

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso: 2021/2022
Convocatoria: Julio

**LA CONTRATACIÓN Y LICITACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA:
ANÁLISIS DE SU RECORRIDO E IMPLANTACIÓN EN ESPAÑA.
ESPECIAL REFERENCIA A LA SEGURIDAD Y A LA
PROTECCIÓN DE DATOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE
CONTRATACIÓN.**

E-PROCUREMENT: ANALYSIS OF ITS COURSE AND IMPLEMENTATION IN SPAIN. SPECIAL REFERENCE TO SECURITY AND DATA PROTECTION IN CONTRACTING PROCEDURES.

8 TRABAJO DECENTE
Y CRECIMIENTO
ECONÓMICO



9 INDUSTRIA,
INNOVACIÓN E
INFRAESTRUCTURA



16 PAZ, JUSTICIA
E INSTITUCIONES
SÓLIDAS



Realizado por la alumna Dña. Yolanda Amoedo Machi
Tutorizado por el Profesor Dn. Francisco José Villar Rojas
Departamento: Derecho Administrativo
Área de conocimiento: Derecho Administrativo

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. PLANTEAMIENTO: implantación de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación.	7
2.1.- Previsiones de la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.	7
3. REFERENCIA A LA NOCIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA Y SUS CARACTERES.....	9
3.1.- La contratación pública electrónica.	9
3.2.- Aspectos positivos y aspectos negativos de la e-contratación pública.	11
4. LA INTEROPERABILIDAD COMO CONCEPTO Y ELEMENTO ESENCIAL EN LA MATERIA.....	13
4.1.- La interoperabilidad: elemento sustancial de la e-Administración.....	13
4.2.- El Esquema Nacional de Interoperabilidad.	15
5. ANTECEDENTES Y CONTEXTO EUROPEO. RÉGIMEN JURÍDICO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.....	16
5.1.- Europa y la Sociedad Global de la Información.	16
5.2.- La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro.	17
5.3.- Antecedentes normativos comunitarios.	18
5.4.- Hacia una nueva Directiva europea sobre contratación pública.	21
5.4.1.-Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo, del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.....	22
6. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN ESPAÑA.....	25
6.1.- El primer paso de la e-contratación en España.	25
6.2.- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del	

Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.27

7. SEGURIDAD DIGITAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA.....30

7.1.- El tratamiento de datos en los procedimientos de contratación.....32

7.1.1.- El tratamiento por parte de los órganos de contratación, de los datos de los operadores económicos.32

7.1.2.- El tratamiento por parte de los operadores económicos, de los datos de los órganos contratantes.32

7.2.- La falta de sometimiento a la normativa de protección de datos en los contratos públicos y la nulidad de pleno derecho.33

8. CONCLUSIONES.....34

9. BIBLIOGRAFÍA.....37

RESUMEN

La coyuntura global producida por el gran avance tecnológico brinda la oportunidad de establecer un nuevo modelo de administrar y, por consiguiente, la contratación pública se ha transformado para dar cabida a la contratación pública electrónica o e-contratación. En España, ya en el año 1992, con la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se tuvo consciencia de la incidencia que tendría en el futuro la tecnología para la esfera administrativa, y hasta el día de hoy, con la plena vigencia de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se continúa elaborando junto con las orientaciones de la Unión Europea, un marco legislativo que permita la utilización de los recursos electrónicos en el ámbito de los contratos públicos bajo requisitos de idoneidad. Especial referencia merece la seguridad de los datos sensibles volcados en los procedimientos de contratación cuyo interés a producido recientemente la modificación de numerosos preceptos de Ley.

Palabras clave:

Contratación electrónica (e-contratación), TIC, interoperabilidad, transparencia.

ABSTRACT

The global situation produced by the great technological advance offers the opportunity to establish a new management model and, consequently, public procurement has been transformed to accommodate electronic public procurement or e-procurement. In Spain, already in 1992, with the repealed Law 30/1992, of November 26, on the Legal Regime of Public Administrations and Common Administrative Procedure, there was awareness of the impact that technology would have in the future for the administrative sphere, and to this day, with the full validity of Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts, a legislative framework continues to be developed, along with the guidelines of the European Union, that allows the use of electronic resources in the field of public contracts under suitability requirements. Special reference deserves the security of the sensitive data dumped in the contracting procedures whose interest has recently produced the modification of numerous Law precepts.

Key Words:

E-procurement, ICT, interoperability, transparency .

1. INTRODUCCIÓN.

La innegable evolución tecnológica que encabeza la era en la que vivimos no solo se vislumbra en lo cotidiano, su gran desarrollo hace que el uso de las Tecnologías de la información y de la Comunicación (TIC) se extienda a todo tipo de actividades. Tal es así, que en el ámbito de la Administración Pública ha devenido necesario que se adapten los procedimientos al contexto social, donde la apuesta por el uso de las TIC es cada vez mayor.

Ya en el año 1992, con la actualmente derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre¹, el legislador español fue consciente de los efectos de la tecnología en las relaciones administrativas y dedicó el artículo 45 a la incorporación de medios técnicos en el desarrollo de su actividad y en el ejercicio de sus competencias, manteniendo que “Las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos (...) con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes.”. Sin embargo, fue, la también derogada, Ley 11/2007, de 22 de junio ² la que dotó de un marco legal a las mismas, estableciendo el derecho de los ciudadanos a relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas, generando a su vez la correlativa obligación de éstas de proveerse de los medios electrónicos y plataformas necesarias para garantiza el ejercicio del tal derecho.

En los últimos años y en plena armonía con las iniciativas europeas, se continua elaborando un marco jurídico y legal para el reciente modelo de e-administración, con el objetivo de adaptar la actuación, funcionamiento y tramitación de los expedientes y

¹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. BOE nº285, de 27 de noviembre de 1992.

² Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. BOE N° 150, de 23 de junio de 2007.

procedimientos administrativos a la realidad social que hace no solo idónea, sino necesaria la modernización de las estructuras públicas.

En especial, en el sector de contratación pública, la Unión Europea ha destacado el importante papel que ostenta, considerándola como uno de los instrumentos de mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, que garantiza un uso más eficiente de los fondos públicos y facilita la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMEs) en la contratación pública. En este sentido surge la Estrategia 2020 establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 que, conscientes de la transformación y del progreso económico y social al que se enfrenta Europa, abogan por mantener una estrategia capaz de colocar a la Unión en una posición de mercado inteligente, sostenible e integradora que disfrute de altos niveles de empleo, de productividad y de cohesión social.

En orden a cumplir las principales prioridades y objetivos definidos en la Comisión, se aprueban en el año 2014 la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero, sobre sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE ³; y, la Directiva relativa a la facturación electrónica en la contratación pública⁴, la cuales analizaremos con precisión más adelante.

En España, la transformación tecnológica y su efecto en la Administración Pública, más concretamente en la contratación pública electrónica, viene reflejada en la

³ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. BOE nº94, de 28 de marzo de 2014.

⁴ 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. BOE nº 133, de 6 de mayo de 2014 (en adelante DFECP).

Ley de Contratos del Sector Público aprobada en el año 2017⁵ que apuesta de forma, incluso, arriesgada por la obligatoriedad de la licitación pública electrónica en los procedimientos de contratación, produciendo desacertadas consecuencias que ponen en duda la viabilidad y suficiencia de los recursos del estado y el modelo estructural de nuestra Administración Pública.

