en España ¿sobre-regulación o estrategia?*, Madrid, Civitas, 2018.
- TESSARO, T.; y PIOVESAN, S., *La riforma Madia del procedimento amministrativo. La legge 241/90 dopo la legge 124/2015*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2015.
- TORCHIA, L., «La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, pp. 131-186.
- TREUMER, S., «Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive», en LICHÈRE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, Djof Publishing, 2014, pp. 9-27.
- TREUMER, S., «Technical dialogue and the principle of equal treatment. Dealing with conflicts of interest of Fabricom», *Public Procurement Law Review*, vol. 8, n.º 2, 2007, pp. 99-115.
- VAIDDYA, K.; y CAMPBELL, J., «Multidisciplinary approach to defining public e-

- procurement and evaluating its impact on procurement efficiency», *Information Systems Frontiers*, vol. 18, 2016, pp. 333-348.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «¿Estar inscrito en el ROLECSP para participar en un procedimiento abierto supersimplificado?», *Observatorio de Contratación Pública*, 2018, fecha de consulta en <http://www.obcp.es/opiniones/estar-inscrito-en-el-rolecsp-para-participar-en-un-procedimiento-abierto>.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del “big data”», en GIMENO FELIÚ, J.M. y DE GUERRERO MANSO, C. (coords.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2018*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, pp. 93-130.
- VALERO TORRIJOS, J., «Acceso a los servicios y a la información por medios electrónicos», en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.) *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2010.
- VALERO TORRIJOS, J., «De la digitalización a la innovación tecnológica: valoración jurídica del proceso de modernización de las administraciones públicas españolas en la última década (2004-2014)», *Revista de Internet, Derecho y Política*, vol. 19, 2014, pp. 117-129.
- VALERO TORRIJOS, J., *Derecho, Innovación y Administración Electrónica*, vol. 1, Sevilla, Global Law Press, 2013.
- VALERO TORRIJOS, J., «El acceso y la reutilización de la información del Sector Público desde la perspectiva de la reforma de la Administración electrónica», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Madrid, INAP, 2017, pp. 433-458.
- VALERO TORRIJOS, J., «Inteligencia Artificial y contratación del sector público», *Observatorio de la Contratación Pública*, vol. febrero, 2020.
- VALERO TORRIJOS, J., «La exigencia legal de formatos abiertos y reutilizables en la gestión de la contratación pública», en FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (coords.) *Transparencia, Innovación y Buen Gobierno en la Contratación Pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 49-74.
- VALERO TORRIJOS, J., «La transposición en España de la normativa europea sobre contratación pública electrónica: Una oportunidad para la innovación tecnológica», en ALMEIDA CERREDA, M. y MARTÍN DELGADO, I. (coords.) *I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo: La nueva contratación pública*, Toledo, Universidad de Santiago de Compostela, 2014.
- VALERO TORRIJOS, J., «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración», *Revista catalana de dret públic*, vol. 58, 2019, pp. 82-96.
- VALERO TORRIJOS, J., «Protección de datos de carácter personal, datos abiertos y reutilización de la información del sector público», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*,

Madrid, Iustel, 2020, pp. 417-447.

- VALERO TORRIJOS, J., «Responsabilidad de la Administración Pública por información publicada en Internet (Comentario a la STSJ de Canarias de 25 de enero de 2007)», *Aranzadi social*, vol. 17, 2008.
- VALERO TORRIJOS, J., «Transparencia, acceso y reutilización de la información del sector público», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *Transparencia y acceso a la Información Pública: de la teoría a la práctica*, Madrid, Iustel, 2019, pp. 225-250.
- VANDELI, L., «Les riformes territoriales en France et en Italie: parallélismes et divergences», 2014, Paris, Audition au Senat sur le projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République.
- VANDELLI, L., *Papeles y Papeleo. Burocracia y literatura*, Madrid, Iustel, 2015.
- VARONE, V., «Il novo Codice dei contratti pubblici. La qualificazione delle stazioni appaltanti», en *Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, Varese, Giuffrè Editore, 2016, pp. 9-22.
- VÁZQUEZ GARRANZO, J.; y FUERTES LÓPEZ, F. J., «La utilización de técnicas electrónicas y telemáticas por las Administraciones Públicas en materia de contratación pública: introducción histórica», en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.) *Contratación Administrativa Electrónica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 23-92.
- VÁZQUEZ LACUNZA, E., «Obligaciones de información del poder adjudicador a los licitadores», *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 158, 2018.
- VIANA, C., «Contratación pública electrónica: la experiencia portuguesa», en GIMENO FELIÚ, J.M. (coord.) *Observatorio de los Contratos Públicos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2014, pp. 279-294.
- VILLAR PALASÍ, J. L.; y DE LA TORRE MARTÍNEZ, E., «Tema XXV. Los contratos administrativos: naturaleza y especialidades», en *Derecho Administrativo*, Barcelona, UNED, 1973.
- VIZZARI, G., «L'accordo quadro», en SAITTA, F. (coord.) *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, CEDAM, 2008, p. capitolo XIX.
- ZALNIERIUTE, M.; MOSES, L. B.; y WILLIAMS, G., «The rule of law and automation of government decision-making», *Modern Law Review*, vol. 82, n.º 3, 2019, pp. 425-455.
- ZLOTNIK, A., «Inteligencia artificial en las administraciones públicas: definiciones, evaluación de viabilidad de proyectos y áreas de aplicación», *Boletic*, vol. 84, 2019, pp. 24-32.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

