



LA REFORMA
DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA:
UNA OPORTUNIDAD
PARA LA INNOVACIÓN DESDE EL DERECHO

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

Esta ponencia constituye una versión provisional a los solos efectos de su exposición y discusión durante el *IV Congreso sobre innovación tecnológica y Administración Pública* titulado “**La reforma de la Administración Pública: una oportunidad para la innovación desde el Derecho**”, que tendrá lugar los días 20 y 21 de octubre de 2016 en el INAP. No se autoriza, por tanto, su cita en trabajos académicos ni su utilización para finalidades distintas de la anterior.

RUBÉN MARTÍNEZ GUTIÉRREZ

Profesor Contratado Doctor (Acr. Titular) de Derecho Administrativo

Universidad de Alicante

Ruben.martinez@ua.es

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL. 1. Introducción. 2. Los conceptos jurídicos de Administración pública electrónica y de contratación pública electrónica. II. LA PLENA APLICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA DE LA LPAC Y DE LA LRJSP EN EL SECTOR DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. III. LA INTEROPERABILIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1. El valor estructural de la interoperabilidad. 2. El DEUC y la base de datos e-CERTIS. 3. El CPV (*Common procurement vocabulary*) como supuesto de éxito de aplicación de los criterios de interoperabilidad. 4. El carácter básico y estructural del RDENI y del RDENS en el diseño de aplicaciones y plataformas de contratación pública electrónica. IV. LA GESTIÓN DOCUMENTAL Y LAS COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS. 1. La presentación de solicitudes en forma de catálogo electrónico. 2. La presentación de facturas electrónicas. 3. Las comunicaciones y notificaciones electrónicas. 4. Consideraciones en torno a la relación de la gestión documental y las comunicaciones electrónicas en la contratación a la luz de las nuevas LPAC y LRJSP. V. LAS IMPLICACIONES DE LA FACTURA ELECTRÓNICA EN LA DIRECTIVA 2014/55/UE Y SU TRANSPOSICIÓN A NUESTRO ORDENAMIENTO. VI. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1. La aplicación de la actuación administrativa automatizada en la contratación. 2. Régimen jurídico de los sistemas dinámicos de



LA REFORMA
DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA:
UNA OPORTUNIDAD
PARA LA INNOVACIÓN DESDE EL DERECHO

adquisiciones. 3. Régimen jurídico de la subasta electrónica. 4. La posible obligatoriedad de los SDA y de la SE en determinados supuestos de contratación: la sustitución y eliminación del contrato menor y de los procedimientos negociados. VII. BIBLIOGRAFÍA

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. Introducción

En estos momentos nos encontramos en pleno proceso de actualización de nuestra legislación de contratos como consecuencia de la promulgación en el año 2014 de un nuevo paquete de Directivas comunitarias en materia de contratación pública que han venido a sustituir a las Directivas de 2004¹. Contamos ya con un borrador de *Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público* fechado el 17 de abril de 2015 y que ha sido publicado en el portal web oficial del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, habiendo finalizado ya el trámite de información pública². Debemos afirmar que se trata de un Anteproyecto cuidado, de buena factura técnica y bien armado, respetando la filosofía del actualmente vigente Real Decreto legislativo 3/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. No obstante, y precisamente por esta última circunstancia que apuntamos, ha resultado difícil encajar en el borrador del Anteproyecto algunas consideraciones en materia de contratación pública electrónica que se derivan directamente de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, y también, aunque en menor medida, de la 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.

El objetivo del presente trabajo es poner de manifiesto las interrelaciones que se presentan entre los grupos normativos de (1) la legislación de régimen jurídico, la Ley

¹ Véase al respecto: Gimeno Feliu, 2014.

² El Anteproyecto y las referencias pueden consultarse en: <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/NormasEnTramitacion/Paginas/normasentramitacion.aspx> . Fecha de consulta: 29.07.2015.



LA REFORMA
DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA:
UNA OPORTUNIDAD
PARA LA INNOVACIÓN DESDE EL DERECHO

40/2015, y de procedimiento administrativo común, la Ley 39/2015, y de contratación pública (electrónica) a nivel europeo, Directivas 24 y 55 de 2014; así como también, algunas propuestas concretas relativas a la contratación pública electrónica que pueden resultar interesantes a la hora de transponer a nuestro ordenamiento la nueva legislación comunitaria de contratación pública de 2014, ya que su inclusión o al menos su consideración o estudio antes de la aprobación definitiva de la futura Ley de Contratos del Sector Público (aunque ya volvemos a estar una vez más con una transposición fuera de plazo y con el efecto directo de las Directivas) podría ayudar a que tengamos un texto todavía más sólido y que recoja completamente los anhelos del legislador comunitario de contar en Europa con una contratación pública total o parcialmente electrónica, dado que la Directiva 2014/24/UE bien podría haberse denominado, en mi opinión, Directiva sobre Contratación Pública *Electrónica*.

Finalmente, quiero dejar constancia de que mi acercamiento al ámbito de la contratación pública electrónica se ha efectuado desde una perspectiva investigadora volcada en el análisis de la aplicación de las TIC en la actividad de las Administraciones públicas, razón por la cual debo reconocer el privilegio de compartir reflexiones y mesa de ponencias con la Profesora Isabel Gallego Córcoles quien dispone de unos amplísimos y profundos conocimientos en el ámbito sustantivo y procedimental de la contratación pública, que podrán servir para mejorar (y seguramente enderezar) con acierto crítico algunas de mis afirmaciones y propuestas.

2. Los conceptos jurídicos de Administración pública electrónica y de contratación pública electrónica

Del análisis de los diferentes documentos de trabajo, tanto europeos como nacionales, así como de las Directivas comunitarias y de la normativa española sobre contratación pública, parece desprenderse con claridad que la contratación pública electrónica (en inglés *electronic procurement* o *e-procurement*, tal y como se desprende de la traducción del *GREEN PAPER on expanding the use of e-Procurement in the EU*) (Gallego Córcoles, 2009), debe insertarse dentro del más amplio concepto de Administración pública electrónica (e-Administración o e-Government) (Martínez



Gutiérrez, 2009: 182). La contratación pública es un sector de la actividad de las Administraciones públicas ligado históricamente a la gestión pública que tiene como finalidad la provisión de bienes y servicios necesarios para la Administración (Palomar Olmeda, 2007: 208). De esta manera, la contratación pública electrónica se vincula a la utilización de las TIC en este sector de actividad de las Administraciones, razón por la cual debe insertarse dentro del concepto más general de Administración pública electrónica (Martínez Gutiérrez, 2015).

La Administración pública electrónica puede definirse jurídicamente como “un nuevo modelo de administrar basado en la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación en el desarrollo de las actividades administrativas con dos dimensiones diferenciadas: de un lado, la dimensión interna, que comprende la aplicación de las TIC en el trabajo administrativo interno y en las relaciones interadministrativas; y, de otro lado, la dimensión externa, referida a la aplicación de las TIC con el objetivo de ofrecer servicios públicos y procedimientos administrativos en sede electrónica a los administrados” (Martínez Gutiérrez, 2009: 2002 y 203). Este concepto de Administración electrónica viene a determinar los caracteres del nuevo modelo de administrar y las dos dimensiones, interna y externa, sobre las que se proyecta la e-Administración, y si se examina la actividad administrativa en el ámbito de la contratación pública podrá comprobarse que también en este sector de la actuación de las Administraciones la utilización de las TIC generará especialidades en relación a los procedimientos de contratación tradicionales. Los departamentos de contratación de las Administraciones públicas deberían prepararse previamente y habituarse a la utilización de las TIC tanto en su trabajo administrativo interno como en el establecimiento de cauces de relaciones interadministrativas por medios electrónicos (dimensión interna). Una vez que las necesarias adaptaciones se produzcan en la vertiente interna, la Administración podría ofertar procedimientos electrónicos de contratación pública, enteramente electrónicos o no, a través de las plataformas de contratación, procedimientos que lógicamente tendrían la consideración de servicios públicos electrónicos principalmente ofertados para favorecer a las empresas que sean potenciales contratistas de las Administraciones.



LA REFORMA
DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA:
UNA OPORTUNIDAD
PARA LA INNOVACIÓN DESDE EL DERECHO

La contratación pública electrónica se incardina de esta forma como uno de los servicios públicos esenciales del nuevo modelo de Administración electrónica, tanto en el supuesto de que las Administraciones apliquen las TIC a los procedimientos de contratación pública tradicionales como cuando las AAPP realicen procedimientos de contratación enteramente electrónicos. A pesar de que se ha puesto de manifiesto por la doctrina “la orfandad definitoria” de la contratación pública electrónica y “su carácter marcadamente instrumental” (Medina Arnáiz, 2006:535) puede resultar interesante examinar la definición comunitaria contenida en el *Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación electrónica en la UE* (Documento COM 2010 (571) Final). Este Libro Verde publicado por la Comisión Europea en octubre de 2010 ha definido la contratación pública electrónica de forma general, incluyendo no sólo los procedimientos de contratación efectuados íntegramente por medios electrónicos (noción estricta) sino también la utilización de las TIC en cualquier fase de los procedimientos de contratación pública (noción amplia).

El citado Libro Verde define la contratación pública electrónica como:

“la utilización de medios electrónicos en el tratamiento de las operaciones y en la comunicación por parte de las instituciones gubernamentales y demás organismos del sector público a la hora de adquirir bienes y servicios o licitar obras públicas”. A este respecto, precisará dicho concepto al señalar que la contratación electrónica es “un término general utilizado para designar la sustitución de los procedimientos basados en soporte de papel por el tratamiento y la comunicación mediante TIC a lo largo de toda la cadena de contratación pública. Supone la introducción de procedimientos electrónicos para sustentar las distintas fases del proceso de contratación, es decir, publicación de los anuncios de licitación, suministro del pliego de condiciones, presentación de ofertas, evaluación, adjudicación, pedido, facturación y pago.

Los procedimientos vinculados a la facturación y el pago (posteriores a la adjudicación) no son específicos de la contratación; por tanto, es posible aplicar en el ámbito de la contratación pública electrónica soluciones desarrolladas para un mercado más amplio (de empresa a empresa). No obstante, en algunas fases (notificación, presentación de propuestas, valoración y pedido) se requieren soluciones específicas. Las fases de presentación, valoración y pedido son las más arduas ya que exigen la aplicación de una serie de protocolos y normas consensuados para organizar el intercambio de documentos complejos, así como la interacción entre el comprador público y los proveedores.

Algunos aspectos de la actividad de contratación seguirán exigiendo un tratamiento no automatizado. Por ejemplo, la documentación necesaria en determinadas fases de licitaciones



LA REFORMA
DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA:
UNA OPORTUNIDAD
PARA LA INNOVACIÓN DESDE EL DERECHO

complejas (por ejemplo, diseños u obras) puede ser difícil de reducir a formatos normalizados y puede requerir la intervención humana. No obstante, gran parte de la actividad relacionada con la contratación puede pasar a realizarse por medios electrónicos. La experiencia de Corea resulta instructiva al respecto: más del 90% de la contratación llevada a cabo por el Gobierno de ese país se tramita a través de la plataforma KONEPS, cuya gestión está centralizada.

Suele ocurrir que algunas partes del procedimiento de contratación se efectúen electrónicamente y que otras se lleven a cabo de forma manual. Numerosas administraciones públicas han creado portales para la publicación de los anuncios de licitación y para la facilitación del acceso a los pliegos de condiciones. Sin embargo, la utilización de los sistemas electrónicos para la presentación, el tratamiento y la evaluación de las ofertas, así como para el pedido, no está tan generalizada. El objetivo final es «una contratación pública electrónica de principio a fin» en la que todas las fases del procedimiento, desde la notificación hasta el pago, se lleven a cabo de forma automatizada por medios electrónicos.