2. PLANTEAMIENTO: IMPLANTACIÓN DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

La actualmente vigente LCSP prevé, al igual que lo hacía la del 2007, el empleo de medios electrónicos en el procedimiento de contratación pública. Por tanto, la referencia no es sorprendente pero si se incluyen novedades y se modifica su redacción, fruto de la aprobación de una nueva Directiva en el ámbito europeo.

2.1.- Previsiones de la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

La Disposición Adicional decimosexta rubricada “Uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley”, configura once normas de utilización de los recursos digitales en los procedimientos de contratación a través de las que podemos extraer varios principios⁶.

En primer lugar, con base en las pautas europeas, se trata de velar por la no discriminación, la accesibilidad y la igualdad de trato en la utilización de los dispositivos y sistemas, de tal manera que éstos sean compatibles con medios informáticos de uso general; no se restrinja el acceso, de forma directa o indirecta, a los

⁵ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE nº 272, de 9 de noviembre de 2017 (en adelante LCSP).

⁶ GARCÍA-VALDECASAS RODÍGUEZ DE RIVERA, P.: *Blockchain y automatización de los procedimientos en la Administración Pública*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2022, pág. 249 a 253.

distintos operadores económicos, proporcionando, a su vez, la información necesaria para el proceso de contratación; y, que todos aquellos programas necesarios para la presentación electrónica de ofertas, solicitudes de participación o cualquier otro documento, sean accesibles y de uso sencillo para las partes interesadas en la contratación.

Por otro lado, se trata de garantizar la confidencialidad e integridad de los datos transmitidos entre operadores y poderes públicos a través de los sistemas de comunicación y de intercambio y almacenamiento de información⁷. Además, que éstos sistemas sean capaces de proporcionar seguridad frente a virus informáticos y otros tipos de softwares malignos. En este sentido, en lo que se refiere a las firmas electrónicas y, de acuerdo con las novedades introducidas por la Directiva Europea, los órganos de contratación deberán especificar el nivel de seguridad de los medios de comunicación electrónicos utilizados en las distintas fases del procedimiento de contratación, de forma adecuada y proporcional a los riesgos del intercambio de datos realizado, teniendo en cuenta lo establecido por el Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Respecto a la presentación de documentos, solicitudes y otros escritos, esta disposición adicional tiene el objetivo de asegurar el correcto funcionamiento de los sistemas de comunicación y presentación de documentos y, en para ello, prevé situaciones específicas en el procedimiento de adjudicación de contratos. Además, permite que los candidatos que hayan presentado los documentos en forma electrónica, presenten al órgano de contratación, en soporte físico electrónico, una copia de seguridad de los mismos.

⁷ MARTÍNEZ, GUTIERREZ, R.: “Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas” en AA.VV. (GAMERO CASADO, E. y GALLEGRO CÓRCOLES, I., Dir): *Tratado de contratados del sector público*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1910- 1948

3. REFERENCIA A LA NOCIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA Y SUS CARACTERES.

3.1.- La contratación pública electrónica.

La contratación pública electrónica se incorpora dentro del concepto de administración electrónica o, lo que es lo mismo, e-administración⁸, considerándose uno de los servicios públicos esenciales del nuevo modelo de administrar. Esta novedosa forma de contratación se fundamenta en la integración de las TIC en el sector de la contratación pública procurando que los procedimientos de contratación sean puramente telemáticos. Por esta razón podemos referirnos a la contratación electrónica con el término e-Contratación pública⁹.

Uno de los principales pilares de la contratación pública electrónica, que en los últimos años ha contribuido al reforzamiento del carácter democrático del poder público en orden a facilitar la lucha contra la corrupción, es la transparencia. La adopción de sistemas y procedimientos electrónicos como canal en la contratación pública supone implícitamente asumir un nivel de publicidad tal que permita hablarse de procedimientos y datos abiertos, garantizando a su vez la igualdad de trato para todos los operadores económicos que participen en el mismo. La transparencia, supone que los poderes adjudicadores deberán estar obligados a establecer los criterios económicos y de calidad de adjudicación del contrato, así como su ponderación por orden de importancia y, en su caso, los fundamentos de unos y otros en atención a las necesidades de la Administración Pública.

⁸Al respecto véase la terminología disponible en <https://www.revistatransformaciondigital.com/actividad/e-administracion/>

⁹ ROMEU GRANADO, J; PINEDA NEBOT, C; JUÁREZ RODRÍGUEZ, G: “Efectos de la implantación de un sistema público de contratación por medios electrónicos y su incidencia en el panorama español: más allá de un cambio de formato”, en *Internet, Derecho y Política: Una década de transformaciones*, Ed. Huygens, Universitat Oberta de Catalunya (Barcelona), 2014, págs. 3 y 4.

La figura de la contratación pública electrónica es y ha sido objeto de numerosas precisiones. Tomando en consideración una concepción más amplia del concepto, la Comisión Europea, en octubre del año 2010, con la publicación del Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la Unión Europea¹⁰, se refería a ella incluyendo los procedimientos de contratación pública en los que se han utilizado las TIC en cualquier fase, independientemente de que las mismas se hayan introducido para sustituir únicamente determinados procedimientos en papel de toda la cadena de contratación. En ese tenor, el Libro Verde define a la contratación pública electrónica como la utilización de los medios electrónicos en las operaciones y comunicaciones por parte de las instituciones gubernamentales y demás organismos del sector público en el momento de adquirir bienes y servicios o licitar obras públicas.

No obstante, tal y como afirma el propio Libro, lo que se pretendía es una introducción gradual y progresiva de este tipo de contratación, pues más adelante se preveía la creación de un segundo Libro Verde¹¹ y demás publicaciones, siendo el objetivo final adoptar “una contratación pública electrónica de principio a fin”, es decir, un modelo restrictivo.

En atención a dicho propósito, la Comunicación de la Comisión Europea efectuada en el año 2013 sobre contratación pública electrónica¹², alude a ella utilizando la expresión “contratación pública electrónica de extremo a extremo”. De este modo, se concibe como aquel procedimiento de contratación efectuado exclusivamente por medios electrónicos desde el momento de presentación de las ofertas hasta la adjudicación, formalización del contrato y pago, introduciendo la facturación

¹⁰ Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0571:FIN:ES:PDF>

¹¹ Libro Verde *sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*; Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ES:PDF>

¹² Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0453&from=ES>

electrónica como otra fase más del proceso digitalizado. La comunicación afirma textualmente que “la contratación pública electrónica de extremo a extremo no consiste en implementar un proyecto informático que sea una simple réplica de los procesos burocráticos” sino que es una oportunidad y un factor clave para replantearse el modo en que se organiza la administración pública en orden a alcanzar los objetivos de crecimiento propuestos en la Estrategia 2020 de la Unión Europea.

3.2.- Aspectos positivos y aspectos negativos de la e-contratación pública.

El auge de la contratación pública electrónica a nivel internacional, permite entrever los grandes beneficios que proporciona su implantación, que, ya países pioneros en su implantación dentro de la Unión Europea, como lo son Portugal e Irlanda, están experimentando.

Trataremos las características positivas de la e-contratación y, para ello, procederemos a agrupar cuatro aspectos que desgranaremos en otros elementos, respectivamente.

En primer lugar, la automatización de los procedimientos de contratación contribuye a que se agilice el proceso en todas sus fases, en consecuencia, se logra una reducción de los plazos. También la automatización permite disfrutar de unos procedimientos más sencillos y fluidos.