- Abby Semple Public Procurement Analysis. Procurement of Innovation Platform, Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación.
- ANAC, Determinazione n. 5/2013, 6 novembre: Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture.
- Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Servizi e forniture: programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto, 2013.
- AVCP, Determinazione n. 5 del 6 novembre 2013. Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture.
- Banco Mundial, Electronic Government Procurement (e-GP), 2013.
- Centro de Publicaciones del Ministerio de Economía y Hacienda, Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, Madrid, 2004.
- Comisión Europea, Anexo I a la decisión de implementación de la Comisión Europea de la cuarta revisión del plan de trabajo por el que se implementa el programa de soluciones de interoperabilidad y marco común para las Administraciones europeas, empresas y ciudadanos, vol. C(2020) 11.
- Comisión Europea, COM(1996) 583 final. Libro verde. La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro, Bruselas, 1996.
- Comisión Europea, COM(2001) 449 final, de 3 de agosto, propuesta de reglamento del parlamento Europeo y del Consejo relativo al Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV).
- Comisión Europea, COM(2003) 567, de 26 de septiembre: El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa.
- Comisión Europea, COM(2004) 841 de 29 de diciembre: Plan de acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica.
- Comisión Europea, COM(2006) 173, de 25 de abril: Plan de acción i2010 sobre e-government.
- Comisión Europea, COM(2010) 571 final de 18 de octubre: Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE.
- Comisión Europea, COM(2010) 744 final de 16 de diciembre: Hacia la interoperabilidad de los servicios públicos europeos.

- Comisión Europea, COM(2011) 15 final, de 27 de enero: Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente, Bruselas, 2011.
- Comisión Europea, COM(2012) 179 de 20 de abril: Estrategia en pos de la contratación pública electrónica, Bruselas.
- Comisión Europea, COM(2013) 453 final de 26 de junio: Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la Administración Pública.
- Comisión Europea, COM(2014) 38 de 3 de febrero: Informe sobre la lucha contra la corrupción.
- Comisión Europea, COM (2003) 567 final. El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa.
- Comisión Europea, COM (2016) 179 final, de 19 de abril: Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la Administración.
- Comisión Europea, COM (2017) 572 final de 30 de octubre: Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa.
- Comisión Europea, COM 96/527/CE Recomendación de la Comisión de 30 de julio de 1996 relativa al empleo del vocabulario común de contratos públicos (CPV) para la descripción del objeto del contrato, Bruselas, 1996.
- Comisión Europea, Comunicación COM(2017) 242, de 17 de mayo, relativo al examen de la aplicación práctica del documento europeo único de contratación (DEUC).
- Comisión Europea, e-Procurement Uptake. Final Report, 2015.
- Comisión Europea, La contratación pública en la Unión Europea. Manual del Vocabulario Común de los Contratos Públicos (CPV), Bruselas, 2008.
- Comisión Europea, New European Interoperability Framework: Promoting seamless services and data flows for European public administrations, 2017.
- Comisión Europea, SEC (2005) 959, de 8 de julio. Requirements for conducting public procurement using electronic means under the new public procurement Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC., 2005.
- Comisión Europea, Working paper "Linking up Europe: the importance of interoperability for eGovernment Services, 2003.
- Comisión para la reforma de las Administraciones Públicas (CORA) y Públicas, M. de H. y A., Reforma de las Administraciones Públicas, 2013, fecha de consulta 14 noviembre 2019, en <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:b1c69477-9882-41a5-9f6d-5cbb46fa12b4/reforma-AAPP.PDF>.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Análisis de la contratación pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia, 2015.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia, 2011, fecha de consulta en [file:///C:/Users/UM/Downloads/GUIA_CONTRATACION_v4\[1\]_0.pdf](file:///C:/Users/UM/Downloads/GUIA_CONTRATACION_v4[1]_0.pdf).
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, INF/CNMC/088/16 Informe

-
- sobre los pliegos que rigen la celebración del Acuerdo Marco para el suministro de equipos audiovisuales, 2016.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Informe sobre el anteproyecto de ley de contratos del sector público, Madrid, 2015.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España, 2019.
- Committee on Statistical Classification of the Economic and Social Council, The 1928 Statistical Convention and the Minimum List of Commodities for international trade statistics. Memorandum prepared by the Secretariat for consideration under item 3 of the provisional agenda, New York, 1948.
- Committee on Statistical Classification of the Statistical Commission, Historical background of the development of minimum list for international trade, New York, 1948.
- Congreso de los Estados Unidos, Report: A primer on eGovernment. Sector, stages, opportunities and challenges of online governance, 2000.
- Consejo de Estado, Dictamen nº 1.116/2015, Madrid, 2016.
- Consejo de Estado, Dictamen nº 1116/2015.
- Consejo de Estado, Dictamen nº 1397/2012, de 14 de febrero de 2013.
- Consejo de la Transparencia y el Buen Gobierno, Resolución 317/2018, de 13 de agosto.
- Dirección General de Competencia. Comisión Europea, eTrustExchange. User Guide, 2020, fecha de consulta en https://ec.europa.eu/competition/contacts/etrustex_user_guide.pdf.
- Economic Commission for Africa of the Economic and Social Council, The Brussels Nomenclature for the Classification of Goods in Customs Tariffs: Its origins, characteristic features and field of application, Addis Ababa, 1966.
- EPRIOR, Facilitating interoperable electronic procurement across Europe. Technical Overview.
- European Commission, Public procurement – a study on administrative capacity in the EU, fecha de consulta 3 julio 2019, en <http://www.ec.europa.eu>.
- European Dynamics, Electronic Catalogues in Electronic Public Procurement. Final Report, 2007.
- Eurostat, CPA ver. 2.1. Statistical Classification of Products by Activity, fecha de consulta 15 diciembre 2019, en <https://ec.europa.eu/eurostat/web/cpa>.
- Eurostat, Explanatory Notes about PRODCOM, 2015.
- Eurostat, NACE Rev. 2. Statistical classification of economic activities in the European Community, Luxembourg, 2008.
- Eurostat, Reference And Management Of Nomenclatures. Classification by Broad Economic Categories, fecha de consulta 24 noviembre 2020, en https://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=DSP_GEN_DESC_VIEW_NOHDR&StrNom=BEC_REV4&StrLanguageCode=EN.
- Eurostat, Reference And Management Of Nomenclatures. Classification of Branches of the National Economy, fecha de consulta 24 noviembre 2020, en

https://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=DSP_GEN_DESC_VIEW_NOHDR&StrNom=CBNE_1975&StrLanguageCode=EN.