Tales posibilidades se encuentran disponibles, generalmente a través de plataformas de contratación electrónica que suministran a las diversas entidades adjudicadoras toda la ayuda necesaria para aplicar los procedimientos de contratación por vía electrónica” (páginas 3 y 4 del Libro Verde en su versión en castellano).

La Comisión Europea vendrá a mantener el sentido general de la noción contratación pública electrónica establecido en 2010 y que acabamos de reproducir, dos años después, en el año 2012, definiéndola como “la utilización de medios electrónicos en el tratamiento de las operaciones y en la comunicación por parte de los organismos del sector público a la hora de adquirir bienes y servicios o licitar obras públicas” (en el Documento COM (2012) 179 final, Comunicación titulada *Estrategia en pos de la contratación pública electrónica*). En todo caso, hemos de entender que la noción comunitaria mantiene un posicionamiento claro al entender que dentro de la noción contratación pública electrónica se inserta cualquier utilización de las TIC en la contratación pública, tanto parcialmente como cuando se trate de procedimientos enteramente electrónicos.

De este concepto general comunitario podemos extraer dos conclusiones fundamentales:

1. Que la UE por el momento considera contratación pública electrónica la utilización de las TIC a las diferentes fases de los procedimientos de contratación (A. Fase interna previa – elaboración del expediente; B. Fase externa – Licitación; C. Fase de Adjudicación; D. Fase de ejecución y seguimiento (ANEI: 4). Y, 2. Que la UE pretende



que en un plazo relativamente prudente la contratación pública electrónica se refiera única y exclusivamente a los procedimientos de contratación pública enteramente electrónicos (noción estricta) ya que como se reconoce en el propio Libro Verde “el objetivo final es «una contratación pública electrónica de principio a fin» en la que todas las fases del procedimiento, desde la notificación hasta el pago, se lleven a cabo de forma automatizada por medios electrónicos” (página 4 del Libro Verde de 2012).

II. LA PLENA APLICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA DE LA LPAC Y DE LA LRJSP EN EL SECTOR DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante también LPAC) establece en su “Disposición adicional primera” las denominadas “Especialidades por razón de materia” en base a las cuales “los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se registrarán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales” (apartado 1º). Señalado lo anterior, el apartado 2º determina los ámbitos en los que existirá especialidad por razón de la materia y en los mismos no se incluye la contratación pública. A este respecto, se señala que “las siguientes actuaciones y procedimientos se registrarán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en esta Ley:

- a) Las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en materia tributaria y aduanera, así como su revisión en vía administrativa.
- b) Las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo.
- c) Las actuaciones y procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería.
- d) Las actuaciones y procedimientos en materia de extranjería y asilo”.

Como puede comprobarse, los procedimientos en materia de contratación no serán especiales, siendo en ellos plenamente aplicable la LPAC. De esta manera, los



instrumentos básicos de la actuación y tramitación administrativa: sede, registro, notificación, firma, gestión documental, etc., regulados fundamentalmente en la LPAC pero también en la LRJSP, deben considerarse conceptualmente idénticos en cualquier tipología procedimental siendo su regulación la contenida en la legislación básica estatal de procedimiento y de régimen jurídico.

Es evidente que las especialidades de procedimiento, entre las que no se encuentra a tenor de la Disposición adicional primera la contratación pública, pueden justificar modificaciones y adaptaciones precisamente en relación a la determinación de aspectos concretos de las fases de tramitación, en materia de plazos, o de determinadas garantías, etc., aunque tampoco debería tener justificación considerar en base a dicha especialidad una regulación intensamente diferenciada y con grandes distinciones respecto a la legislación básica.

Por tanto, no debería justificarse en el ámbito de la contratación pública la separación de la regulación básica de los instrumentos de Administración electrónica: sede, registro, gestión documental, notificación y firma (ni tampoco de la regulación marco del procedimiento administrativo común) establecida por la LPAC y por la LRJSP, máxime cuando las Directivas de Contratación Pública de 2014 también apuestan por la tramitación electrónica y la e-Contratación. En este sentido, que la futura Ley de Contratos estableciese una excepción a la regla general de la tramitación electrónica de los procedimientos no tendría sentido alguno ya que forzaría a las Administraciones públicas a relacionarse electrónicamente, por ejemplo con las personas jurídicas, en la práctica totalidad de sus ámbitos materiales de actuación menos en la contratación pública (pensemos además que en la mayoría de la legislación especial de procedimiento a las que se refiere la DA 1ª la tramitación también es eminentemente electrónica. La posibilidad de que la futura legislación de contratos mantuviese la tramitación en papel de estos procedimientos no sería admisible, en mi opinión, cuando de la lectura conjunta de los dos cuerpos normativos queda claro que la tramitación que se pretende es la electrónica.

III. LA INTEROPERABILIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA



LA REFORMA
DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA:
UNA OPORTUNIDAD
PARA LA INNOVACIÓN DESDE EL DERECHO

1. El valor estructural de la interoperabilidad

El carácter básico, estructural y esencial de la interoperabilidad ha quedado patente no solo en España sino fundamentalmente en la mayoría de normas y documentos institucionales comunitarios que coinciden en afirmar que para conseguir la implantación de servicios y procedimientos de e-Administración, o en el caso que aquí nos ocupa de contratación pública electrónica, resulta imprescindible garantizar la interoperabilidad entre los diversos sistemas y plataformas tecnológicas utilizados por las Administraciones, los ciudadanos y las empresas. De esta forma, existe una coincidencia a la hora de reconocer la interoperabilidad como objetivo prioritario y a la vez insalvable si se pretende alcanzar el pleno desarrollo del nuevo modelo de Administración electrónica en Europa y en España (Oller Rubert, 2007: 57). Precisamente como consecuencia del carácter transversal de la interoperabilidad, y su importancia capital para la consecución de la Administración electrónica, algunos autores hemos considerado la interoperabilidad como un nuevo principio jurídico del modelo de e-Administración (Martínez Gutiérrez, 2009 y 2011, Merloni, 2005: 199, y Blasco Díaz, 2007:171). Como ya hemos advertido, los principios se identifican con aquellos elementos esenciales e indispensables para la consecución y desarrollo de una determinada actividad, y precisamente su calificación como principios hace referencia a su carácter básico como soportes primarios estructurales del sistema (García de Enterría y Fernández Rodríguez, 2002:83) y en este sentido, la interoperabilidad debe ser considerada como un nuevo principio del nuevo modelo de e-Administración y del procedimiento administrativo a la vista de la importancia estructural de la misma tanto en la vertiente externa como en la dimensión interna según las innumerables referencias a su salvaguarda que “salpimentan” toda la LPAC y la LRJSP.

En todo caso, en el momento actual y vistas las experiencias de implantación de plataformas de e-Administración en diferentes Administraciones públicas tras la entrada en vigor de la LAECSP, nadie puede dudar del carácter básico de la interoperabilidad en la instauración e implantación de servicios y procedimientos electrónicos realmente efectivos. Asegurar la interoperabilidad y la conectividad de los sistemas y plataformas



tecnológicas es una obligación para las distintas Administraciones públicas que se materializa en la exigibilidad y el carácter básico del Real Decreto 4/2010, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad. Conseguir sistemas y plataformas tecnológicas que permitan la interoperabilidad debe ser el objetivo fundamental de la Administración pública española si pretende implantar, en un corto periodo temporal y de forma realmente efectiva, los servicios y procedimientos administrativos electrónicos impuestos tanto por la LPAC, en su esfera de contacto con las personas interesadas, como en la LRJSP, por lo que se refiere a la actividad administrativa interna y las relaciones interadministrativas, ya que de lo contrario, no podrá garantizarse el correcto cumplimiento de los derechos y obligaciones establecidos por las citadas leyes, además de que los sistemas electrónicos de las distintas Administraciones que no cumplan con este principio (y también con el de seguridad) quedarán completamente aisladas del resto de AAPP españolas y europeas.

2. El DEUC y la base de datos e-CERTIS

La Directiva 2014/24/UE ha establecido entre sus novedades el denominado documento europeo único de contratación (en adelante también DEUC) (artículo 59), como documento electrónico, destinado a simplificar y reducir la aportación de documentación contractual por parte de los operadores económicos que participan en los procedimientos de contratación pública. El DEUC consiste en una declaración formal del operador económico que indique que no es de aplicación el motivo de exclusión pertinente y/o que se cumple el criterio de selección pertinente, y facilitará la información necesaria según lo requiera el poder adjudicador. Dicho documento indicará además la autoridad pública o el tercero encargado de establecer los documentos justificativos e incluirá una declaración formal en el sentido de que el operador económico podrá, previa petición y sin demora, facilitar dichos documentos justificativos.

La Directiva concibe al DEUC como un documento electrónico que constituye una declaración formal del operador económico y que debe ser aceptada como prueba preliminar por los poderes adjudicadores, es decir, una tipología documental muy



similar a las denominadas “declaración responsable” y “comunicación previa” para el inicio de actividades y servicios (sustituyendo los clásicos procedimientos de otorgamiento de licencia con control *ex ante* en numerosos supuestos) incorporadas a los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros mediante la Directiva de Servicios o *Bolkestein* y que ha supuesto un auténtico cambio de paradigma en la filosofía de funcionamiento de las Administraciones públicas respecto a las funciones de control en autorizaciones de actividad, que han virado desde el clásico control *ex ante* al actualmente vigente sistema de control *ex post*, en el que las Administraciones comprobarán a posteriori la adecuación del inicio y funcionamiento de la actividad a la documentación que presentó en su momento el titular de la actividad mediante la declaración responsable y la comunicación previa. La utilidad de este documento desde el punto de vista de la reducción de cargas burocráticas a los operadores económicos es más que evidente y, en consecuencia, el legislador español debería proceder a la creación de un documento único de contratación en España siguiendo los cánones del DEUC, de forma que el documento español pueda ser utilizado en el ámbito comunitario como DEUC.

De otro lado, el legislador comunitario ha apuntado también la necesidad de que las bases de datos nacionales sobre documentación contractual de los operadores económicos puedan estar interconectadas también a nivel comunitario. Nuestro legislador debería ser consciente de esta premisa y proceder a dotar de una adecuada y suficiente cobertura legal al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, potenciando su alcance y funciones. En esta línea, el citado registro debería albergar el documento único de contratación al que nos hemos referido en el párrafo anterior. Además, el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas debería estar a su vez interconectado con otras bases de datos con relevante información contractual, como son por ejemplo, las de Hacienda o de la Tesorería General de la Seguridad Social, de manera que los poderes adjudicadores puedan hacer uso de dicho sistema interconectado de bases de datos de información y documentación contractual para cumplir de forma más precisa y eficaz con sus cometidos y con la labor de comprobación documental de los requisitos y situación actualizada de las empresas (circunstancia que permitiría hablar de un sistema interconectado de bases de datos con



información viva, y por tanto, lo más íntegra, veraz y actualizada posible). El legislador español debería considerar la utilidad de que los poderes adjudicadores utilicen obligatoriamente el sistema español de documento único, las comprobaciones en bases de datos y su conexión a nivel comunitario con e-Certis y el DEUC.