En segundo lugar, la centralización de la información. Supone disponer de los datos digitales de forma concentrada en un mismo sistema o en sistemas. Ello permite a nuestros órganos de contratación emprender búsquedas de documentación de forma mucho más ágil.

En tercer lugar, la contratación electrónica se caracteriza por la accesibilidad, que se reproduce en el carácter transfronterizo de su uso. Ello, a su vez, incrementa la competencia, lo que, consecuentemente, provoca una mejora de los servicios ofrecidos,

y una mejor inversión del gasto público que se traduce en un aumento de la eficiencia de la contratación pública.

En cuarto y último lugar, la transparencia. Siendo uno de los elementos más importantes, lo que permite es que los procedimientos de contratación sean más abiertos, lo cual facilita la difusión de la información y el seguimiento de las fases de la contratación y el estado de las mismas.

Por lo que respecta a los aspectos negativos de la contratación electrónica, se pueden sintetizar en dos. Uno de ellos es evidente, y surge de la propia naturaleza de los sistemas digitales, es todo lo que engloba a la ciberseguridad de los datos consignados en bases o plataformas electrónicas. Al tratarse de una especie de cesión intangible de documentos, deviene complejo determinar con total garantía la confianza en estos sistemas frente a posibles amenaza de softwares malignos o cualquier tipo de ciberataque.

Por otro lado, y frente al ahorro que parece prometer la implantación de los medios electrónicos en la estructura de la Administración Pública, cabe señalar que para su puesta en marcha, es necesaria una inversión económica inicial suficiente para conseguir una dotación apropiada y eficaz¹³. En este sentido, también creo importante destacar que a pesar del elevado coste de los productos informáticos materiales y de software, en el caso de nuestro país vecino, Portugal; donde desde el año 2009 es obligatorio el uso de medios electrónicos para desarrollar todas las fases del proceso, incluida la adjudicación, en la mayoría de los contratos públicos; se calcula que la utilización de la contratación pública electrónica ha generado un ahorro del 6 % al 18 % del gasto total en contratación pública.

¹³ MARTINEZ GUTIÉRREZ, R.: *La contratación pública electrónica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 32

4. LA INTEROPERABILIDAD COMO CONCEPTO Y ELEMENTO ESENCIAL EN LA MATERIA.

4.1.- La interoperabilidad: elemento sustancial de la e-Administración.

La interoperabilidad se define como la capacidad de dos o más sistemas o componentes digitales que necesitan comunicarse entre sí, para intercambiar y utilizar información telemática de forma eficiente, promoviendo la colaboración mutua. En derecho, tal como señala la doctrina, el concepto de interoperabilidad tiene un carácter poliédrico ¹⁴, es decir, se hace patente en varias dimensiones o niveles: el organizativo, el semántico-jurídico o legal y, por último, el nivel técnico.

En el contexto de la Administración Pública, debido a la implantación de la e-administración, el concepto de interoperabilidad ha cobrado gran relevancia en los últimos años. Ya la derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, se refería a ella no solo como un elemento esencial en el funcionamiento de las Administraciones Públicas, sino como un principio general de actuación que incluso ha creado, en favor de los ciudadanos, el derecho al uso de los sistemas y medios electrónicos en sus relaciones con la Administración Pública en condiciones que garanticen la efectividad y eficacia administrativa en el proceso ¹⁵. De esta manera quedaba consagrada la interoperabilidad junto al principio de cooperación en el artículo 4, letra e) del mencionado texto legislativo, estableciendo que la utilización de tecnologías de la información quedaría limitada a lo dispuesto en la Constitución y en el resto del Ordenamiento Jurídico y se ajustaría, entre otros principios, al de cooperación en la utilización de medios electrónicos por las Administraciones Públicas, garantizando tanto la interoperabilidad de los sistemas y

¹⁴ CERRILLO MARTÍNEZ, A: “Cooperación entre Administraciones Públicas para el impulso de la Administración Electrónica” en AA.VV. (GAMERO CASADO, E. Coor. y VALERO TORRIJOS, J. Coor.): *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, 3ª ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, páginas 762 y ss.

¹⁵ GARCÍA-VALDECASAS RODRÍGUEZ DE RIVERA, P.: *op.cit.*, páginas 87 a 106.

soluciones adoptados por cada una de ellas como, en su caso, la prestación conjunta de servicios a los ciudadanos. Garantizando, en particular, que el reconocimiento mutuo de los documentos electrónicos y de los medios de identificación y autenticación se ajusten a lo dispuesto en la Ley.

En la actualidad, se ha configurado como un principio general de funcionamiento que debe respetar el sector público en sus actuaciones y relaciones electrónicas. De este modo, el artículo 3.2 de la LRJSP¹⁶ mantiene que las *“Administraciones públicas se relacionarán entre sí con sus órganos, organismos públicos y entidades vinculados o dependientes a través de medios electrónicos, que aseguren la interoperabilidad y seguridad de los sistemas y soluciones adoptadas por cada una de ellas, garantizará la protección de los datos de carácter personal, y facilitarán preferentemente la prestación conjunta de servicios a los interesados”*.

Mención expresa merece el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo¹⁷ que, además de proporcionar, en el anexo, una definición del concepto, afirmado que por interoperabilidad se entiende a la *“capacidad de los sistemas de información, y por ende de los procedimientos a los que estos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información entre ellos”*, y, de referirse, en el Título segundo, expresamente a sus condiciones en el procedimiento administrativo, la Disposición Final Segunda lleva a cabo una importante modificación del Real Decreto 4/2010, al que se haremos alusión a continuación.

En cualquier caso, y por lo que respecta a la contratación pública electrónica, la interoperabilidad es uno de los conceptos más importantes introducidos por la

¹⁶ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. BOE nº 236, de 2 de octubre de 2015 (en adelante LRJSP).

¹⁷ Real Decreto 203/2021 de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos. BOE nº77, de 31 de marzo de 2021.

normativa de la unión Europea y que se intenta transponer a nuestra normativa a través de la más reciente Ley de Contratos del Sector Público.¹⁸

4.2.- El Esquema Nacional de Interoperabilidad.

En el año 2010, siguiendo las recomendaciones del Marco Europeo de Interoperabilidad (European Interoperability Framework) elaborado por el programa comunitario IDABC¹⁹ y adoptado por el Consejo de Europa, con la finalidad de crear un marco normativo que regule y garantice las dimensiones de la interoperabilidad a las que nos referíamos anteriormente, se aprueba el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica.

El objetivo perseguido por la Unión Europea, sería lograr un enfoque global y transfronterizo de la interoperabilidad, sin que exista discontinuidad entre las administraciones públicas, ciudadanos o empresas europeas y, en definitiva crear un mercado único digital para la prestación de servicios públicos europeos.

En atención a tales pautas, se aprueba el Esquema Nacional de Interoperabilidad, que es concebido como el instrumento encargado de establecer criterios de seguridad, normalización y conservación de la información que deberá ser tenida en cuenta por las Administraciones públicas para la toma de decisiones tecnológicas que permitan y garanticen que cualquier comunicación sea interoperable.

¹⁸ GARCÍA PÉREZ, F.J.: “Guía de compra de Aplicaciones Informáticas para la Contratación Pública Electrónica”, en AA.VV. (GIMENO FELIU, J.M., Dir; GUERRERO MANSO, M.C, Coord.): *Observatorio de los contratos públicos 2017*, 1ª ed., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 267.