Eurostat, Reference And Management Of Nomenclatures. Classification of Commodities by Industrial Origin, fecha de consulta 24 noviembre 2020, en https://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=DSP_GEN_DESC_VIEW_NOHDR&StrNom=CCIO_1971&StrLanguageCode=EN.

EUROSTAT, «Reference And Management Of Nomenclatures. Common Nomenclature of Industrial Products», fecha de consulta 24 noviembre 2020, en https://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=DSP_GEN_DESC_VIEW_NOHDR&StrNom=NIPRO_1975&StrLanguageCode=EN.

Eurostat, Reference And Management Of Nomenclatures. Common Procurement Vocabulary, fecha de consulta 24 noviembre 2020, en https://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=DSP_GEN_DESC_VIEW_NOHDR&StrNom=CPV&StrLanguageCode=EN.

Eurostat, Reference And Management Of Nomenclatures. PRODCOM List, fecha de consulta 24 noviembre 2020, en https://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=LST_NOM_DTL&StrNom=PRD_2019&StrLanguageCode=EN&IntPcKey=&StrLayoutCode=HIERARCHIC.

Eurostat, Reference And Management Of Nomenclatures. Standard International Trade Classification, fecha de consulta 24 noviembre 2020, en https://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=DSP_GEN_DESC_VIEW_NOHDR&StrNom=SITC_REV4&StrLanguageCode=EN.

IESE Business School, *La licitación electrónica en el sector público español. Presente y futuro*, 2011.

II Seminario Internacional de Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial en el Sector Público: La Importancia de las Garantías Jurídicas, Declaración Final, 2019.

Instituto Internacional de Estadística. International Statistics Institute, About ISI. What is ISI. History, fecha de consulta 13 noviembre 2020, en <https://www.isi-web.org/index.php/about-isi/what-is-isi/history>.

Instituto Nacional de Estadística, Clasificación de Productos por Actividades. CPA 2.1, fecha de consulta 14 noviembre 2020, en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177035&menu=ultiDatos&idp=1254735976614.

Instituto Nacional de Estadística, «[Http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=2851](http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=2851)».

Intervención General del Estado, Resolución de 11 de junio de 2012.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, Informe 10/1996, de 7 de marzo.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, Informe 22/2008, de 29 de septiembre.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, Informe 58/2018.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, Recomendación.

Ministerio de Economía y competitividad, Guía 2.0 para la compra pública de

- innovación, 2019.
- Ministerio de Hacienda y Funación Pública, Glosario de términos de la Ley de Contratos del Sector Público, fecha de consulta en <http://www.minhafp.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/%0APatrimonio/GLOSARIO.pdf>.
- Ministerio de Hacienda y Función Pública, Punto único de notificaciones para todas las Administraciones Públicas Dirección Electrónica Habilitada única (DEHú), fecha de consulta en <https://administracionelectronica.gob.es/ctt/resources/Soluciones/2311/Descargas/DEHu-CTT.pdf?idIniciativa=2311&idElemento=12898>.
- Ministerio de Hacienda y Función Pública, Punto Único de notificaciones y comunicaciones para las Administraciones Públicas, fecha de consulta en <https://administracionelectronica.gob.es/ctt/resources/Soluciones/2311/Descargas/PUNotificaciones-Especificaciones-LEMA-v1-9.pdf?idIniciativa=2311&idElemento=11690>.
- OCDE, *Centralised Purchasing Systems in the European Union*, Sigma Papers, 2010.
- OCDE, *Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement*, 2014.
- Office Statistique des Communautés Européennes. N.C.E., *Nomenclature du Commerce*, Bruxelles, 1965.
- Office Statistique des Communautés Européennes, *Statistique Agricole*, Bruxelles, 1967.
- Office Statistique des Communautés Européennes, *Statistiques industrielles*. N.I.C.E, Bruxelles, 1961.
- Oficina de Estadística de las Naciones Unidas, *Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas*, Nueva York, 1949.
- Oficina de Estadística de las Naciones Unidas, *Clasificación Uniforme para el Comercio Internacional*, Nueva York, 1950.
- Oficina de Transparencia y Participación Ciudadana. Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, Portal de transparencia. Región de Murcia. Datos económicos. Contratos realizados por la Administración Regional, fecha de consulta 25 noviembre 2020, en <https://transparencia.carm.es/web/transparencia/contratos-de-obras-suministros-y-servicios>.
- Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, 2018.
- Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, 2019.
- Pan European Public Procurement OnLine, *Final report*, 2012.
- PEPPOL. Post Award Coordinating Community, *BIS Billing*, 2020, fecha de consulta en <https://docs.peppol.eu/poacc/billing/3.0/bis/>.
- PEPPOL. Post Award Coordinating Community, *BIS Catalogue Only 3.1*, 2020, fecha de consulta en <https://docs.peppol.eu/poacc/upgrade-3/profiles/1-catalogueonly/>.
- PEPPOL. Post Award Coordinating Community, *BIS Despatch Advice 3.1*, 2020, fecha