Precisamente por esta necesidad de interconectar el sistema español y el comunitario, resulta absolutamente imprescindible tener en consideración los requisitos y obligaciones derivadas de la necesaria interoperabilidad tanto en la confección y mantenimiento de los documentos únicos de contratación como en las bases de datos y registros de los Estados Miembros y de la Unión Europea (siendo pieza clave el respeto del vocabulario común de contratos públicos (CPV) y el formato e información del DEUC como parámetro base del diseño de los documentos únicos de contratación nacionales), cuyos estándares se definen en Europa a través del Marco Europeo de Seguridad (MES) y del Marco Europeo de Interoperabilidad (MEI) y se han incorporado al ordenamiento español mediante los Reales Decretos 3/2010, por el que se aprueba el Esquema Nacional de Seguridad (RDENS), y 4/2010, por el que se aprueba el Esquema Nacional de Interoperabilidad (RDENI).

3. El CPV (*Common procurement vocabulary*) como supuesto de éxito de aplicación de los criterios de interoperabilidad

La interoperabilidad semántica, también definida por algunas normas jurídicas como “interoperabilidad semántico-jurídica” (como por ejemplo, la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, LUTICAJ), es 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. Esta dimensión se refiere a la necesidad de que la información y documentación pueda disponer de unas pautas que la hagan interpretable de forma automática por las aplicaciones y plataformas que vayan a utilizarse, por lo que aquí interesa, por ejemplo en e-Certis y el sistema electrónico de intercambio comunitario de información y documentación contractual. Es decir, que la información se elabore de manera que pueda ser entendida



LA REFORMA
DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA:
UNA OPORTUNIDAD
PARA LA INNOVACIÓN DESDE EL DERECHO

por otras aplicaciones distintas a aquella que la creó gracias a la utilización de lenguajes comunes que permitan interpretar y reutilizar sin dificultad toda la información que se intercambie electrónicamente por las redes de los sistemas electrónicos o bases de datos relativas a documentación contractual. En este sentido, el establecimiento y obligatoriedad de un sistema de nomenclatura y vocabulario común en el ámbito de la contratación es una premisa para poder conseguir la interoperabilidad semántica y con ello garantizar que en el futuro puede producirse una interconexión de las bases de datos de las instituciones comunitarias y de los diferentes Estados Miembros.

El sistema de nomenclatura común, más conocido como “Vocabulario Común de los Contratos Públicos”, fue definido por la Directiva 2004/18/CE en su artículo 1.14 de la siguiente manera: “El «Vocabulario Común de los Contratos Públicos», denominado en lo sucesivo CPV (Common Procurement Vocabulary), designa la nomenclatura de referencia aplicable a los contratos públicos adoptada por el Reglamento (CE) nº 2195/2002, que garantiza al mismo tiempo la correspondencia con las demás nomenclaturas existentes. En caso de diferencias de interpretación sobre el ámbito de aplicación de la presente Directiva, a causa de posibles divergencias entre la nomenclatura CPV y la nomenclatura NACE mencionada en el anexo I o entre la nomenclatura CPV y la nomenclatura CPC (versión provisional) mencionada en el anexo II, la nomenclatura NACE y la nomenclatura CPC prevalecerán, respectivamente”. La Directiva de 2014 no ha aportado una definición al respecto, por lo que debemos entender que se mantiene vigente tanto el concepto como el alcance y significado del CPV o Vocabulario Común de los Contratos Públicos trazado en 2004 por la Directiva derogada recientemente. Esta puesta en común de conceptos a nivel comunitario mediante sistemas como el CPV es consecuencia directa de la necesidad de garantizar la interoperabilidad semántica, fijando una nomenclatura común en los diferentes Estados Miembros y también en las propias instituciones de la Unión Europea que evite disparidades de criterios a la hora de interpretar los conceptos por cuestión del idioma, salvando las barreras del multilingüismo propias de estructuras administrativas como la Unión Europea.



La articulación del sistema de nomenclatura común en materia de contratación pública lo que pretende es estandarizar la utilización del lenguaje en el complejo sistema lingüístico de la Unión Europea, cuestión sin duda clave para poder asegurar que las herramientas informáticas, plataformas y aplicaciones de cualquiera de los Estados Miembros o de la Unión Europea, como por ejemplo e-Certis, puedan tratar automáticamente la información y documentación contractual diseñada con los parámetros del sistema CPV sin que se produzcan problemas interpretativos vinculados al idioma o al lenguaje utilizado. De esta manera, podemos afirmar que el vocabulario común de los contratos públicos es básico para garantizar la interoperabilidad semántica y gracias a ello permitir en el futuro el desarrollo de una red comunitaria de intercambio electrónico de información y documentación contractual sin que se planteen dificultades lingüísticas o semánticas, y con plenas garantías de que las bases de datos, herramientas, instrumentos, plataformas o sistemas electrónicos de cualquier Administración pública de la Unión Europea podrán tratar automáticamente la información y documentación contractual.

El legislador comunitario, plenamente consciente de la importancia de la interoperabilidad semántica en el establecimiento a nivel comunitario de un sistema electrónico eficaz de intercambio de información y documentación contractual ha incorporado un artículo en la DIRECTIVA 2014/24/UE, el 23, para regular la interoperabilidad semántica y que tiene el indicativo título de “nomenclaturas”.

El alcance del artículo 23 es doble, aunque siempre con el objetivo final de garantizar la interoperabilidad semántica gracias al establecimiento de un sistema de respeto obligatorio del vocabulario común de contratos públicos de la Unión Europea. Por un lado, el apartado 1º del artículo 23 señala 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”. Si observamos la técnica de remisión y de regulación del CPV no debemos dudar de la importancia de la interoperabilidad semántica en esta materia, pues la norma a la que se hace referencia y que regula el sistema de nomenclatura común es un Reglamento comunitario y en



consecuencia “obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro” (artículo 4 del Reglamento (CE) n o 2195/2002³).

En segundo lugar, además de los rigores y del obligado respeto de todos los Estados miembros al sistema CPV, como acabamos de comprobar, el apartado 2º del artículo 23 de la DIRECTIVA 2014/24/UE otorga “a la Comisión los poderes para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 87 en lo referente a la adaptación de los códigos CPV contemplados en la presente Directiva, siempre que se introduzcan cambios en la nomenclatura CPV que deban reflejarse en la presente Directiva y que no impliquen una modificación de su ámbito de aplicación”. Con esta previsión la Comisión puede realizar los cambios que resulten pertinentes en el sistema de forma ágil y la Unión Europea mantiene en todo momento el control del sistema de nomenclatura o vocabulario común de los contratos públicos.

En consecuencia, el CPV resulta de obligado respeto para todas las Administraciones públicas de la Unión Europea, las oportunas modificaciones de la nomenclatura quedan bajo el control de las instituciones comunitarias, y gracias a ello se produce la estandarización semántica obligatoria que permitirá garantizar en todo momento la interoperabilidad semántica y posibilitar en el futuro el buen funcionamiento del sistema electrónico de intercambio de información y documentación contractual en el ámbito de la Unión Europea.

4. El carácter básico y estructural del RDENI y del RDENS en el diseño de aplicaciones y plataformas de contratación pública electrónica

En base a todo lo que hemos señalado en el presente apartado, debemos manifestar la imprescindible y absoluta aplicabilidad de los Reales Decretos 3 y 4 de 2010 por los que se regulan y aprueban los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y Seguridad, que disponen de carácter básico, en el ámbito de la contratación pública. Estas normas son fundamentales para la contratación pública electrónica y resultan de obligado respeto

³ El contenido del citado Reglamento puede consultarse en la sede electrónica del BOE: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2002-82292>. Fecha de consulta: 29.09.2016.



para el diseño, desarrollo e implementación de las aplicaciones y plataformas tecnológicas llegando su esencialidad a garantizar también principios clásicos de la contratación pública como la transparencia, la libre competencia y la concurrencia competitiva (pensemos en el ya analizado vocabulario común de contratos públicos).

IV. LA GESTIÓN DOCUMENTAL Y LAS COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS

1. La presentación de solicitudes en forma de catálogo electrónico⁴

A) Concepto de catálogo electrónico

La Directiva 2014/24/UE de 2014 ha establecido como novedad la regulación jurídica de los denominados “catálogos electrónicos”, regulados en el artículo 36 de la Directiva, dentro del Capítulo II del Título II que regula las “técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada”. A pesar de que los catálogos electrónicos se regulan en el mismo Capítulo de la Directiva 2014/24/UE que regula los sistemas dinámicos de adquisiciones o las subastas electrónicas, este instrumento no debe considerarse como un sistema de contratación pública electrónica en sentido estricto como lo son los que acabamos de citar, sino como un sistema de presentación electrónica de ofertas en los procedimientos de contratación (artículo 36.1). Así, los catálogos electrónicos deben considerarse como instrumentos electrónicos de presentación de ofertas de contratación, propios de la concepción amplia de contratación pública electrónica, y que podrán utilizarse en cualquier tipología de procedimientos de licitación regulados por la Directiva 2014/24/UE, aunque es cierto que el propio artículo 36 se refiere especialmente a dos tipos de procedimientos: los acuerdos marco (apartado 4º) y los sistemas dinámicos de adquisiciones (apartado 6º).

En el Considerando 68 de la Directiva se establece la justificación del establecimiento de este sistema de presentación electrónica de ofertas, y entre otras cuestiones se señala

⁴ Las consideraciones y el contenido de este apartado se basa en mi monografía: Martínez Gutiérrez, 2015.



LA REFORMA
DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA:
UNA OPORTUNIDAD
PARA LA INNOVACIÓN DESDE EL DERECHO

que “estos catálogos constituyen un formato para la presentación y organización de la información de forma común para todos los licitadores participantes que se presta al tratamiento electrónico. Un ejemplo de ello podría ser la presentación de licitadores en forma de hoja de cálculo”. La idea del legislador comunitario es clara, si las comunicaciones electrónicas en la contratación serán la fórmula habitual de comunicación entre los distintos sujetos de la contratación, es necesario establecer también un sistema electrónico igualmente obligatorio para la presentación de las ofertas por parte de los operadores económicos, de forma que la información de las distintas ofertas pueda ser objeto de tratamiento electrónico y/o automatizado por parte del órgano de contratación.

El legislador comunitario otorga también una nueva potencialidad a los catálogos electrónicos, al permitirse que “cuando existan suficientes garantías respecto a la trazabilidad, la igualdad de trato y la previsibilidad, los poderes adjudicadores deben estar autorizados a generar ofertas relacionadas con compras específicas sobre la base de catálogos electrónicos enviados previamente, en particular cuando se haya vuelto a convocar una licitación basada en un acuerdo marco o cuando se utilice un sistema dinámico de adquisición”. Esta posibilidad implica que los poderes adjudicadores puedan reutilizar la información de los catálogos electrónicos que los operadores hayan presentado previamente para generar sobre la base de los mismos nuevas ofertas de contratación, posibilidad que resulta chocante desde el prisma de la necesaria elaboración de los pliegos de la contratación por las Administraciones públicas, garantizando de esta manera que los procedimientos de contratación tengan como finalidad última la satisfacción de las necesidades de compra de las Administraciones bajo la premisa del interés público.