¹⁹ Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:124147b> (fecha de última consulta: 20 junio de 2022)

5. ANTECEDENTES Y CONTEXTO EUROPEO. RÉGIMEN JURÍDICO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

5.1.- Europa y la Sociedad Global de la Información.

En en contexto internacional, las primeras referencias a la contratación pública electrónica se efectuaron en el año 1994 por el abogado y político alemán Martin Bangemann, que en ese momento ostentaba el cargo de Comisario Europeo, en el comúnmente denominado “Informe Bangemann”²⁰. El documento definitivo se tituló “Europa y la Sociedad Global de la Información. Recomendaciones al Consejo Europeo”²¹; en éste se realizó un profundo reconocimiento a la revolución digital y a sus repercusiones en todos los sectores, y se propusieron conjuntos de medidas y estrategias adecuadas a cada uno de ellos basadas en la cooperación entre los sectores público y privado.

En especial, Bangemann y el resto de expertos quisieron destacar la importancia de las pequeñas y medianas empresas (PYMEs) para el desarrollo del nuevo mercado europeo y la necesidad de facilitarles el acceso a la red de comunicaciones con el objeto de promover sus relaciones con las mayores empresas y con las autoridades públicas y, de esta forma, incrementar la competencia y la eficiencia del gasto público. En orden a ello, el grupo, en su Octava Aplicación, alude a la licitación electrónica como medio para lograr “una administración más eficaz y económica”; proponían introducir procedimientos electrónicos de contratación pública a fin de crear una Red Europea de Licitación Electrónica que supondría no solo un ahorro de costes para las administraciones públicas sino un paso hacia el futuro que permitiría la participación de cualquier operador económico en la oferta pública.

²⁰ MARTÍNEZ GUTIERREZ, R.: *op.cit.*, pág. 56

²¹ Disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/31a0bebe-4bc6-4f31-a319-7b7799e45d86>

A pesar de su aparente carácter prematuro, el informe sirvió de base para el impulso de las TIC por parte de los poderes públicos en Europa, pues ya en el año 1994 se preveía que el imparable avance tecnológico transformaría la vida, incluso se afirmó por la Comisión Europea el carácter particularmente “destructor” de las mismas por el hecho de que discurre más rápidamente que todas las revoluciones tecnológicas anteriores.

5.2.- La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro.

Dos años más tarde, previendo las idoneidad de definir unos objetivos claros de desarrollo y transformación digital comunitarios en el sector de la contratación pública, la Comisión Europea publicaría el Libro Verde titulado *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*²², que dedicaría el apartado cuarto a la “mejora del acceso a la contratación pública: seguimiento de los contratos, información, formación y procedimientos electrónicos”.

Teniendo en cuenta la situación del momento y con vistas a cumplir los objetivos de mayor transparencia, mejor accesibilidad, reducción de costes y plazos, la Comisión plantea la viabilidad de dotarse de tecnología en lo que respecta a los procedimientos de notificación y difusión de los anuncios de licitación. En lo que respecta a la notificación electrónica en los procedimientos de contratación, se desarrolla, en el ámbito de la Unión Europea, el programa SIMAP, denominado en español Sistema de información sobre contratos públicos. Con éste, los poderes adjudicadores podrían publicar electrónicamente ofertas de contratos y los operadores económicos de la unión tener acceso a la información de los anuncios, lo que mejoraría el seguimiento de los procedimientos de contratación y, por ende, la transparencia; aumentaría la capacidad del sistema de contratación pública, ya que se lograría disponer

²² Disponible en https://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_es.pdf

de un mayor número de licitadores; y se reducirían plazos y costes, debido a la sustitución del papel en esta fase del procedimiento.

Por otra parte, la Comisión desarrolló la hipótesis de un contexto futuro suponiendo “la creación de un sistema informatizado en el que las empresas publiquen la gama de productos y los precios, en forma de catálogos electrónicos”²³, y donde el avanzado nivel de desarrollo tecnológico hiciera posible la puesta en marcha de sistemas de adjudicación de contratos enteramente electrónicos que, como veíamos al referirnos al concepto de contratación pública, se aproxima al concepto más estricto de lo que consideramos contratación pública.

Como vemos, las previsiones que realizaron los expertos en el año 1996 con la elaboración del Libro Verde, están viéndose, en parte, materializadas en el 2022. El primer paso de aproximación a las previsiones realizadas por los expertos de la Comisión en este Libro Verde, que pondría los primeros cimientos para el establecimiento a nivel comunitario de sistemas de contratación pública electrónica se daría en el año 2004 con la Directiva que analizamos a continuación.

5.3.- Antecedentes normativos comunitarios.

Con motivo de las modificaciones en respuesta a las exigencias del Libro Verde y más conscientes aún del amplio y raudo progreso tecnológico, en el año 2004, con la aprobación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, *sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios*; Europa hace formalmente manifiesto el desarrollo de nuevas técnicas que, en el sector de la contratación, permitirían no solo hacer más fluidas y transparentes la relaciones entre los órganos de contratación y los operadores económicos, sino simplificar, racionalizar y ahorrar costes

²³ “Mejorar el acceso a la contratación pública: seguimientos de los contratos información, formación y procedimientos electrónicos” en *Libro Verde, La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*, 1996, pág. 26.

económicos y procedimentales. Dichas técnicas se presentan como “técnicas electrónicas de compra”, es decir, herramientas de contratación electrónicas; entre las que se encuentran los sistemas dinámicos de adquisición, las subastas y catálogos electrónicos; puestas a disposición de los poderes públicos, que facilitan la presentación de ofertas, permiten incrementar la competencia y, por tanto, contribuyen a la mayor racionalización y eficacia de la compra pública. Además, la Directiva consagraba en su artículo 2 una serie de principios en la utilización de estos recursos con el fin de garantizar que todos los operadores económicos que lo deseen puedan integrarse y participar en este sistema en condiciones de igualdad. En este sentido, se impone el deber de que los poderes públicos actúen observando los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

En los considerandos, se efectúa una valoración positiva de los efectos del uso de las TIC en la contratación pública, pero, por otro lado, el considerando 37 reconoce que, en concreto, debido a las transmisiones de datos a través los canales electrónicos y la gestión automatizada de la información, el uso de la tecnología de la información precisaría adoptar unos niveles de seguridad y confidencialidad adecuados. En concreto, hace referencia al uso de la firma electrónica avanzada en las comunicaciones electrónicas entre licitadores y poder adjudicador, haciendo expresa alusión a la actualmente derogada Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establecía un marco comunitario para la firma electrónica y, a la aún vigente, Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información.

En este sentido, el Anexo X de la Directiva establecía que los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas, de las solicitudes de participación o de los planos y proyectos en los concursos deberían garantizar, como mínimo y por los medios técnicos y procedimientos adecuados, que las firmas electrónicas se ajustarían a las disposiciones nacionales en aplicación de la ya mencionada Directiva 1999/93/CE (en España sería la

Ley 59/2003, de Firma electrónica, derogada en la actualidad por la Ley 6/2020²⁴); que a través de la éstas pudiera determinarse con precisión la hora y la fecha exactas de la recepción; garantizarse que nadie tuviera acceso a los datos transmitidos antes de que finalicen los plazos especificados, en caso contrario que la violación al acceso pudiera detectarse con precisión; que únicamente las personas autorizadas puedan fijar o modificar las fechas de apertura de los datos recibidos; que en las diferentes fases del procedimiento de licitación, sólo la acción simultánea de las personas autorizadas pueda permitir el acceso a la totalidad o a parte de los datos presentados y transmitidos; y, que los datos recibidos y abiertos sólo sean accesibles a las personas autorizadas a tener conocimiento de los mismos.