- de consulta en <https://docs.peppol.eu/poacc/upgrade-3/profiles/30-despatchadvice/>.
- PEPPOL. Post Award Coordinating Community, BIS Message Level Response 3.0, 2020, fecha de consulta en <https://docs.peppol.eu/poacc/upgrade-3/profiles/36-mlr/>.
- PEPPOL. Post Award Coordinating Community, BIS Order Agreement 3.0, 2020, fecha de consulta en <https://docs.peppol.eu/poacc/upgrade-3/profiles/42-orderagreement/>.
- PEPPOL. Post Award Coordinating Community, BIS Order only 3.1, 2020, fecha de consulta en <https://docs.peppol.eu/poacc/upgrade-3/profiles/3-order-only/>.
- PEPPOL. Post Award Coordinating Community, BIS Ordering 3.1, 2020, fecha de consulta en <https://docs.peppol.eu/poacc/upgrade-3/profiles/28-ordering/>.
- PEPPOL. POST AWARD COORDINATING COMMUNITY, «BIS Punch Out 3.0», 2020, fecha de consulta en <https://docs.peppol.eu/poacc/upgrade-3/profiles/18-punchout/>.
- PEPPOL. Pre Award Coordinating Community, BIS eDelivery guide for pre-award.
- PEPPOL. Pre Award Coordinating Community, BIS eDocuments guide for pre-award.
- PEPPOL. PRE AWARD COORDINATING COMMUNITY, «BIS ESPD (European Single Procurement document)», 2018, fecha de consulta en <https://docs.peppol.eu/pracc/espd/bis/>.
- PEPPOL. Pre Award Coordinating Community, BIS Pre-Award Catalogue, 2019, fecha de consulta en <https://docs.peppol.eu/pracc/catalogue/1.0/bis/>.
- PEPPOL. PRE AWARD COORDINATING COMMUNITY, «BIS Profile P001 “Procurement procedure subscription”», 2019, fecha de consulta en <https://docs.peppol.eu/pracc/profiles/p001/>.
- PEPPOL. Pre Award Coordinating Community, BIS Profile P002 «Procurement document access», 2019, fecha de consulta en <https://docs.peppol.eu/pracc/profiles/p002/>.
- PEPPOL. Pre Award Coordinating Community, BIS Profile P003 «Tender Submission», 2019, fecha de consulta en <https://docs.peppol.eu/pracc/profiles/p003/>.
- PEPPOL, Final report, 2012.
- PEPPOL y EUPLAT, To create a best practice for implementing interoperability and the «once only principle» in pre-award, fecha de consulta en <https://peppol.eu/wp-content/uploads/2018/11/EUPLAT-OpenPePPOL-position-paper-final-2.pdf>.
- Plataforma de Contratación del Sector Público, Licitaciones. Búsqueda. Contratos menores, fecha de consulta 12 diciembre 2020, en https://contrataciondelestado.es/wps/portal!/ut/p/b1/04_SjzS1tDAwtrQ0MdeP0I_KSyzLTE8syczPS8wB8aPM4k1c_Z2d3TyMDCyCjV0MjHxcQkPNPIBcd1Oggkh8CoyI029q7GwS5hUWYBbs6W5g4Onh5uITamgK1G5GnH4DHMDRgJD-cP0o_EqMoArwORGsAI8b_Dzyc1P1c6Ny3NwsPbNMHBUVAYIuQzo!/dl4/d5/L2dBIS.
- Presidente dell’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), Indicazioni operative alle stazioni appaltanti in materia di pubblicazione del programma biennale degli

- acquisti di beni e servizi e del programma triennale dei lavori pubblici sul sito informatico dell'Osservatorio, ai sensi dell'art. 21, comma 7, del d., 2016.
- Siemens, Study on the evaluation of the Action Plan for the implementation of the legal framework for electronic procurement (Phase II), 2010.
- SIMAP. Información sobre contratación pública europea, Notas explicativas. CPV 2008, fecha de consulta 24 noviembre 2020, en https://simap.ted.europa.eu/documents/10184/36234/cpv_2008_explanatory_notes_es.pdf.
- Statistical Commission. Economic and Social Council, Report of the fifth Session, New York, 1950.
- Statistical Commission of the Economic and Social Council, E/CN.3/494 International Standard Classifications: Expert on Harmonization of Statistical Classifications. Summary of comments on the report of the Expert Group on Harmonization of Statistical Classifications prepared by the Secretariat, New York, 1976.
- Statistical Commission of the Economic and Social Council, Report of the Nineteenth session, New York, 1976.
- Statistical Commission of the Economic and Social Council, Report on the nineteenth session. 8-19 November 1976, New York, 1977.
- Statistical Commission of the Economic and Social Council, Review of National and International Statistics. Memorandum by the Secretary-General. E/CN.3/148, New York, 1953.
- Statistics Division of Department of Economic and Social Affairs, Central Product Classification (CPC) Version 2.1, New York, United Nations, 2015.
- Statistics Division of Department of Economic and Social Affairs, International Standard Industrial Classification of All Economic Activities. Revision 4, New York, 2008.
- Statistics Division of Department of Economic and Social Affairs, Standard International Trade Classification. Revision 4, New York, 2006.
- Tribunal de Cuentas, Informe 1046, de 24 de julio de 2014.
- Tribunal de Cuentas, Informe 1286/2018, de 16 de octubre, de fiscalización de la actividad contractual del Sector Público empresarial estatal no financiero, a partir de la información proporcionada por la plataforma de rendición telemática de la contratación en los ejercicios, 2018.
- Tribunal de Cuentas, Informe n. 1046/2014, de 24 de julio.
- Tribunales Administrativos de Contratación Pública, Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del Sector Público, Madrid, 2016.
- World Customs Organization, Admendments to the Harmonized System Nomenclature, Bruselas, 1994.
- World Economic Forum, Guidelines for AI Procurement, 2019, fecha de consulta en http://www3.weforum.org/docs/WEF_Guidelines_for_AI_Procurement.pdf.
- International Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding

System, Bruselas, 1983, fecha de consulta 2 octubre 2019, en
[http://www.wcoomd.org/-
/media/wco/public/global/pdf/topics/nomenclature/instruments-and-tools/hs-
convention/hs-5_1_hs-convention_en.pdf?la=en](http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/nomenclature/instruments-and-tools/hs-convention/hs-5_1_hs-convention_en.pdf?la=en).

ANEXO NORMATIVO

BALCSP: Borrador del Anteproyecto de Ley de la Ley de Contratos del Sector Público, que, posteriormente, daría lugar a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

d.lgs. n. 163/2006: Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Codice degli appalti.

d.lgs. n. 50/2016: Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Codice dei contratti pubblici.

d.L. 66/2014: Decreto-Legge 24 aprile 2014, n. 66. Decreto convertito, con modificazioni dalla Legge 23 giugno 2014, n. 89. Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale. Decreto Irpef.

d.P.R. n. 207/2010: Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE».

Decisión 1720/1999/CE : Decisión 1720/1999/CE, de 12 de julio, por la que se aprueba un conjunto de acciones y medidas al objeto de garantizar la interoperabilidad de las redes telemáticas transeuropeas destinadas al intercambio electrónico de datos entre administraciones (IDA), así como el acceso a las mismas.

Decisión 1720/1999/CE: Decisión 1720/1999/CE, de 12 de julio, por la que se aprueba un conjunto de acciones y medidas al objeto de garantizar la interoperabilidad de las redes telemáticas transeuropeas destinadas al intercambio electrónico de datos entre administraciones (IDA II)

Decisión 2004/387/CE: Decisión 2004/387/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a la prestación interoperable de servicios paneuropeos de administración electrónica al Sector Público, las empresas y los ciudadanos.

- Decisión 2004/387/CE: Decisión 2004/387/CE, de 21 de abril, relativa a la prestación interoperable de servicios paneuropeos de administración electrónica al Sector Público, las empresas y los ciudadanos (IDABC)
- Decisión 2015/2240/UE: Decisión 2015/2240/UE, de 25 de noviembre de 2015, por la que se establece un programa relativo a las soluciones de interoperabilidad y los marcos comunes para las administraciones públicas, las empresas y los ciudadanos europeos (programa ISA²) como medio de modernización del Sector Público
- Decisión 95/468/CE: Decisión 95/468/CE, de 6 de noviembre, sobre la contribución comunitaria al intercambio telemático de datos entre las administraciones en la Comunidad (IDA)
- Decisión del Consejo 86/23/CEE: Decisión del Consejo 86/23/CEE, de 4 de diciembre de 2012, por la que se establecía el programa Community information systems concerned with imports/exports and the management and financial control of agricultural market organizations (CADDIA)
- Decreto n. 14/2018: Decreto n. 14/2018, 16 gennaio, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Regolamento recante procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali.
- Decreto n. 59082/2011: Decreto del Ministero delle Infrastrutture 11 novembre 2011. Procedura e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale, dei suoi aggiornamenti annuali e dell'elenco annuale dei lavori pubblici e per la redazione e la pubblicazione del programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi.
- Decreto n. 77323/2014: Decreto del Ministero delle Infrastrutture 24 ottobre 2014. Procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale, dei suoi aggiornamenti annuali e dell'elenco annuale dei lavori pubblici e per la redazione e la pubblicazione del programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi.
- Directiva 2001/78/CE: Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, por la que se modifica el anexo IV de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, los anexos IV, V y VI de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, los anexos III y IV de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, con las modificaciones introducidas por la Directiva 97/52/CE, así como los anexos XII a XV, XVII y XVIII de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, modificada por la Directiva 98/4/CE, Directiva sobre la utilización de formularios normalizados en la publicación de los anuncios de contratos públicos.

Directiva 2004/18/CE: Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n o 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

Directiva 2014/24/UE: 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.

Directiva 2014/55/UE: Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014 , relativa a la facturación electrónica en la contratación pública.

Directiva 2019/1024/UE: Directiva 2019/1024/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del Sector Público.

Directiva 71/304/CEE: Directiva 71/304/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales.

Directiva 71/305/CEE: Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

Directiva 72/277/CEE: Directiva 72/277/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1972, relativa a las modalidades y condiciones de publicación de los anuncios de contratos y de concesiones de obras públicas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

Directiva 77/62/CEE: Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro.

Directiva 89/440/CEE: Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989 que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obras.

Directiva 92/50/CEE: Directiva 92/50/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios

Directiva 93/36/CEE: Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro.