B) Reglas generales de aplicación de este sistema de presentación de ofertas en forma electrónica

Según el artículo 36 apartado 1º de la Directiva 2014/24/UE, “cuando se exija la utilización de medios de comunicación electrónicos”, (artículo 22.1), “los poderes adjudicadores *podrán exigir* que las ofertas se presenten en forma de catálogo



electrónico o que incluyan un catálogo electrónico”. El tenor literal del precepto no deja lugar a dudas al señalar que los poderes adjudicadores “podrán exigir” que los operadores económicos presenten las ofertas en forma de catálogo electrónico, matizando asimismo que “los Estados miembros *podrán hacer obligatoria* la utilización de catálogos electrónicos en relación con determinados tipos de contratación”. El legislador comunitario no precisa en el artículo 36 en qué tipo de procedimientos será obligatoria la presentación de ofertas mediante catálogos electrónicos, dejando margen a los Estados Miembros a la hora de transponer la Directiva a sus ordenamientos para que decidan en este sentido. Sin embargo, una interpretación de conjunto de la DIRECTIVA 2014/24/UE debería implicar que los sistemas o procedimientos de contratación regulados en el Capítulo II del Título II, que regula las “técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada”, establezcan los catálogos electrónicos como fórmula obligatoria de presentación de las ofertas de contratación. A partir de este mínimo de procedimientos en los que establecer los catálogos electrónicos como sistema obligatorio de presentación de ofertas, los Estados Miembros deberían decidir si llegar más lejos o no en la transposición, aunque la obligatoriedad de las comunicaciones electrónicas en la contratación hará que tarde o temprano se impongan en la presentación de las ofertas los sistemas electrónicos como los catálogos u otros sistemas similares.

De otro lado, el último inciso del artículo 36.1 precisa que cuando la presentación de ofertas se realice en forma de catálogos electrónicos ello no debe entorpecer que los operadores económicos puedan presentar junto al catálogo electrónico otra documentación que complete la oferta. En este sentido, el precepto citado señala expresamente que “las ofertas presentadas en forma de catálogo electrónico podrán ir acompañadas de otros documentos que las completen”. Hemos de entender que la presentación de ofertas mediante catálogos electrónicos no debe limitar la posibilidad de los operadores de presentar documentación adicional, junto al propio catálogo electrónico que han elaborado para el procedimiento de contratación específico.

Asimismo, el artículo 36 en su apartado 2º se ocupa de clarificar que “los catálogos electrónicos serán elaborados por los candidatos o licitadores para participar en un procedimiento de contratación dado, de conformidad con las especificaciones técnicas y



el formato establecidos por el poder adjudicador”, es decir, no es válida la extrapolación de los catálogos generales, sino que es imprescindible que el catálogo electrónico se haya elaborado para cada procedimiento específico y, en consecuencia, “de conformidad con las especificaciones técnicas y el formato” que el poder adjudicador haya establecido en los pliegos de la contratación.

Finalmente, respecto de las reglas y normas que deben regir la presentación de ofertas en forma de catálogos electrónicos hemos de señalar dos cuestiones:

1. El segundo párrafo del apartado 2º del artículo 36 establece que “los catálogos electrónicos cumplirán los requisitos aplicables a las herramientas de comunicación electrónicas, así como cualquier otro establecido por el poder adjudicador conforme al artículo 22”. Dado que este sistema de presentación de ofertas es en realidad una especialidad de las comunicaciones electrónicas reguladas en la propia Directiva, resulta congruente que los catálogos electrónicos respeten el régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas definido en el artículo 22 de la Directiva.

2. El apartado 3º del artículo 36 establece una serie de reglas informativas en relación a la presentación de ofertas en forma de catálogo electrónico, según las cuales “cuando se acepte o se exija la presentación de las ofertas en forma de catálogo electrónico, los poderes adjudicadores:

- a) lo harán constar en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés cuando se utilice un anuncio de información previa como convocatoria de la licitación;
- b) indicarán en los pliegos de la contratación toda la información necesaria, de conformidad con el artículo 22, apartado 6, en relación con el formato, el equipo electrónico utilizado y las modalidades y especificaciones técnicas de conexión”. Como puede comprobarse, estas obligaciones de carácter informativo pretenden que la información y documentación contractual de los procedimientos en los que vaya a emplearse este sistema de presentación electrónica de ofertas garanticen un adecuado nivel de información al respecto a todos los operadores económicos interesados.



2. Las comunicaciones y notificaciones electrónicas⁵

La Directiva 2014/24/UE ha establecido con claridad en su artículo 22 la regla general de la utilización obligatoria de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública. El citado artículo señala en su apartado primero que “los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información en virtud de la presente Directiva, y en particular la presentación electrónica de ofertas, se lleven a cabo utilizando medios de comunicación de conformidad con los requisitos establecidos en el presente artículo”. Debemos indicar que el legislador comunitario no deja lugar a la duda cuando afirma la obligación para los Estados Miembros de garantizar “todas las comunicaciones y todos los intercambios de información” relativos a la contratación pública y, particularmente, “la presentación electrónica de ofertas” que se constituye como un medio de comunicación electrónica entre los operadores económicos que se presenten a un procedimiento de licitación pública y los poderes adjudicadores.

La interpretación jurídica del primer párrafo implica el establecimiento de una regla general a nivel comunitario de obligatoriedad de las comunicaciones electrónicas en los procedimientos de contratación pública, que el legislador español deberá transponer en la nueva Ley de Contratos del Sector Público que vaya a promulgarse. Esta obligación de utilización exclusiva de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, a salvo de las excepciones, debe articularse en la futura normativa de contratación teniendo en cuenta tres cuestiones fundamentales.

En primer lugar, para la transposición se deberá tener en consideración la vigente legislación española de procedimiento administrativo común (LPAC) y su normativa de desarrollo, ya que las comunicaciones y las notificaciones electrónicas en el procedimiento administrativo electrónico común tienen una intensa regulación jurídica legal. La relación entre las normas jurídicas debe ser igual que la que existe actualmente entre el TRLCSP y la LPAC (y en menor medida también la LRJSP) en materia de

⁵ Las consideraciones y el contenido de este apartado se basa en mi monografía: Martínez Gutiérrez, 2015.



comunicaciones y notificaciones, donde la regulación jurídica general se encuentra en la legislación sobre procedimiento administrativo común. Es decir, la transposición a nuestra legislación de contratos de la obligación de comunicaciones electrónicas en la contratación pública debe partir de la actual regulación de las comunicaciones y notificaciones electrónicas establecida con carácter básico en los artículos 40 y siguientes de la LPAC.

En segundo lugar, en la transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento en materia de comunicaciones electrónicas el legislador español deberá tener muy presente la articulación del principio de no discriminación en el acceso a las comunicaciones electrónicas, tanto en el supuesto de accesibilidad para personas con discapacidad como en el supuesto de garantizar el acceso por los poderes adjudicadores a herramientas o sistemas alternativos en el caso de que la tecnología a utilizar para el sistema de comunicaciones no sea estándar, ya que la Directiva 2014/24/UE pretende en todo momento salvaguardar la aplicación de la regla general de utilización de comunicaciones electrónicas en todos los procedimientos de contratación pública.

En tercer y último lugar, la regulación de las comunicaciones electrónicas en la legislación española de contratación deberá contener las reglas generales y los requisitos técnicos precisados en el artículo 22.6 (reglas generales) y en el Anexo IV (requisitos técnicos de los dispositivos y herramientas de comunicación), así como las especificaciones relativas a la utilización de la firma electrónica detalladas en el artículo 22.6.c) de la Directiva.

Finalmente, el artículo 22 de la Directiva 2014/24/UE ha establecido tres excepciones a la regla general de las comunicaciones electrónicas. La densidad y extensión del artículo 22 de la Directiva hace necesario que el legislador español en la transposición a nuestro ordenamiento jurídico regule, en mi opinión, en artículos diferenciados la regla general y las excepciones, razón por la cual en este Capítulo V de la monografía hemos decidido realizar el análisis en Epígrafes diferentes.



LA REFORMA
DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA:
UNA OPORTUNIDAD
PARA LA INNOVACIÓN DESDE EL DERECHO

Respecto de las excepciones, contenidas en los párrafos 2º y 4º del apartado 1º del artículo 22, y en el apartado 2º del artículo 22 de la Directiva, debemos señalar que su regulación jurídica es muy cercana a la consideración de las mismas como conceptos jurídicos indeterminados. Esta circunstancia debería implicar que el legislador español, al transponer las excepciones a la regla general de las comunicaciones electrónicas a nuestro ordenamiento jurídico deba precisar y completar los citados conceptos jurídicos indeterminados, con el objetivo de que una deficiente transposición a nuestro ordenamiento de los mismos, dejando un gran margen de interpretación en manos de las Administraciones públicas para aplicarlos, pueda conllevar en la práctica vaciar de aplicabilidad la regla general legal de obligatoriedad de las comunicaciones electrónicas.

Así, la labor del legislador español resulta fundamental para cumplir con los objetivos marcados por la Directiva comunitaria y que pasan por la utilización general de las comunicaciones electrónicas en todos los procedimientos de contratación pública y, en especial, por lo que a la presentación electrónica de las ofertas se refiere. Resulta imprescindible realizar un estudio previo de los tres supuestos excepcionales que a grandes rasgos podemos señalar como: 1. Información sensible / seguridad de la información. 2. Presentación de ofertas por medios tradicionales, con determinación de 4 supuestos. Y, 3. Comunicaciones orales, aunque con base documental. En base a este riguroso análisis, será necesario resaltar que se concrete y delimite correctamente por el legislador español estos tres supuestos excepcionales (fundamentalmente de los dos primeros que hemos señalado), resultando imprescindible conjugar las citadas excepciones con los principios de proporcionalidad y seguridad del modelo de Administración electrónica y de contratación pública electrónica, y asimismo, perfilar de una manera precisa la obligación que el legislador comunitario ha impuesto en los artículos 22.1 y 84 de la Directiva a los poderes adjudicadores que pretendan acogerse a las excepciones de justificar y motivar las circunstancias específicas que implican la no utilización de las comunicaciones electrónicas en un determinado procedimiento de contratación mediante la explicitación de las razones en el informe específico del procedimiento de contratación. El citado informe específico es un documento fundamental que puede servir, con una adecuada regulación legal en España, para



asegurar en la práctica el cumplimiento de la regla general de las comunicaciones electrónicas en los procedimientos de contratación salvo en los supuestos debidamente acreditados de exención legal motivada.

3. Consideraciones en torno a la relación de la gestión documental y las comunicaciones electrónicas en la contratación a la luz de las nuevas LPAC y LRJSP

A partir de 2 de octubre de 2018, a nivel externo, y ya a nivel interno, las Administraciones públicas españolas deberían tener un solo archivo electrónico, un solo registro, una sola plataforma electrónica de tramitación de procedimientos, etc., ya que de conformidad con la legislación básica, LPAC y LRJSP, la tramitación administrativa debería ser ya a nivel interno únicamente electrónica con carácter general.

Asimismo, si analizamos el marco normativo comunitario de la contratación pública, las fechas de entrada en vigor de los procedimientos electrónicos en la contratación van en paralelo a lo establecido en las Leyes 39 y 40 de 2015, abril de 2016 y abril de 2018 (obligatoriedad de las comunicaciones electrónicas con carácter general en la contratación) y dentro de las comunicaciones, de las presentaciones de ofertas (sistema de catálogos electrónicos, etc.). Precisamente esta circunstancia hace aconsejable y recomendable que en la transposición de las Directivas de contratación pública y facturación electrónica se acompasase con el marco normativo legal básico de procedimiento administrativo y de régimen jurídico.

V. LAS IMPLICACIONES DE LA FACTURA ELECTRÓNICA EN LA DIRECTIVA 2014/55/UE Y SU TRANSPOSICIÓN A NUESTRO ORDENAMIENTO

El sistema de presentación de factura electrónica es un mecanismo de gestión documental electrónico que comenzó a generalizarse en nuestro país gracias a la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el sector público (en adelante también LFERC), publicada en el



BOE del sábado 28 de diciembre de 2013. En esta materia España se adelantó a la imposición europea del sistema de factura electrónica en la contratación, que se ha establecido a través de la 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 (en adelante también DFECP). La citada norma comunitaria parte de la premisa previa de la existencia de diferentes normas internacionales, nacionales y regionales regulatorias del uso de la factura electrónica en los Estados Miembros de la Unión Europea que han ido promulgándose sin garantizar la interoperabilidad en el sistema de factura electrónica (a mayor precisión sobre esta norma y sus implicaciones con la Directiva 2014/55/UE véase García Jiménez, 2014).