En su conjunto se trata de exigencias que tratan de preservar, como veíamos, la confidencialidad y el secreto de las ofertas presentadas a lo largo de las distintas fases del procedimiento de contratación desde la apertura de la oferta hasta el momento de adjudicación²⁵, garantizando en la medida de lo posible la igualdad de trato, el principio de concurrencia competitiva y favoreciendo que el poder público cumpla su cometido de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, en relación con el criterio calidad-precio²⁶.

No obstante, pese a los esfuerzos realizados por la Directiva para implantar los medios tecnológicos en la contratación pública, su consideración real es un tanto escasa; en primer lugar, se refiere a los catálogos electrónicos como una novedosa técnica electrónica de compra en el considerando 12 pero no le dedica a lo largo de su articulado ninguna referencia expresa, a diferencia de lo que ocurre con las subastas electrónicas y los sistemas dinámicos de adquisición, previendo el artículo 54 para la

²⁴ Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza. BOE nº 298, de 12 de noviembre de 2020.

²⁵ MARTÍNEZ GUTIERREZ, R.: *op. cit.* pág. 86 a 88.

²⁶ PALACÍN SÁENZ, B.: “Criterios de adjudicación: La calidad y el precio en el hogar de la contratación pública”. Disponible en <https://www.jaimepintos.com/criterios-de-adjudicacion-calidad-precio/>

"Utilización de subastas electrónicas" y el 33 rubricado "sistemas dinámicos de adquisición", en consecuencia la legislación de transposición de cada Estado miembro, también prescindió incluirlos como ocurriría en España con la Ley Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y; en segundo lugar, porque deja a decisión de los Estados miembro el hecho de incorporar estos sistemas a los procedimientos de contratación, algo criticado por varios sectores doctrinales, que afirman, hubiera sido deseable adoptar una posición más valiente para hacer obligatorio el uso de las nuevas tecnologías en la contratación administrativa²⁷. Independientemente de ello, no se puede negar el gran primer paso que supuso para los poderes adjudicadores y para la estructura administrativa en general la introducción de estos nuevos instrumentos que contribuirían, con posterioridad y de la mano de las próximas innovaciones, a colocar a Europa en un posición de mercado ideal.

5.4.- Hacia una nueva Directiva europea sobre contratación pública.

Como veíamos al inicio, la contratación pública ocupa un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010²⁸, puesto que es concebida como uno de los elementos del mercado más idóneos que deben utilizarse para alcanzar los objetivos propuestos por la Estrategia que representan un crecimiento inteligente, sostenible e integrador; en concreto, el favorecimiento del entorno empresarial, facilitando la participación de la pequeña y mediana empresa en el mercado y, aumentando la concurrencia competitiva; la mejora de las condiciones que favorezcan la innovación; la utilización eficaz de los recursos y, el incremento de la eficiencia del gasto público; y, la incentivación del uso de una contratación más sostenible (contratación pública verde).

²⁷ GONZALEZ ALONSO, A.: " Los instrumentos de la contratación pública electrónica en la Unión Europea", *La contratación pública electrónica*, 2010. Disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/9856/10068>

²⁸ Comunicación de la Comisión *EUROPA 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador* Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=ES>

La tendencia a la innovación y a la modernización cada vez más acusada, que ya en el siglo XX se preveía ineludible, crea la necesidad de adaptarse a un futuro próximo de e-contratación. En especial, con la ya mencionada Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones publicada en el año 2013 y titulada *Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública* se produce un punto de inflexión hacia el cambio.

La Comisión afirmaba que la contratación pública electrónica de extremo a extremo contribuye sin lugar a dudas a tener una administración pública más eficaz, no solo eso, también, al incrementar la transparencia, se reducirían las posibilidades de corrupción y fraude fiscal y se favorecería la adopción de estrategias que garanticen la seguridad de los datos electrónicos. Por otra parte, realiza un llamamiento a los Estados miembros dirigido a motivar su cooperación, afirmando que su actuación es crucial en este objetivo, debiendo implantar, cada uno de ellos, las medidas integrales y planes de acción idóneos para regular la transición hacia la misma y maximizar sus beneficios.

La Comunicación marcó, entre sus medidas clave, instar a los países miembro a adoptar medidas en favor de la contratación pública electrónica de extremo a extremo, incluyendo la facturación electrónica como medio estándar de facturación en la contratación pública. La presente Comunicación junto con la efectuada el 20 de abril del año 2012²⁹ y junto con el resto de antecedentes normativos, promovieron la culminación del proyecto de la Unión Europea en el año 2014.

5.4.1.-Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo, del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

²⁹Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Estrategia en pos de la contratación pública electrónica*. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0179&from=EN>

La aprobación de esta nueva Directiva parte de la experiencia anterior lo que permite evaluar las carencias de regulación y las necesidades, especialmente las derivadas de la utilización de medios electrónicos en la contratación pública.

A diferencia del margen de libre determinación que concedía la anterior Directiva, ésta obliga a los Estados miembros a adoptar los medios electrónicos, debiendo convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación. En este sentido, los poderes adjudicadores, salvo en casos específicos, garantizarán que las comunicaciones y todos los intercambios de información, en especial, los que respectan a la contratación pública, se realicen mediante el empleo de tales medios de forma interoperable, sin discriminación alguna y permitiendo el acceso de los operadores económicos al proceso de contratación. A su vez, los poderes adjudicadores velarán porque, en todas aquellas comunicaciones, intercambios y almacenamientos de información, se preserve la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas y solicitudes de participación. En este sentido se pronuncia el artículo 21 de la Directiva que lleva por rúbrica “Confidencialidad” y el apartado 3 del artículo 22 dedicado a las “Normas aplicables a las comunicaciones”.

En lo que respecta a las “técnicas electrónicas de compra”, como veíamos anteriormente, la derogada Directiva omitía referencia alguna a los catálogos electrónicos a lo largo de su articulado, sin embargo la nueva Directiva 2014/24/UE dedica el Capítulo II del Título II a las “Técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada” incluyendo, entre otros, los sistemas dinámicos de adquisición, las subastas electrónicas y, por supuesto, los catálogos electrónicos en los artículos 34, 35 y 36, respectivamente. La novedad en lo que respecta a éste último, no se limita a su inclusión y a la creación de un artículo concreto, sino a la posibilidad de que los poderes adjudicadores exijan que las ofertas de los licitadores se presenten a través de catálogos electrónicos o, en su caso, que los incluyan. Ello permitiría diseñar un sistema

electrónico que automatice los procesos de licitación³⁰, de manera que funcionen como un banco de identidades digitales de distintas empresas donde el órgano de contratación indicara una oferta concreta y éste filtrara una selección de candidatos que cumplan con los requisitos para participar, en orden a seleccionar al más adecuado, notificando, en su caso, al operador económico.

Por otro lado, la Directiva establece un plazo para la transposición de sus disposiciones en el artículo 90, manteniendo que “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 18 de abril de 2016.”. No obstante, este plazo general queda excepcionado en los apartados posteriores, en concreto, para la adaptación de los ordenamientos nacionales a las normas relativas a las comunicaciones por medios electrónicos, se preveía la ampliación hasta treinta meses más, cuando el uso de los mismos fuese obligatorio en virtud de los artículos expresamente mencionados.