- Directiva 93/37/CEE: Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.
- Directiva 93/37/CEE: Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.
- Directiva 93/38/CEE: Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.
- Directiva 93/38/CEE: Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y las comunicaciones
- LAECSP: Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.
- LCSP 2007: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- LCSP: 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
- Lec.: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Legge n. 208/2015: Legge 28 dicembre 2015, n. 208. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge di stabilità 2016.
- Legge n. 3/2003: Legge 16 gennaio 2003, n. 3, Disposizioni ordinamentali in materia di pubblica amministrazione.
- Ley 20/2013: Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.
- Ley 20/2013: Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.
- Ley 30/1992: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley 33/2003: Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- Ley 39/2015: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley 40/2015: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Ley Orgánica 2/2012: Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera

-
- LRISP: Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del Sector Público.
- LRJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
- LTBG: Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
- Orden EHA/1049/2008: Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada.
- Orden EHA/1077/2005: Orden EHA/1077/2005, de 31 de marzo, por la que se establecen los formatos y especificaciones de los medios informáticos y telemáticos para la remisión de datos de contratos al Registro Público de Contratos.
- Orden EHA/1220/2008: Orden EHA/1220/2008, de 30 de abril, por la que se aprueban las instrucciones para operar en la Plataforma de Contratación del Estado.
- Orden EHA/1307/2005: Orden EHA/1307/2005, de 29 de abril, por la que se regula el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación.
- Orden EHA/1490/2010: Orden EHA/1490/2010, de 28 de mayo, por la que se regula el funcionamiento del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado.
- Orden HAP/1949/2014: Orden HAP/1949/2014, de 13 de octubre, por la que se regula el Punto de Acceso General de la Administración General del Estado y se crea su sede electrónica.
- Orden HAP/2834/2015: Orden HAP/2834/2015, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada.
- Orden PRE/710/2016: Orden PRE/710/2016, de 12 de mayo, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 31 de marzo de 2016, sobre condiciones adicionales a cumplir por las Comunidades Autónomas adheridas al Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas, compartimento Fondo de Liquidez Autonómico 2016
- Orden PRE/878/2010: Orden PRE/878/2010, de 5 de abril, por la que se establece el régimen del sistema de dirección electrónica habilitada previsto en el artículo 38.2 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre
- RCSP 2001: 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.
- RCSP: Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

- RD 1065/2007: Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.
- RD 1363/2010: Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre, por el que se regulan supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria
- RD 1671/2009: Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos
- RD 256/2018: Real Decreto 256/2018, de 4 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 769/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública y se modifica el Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.
- RD 331/2003: Real Decreto 331/2003, de 14 de marzo, por el que se deroga el Real Decreto 81/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Productos por Actividades 1996 (CNPA-96), y se establecen las normas aplicables sobre el uso de la clasificación CPA-2002.
- RD 81/1996: Real Decreto 81/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Productos por Actividades 1996 (CNPA-96).
- Real Decreto-ley 14/2019: Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del Sector Público y telecomunicaciones
- Real Decreto-ley 17/2014: Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico.
- Real Decreto-ley 21/2012: Real Decreto-ley 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las Administraciones públicas y en el ámbito financiero
- Real Decreto-ley 3/2020: 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 fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.
- Recomendación 91/561/CEE: Recomendación 91/561/CEE, de la Comisión, de 24 de octubre de 1991, relativa a la normalización de los anuncios de contratos públicos.

-
- Recomendación 96/527/CE: Recomendación 96/527/CE, de la Comisión, de 30 de julio de 1996 relativa al empleo del vocabulario común de contratos públicos (CPV) para la descripción del objeto del contrato.
- Reglamento 1082/2006/CE: Reglamento 1082/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 , sobre la Agrupación europea de cooperación territorial (AECT).
- Reglamento 1209/2014/UE: Reglamento 1209/2014/UE de la Comisión de 29 de octubre de 2014 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 451/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece una nueva clasificación estadística de productos por actividades (CPA) y se deroga el Reglamento (CEE) nº 3696/93 del Consejo.
- Reglamento 1232/1998/CE: Reglamento 1232/1998/CE de la Comisión de 17 de junio de 1998 por el que se modifica el Reglamento (CEE) nº 3696/93 del Consejo relativo a la clasificación estadística de productos por actividades (CPA) en la Comunidad Económica Europea.
- Reglamento 1302/2013/UE: Reglamento 1302/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se modifica el Reglamento 1082/2006/CE sobre la Agrupación Europea de Cooperación Territorial (AECT) en lo que se refiere a la clarificación, a la simplificación y a la mejora de la creación y el funcionamiento de tales agrupaciones.
- Reglamento 1319/2013/UE: Reglamento 1319/2013/UE de la Comisión de 9 de diciembre de 2013, que modifica los anexos del Reglamento (CE) nº 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece una nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas (NUTS).
- Reglamento 1445/72/CEE: del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativo a la Nomenclatura de las mercancías para las estadísticas del comercio exterior de la Comunidad y del comercio entre sus Estados miembros (Nimexe).
- Reglamento 1893/2006/CE: Reglamento 1893/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006 , por el que se establece la nomenclatura estadística de actividades económicas NACE Revisión 2 y por el que se modifica el Reglamento (CEE) n o 3037/90 del Consejo y determinados Reglamentos de la CE sobre aspectos estadísticos específicos.
- Reglamento 2016/369/UE: Reglamento 2016/369/UE del Consejo, de 15 de marzo, relativo a la prestación de asistencia urgente en la Unión.
- Reglamento 2019/1933/UE: Reglamento 2019/1933/UE de la Comisión de 6 de noviembre de 2019 por el que se determina la «lista Prodcom» de productos industriales contemplada por el Reglamento (CEE) n.o 3924/91 del Consejo