La DFECP dedica un total de 44 considerandos a justificar casi en exclusiva la conveniencia de establecer un sistema a nivel comunitario que garantice la interoperabilidad en la facturación electrónica vinculada a la contratación pública en la Unión Europea, cuya materialización en el articulado de la propia Directiva se produce en tan solo 14 artículos cuyo contenido esencial trata de asegurar el establecimiento a nivel comunitario de un sistema normalizado de factura electrónica. Evidentemente, el reto en estos momentos se debe centrar en la reforma y adaptación de la Ley 25/2013 y su adaptación a los contenidos de la Directiva 2014/55/UE, pero también a lo que en relación a la gestión electrónica de documentos, la interoperabilidad y el intercambio de datos y documentos mediante redes intranet establecen la LPAC, la LRJSP y los Reales Decretos 3 y 4 de 2010 por los que se aprueban los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y Seguridad.

De la lectura de la LFERC podemos extraer una serie de conclusiones preliminares: 1. Dentro de las reformas estructurales necesarias en el ámbito de la contratación pública y también para la modernización de las Administraciones se inserta el empleo de sistemas de facturación electrónica (prioridad marcada en el *Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas*, Informe CORA). 2. El objetivo de la Ley española es instaurar un sistema obligatorio de factura electrónica en nuestro país que entró en vigor en cuanto a la obligatoriedad de presentación de factura electrónica el 15 de enero de 2015 (Disposición Final Octava). 3. La Ley establece el registro contable de



facturas en el sector público y punto general de entrada de facturas electrónicas (FACE), como mecanismo de coordinación del sistema de factura electrónica a nivel nacional. 4. La Ley dedica un buen número de sus preceptos a cuestiones directamente relacionadas con la interoperabilidad técnica, como el formato de las facturas y la firma electrónica. 5. El carácter previo de la normativa legal española con respecto a la Directiva comunitaria ratifica la necesidad de articulación de un sistema homogéneo y estandarizado de factura electrónica en la Unión Europea que evite que los sistemas nacionales no sean en el futuro interoperables a nivel comunitario. 6. La obligatoriedad de la factura electrónica en España desde el 15 de enero de 2015, anterior a la fecha de transposición de la Directiva, implica que la normativa española deba tener en cuenta las consideraciones de la normativa comunitaria, pero ahora también de la normativa de procedimiento y de régimen jurídico y fundamentalmente de la LPAC, la LRJSP, el RDENI y el RDENS.

Finalmente, y dado que la normativa de factura electrónica lo es en el ámbito de la contratación pública, sería conveniente realizar una adaptación que quizá pueda integrar en un futuro único texto legal la normativa de factura electrónica. Es decir, en atención a la mejor coordinación y coherencia de las normas de factura electrónica y de contratación pública, y también por razones de simplificación normativa, lo deseable sería integrar la regulación de la facturación electrónica dentro del futuro texto de la Ley de Contratos del Sector Público, donde en resumen, se abordase la transposición de las Directivas 24 y 55 de 2014 a nuestro ordenamiento y con los debidos ajustes normativos a la normativa de procedimiento, de régimen jurídico, de interoperabilidad y de seguridad, es decir, a la LPAC, la LRJSP, el RDENI y el RDENS.

VI. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. La aplicación de la actuación administrativa automatizada en la contratación

Según el artículo 41 de la LRJSP, se entiende por actuación administrativa automatizada “cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por



una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público”. Este tipo de actividad, ampliamente utilizada en determinados ámbitos del obrar de la actuación administrativa como por ejemplo en la actividad sancionadora que se realiza mediante radar, es perfecta para aquellos ámbitos de ejercicio de potestades regladas o donde la discrecionalidad técnica pueda ser objeto de predeterminación previa a través de un baremo (como sucede con la imposición de sanciones de radar) (Martínez Gutiérrez, 2014). Precisamente por estas razones, la normativa exige que “en caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación”. A mayor precisión sobre el régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada me remito a Valero Torrijos, 2007:71 y siguientes, y Alamillo Domingo y Urios Aparisi, 2011.

En la línea que ya he manifestado en trabajos anteriores a los que me remito (Martínez Gutiérrez, 2014, y 2015), la aplicación de la actuación administrativa automatizada en la contratación pública puede ayudar a conseguir una más certera consecución de los principios de la contratación gracias a la utilización en determinados supuestos de técnicas como la subasta electrónica y los sistemas dinámicos de adquisiciones, todo ello gracias al adelanto de la discrecionalidad que se produce al tener que especificar previamente el baremo de selección automatizada de la oferta económicamente más ventajosa. A continuación, vamos a proceder a un análisis del contenido, alcance y funcionamiento de los sistemas dinámicos de adquisiciones y de la subasta electrónica, y tras ello realizaremos una propuesta normativa cuyo estudio quizá pueda tener, al menos, utilidad desde el punto de vista del debate de ideas en este ámbito del obrar de las Administraciones desafortunadamente muy marcado por supuestos de arbitrariedad.

2. Régimen jurídico de los sistemas dinámicos de adquisiciones⁶

⁶ Para este apartado tomaré como base mi monografía sobre estas cuestiones: Martínez Gutiérrez, 2015:90 y siguientes.



A) Concepto

El artículo 34 de la Directiva 2014/24/UE incorpora la nueva definición o concepto de sistemas dinámicos de adquisiciones. En el apartado 1º del citado artículo se señala que el “sistema dinámico de adquisición es un proceso totalmente electrónico, y estará abierto durante todo el período de vigencia del sistema de adquisición a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección”. Este proceso enteramente electrónico se podrá utilizar para “las compras corrientes, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades de los poderes adjudicadores” y el SDA “podrá dividirse en categorías de productos, obras y servicios, que serán definidas objetivamente conforme a las características de la contratación que vaya a realizarse en la categoría de que se trate. Entre dichas características podrá figurar la referencia al volumen máximo admisible de los contratos específicos subsiguientes o a una zona geográfica específica donde vayan a ejecutarse los contratos específicos subsiguientes”. Dentro del concepto de SDA también debe figurar, en mi opinión, el contenido del apartado 9º del artículo 34 en base al cual “no se podrá cobrar ningún gasto, ni antes de que se inicie el período de vigencia del sistema ni durante dicho período, a los operadores económicos que estén interesados o que participen en el sistema dinámico de adquisición”.

Del citado concepto legal de sistema dinámico de adquisición podemos extraer cuatro características o rasgos fundamentales:

1. Se trata de un procedimiento “totalmente electrónico” y permanentemente “abierto” durante toda su vigencia “a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección”, y, por tanto, el acceso al sistema podemos entender que está automatizado.
2. La automatización del acceso al sistema y también la automatización de la clasificación de las ofertas que presenten los operadores económicos se produce de manera objetiva, sobre la base de unos criterios predefinidos en los pliegos y en la

información y documentación contractual “conforme a las características de la contratación que vaya a realizarse”⁷.

3. Los poderes adjudicadores podrán utilizar el SDA para “compras corrientes”, debiendo entenderse por tales aquellas “cuyas características generalmente disponibles en el mercado” y “satisfacen las necesidades de los poderes adjudicadores”. Estas compras corrientes en las que podrá utilizarse la fórmula del SDA podrán “dividirse en categorías de productos, obras y servicios”, es decir, debemos entender que para las tipologías contractuales de obras, suministros y servicios, que podrán participar conjuntamente de un mismo sistema dinámico de adquisición, eso sí, “cuando los poderes adjudicadores hayan dividido el sistema en categorías de productos, obras o servicios (...) especificarán los criterios de selección que se apliquen a cada categoría” (apartado 2º del artículo 34) ya que lógicamente serán diferentes.

4. La participación en el SDA para los operadores económicos es totalmente gratuita y, en consecuencia, “no se podrá cobrar ningún gasto, ni antes de que se inicie el período de vigencia del sistema ni durante dicho período, a los operadores económicos que estén interesados o que participen en el sistema dinámico de adquisición”.

B) Normas generales para contratar en el marco de un sistema dinámico

En el presente apartado vamos a proceder al análisis de las normas generales fijadas en distintos apartados del artículo 34 para contratar en el marco de un sistema dinámico de adquisiciones. Respecto a esta tipología de procedimiento de contratación debemos señalar una serie de características.

En primer lugar, y según el artículo 34.2 de la Directiva “para contratar en el marco de un sistema dinámico de adquisición, los poderes adjudicadores seguirán las normas del procedimiento restringido” reguladas en el artículo 28 de la Directiva 2014/24/UE⁸. Así

⁷ Criterios objetivos en los cuales, según ejemplifica el propio artículo 34.1 de la Directiva, “podrá figurar la referencia al volumen máximo admisible de los contratos específicos subsiguientes o a una zona geográfica específica donde vayan a ejecutarse los contratos específicos subsiguientes”.

⁸ A mayor precisión, reproducimos aquí el artículo 28 de la Directiva:

“Procedimiento restringido

1. En los procedimientos restringidos cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación que contenga la información indicada en el

pues, a los sistemas dinámicos de adquisición se les deben aplicar las normas del procedimiento restringido, que dichas normas tengan con carácter general la consideración de supletorias ante cualquier laguna de regulación que pueda existir en la normativa específica del SDA fijada por el artículo 34 de la Directiva 2014/24/UE.

En segundo lugar, y no obstante la regla general anterior, el artículo 34.2 de la Directiva 2014/24/UE regula en su segundo párrafo el régimen jurídico de los plazos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, que se aplican de manera específica en un SDA y en estos supuestos, en consecuencia, no se aplicarán las reglas generales sobre plazos del procedimiento negociado reguladas en el artículo 28 de la Directiva. El citado

anexo V, parte B o C, según el caso, proporcionando la información para la selección cualitativa que haya solicitado el poder adjudicador.

El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación o, en caso de que se utilice un anuncio de información previa como medio de convocatoria de la licitación, de la invitación a confirmar el interés.

2. Solo podrán presentar una oferta los operadores económicos invitados por el poder adjudicador tras la evaluación por este de la información proporcionada. Los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos aptos que deban ser invitados a participar en el procedimiento, de conformidad con el artículo 65.

El plazo mínimo para la recepción de las ofertas será de 30 días a partir de la fecha de envío de la invitación a licitar.

3. Cuando los poderes adjudicadores hayan publicado un anuncio de información previa que no se haya utilizado como medio de convocatoria de licitación, el plazo mínimo para la recepción de las ofertas, según lo establecido en el apartado 2, párrafo segundo, del presente artículo, podrá reducirse a 10 días, siempre que se cumplan todas las condiciones siguientes:

- a) que en el anuncio de información previa se haya incluido toda la información exigida en el anexo V, parte B, sección I, en la medida en que dicha información estuviera disponible en el momento de publicarse el anuncio de información previa;
- b) que el anuncio de información previa haya sido enviado para su publicación entre 35 días y 12 meses antes de la fecha de envío del anuncio de licitación.

4. Los Estados miembros podrán disponer que todos los poderes adjudicadores subcentrales o determinadas categorías de los mismos puedan establecer el plazo para la recepción de las ofertas de mutuo acuerdo entre el poder adjudicador y los candidatos seleccionados, siempre que todos los candidatos seleccionados dispongan de un plazo idéntico para preparar y presentar sus ofertas. A falta de acuerdo sobre el plazo para la recepción de ofertas, el plazo no podrá ser inferior a 10 días a partir de la fecha de envío de la invitación a licitar.