A pesar de ello, y volviendo a la imposición del uso de los medios electrónicos, se prevé que los órganos públicos no los utilicen cuando ello resulte necesario para proteger una información delicada que requiera un nivel de protección especialmente alto que no puedan garantizar las herramientas electrónicas de las que se disponga o se pueda disponer.

Es este punto entra en juego la problemática de la seguridad de los datos digitales en la contratación pública. Se trata de una cuestión significativa ya que el considerando 57 de la Directiva mantiene que antes de especificar el nivel de seguridad requerido para los medios electrónicos de comunicación que vayan a utilizarse en las distintas fases del procedimiento de adjudicación, se ha de evaluar, por una parte, la proporcionalidad entre los requisitos que garantizan una identificación correcta y fiable de los emisores de la información y de la integridad de sus contenidos, y, por otra, el

³⁰ GARCÍA-VALDECASAS RODRÍGUEZ DE RIVERA, P.: *op.cit.*, pág. 238

riesgo de que surjan problemas, por ejemplo en aquellas situaciones en que los mensajes son enviados por un emisor diferente al indicado.

Por último, en relación con la facturación electrónica, que, como sabemos, fue introducida por la Comisión Europea en el año 2013 como una fase más del procedimiento digitalizado de contratación y clave para la Administración Pública de extremo a extremo; la presente Directiva no se refiere expresamente a ella, únicamente, en el Anexo V, en la parte B “Información que debe figurar en los anuncios de información previa” y en la C “Información que debe figurar en los anuncios de licitación”, se hace una ínfima alusión al hecho de si se aceptará facturación electrónica en cada uno de éstos.

Esta omisión de la facturación electrónica en la Directiva 2014/24/UE no se trata de un desacierto de nuestro legislador europeo. El 6 de mayo de 2014 se publicaría la ya mencionada Directiva 2014/55/UE (DFECP) que trata de asegurar su establecimiento a nivel comunitario. Los Estados miembro, en concreto, en España, siendo conscientes de la eficacia de su inclusión como instrumento normalizado en los procedimientos de cobro de los contratistas, aprueba la Ley 25/2013, de impulso de la facturación electrónica creación del registro contable de facturas en el sector público.

6. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN ESPAÑA.

En España, es el en el año 2007 cuando se habla por primera vez de contratación electrónica. Efectivamente, nos referimos a la derogada Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Hasta ese momento, las reformas en la legislación de contratos habían sido fundamentalmente de carácter tributario.

6.1.- El primer paso de la e-contratación en España.

Esta Ley 30/2007, de 30 de octubre, desligándose de sus antecesoras ³¹, buscó efectuar una regulación de la actividad contractual vinculada a las directrices europeas de contratación. En lo que a este estudio interesa, nos centraremos en las novedades a favor de plena inserción de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de la contratación pública que trae consigo la incorporación de la derogada Directiva 2004/18/CE a la normativa estatal y, en especial, a la introducción de la firma electrónica como medio de autenticación de las comunicaciones entre los licitadores y el poder público.

Al igual que ocurría en el plano comunitario, la firma electrónica se concibe aquí como un medio de identificación del sujeto firmante. La firma electrónica avanzada, por su parte, sería aquella creada con un alto nivel de confianza, bajo el exclusivo control del firmante y, que, además de permitir identificarlo, puede detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados. A esta última se refería la Directiva del año 2004.

En orden a garantizar su plena implantación y cumplimiento, esta redactó expresamente la letra f) del apartado primero de la Disposición Adicional decimonovena en la que se mantenía que todos los actos y manifestaciones de voluntad tanto de los órganos administrativos como de las empresas licitadoras o contratistas que tuvieran efectos jurídicos y se emitieran en la fase preparatoria o en las fases de licitación, adjudicación y ejecución del contrato debían ser autenticados mediante una firma electrónica reconocida de acuerdo con la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica. Además afirmaba que las copias electrónicas de los documentos que debieran incorporarse al expediente, autenticadas con la firma electrónica reconocida del órgano administrativo habilitado para su recepción surtirían iguales efectos y tendrán igual valor que las copias compulsadas de esos documentos.

³¹ Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. BOE n°119, de 19 de mayo de 1995.

Una vez más podemos recalcar la importancia de la identificación en cualquiera de las fases del procedimiento de contratación, algo de lo que quería asegurarse la Comisión Europea al destinar el Anexo X a concretar los requisitos relativos a los dispositivos de recepción electrónica.

6.2.- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

La necesidad de revisar nuestra legislación vigente en materia de contratos y de adecuarla a la normativa comunitaria tiene como resultado la promulgación del texto legislativo al que nos referiremos en este epígrafe. Los objetivos son claros y no dejan de ser otros que los perseguidos por las disposiciones de la Unión Europea: lograr una mayor transparencia y publicidad, incrementar la eficiencia del gasto público, facilitar la participación de las PYMEs en la contratación pública, simplificar trámites, etc.

En el ámbito de la e-contratación pública, tal como afirma Aristegui Carreiro ³², la Ley 9/2017 realiza una apuesta muy importante y valiente al establecer su obligatoriedad desde el momento de entrada en vigor de la LCSP.

La afirmación que lleva a cabo la exposición de motivos respecto a la obligatoriedad de la contratación pública electrónica, se ve en parte respaldada por la Disposición Adicional decimoquinta, cuyo apartado tercero confirma que la presentación de ofertas y solicitudes de participación se efectuará a través de medios electrónicos, sin embargo el párrafo segundo mantiene que los órganos de contratación no estarán obligados a exigir el empleo de medios electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas en cuatro supuestos concretos: a) Cuando debido al carácter especializado de la contratación, el uso de medios electrónicos requiera formatos de

³² ARISTEGUI CARREIRO, J.L.: “La contratación pública electrónica un año después de la entrada en vigor de la LCSP 2017” en *Gabilex Revista del Gabinete jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. extraordinario, 2019, págs. 466 a 476.

archivo específicos que no estén disponibles en general o no acepten los programas generalmente disponibles; b) Cuando las aplicaciones que soporten formatos de archivo utilicen sistemas que no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles o estén sujetas a un régimen de licencias de uso privativo; c) Cuando la utilización de medios electrónicos requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación y d) Cuando los pliegos de la contratación requieran la presentación de modelos físicos o a escala que no pueden ser transmitidos por medios electrónicos.

Tampoco estarán obligados los órganos de contratación a exigir medios electrónicos en el proceso de presentación de ofertas cuando el uso de los medios tradicionales sea necesario para proteger información especialmente delicada o por una violación de la seguridad.

En este sentido, y volviendo a la excepción de la letra c), puede fundamentarse fácilmente una postura a favor de la posible contravención al principio de no discriminación y accesibilidad en la utilización de los medios telemáticos en los procedimientos de contratación, principios integrados en la Disposición Adicional decimosexta, apartado primero, letra a), y consagrados por la Comisión Europea. En la Comunidad Autónoma de Cataluña, en ningún caso se puede justificar la no exigencia de la presentación electrónica de ofertas por no disponerse de los medios electrónicos para ello, sino que todas las herramientas que tienen que utilizarse, en particular, para la presentación electrónica de ofertas, están disponibles de forma general, son compatibles con los productos informáticos de uso común y no restringen el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación³³.