- Reglamento 204/2002/CE: Reglamento 204/2002/CE de la Comisión, de 19 de diciembre de 2001, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 3696/93 del Consejo relativo a la clasificación estadística de productos por actividades (CPA) en la Comunidad Económica Europea.
- Reglamento 213/2008/CE: Reglamento 213/2008/CE de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) n° 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV.
- Reglamento 2151/2003/CE: Reglamento 2151/2003/CE de la Comisión, de 16 de diciembre de 2003, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV).
- Reglamento 2195/2002/CE: Reglamento 2195/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002 por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV).
- Reglamento 2658/1987/CEE: Reglamento 2658/1987/CEE del Consejo de 23 de julio de 1987 relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común
- Reglamento 29/2002/CE: Reglamento 29/2002/CE de la Comisión, de 19 de diciembre de 2001, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 3037/90 del Consejo relativo a la nomenclatura estadística de actividades económicas en la Comunidad Europea.
- Reglamento 3037/1990/CEE: Reglamento 3037/1990/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1990, relativo a la nomenclatura estadística de actividades económicas en la Comunidad Europea
- Reglamento 3696/93/CEE: Reglamento 3696/93/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativo a la clasificación estadística de productos por actividades (CPA) en la Comunidad Económica Europea.
- Reglamento 3924/1991/CEE: Reglamento 3924/1991/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1991, relativo a la creación de una encuesta comunitaria sobre la producción industrial.
- Reglamento 451/2008/CE: Reglamento 451/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece una nueva clasificación estadística de productos por actividades (CPA) y se deroga el Reglamento (CEE) n o 3696/93 del Consejo.

Reglamento 761/1993/CEE: Reglamento 761/1993/CEE de la Comisión, de 24 de marzo de 1993, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 3037/90 del Consejo, relativo a la clasificación estadística de actividades económicas en la Comunidad Europea.

Reglamento 912/2004/CE: Reglamento 912/2004/CE de la Comisión de 29 de abril de 2004 por el que se aplica el Reglamento (CEE) no 3924/91 del Consejo relativo a la creación de una encuesta comunitaria sobre la producción industrial.

Reglamento de Ejecución 2016/7/UE: Reglamento de Ejecución 2016/7/UE de la Comisión, de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación

TRLCSP: 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

.

ANEXO JURISPRUDENCIAL Y DE RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

- Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 4/2011, 7 aprile.
- Consiglio di Stato, Parere n. 351/2017, 13 febbraio, su Decreto MIT relativo alla programmazione triennale e biennale.
- Consiglio di Stato, Parere n. 855/2016, 1 aprile, sullo schema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”.
- Consiglio di Stato, Sentenza n. 6908/2006, 27 novembre.
- Consiglio di Stato. Commissione Speciale del 9 gennaio 2017, Adunanza n. 351/2017, 13 febbraio.
- Consiglio di Stato. Sezione III, Parere n. 1306/2016, 1 aprile.
- Consiglio di Stato. Sezione IV, Sentenza n. 651/2016, 18 febbraio.
- Consiglio di Stato. Sezione V, Sentenza n. 5824/2002, 23 ottobre.
- Corte Costituzionale, Sentenza 26 gennaio 2004, n. 36.
- Corte Costituzionale, Sentenza n. 401/2007, 23 novembre.
- Corte Costituzionale, Sentenza n. 485/1995.
- Corte Costituzionale, Sentenze 1 ottobre 2003, n. 303.
- Corte Costituzionale, Sentenze 13 marzo 2014, 44.
- Corte Costituzionale, Sentenze 23 novembre 2007, n. 401.
- Corte Costituzionale, Sentenze n. 272/2004, 27 luglio.
- Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública de 24 de septiembre de 2018.
- T.A.R. Campania. Napoli. Sezione I, Sentenza n. 1160/2012, 7 marzo.
- T.A.R. Lombardia. Sezione III, Sentenza n. 315/2010, 9 febbraio.
- T.A.R. Puglia. Bari. Sezione I, Sentenza n. 725/2000, 1 febbraio.
- T.A.R. Sicilia. Catania. Sezione I, Sentenza n. 1625/2016, 16 giugno.

- Tribuna Constitucional, Pleno, Sentencia número 132/2018, de 13 de diciembre, rec. 3774/2016.
- Tribuna Constitucional, Pleno, Sentencia número 55/2018, de 24 de mayo, rec. 3628/2016.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 1004/2017, de 27 de octubre, rec. 936/2017.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 105/2016, de 5 de febrero, rec. 17/2016.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 1053/2018, de 16 de noviembre, rec. 833/2018.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 111/2019, de 18 de febrero, rec. 1138/2018.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 245/2016, de 8 de abril, rec. 229/2016.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 281/2015, de 30 de marzo, rec. 152/2015.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 309/2016, de 22 de abril, rec. 228/2016.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 355/2019, de 11 de abril de 2019, rec. 148/2019.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 389/2014, de 19 de mayo, rec. 321/2014.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 632/2018, de 29 de junio, rec. 516/2108.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 645/2016, de 5 de agosto, rec. 530/2016.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 71/2014, de 30 de enero, rec. 1049/2013.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 78/2018, de 26 de enero, Rec. 1243/2017.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 785/2015, de 4 de septiembre, rec. 768/2015.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 930/2014, de 18 de diciembre, rec. 933/2014.

- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 931/2018, de 11 de octubre, rec. 808/2018.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 938/2019, de 1 de agosto de 2019, rec. 684/2019.
- Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Resolución 146/2016, de 28 de julio, rec. 135/2016.
- Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Resolución 382/2019, de 19 de septiembre, rec. 448/2019.
- Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Resolución 55/2017 de 15 de febrero de 2017, rec. 43/2017.
- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, Acuerdo 11/2020, de 31 de enero de 2020, rec. 141/2019.
- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, Resolución 104/2018, de 22 de octubre, rec. 98/2018.
- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, Resolución 104/2018, de 22 de octubre.
- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, Resolución 159/2018, de 1 de junio, rec. 171/2018.
- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, Resolución 191/2019, de 13 de junio, rec. 465/2018.
- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, Resolución 192/2019, de 13 de junio, rec. 455/2018.
- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, Resolución 278/2019, de 10 de septiembre, rec. 290/2019.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 632/2018, de 29 de junio.
- Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 111/2016, de 9 de junio, rec. 1959/2014.
- Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 132/2018, de 13 de diciembre, rec. 3774/2016
- Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia número 181/1988, de 13 de octubre, rec. 209/84
- Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia número 201/1988, de 27 de octubre
- Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia número 209/1990, de 20 de diciembre
- Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia número 46/1990, de 15 de marzo
- Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia número 6/2019, de 17 de enero, Rec. 3323/2017

- Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia número 77/2004, de 29 de abril.
- Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia número 47/2019, de 8 de abril.
- Tribunal Constitucional. Pleno, Sentencia 111/2016, de 9 de junio, rec. 1959/2014.
- Tribunal Constitucional. Pleno, Sentencia 50/1999, de 6 de abril, rec. 521/1193 y 547/1993.
- Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 55/2018, de 24 de mayo, rec. 3628/2016
- Tribunal Constitucional. Pleno Sentencia 84/2015, de 30 de abril, rec. 1884/2013.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, Sentencia de 17 de septiembre de 2002, C-513/99.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea. Sala Cuarta, Sentencia de 20 de septiembre de 1988, 31/87.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, Sentencia de 7 de noviembre de 2019, asunto C-687/17/P
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 26 de septiembre de 2000, C-225/98.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Gran Sala, Sentencia de 11 de julio de 2006, asunto C-205/03P.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Gran Sala, Sentencia de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Primera, Sentencia de 7 de abril de 2016, C-324/2014.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Quinta, Sentencia de 16 de abril de 2015, C-278/14.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Quinta, Sentencia de 7 de noviembre de 2019, asunto C-687/17/P.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Quinta, Sentencia de 8 mayo de 2014, C-15/2013.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Segunda, Sentencia de 7 de noviembre de 2018, asuntos C-293/17 y C-294/17.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Tercera, Sentencia de 10 de mayo de 2012, C-368/10.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Tercera, Sentencia de 19 de junio de 2008, C-454/06.
- Tribunal de Justicia. Sala Sexta, Sentencia de 24 de septiembre de 1998, C-76/97.

- Tribunal de Justicia. Sala Sexta, Sentencia de 4 de diciembre de 2003, C-448/01.
- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Málaga. Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia 24/2016, de 18 de enero, rec. 17/2015.
- Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sala de lo Contencioso-administrativo. Sección Segunda, Sentencia 158/2017, de 5 de abril, rec. 227/2016.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-administrativo. Sección 5a, Sentencia 390/2015, de 22 de junio de 2015, rec. 14/2013.
- Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia 577/2015, de 27 de octubre, rec. 72/2014.
- Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares. Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia 164/2013, de 28 de febrero, rec. 344/2012.
- Tribunal Supremo. Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo. Sección Cuarta, Sentencia 269/2018, de 20 de febrero, rec. 2725/2015.
- Tribunal Supremo. Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo. Sección Segunda, Sentencia 47/2018, de 17 de enero, rec. 3155/2016.
- Tribunal Supremo. Sala Tercera. de lo Contencioso-administrativo. Sección Segunda, Sentencia 1927/2017, 11 de diciembre, rec. 2436/2016.
- Tribunal Supremo. Sala Tercera. Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo. Sección 7a, Sentencia del 1 de octubre de 2012, rec. 527/2011.
- Tribunal Supremo; Sala Tercera; de lo Contencioso-administrativo, Sentencia 47/2018, de 17 de enero, rec. 3155/2016.

AGRADECIMIENTOS

Esta tesis ha sido fruto, sin duda, del esfuerzo y del estudio personal, desarrollado durante los últimos cuatro años. No obstante, su recorrido en ningún momento ha llevado a un camino solitario. Si el trabajo individual ha sido una condición necesaria para su culminación, la suficiente ha sido poder tener cerca a seres muy queridos.

Que haya podido llegar hasta aquí, solo ha sido posible gracias a unos pilares centrales, a los que tengo que agradecer y con los que tengo que compartir muy especialmente el resultado de mis estudios de doctorado.

Todo éxito que pueda lograr en la vida siempre se lo deberé a ellos: mis padres. Son mi apoyo incondicional en cada paso que he dado y mi mejor ejemplo en todos los aspectos.

Cada meta que pueda conseguir tiene un nombre: Isabel. Mi compañera, mi alegría y mi porqué de cada proyecto y cada paso.

Y si he llegado hasta aquí, sin duda, ha sido por mi mayor referente académico: mi Maestro y Director de este trabajo. Modelo de todas las virtudes de la Universidad y de ninguno de sus defectos. Siempre estaré en deuda por poder aprender de él.

Gracias de todo corazón. Os lo debo a vosotros.

Gracias también al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte —ahora de Universidades—, por otorgarme este contrato predoctoral que me ha allanado tanto el camino y por el que he trabajado cada día para merecerlo. Y gracias a la Universidad de Murcia por dejarme disfrutarlo

Y, por último, no puedo olvidarme de todos aquellos que habéis hecho este viaje muchísimo más enriquecedor.

Gracias a mis compañeros del Departamento de Derecho Administrativo. Ha sido un honor poder formar parte de él y aprender de cerca de tan grandes profesionales.

Gracias a mis compañeras de mercantil y financiero. Siempre agradeceré la gran acogida que me disteis y todas las oportunidades que brindáis a los que empezamos.

Gracias a mis compañeros FPU de Derecho. Son inolvidables tantos buenos momentos que han hecho más llevadera las cargas del trabajo de investigación.

Gracias una y mil veces a todos ellos.

Murcia, a 11 de febrero de 2021