5. El plazo para la recepción de las ofertas establecido en el apartado 2 del presente artículo, podrá reducirse en cinco días si el poder adjudicador acepta que las ofertas puedan presentarse por medios electrónicos de conformidad con el artículo 22, apartados 1, 5 y 6.

6. Cuando los plazos establecidos en el presente artículo sean impracticables a causa de una situación de urgencia debidamente justificada por los poderes adjudicadores, estos podrán fijar:

- a) un plazo para la recepción de las solicitudes de participación que no será inferior a 15 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación;
- b) un plazo para la recepción de ofertas que no será inferior a 10 días a partir de la fecha de envío de la invitación a licitar”.

precepto señala a este respecto que “no obstante lo dispuesto en el artículo 28, se aplicarán los plazos siguientes” en el marco de un sistema dinámico de adquisición:

“a) el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación o, en caso de que se utilice un anuncio de información previa como medio de convocatoria de la licitación, a partir de la fecha de envío de la invitación a confirmar el interés”.

Y, “b) el plazo mínimo para la recepción de ofertas será como mínimo de 10 días a partir de la fecha en que se envíe la invitación a presentar ofertas”.

Para el resto de supuestos de determinación de plazos en el marco de un sistema dinámico de adquisición de las reglas generales del artículo 28, como puede ser el caso de los procedimientos de urgencia debidamente justificada por los operadores económicos que hagan impracticables los plazos generales, supuesto regulado en el apartado 6º del artículo 28.

En tercer lugar, el apartado 3º del artículo 34 no deja lugar a dudas de que el único sistema de comunicación entre las partes interesadas en el marco de un sistema dinámico de adquisiciones serán las comunicaciones electrónicas. El tenor literal del citado precepto establece que “para todas las comunicaciones que se realicen en el contexto de un sistema dinámico de adquisición *se utilizarán únicamente medios electrónicos*, de conformidad con el artículo 22, apartados 1, 3, 5 y 6”.

Y, en cuarto lugar, debemos tener en consideración las obligaciones específicas que al respecto de la información y documentación contractual se determinan por los apartados 2º, 4º, 7º y 8º del artículo 34 de la Directiva⁹.

⁹ Pasamos a reproducir en nota al pie los citados apartados:

“2. Para contratar en el marco de un sistema dinámico de adquisición, los poderes adjudicadores seguirán las normas del procedimiento restringido. Serán admitidos en el sistema todos los candidatos que cumplan los criterios de selección, sin que pueda limitarse el número de candidatos admisibles en el sistema de conformidad con el artículo 65. Cuando los poderes adjudicadores hayan dividido el sistema en categorías de productos, obras o servicios conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, especificarán los criterios de selección que se apliquen a cada categoría.

No obstante lo dispuesto en el artículo 28, se aplicarán los plazos siguientes:

a) el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación o, en caso de que se utilice un anuncio de información previa como medio de convocatoria de la licitación, a partir de la fecha de envío de la invitación a confirmar el interés. No se fijará un plazo suplementario para la recepción de las solicitudes de participación una vez que se

C) Funcionamiento del sistema dinámico de adquisiciones

En el presente apartado vamos a analizar cómo funciona un SDA o, lo que es lo mismo, el procedimiento o sistemática que se ha determinado por la Directiva 2014/24/UE para admitir a los operadores económicos en el marco del sistema, licitar contrataciones específicas en el seno del mismo y proceder a su adjudicación al participante que haya presentado la mejor oferta:

1. Los sistemas dinámicos de adquisiciones tienen entre sus puntos fuertes la posibilidad de incorporar operadores económicos al mismo en cualquier momento durante todo el periodo de vigencia del sistema. El apartado 5º del artículo 34 señala al respecto que “durante todo el período de vigencia del sistema dinámico de adquisición, los poderes

haya enviado la invitación a presentar ofertas para la primera contratación específica en el marco del sistema dinámico de adquisición;

b) el plazo mínimo para la recepción de ofertas será como mínimo de 10 días a partir de la fecha en que se envíe la invitación a presentar ofertas. Cuando proceda, se aplicará el artículo 28, apartado 4. No serán de aplicación los apartados 3 y 5 de ese mismo artículo.

(...)

4. Para la adjudicación de contratos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, los poderes adjudicadores:

a) publicarán una convocatoria de licitación en la que se precisará claramente que se trata de un sistema dinámico de adquisición;

b) indicarán en los pliegos de la contratación, al menos, la naturaleza y la cantidad estimada de las compras previstas, así como toda la información necesaria relativa al sistema dinámico de adquisición, en particular el modo de funcionamiento del mismo, el equipo electrónico utilizado y las modalidades y especificaciones técnicas de conexión;

c) indicarán toda división en categorías de productos, obras o servicios y las características que definen a dichas categorías;

d) ofrecerán un acceso libre, directo y completo, durante todo el período de vigencia del sistema, a los pliegos de la contratación, de conformidad con el artículo 53.

(...)

7. En cualquier momento del período de vigencia del sistema dinámico de adquisición, los poderes adjudicadores podrán exigir a los participantes admitidos que presenten una declaración del interesado renovada y actualizada conforme a lo dispuesto en el artículo 59, apartado 1, dentro de un plazo de cinco días hábiles a partir de la fecha en la que fuere comunicada dicha petición.

Durante todo el período de vigencia del sistema dinámico de adquisición será de aplicación el artículo 59, apartados 4 a 6.

8. Los poderes adjudicadores deberán indicar el período de vigencia del sistema dinámico de adquisición en la convocatoria de licitación. Informarán a la Comisión de cualquier cambio del período de vigencia, utilizando los siguientes formularios normalizados:

a) cuando el período de vigencia se modifique sin que haya terminado el sistema, el formulario utilizado inicialmente para la convocatoria de licitación del sistema dinámico de adquisición;

b) cuando haya terminado el sistema, el anuncio de adjudicación de contrato, contemplado en el artículo 50”.



adjudicadores ofrecerán a cualquier operador económico la posibilidad de solicitar participar en el sistema”. Así, cualquier operador económico interesado en incorporarse al SDA será admitido si cumple con “los criterios de selección” y “sin que pueda limitarse el número de candidatos admisibles en el sistema” (artículo 34.2 de la Directiva). Estas circunstancias permiten que el sistema dinámico de adquisición pueda generar en su seno una bolsa de potenciales empresas interesadas, sin limitación del número máximo de ellas, que compitan constantemente por la adjudicación de cada contrato específico mediante la presentación de nuevas ofertas. Lógicamente, este sistema de contratación pública electrónica en sentido estricto es ideal para potenciar la competencia entre los operadores económicos, consiguiendo una mayor eficacia y eficiencia en la contratación pública. Respecto de la evaluación de las solicitudes de acceso al sistema que deben realizar los poderes adjudicadores, se señala en el propio artículo 34.5 de la Directiva 2014/24/UE que “los poderes adjudicadores finalizarán su evaluación de estas solicitudes conforme a los criterios de selección en el plazo de los diez días hábiles siguientes a su recepción. Dicho plazo podrá prorrogarse a quince días hábiles en casos concretos justificados, en particular si es necesario examinar documentación complementaria o verificar de otro modo si se cumplen los criterios de selección”. A pesar de los plazos que acabamos de señalar, el párrafo 2º del propio apartado 5º del artículo 34 matiza que “mientras la convocatoria de ofertas para la primera contratación específica en virtud del sistema dinámico de adquisición no haya sido enviada, los poderes adjudicadores podrán ampliar el plazo de evaluación siempre que no se haya emitido ninguna convocatoria de ofertas durante el plazo de evaluación ampliado. Los poderes adjudicadores indicarán en los pliegos de la contratación la duración del plazo ampliado que se propongan aplicar”. En todo caso, y sea cual sea el plazo de evaluación de las solicitudes y de contestación de los poderes adjudicadores a los operadores económicos que hayan presentado la solicitud, la Directiva 2014/24/UE pretende que la contestación de la admisión o no en el sistema dinámico de adquisición se produzca de la manera más rápida posible y, en esta misma dirección, el último inciso del artículo 34.5 de la Directiva obliga a “los poderes adjudicadores” a informar (el texto legal utiliza el imperativo “informarán”) “lo antes posible al operador económico de que se trate de si ha sido o no admitido en el sistema dinámico de adquisición”.

2. Una vez que en el marco de un SDA ya se disponen de los operadores económicos admitidos e interesados en la categoría o categorías de contratos que van a ser objeto de licitaciones múltiples posteriores, el apartado 6º del artículo 34 establece que para cada contratación específica los poderes adjudicadores invitarán a todos los participantes admitidos en el SDA a presentar una oferta nueva. Esta invitación para cada contratación específica se realizará por categoría, es decir, si el SDA dispone de una sola categoría se invitará a todos los operadores económicos incorporados en el sistema, pero si el sistema dinámico de adquisición ha “sido dividido en categorías de obras, productos o servicios, los poderes adjudicadores invitarán a todos los participantes que hayan sido admitidos en la categoría correspondiente”, como por otra parte es razonable. La invitación a los candidatos debe realizarse conforme a las reglas establecidas en el artículo 54 de la Directiva 2014/24/UE, y en base a lo establecido en el apartado 1º del citado artículo “los poderes adjudicadores invitarán simultáneamente y por escrito a los candidatos seleccionados a presentar sus ofertas”. Finalmente en relación a este punto, el 2º párrafo del apartado 6º del artículo 34 de la Directiva se refiere a la adjudicación de los contratos específicos que se realizará “al licitador que haya presentado la mejor oferta” “basándose en los criterios de adjudicación” detallados en la información y documentación contractual del SDA, adjudicación que podrá realizarse mediante subasta electrónica.

3. Por último, según el primer párrafo del artículo 36.6 de la Directiva 2014/24/UE, “los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos basados en un sistema dinámico de adquisición exigiendo que las ofertas relativas a un contrato concreto se presenten en formato de catálogo electrónico”. Así, los participantes admitidos en un SDA presentarán las nuevas ofertas para un contrato específico, tras la oportuna invitación, en forma de catálogo electrónico, produciéndose con posterioridad la evaluación automática de las mismas y la adjudicación a la mejor oferta conforme a los criterios técnicos preestablecidos. En este supuesto, “los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos basados en un sistema dinámico de adquisición conforme a lo dispuesto en el apartado 4, letra b)”, que establece que “cuando se haya celebrado un acuerdo marco con varios operadores económicos tras la presentación de ofertas en forma de catálogos



electrónicos, los poderes adjudicadores podrán disponer que las nuevas licitaciones que se convoquen para la adjudicación de contratos específicos se basen en catálogos actualizados” y “en tal caso, los poderes adjudicadores deberán” (...) “notificar a los licitadores su intención de obtener, a partir de los catálogos electrónicos ya presentados, la información necesaria para constituir ofertas adaptadas a los requisitos del contrato específico en cuestión, siempre que el uso de este método se haya anunciado en los pliegos de la contratación”. Así, también en el marco de los sistemas dinámicos de adquisiciones se podrán aprovechar las potencialidades en materia de simplificación que permiten los catálogos electrónicos, en cuanto a la presentación de ofertas y, también, gracias a la utilización de la subasta electrónica para la adjudicación de contratos específicos en el marco de un SDA.