³³ CONSORIO LOCALRET: “La obligatoriedad de la contratación electrónica” en *Guía para la contratación electrónica de los entes locales*, 2020, pág. 11. Disponible en https://www.localret.cat/wp-content/uploads/2020/06/Gu%C3%ADa_contrataci%C3%B3n_electr%C3%B3nica_vd_es.pdf

Por otro lado, cabe remitirnos de forma expresa al artículo 347 de la LCSP que obliga a publicar en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PCSP), o en los servicios de información similares que se establezcan por las Comunidades Autónomas o por las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, los perfiles de contratante, gestionándose y difundándose las licitaciones exclusivamente a través de estas plataformas. A través de esto, lo que se logra es un sistema de coordinación policéntrica de ámbito estatal y autonómico, de los perfiles del contratante de todos los poderes adjudicadores nacionales³⁴.

También ésta imposición puede ser contraria a los principios que regulan la contratación pública y, en general, tal como afirma GIMENO FELIÚ, ser contraria a Derecho por: a) Falsear la competencia, creando un monopolio público no previsto ni amparado en la Ley; b) Afectar al sistema de competencias administrativas; c) Impedir la adaptación del modelo a concretas especialidades organizativas públicas, y d) Burocratizar indebidamente los procedimientos al imponer idénticas soluciones licitatorias ³⁵.

En definitiva, aceptar la idea de que imponer los medios electrónicos, supone asumir la necesidad de crear sistemas de identificación mucho más completos en orden a garantizar la seguridad de la e-contratación, en general y, de la información alojada en las plataformas, en particular.

³⁴ SÁNCHEZ GARCÍA. A.: "Posibilidades y límites de las medidas de cooperación y coordinación interadministrativa en materia de contratación pública electrónica" en *Revista Gabilex del Gabinete jurídico de Castilla la Mancha*, núm. 25, 2021, págs. 71 a 82.

³⁵ GIMENO FELIU, J.M.: *Reflexiones sobre la contratación pública electrónica en España: debilidades del diseño legal y de su articulación*. Disponible en <https://www.jaimepintos.com/reflexiones-sobre-la-contratacion-publica-electronica-en-espana/>

7. SEGURIDAD DIGITAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA.

El uso de las TIC en la actividad administrativa implica el tratamiento automatizado de ingentes cantidades de datos e información personal. Esta circunstancia, que desde un punto de vista positivo puede ser muy beneficiosa para la estructura de nuestra administración pública, plantea, por otra parte, el reto de tener que adaptar la normativa a los entresijos de la coyuntura digital que ponen en peligro la seguridad de tales datos y, que, es especialmente compleja porque se encuentra en constante mutación y porque la expansión de su uso aumenta respectivamente el grado de exposición y ataque a las plataformas digitales públicas. Por ello, es indispensable crear un marco jurídico que garantice la seguridad de los sistemas informáticos, la integridad de los datos digitales y la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas. Con tal propósito se presenta el Real Decreto-ley 14/2019³⁶ que, apoyándose en la Ley 36/2015, de Seguridad Nacional y en la Estrategia Nacional de Seguridad³⁷, adopta una serie de medidas que actuarán en tres esferas distintas: en la Administración digital, en la contratación del sector público y en las telecomunicaciones.

Por lo que respecta a los contratos públicos, se modifican hasta siete artículos de la LCSP, como es el apartado uno del 116. Concretamente, el párrafo segundo, quedará redactado de la siguiente forma: “en aquellos contratos cuya ejecución requiera de la cesión de datos por parte de entidades del sector público al contratista, el órgano de contratación en todo caso deberá especificar en el expediente de contratación cuál será la finalidad del tratamiento de los datos que vayan a ser cedidos.” De manera similar se introducen éstas exigencias en otros preceptos; por ejemplo, en el artículo 122.2, tercer párrafo, se establece que en los contratos cuya ejecución requiera el tratamiento por el

³⁶ Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones. BOE nº266, de 5 de noviembre de 2019.

³⁷ Estrategia de Seguridad Nacional 202, disponible en <https://www.dsn.gob.es/es/documento/estrategia-seguridad-nacional-2021>

contratista de datos personales, adicionalmente, en el pliego se hará constar, entre otras condiciones, la finalidad para la cual se cederán dichos datos y la obligación del futuro contratista de someterse a la normativa nacional y comunitaria en materia de protección y tratamiento de datos.

En general, el Real Decreto-ley modifica todo lo relativo a las cláusulas de protección de datos que deben incluir los contratos, estableciendo como contenido mínimo la declaración de sometimiento a la normativa sobre protección de datos en todas las fases del procedimiento de contratación. La importancia de esta circunstancia queda reflejada en la consideración como causa de nulidad la celebración de contratos que no incluyan esta declaración en sus pliegos. No obstante, hay quienes opinan que la verdadera protección de los datos procede de aplicar la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y, no tanto, de determinar la nulidad de los pliegos ³⁸.

En consecuencia de lo anterior, podemos afirmar que en los procedimientos de licitación y adjudicación de contratos, los órganos de contratación deberán observar lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. Mediante ésta normativa se contribuye a dotar de seguridad al procedimiento de contratación y, en general, a las relaciones con las autoridades públicas. Además, se han formulado diez principios relativos al tratamiento de los datos personales, éstos son: licitud, lealtad y transparencia; limitación de la finalidad para la cual fueron recogidos; minimización de datos, de manera que sean adecuados y limitados a lo necesario; exactitud; limitación del plazo de conservación; integridad y confidencialidad y responsabilidad proactiva, lo que significa que haya un sujeto responsable del cumplimiento de todos estos principios.

³⁸ BERNAL BLAY, M.A: “Medidas digitales urgentes por razones de seguridad pública. Breve comentario al Real Decreto-Ley 14/2019, de 31 de octubre”, en *Boletic* 85, 2019, pág. 37. Disponible en https://www.astic.es/sites/default/files/articulosboletic/b85_tec_miguelangelbernalblay.pdf

7.1.- El tratamiento de datos en los procedimientos de contratación.

En los procedimientos de contratación pública, donde la relación que se crea es entre el órgano de contratación y los operadores económicos o licitadores, el tratamiento de datos personales es correlativo, de uno y otro. De tal manera que la autoridad pública tiene a su disposición información del licitador y viceversa³⁹.

7.1.1.- El tratamiento por parte de los órganos de contratación, de los datos de los operadores económicos.

La Administración Pública contratante somete su régimen de funcionamiento y actuación en lo que respecta al tratamiento de datos en éstos procedimientos a los diez principios consagrados en el artículo 5 del Reglamento Europeo y al principio de transparencia previsto en el artículo 12.

7.1.2.- El tratamiento por parte de los operadores económicos, de los datos de los órganos contratantes.

El mencionado Real Decreto-ley 14/2019, que dedica el Capítulo III a reforzar el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales, la protección de la seguridad en el ámbito de la contratación pública, y a que se respete la normativa tanto española como europea sobre la materia en todas las fases del procedimiento, es consciente de que en ocasiones los contratistas tienen a su disposición una gran cantidad de datos, para la ejecución de los respectivos contratos, cuyo uso inadecuado puede plantear riesgos para la seguridad pública. De ello también se percata la LCSP de 2017 en su Disposición Adicional vigésima quinta. Ambas previsiones nos llevan a reconocer la necesidad de adoptar medidas normativas tendentes a garantizar la seguridad de los datos. En particular, el poder adjudicador, exigirá al contratista en cumplimiento de las

³⁹ PÉREZ PÉREZ, S: “Protección de datos en la contratación de las administraciones públicas”, 2019. Disponible en <https://mymabogados.com/proteccion-de-datos-en-la-contratacion-de-las-administraciones#>

condiciones previstas en el artículo 28 del Reglamento, que deberán figurar en el pliego de prescripciones técnicas o como requisito de solvencia técnica. En especial, se asegurará el sometimiento a la normativa sobre protección de datos de ámbito nacional y comunitario; se deberá fijar, como veíamos anteriormente, la finalidad del tratamiento de tales datos; asumir la obligación comunicar cualquier cambio de la información que se produzca durante la vigencia del contrato y tendrán a demás, la obligación de indicar si tienen previsto subcontratar los servicios.