3. Régimen jurídico de la subasta electrónica¹⁰

A) Concepto

El artículo 35.1 de la Directiva considera a la subasta electrónica como un sistema o “proceso” de contratación “electrónico repetitivo, que tendrá lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas y que les permitirá proceder a su clasificación mediante métodos de evaluación automatizados”. Se trata de un “proceso electrónico repetitivo” puesto que una de las características fundamentales de la subasta electrónica es la posibilidad de que los operadores económicos que participan en ella “presenten nuevos precios, revisados a la baja, o nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas”. Es decir, la subasta electrónica es un sistema de adjudicación dinámico y no estático que permite a los operadores económicos la presentación de nuevos precios revisados a la baja antes del cierre de la subasta. Este proceso dinámico tendrá lugar “tras una primera evaluación completa de las ofertas” gracias a la cual se procederá a la “clasificación” de las ofertas presentadas por los operadores económicos “mediante métodos de evaluación automatizados”.

¹⁰ Para este apartado tomaré como base mi monografía sobre estas cuestiones: Martínez Gutiérrez, 2015.

De otra parte, conforme al apartado 3º del artículo 35, “la subasta electrónica se basará en uno de los siguientes elementos de las ofertas: a) únicamente en los precios, cuando el contrato se adjudique atendiendo exclusivamente al precio; b) o bien en los precios y/o en los nuevos valores de los elementos de las ofertas indicados en los pliegos de la contratación, cuando el contrato se adjudique en función de la mejor relación calidad-precio o a la oferta de menor coste atendiendo a la relación coste-eficacia”. Esta circunstancia resulta interesante, pues el sistema de clasificación automática de las ofertas en las subastas electrónicas implica que el órgano de contratación deba especificar previamente los valores de las ofertas, que pueden basarse exclusivamente en el valor precio (considerando “la oferta económicamente más ventajosa” en la terminología del TRLCSP y de la Directiva 2014/24/UE, la del precio más bajo), o una combinación de valores que incluya precio y otros elementos baremables señalados en los pliegos de la contratación, que sean susceptibles de valoración automatizada¹¹ (considerando “la oferta económicamente más ventajosa” “la mejor relación calidad-precio o a la oferta de menor coste atendiendo a la relación coste-eficacia”).

Finalmente debemos referirnos a la limitación de utilización de las subastas electrónicas, recogida en el tercer párrafo del artículo 35.1 de la Directiva y que señala que “no podrán ser objeto de subastas electrónicas determinados contratos públicos de servicios y de obras que, al tener por objeto prestaciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras, no pueden clasificarse mediante métodos de evaluación automatizados”. De esta manera, se veta la utilización de la subasta electrónica en dos tipologías contractuales: servicios y obras; pero sólo cuando dichos contratos tengan “por objeto prestaciones de carácter intelectual” que no puedan “clasificarse mediante métodos de evaluación automatizados”, supuesto que debe ser considerado como excepcional, ya que en la inmensa mayoría de contrataciones es posible el establecimiento de unos baremos precisos previos que permitan la posterior evaluación automatizada de las ofertas. En relación a esta limitación, el legislador comunitario ha establecido una justificación en el Considerando 67 de la Directiva

¹¹ Interesa señalar aquí que el apartado 2º del propio artículo 35 señala qué debe entenderse como valores susceptibles de valoración automatizada al señalar entre otras cuestiones que “cuando el contenido de los pliegos de la contratación, y en particular las especificaciones técnicas, puedan establecerse de manera precisa.



según la cual “debe señalarse que las subastas electrónicas no son normalmente adecuadas para determinados contratos de obras públicas y contratos de servicios públicos cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras, ya que solo los elementos que puedan ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación del poder adjudicador, es decir, solo los elementos que sean cuantificables, de modo que puedan expresarse en cifras o en porcentajes, pueden ser objeto de subasta electrónica”. Lógicamente, la evaluación de las ofertas de manera automatizada por medios electrónicos implica la no intervención humana directa en la valoración, pero sí habrá una intervención humana indirecta y previa ya que debemos tener presente que será el órgano de contratación (y por tanto las personas que lo conformen) quienes deberán establecer previamente los parámetros y baremos de las especificaciones técnicas a valorar de manera automatizada y electrónica en la subasta electrónica. A este aspecto se refiere también el apartado 2º del artículo 35 al señalar cuándo los poderes adjudicadores pueden utilizar el sistema de subasta electrónica, donde se señala que será posible “cuando el contenido de los pliegos de la contratación, y en particular las especificaciones técnicas, puedan establecerse de manera precisa”. Teniendo en cuenta que con la subasta electrónica se produce el adelanto de la discrecionalidad del órgano de contratación en la decisión final con la determinación previa de las bases, baremos y especificaciones técnicas susceptibles de automatización, este sistema de contratación pública electrónica en sentido estricto es perfecto para evitar irregularidades y arbitrariedades en la fase de adjudicación de los contratos públicos (ya que esta fase se realizará electrónicamente y sin intervención directa humana) (Martínez Gutiérrez, 2014).

B) Procedimientos de contratación susceptibles de realización mediante subasta electrónica

La subasta electrónica no es un procedimiento de contratación en el sentido clásico del término, que se añade a las tipologías de procedimientos abiertos, restringidos o negociados (Domínguez Macaya Larnaga, 2011:412). La subasta electrónica es un sistema o proceso electrónico que puede ser empleado para la selección de la oferta



económicamente más ventajosa de un contrato público específico que siga cualquier tipología procedimental, es decir, la subasta electrónica puede ser utilizada tanto en procedimientos abiertos, restringidos como negociados, tratándose en realidad de un sistema de adjudicación de la oferta económicamente más ventajosa.

El propio artículo 35 en su apartado 2º aclara esta cuestión al señalar que “en los procedimientos abiertos, restringidos o de licitación con negociación, los poderes adjudicadores podrán decidir que se efectúe una subasta electrónica previa a la adjudicación de un contrato público cuando el contenido de los pliegos de la contratación, y en particular las especificaciones técnicas, puedan establecerse de manera precisa”. Así, si la subasta electrónica se emplea en un procedimiento abierto, se seguirán las normas generales de este procedimiento reguladas en el artículo 27 de la Directiva y las específicas del proceso de subasta electrónica para la selección de la mejor oferta previo a la adjudicación; se procederá de igual manera para los procedimientos restringidos (con aplicación de las reglas del artículo 28) y para los procedimientos de licitación con negociación (con aplicación de las reglas del artículo 29).

C) Los pliegos de la contratación en la subasta electrónica

El artículo 35 de la Directiva 2014/24/UE, en su apartado 4, ha venido a regular los pliegos de la contratación en las subastas electrónicas, como regulación específica que complementa al artículo 53 de la propia Directiva donde se regulan los pliegos de la contratación y su disponibilidad electrónica. Así, el citado apartado 4º del artículo 35 señala que “los poderes adjudicadores que decidan recurrir a una subasta electrónica lo indicarán en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés”, siendo ésta una exigencia normativa ineludible para los poderes adjudicadores que tienen obligación de informar adecuadamente de que el sistema de licitación a utilizar será el de subasta electrónica. Asimismo, el último inciso del artículo 35.4 de la Directiva establece que “los pliegos de la contratación incluirán, como mínimo, la información establecida en el anexo VI”, y, en consecuencia, debemos entender que la información establecida en el Anexo VI de la Directiva es el mínimo obligatorio informativo a partir

del cual los poderes adjudicadores pueden, si así lo estiman pertinente, añadir más información que consideren interesante para el buen funcionamiento de una subasta electrónica, de forma que permita a los operadores económicos que participan en este sistema de contratación pública electrónica en sentido estricto disponer de más información de la absolutamente imprescindible y pujar en la subasta de una manera más precisa y concreta (Martínez Gutiérrez, 2015:232 y siguientes).

D) Funcionamiento de la subasta electrónica

El artículo 35 de la Directiva 2014/24/UE contiene en sus apartados 5º a 9º la regulación jurídica del funcionamiento o desarrollo del sistema de subasta electrónica. El contenido de los citados preceptos puede dividirse en cinco apartados que vendrían a constituir cada uno de ellos una fase del funcionamiento o desarrollo del sistema de subasta electrónica que vamos a proceder a analizar a continuación y que son: 1. Primera evaluación de las ofertas y admisión / exclusión de los operadores económicos; 2. Invitación electrónica a los licitadores para participar en la licitación electrónica; 3. Clasificación automática de las ofertas durante el proceso de licitación; 4. Cierre de la licitación electrónica; y, 5. Adjudicación del contrato.

1. Primera evaluación de las ofertas. Criterios de admisión y de exclusión. El artículo 35.5 de la Directiva indica claramente que “antes de proceder a la subasta electrónica, los poderes adjudicadores realizarán una primera evaluación completa de las ofertas de acuerdo con los criterios de adjudicación y con su ponderación, tal como se hayan establecido”. Esta primera evaluación completa de las ofertas que se debe realizar por el órgano de contratación debe realizarse de manera automática o electrónica, y tiene un doble objetivo. De un lado, admitir o excluir a los operadores económicos del sistema de subasta electrónica (lógicamente la valoración de los criterios de admisión/exclusión requieren de la participación de los órganos de contratación). Y, de otro lado, realizar una primera clasificación de los licitadores admitidos, fijando sus posiciones en la subasta en función de la primera oferta presentada, lo que servirá como punto de partida para que los licitadores puedan realizar nuevas pujas o mejoras de sus ofertas (que será exclusivamente automática o electrónica). En esta línea, gran parte de los párrafos del

apartado 5º del artículo 35 se centran en determinar los criterios de admisión o exclusión de las ofertas presentadas por los operadores económicos para su incorporación al sistema de subasta electrónica. Así, el párrafo 2º del artículo 35.5 señala que “una oferta se considerará *admisible* cuando haya sido presentada por un licitador que no haya sido excluido en virtud del artículo 57 y que cumpla los criterios de selección, y cuya oferta sea conforme con las especificaciones técnicas sin que sea irregular o inaceptable o inadecuada”.

Por tanto, un operador económico que presente una oferta puede convertirse en licitador admitido al sistema de subasta electrónica si se cumple una triple condición: 1. Que el operador económico no esté inmerso en las causas de exclusión del artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE. 2. Que el operador económico cumpla con los criterios de selección de licitadores establecidos en los pliegos de la contratación (por ejemplo, que la actividad empresarial que desarrolle sea la propia del objeto del contrato que vaya a adjudicarse a través del sistema de subasta electrónica). Y, 3. Que la oferta que presente operador económico cumpla las “especificaciones técnicas” determinadas en los pliegos de la contratación sin que la oferta pueda ser considerada “irregular o inaceptable o inadecuada”.

2. *Invitación electrónica a los licitadores para participar.* Esta fase se regula en el último párrafo del artículo 35.5 y en el apartado 6º del propio artículo 35. La Directiva señala al respecto que una vez realizada la primera evaluación completa, “se invitará simultáneamente por medios electrónicos a todos los licitadores que hayan presentado ofertas admisibles a que participen en la subasta electrónica, a partir de la fecha y la hora especificadas, utilizando las conexiones de acuerdo con las instrucciones establecidas en la invitación”. La comunicación electrónica de la invitación a los licitadores admitidos en el sistema debe ser simultánea para todos, de forma que no se vulneren los principios de igualdad de oportunidades y de concurrencia competitiva, con la debida información respecto de las especificaciones técnicas del equipo y de las conexiones así como también, la fecha y hora de inicio de la licitación electrónica o puja (que podrá desarrollarse en una única fase o en varias fases sucesivas). El último inciso del artículo 35.5 de la Directiva señala que la licitación electrónica de la subasta “no



comenzará hasta pasados, como mínimo, dos días hábiles desde la fecha de envío de las invitaciones”. Realmente nos encontramos ante un plazo muy breve de tiempo, aunque debemos entender que se trata de una regulación de mínimos, es decir, que el plazo mínimo de inicio del proceso electrónico de puja para los licitadores admitidos no se iniciará hasta pasados dos días hábiles desde la fecha de envío de las invitaciones.

3. Clasificación automática de las ofertas e información a los licitadores durante el proceso. En el proceso electrónico de selección de la oferta económicamente más ventajosa de una subasta electrónica hay una tercera fase o trámite que podemos denominar de clasificación automática de las ofertas. Según el artículo 35.5 de la Directiva 2014/24/UE el proceso de licitación electrónica de la subasta “*podrá desarrollarse en varias fases sucesivas*”, es decir, existe la posibilidad de que los poderes adjudicadores dividan en diferentes “fases”, momentos o periodos de puja la propia licitación de la subasta electrónica. Así pues, una subasta electrónica podrá desarrollarse en una única fase, estableciéndose en los pliegos de la contratación, como ya hemos visto, la fecha y horas de apertura y cierre, o, en diferentes “fases” o periodos de puja de los licitadores, cuestión que también deberá venir explicitado en los pliegos de la contratación y en la invitación que se envíe a los licitadores con la concreción de la fecha y horas de apertura y cierre de cada fase. En todo caso, bien se desarrolle la subasta en un único periodo o en fases sucesivas, la clasificación de las ofertas que presenten los licitadores se efectuará de forma automática gracias al sistema electrónico de cálculo de la plataforma de subasta electrónica, donde el órgano de contratación habrá predefinido los criterios y porcentajes de los valores a tener en cuenta para la clasificación de las ofertas. Estos criterios, es necesario recordar, deberán encontrarse especificados en los pliegos de la contratación, y en la invitación simultánea que debe efectuar el poder adjudicador a todos los licitadores admitidos después de la primera evaluación completa (donde también se deberá informar de la fórmula matemática que opera en el sistema electrónico para la clasificación automática de las ofertas). La clasificación de las ofertas presentadas por los licitadores se realizará de forma absolutamente objetiva, sin intervención humana y conforme a los criterios predefinidos, y en cada momento de presentación de nuevas ofertas se producirá una reclasificación del orden de los licitadores en función de la puja que hayan presentado.

4. *Cierre de la subasta electrónica.* El apartado 8º del artículo 35 de la Directiva se ocupa de la cuarta fase del proceso de licitación, cual es el “cierre de la subasta electrónica”. Este precepto establece que “los poderes adjudicadores cerrarán la subasta electrónica de conformidad con una o varias de las siguientes modalidades: a) en la fecha y hora previamente indicadas; b) cuando no reciban nuevos precios o nuevos valores que respondan a los requisitos relativos a las diferencias mínimas, siempre que hayan especificado previamente el plazo que respetarán a partir de la recepción de la última presentación antes de dar por concluida la subasta electrónica, o bien, c) cuando concluya el número de fases de subasta previamente indicado”. El cierre de la subasta electrónica supondrá que la última clasificación automática que haya efectuado el sistema será la que establezca la posición definitiva de los licitadores en la subasta electrónica, debiendo producirse la adjudicación del contrato al operador económico clasificado con la “oferta económicamente más ventajosa” que será la situada en la primera posición.

5. *Adjudicación del contrato.* La última fase del proceso de licitación mediante el sistema de subasta electrónica es la adjudicación del contrato, y según el apartado 9º del artículo 35 de la Directiva 2014/24/UE, “una vez concluida la subasta electrónica, los poderes adjudicadores adjudicarán el contrato de conformidad con el artículo 67, en función de los resultados de la subasta electrónica”, tal y como hemos explicado en el apartado anterior. El artículo 67 de la Directiva es el que determina los “criterios de adjudicación del contrato” en general, para todos los procedimientos de contratación, que se deberá efectuar a la “oferta económicamente más ventajosa”, sin que la adjudicación del contrato en el sistema de subasta electrónica presente ninguna especialidad respecto del resto de procedimientos y/o sistemas de contratación.

4. La posible obligatoriedad de los SDA y de la SE en determinados supuestos de contratación: la sustitución y eliminación del contrato menor y de los procedimientos negociados.



Tal y como acabamos de comprobar, existe un marco normativo sólido que permitiría aplicar en la contratación pública técnicas automatizadas, con una adecuada conjunción de lo establecido en la LRJSP y en la Directiva 2014/24/UE. No obstante, el legislador comunitario establece la posible utilización de los sistemas dinámicos de adquisiciones y la subasta electrónica como técnicas a emplear por las Administraciones potestativamente.

Llegados a este punto, podría resultar interesante plantearnos la posibilidad de que estas técnicas pudieran sustituir en el futuro texto de la Ley de Contratos del Sector Público algunas técnicas y procedimientos de contratación que parece claro que han sido ampliamente utilizados para la adopción de decisiones deliberadamente arbitrarias en la contratación pública. En esta línea argumental, la propuesta a someter a la consideración, estudio y análisis sería la siguiente:

En primer lugar, sustituir el contrato menor por el sistema de adjudicación de la subasta electrónica. El régimen jurídico del contrato menor se basa precisamente en lo que podríamos decir que es una ausencia de procedimiento de contratación al menos en el sentido clásico de procedimiento de licitación. Se trata más bien de un sistema de adjudicación, justificado en la mayor agilidad y rapidez de este tipo de adjudicaciones, y precisamente esta característica es la que le aproxima conceptualmente a la técnica de adjudicación de la subasta electrónica, con la salvedad de que la subasta electrónica puede resultar igualmente ágil y rápida y permitir además competitividad en la presentación de ofertas y en la selección de las mismas. Pienso por esta razón, que gracias a la sustitución del contrato menor por técnicas como la subasta electrónica existiría en este ámbito un mayor control de las adjudicaciones menores, una clara colaboración en orden a la eliminación de la arbitrariedad y una potencial sustitución de estas prácticas por un sistema también ágil y rápido en el que quepa un margen predeterminado de legítima discrecionalidad en la selección de la oferta y en la adjudicación del contrato menor.

En segundo lugar, se podría analizar la conveniencia o posibilidad de eliminar los procedimientos negociados y/o similares, sustituyéndolos por procedimientos de



LA REFORMA
DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA:
UNA OPORTUNIDAD
PARA LA INNOVACIÓN DESDE EL DERECHO

contratación de compra pública agregada, y especialmente por procedimientos de sistemas dinámicos de adquisiciones con mecanismo de adjudicación de contratos mediante subasta electrónica. He tenido el privilegio de compartir algún Congreso con reputados especialistas en el ámbito de la contratación pública como los Profesores Gimeno Feliu y Moreno Molina que han razonado sobre la conveniencia de eliminar de la futura regulación legal de contratos que transponga las Directivas de 2014 el procedimiento negociado sin publicidad por ser un procedimiento ampliamente empleado en las contrataciones arbitrarias. Estas cuestiones me han hecho reflexionar sobre la posibilidad de que igual sería conveniente definir que este tipo de procedimientos puedan reconducirse hacia los sistemas de compra pública agregada y concretamente hacia los sistemas dinámicos de adquisiciones, en los cuales es evidente que se pueden cumplir los principios clásicos de la contratación administrativa de una mejor forma que en procedimientos como los negociados sin publicidad.

Finalmente, debo reconocer que estas últimas propuestas han surgido del intento de reconducir hacia técnicas de contratación pública electrónica supuestos como la contratación menor y los procedimientos negociados, fundamentalmente los negociados sin publicidad, que han planteado habituales supuestos de arbitrariedad que quizá podrían solventarse gracias a la potenciación de los principios clásicos de la contratación pública que las TIC pueden permitir.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALAMILLO DOMINGO, I., y URIOS APARISI, X., (2011): *La actuación administrativa automatizada en el ámbito de las Administraciones Públicas. Análisis jurídico y metodológico para la construcción y la explotación de trámites automáticos*, Escuela de Administración Pública de Catalunya, Barcelona, disponible en la sede electrónica de la Generalitat: http://www.gencat.cat/docs/eapc/Home/Publicacions/Col_leccio%20Estudis%20de%20Recerca%20Digital/3%20Actuacio%20administrativa%20automatitzada/alamillo_uros_castellano.pdf. Fecha de consulta: 02.05.2015.



LA REFORMA
DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA:
UNA OPORTUNIDAD
PARA LA INNOVACIÓN DESDE EL DERECHO

ANEI (Asociación Nacional de Empresas de Internet): *La contratación Electrónica Pública en España: una necesidad inaplazable*, disponible en la web: http://www.anei.org/documentacion/Informe%20ANEI_Contratacion%20Electronica.pdf. Fecha de consulta: 02.05.2015.

BLASCO DÍAZ, J. L., (2007): “La regulación local de la Administración electrónica”, en FABRA VALLS, M., y BLASCO DÍAZ, J. L., *La Administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro*, Ed. Universitat Jaume I, Castellón.

DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, Juan (2011): *Claves para una contratación pública electrónica eficaz*, La Ley – El consultor de los Ayuntamientos, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2002): *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid.

GARCÍA JIMÉNEZ, A., (2014): “La implantación de la factura electrónica en las compras públicas”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, número 35.

GALLEGO CÓRCOLES, I., (2009): “La contratación electrónica y su impulso por el Derecho Europeo”, en *Revista Deloitte News*, Número 36, noviembre, disponible en la web:

http://www.revistadeloitte.com/INC/abrir_pdf.asp?cod=0911/2009_36_026.pdf.

Fecha de consulta: 17.07.2013.

GIMENO FELIU, J. M., (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia: el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Aranzadi, Pamplona.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., (2009): *Administración pública electrónica*, Thomson – Civitas, Cizur Menor (Navarra).

(2015): *La Contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014*, Tirant Lo Blanch, Valencia.



(2014): “La transparencia (y la reserva de información) en el urbanismo y la contratación pública. Límites legales a las potestades discrecionales y la aportación de las TIC”, *Revista General de Derecho Administrativo*, número 37, 30 páginas.

MEDINA ARNÁIZ, T., (2010): “La apuesta europea por la contratación pública electrónica como buque insignia de la Administración electrónica”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Número, 22.

(2006): “La contratación pública electrónica: balance actual de su regulación en Europa”, en GALINDO AYUDA, F., (Coord.), *Gobierno, Derecho y Tecnología: las actividades de los poderes públicos*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra).

MERLONI, F., (2005): *Introduzione all'e-Government*, Giappichelli, Milán.

MORENO MOLINA, J. A., (2011): “Administración electrónica y contratación pública”, en PIÑAR MAÑAS, J. L., (Dir.), *Administración electrónica y Ciudadanos*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra).

(2007): “La utilización de medios electrónicos en la contratación pública”, en FABRA VALLS, M., y BLASCO DÍEZ, J. L., *La Administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro*, Publicaciones de la Universidad Jaime I, Castellón.

OLLERT RUBERT, M., (2007): “La Administración electrónica en Europa”, en FABRA VALLS, M., y BLASCO DÍAZ, J. L., *La Administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro*, Ed. Universitat Jaume I, Castellón.

PALOMAR OLMEDA, A., (2007): *La Actividad Administrativa Efectuada por Medios Electrónicos. A propósito de la Ley de Acceso Electrónico a las Administraciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Madrid.

VALERO TORRIJOS, J., (2007): *El régimen jurídico de la e-Administración*, 2ª Edición, Comares, Granada.



Centro de Estudios Europeos
Luis Ortega Álvarez



LA REFORMA
DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA:
UNA OPORTUNIDAD
PARA LA INNOVACIÓN DESDE EL DERECHO