7.2.- La falta de sometimiento a la normativa de protección de datos en los contratos públicos y la nulidad de pleno derecho.

Con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 14/2019, se modifica, entre otros muchos, el artículo 35 de la LCSP que regula el contenido mínimo de los contratos, para incluir en el apartado uno, la letra d). De manera que, conjuntamente, se entienda que en los documentos en donde se formalicen los contratos, se deberá incluir una "referencia a la legislación aplicable al contrato, con expresa mención al sometimiento a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos". Por otro lado, también se modifica el artículo 39 dedicado a la causas de nulidad administrativa, incluyendo la letra h) que prevé la nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados en lo que falte en los pliegos la mención de lo previsto en los párrafos tercero, cuarto y quinto del artículo 122.2, es decir, la obligación del futuro contratista de someterse a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos. La introducción de esta nueva causa de nulidad hace eco de la importancia que supone para la seguridad nacional conocer desde dónde se van a dar cumplimiento a un contrato y el asegurar el sometimiento de la ejecución de ese contrato a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos⁴⁰.

⁴⁰OBSERVATORIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, "Medidas en materia de contratación por razones de seguridad pública", 2019. Disponible en <https://www.obcp.es/noticias/medidas-en-materia-de-contratacion-por-razones-de-seguridad-publica>

8. CONCLUSIONES

Como culminación a este trabajo, plantear el debate de si estamos realmente adaptados o preparados para la contratación pública electrónica, o, incluso, de si su imposición es lícita o no, es algo indispensable. Sin embargo, antes de ello y, haciendo una recapitulación de lo hasta ahora abordado, quisiera plantear de nuevo brevemente los aspectos positivos y los negativos de la e-contratación.

En un principio hablamos de los beneficios que ofrece la contratación como instrumento digitalizado en el funcionamiento del sector de la contratación pública, mencionado aspectos como la simplificación y fluidez de los procedimientos, la centralización y concentración de la información, la accesibilidad e incremento de la eficacia del gasto público y la transparencia. Ciertamente es que, después de un examen más exhaustivo del fenómeno de la contratación pública electrónica, poco más podemos añadir a ésta lista de pros. Por otro lado, es evidente que el elemento de la interoperabilidad como concepto fundamental también podría incluirse en los aspectos positivos de la e-contratación o, incluso, podría sintetizar a varios de éstos ya que la interoperabilidad, además de coordinar y estructurar a los más de veinte mil perfiles del contratante que hay en España, dota de uniformidad y sentido a todos los datos obrantes en los sistemas y plataformas de contratación pública electrónica, entre sí y, también, con el resto de las Administraciones Públicas. Imaginar ahora la gestión independiente de cada uno de estos datos sin este elemento de conexión por parte de los múltiples órganos de contratación estatales y territoriales, supone reproducir un escenario de fragmentación absoluta y caos.

La eficacia de la interoperabilidad alcanza barreras internacionales. En el ámbito europeo, permite que los operadores económicos puedan licitar en cualquier país miembro y competir en condiciones que garanticen la igualdad, así como el acceso a toda la información relativa a las ofertas y a los procedimientos de revisión en el país correspondiente.

Aproximándonos a los aspectos negativos de la e-contratación a los que nos referíamos al inicio de este estudio, únicamente mencionábamos dos; por un lado, el problema de la seguridad de los datos consignados en las bases y plataformas electrónicas y; por otro, el elevado coste económico que requiere disponer de los productos informáticos y de software.

Una vez planteado el trabajo, es propio destacar como un perjuicio, la gran dependencia que, en general, crean las TIC. En lo que a este estudio interesa, la sustitución del papel en la mayoría de las fases del procedimiento de contratación es un cambio que requiere adoptar políticas de transición y transformación digital adecuadas, favoreciendo la coordinación estatal con los entes territoriales. Pues, aún en la actualidad, encontramos Ayuntamientos que se enfrentan a problemas de digitalización, perjudicando a los órganos de contratación e imponiendo forzosamente un modelo en papel o, en algunos casos, contratando plataformas privadas de licitación que frecuentemente no cumplen con los requisitos fijados por las Directivas de la Unión Europea y por la normativa nacional sobre seguridad e interoperabilidad, entre otros, lo cual, al final, incide negativamente en la calidad de los servicios públicos.

A fin de lograr una correcta implementación de la contratación pública, se deben adoptar políticas de transición adecuadas que incluyan más medidas impulsoras de la colaboración público-privada y eviten los monopolios públicos, como tiene lugar en muchos países europeos. Ello permitiría paliar los efectos negativos de la e-contratación; por un lado, el hecho de descongestionar las plataformas públicas de información y de datos privados, sería alentador para garantizar la seguridad de los mismos en caso de un posible ciberataque o exposición a softwares nocivos (virus) y; por otro lado, se ahorrarían los costes, no solo económicos, de la dotación de programas y productos informáticos que requiere la modernización a nivel estatal.

Por lo que respecta a la controvertida nota de la obligatoriedad, como hemos visto, la LCSP no obliga en todos y cualquiera de los casos a utilizar los medios

electrónicos en la contratación pública, y en cualquier caso, tampoco considero que ello fuera una grave determinación siempre que se respeten los principios que hemos estudiado. No obstante, hay quienes consideran que, imponer el uso de la e-contratación conllevaría “restricciones burocráticas innecesarias”.

Para finalizar, plantearse la cuestión de si estamos preparados o no para el uso de los medios electrónicos en la contratación pública, es realizar una pregunta banal. No considero que haya un momento concreto, ideal e idóneo para comenzar a transformar el funcionamiento de nuestra Administración Pública, simplemente es un paso que conviene dar cuanto antes hacia el futuro y hacia la comodidad de adaptarse a un sistema caracterizado por la masificación y la eternización de los procedimientos en todos los ámbitos. Afortunadamente, como país, tenemos a nuestra disposición los recursos necesarios para llevarlo a cabo y, además, contamos con el respaldo de la Unión Europea que orienta, a través de las Comunicaciones, recomendaciones y Directivas que hemos analizado en este trabajo, cada una de las decisiones que nos acercan a la contratación electrónica “de extremo a extremo”.

9. BIBLIOGRAFÍA

Monografías.

- MARTÍNEZ GUTIERREZ, R.: *La contratación pública electrónica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GARCÍA-VALDECASAS RODRÍGUEZ DE RIVERA, P.: *Blockchain y automatización de los procedimientos en la Administración Pública*, Madrid, 2022.

Obras colectivas.

- CERRILLO MARTÍNEZ, A: “Cooperación entre Administraciones Públicas para el impulso de la Administración Electrónica” en AA.VV. (GAMERO CASADO, E., Coord. y VALERO TORRIJOS, J., Coord.) : *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, 3ª ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, páginas 762 y ss.
- GARCÍA PÉREZ, F.J.: “Guía de compra de Aplicaciones Informáticas para la Contratación Pública Electrónica”, en AA.VV. (GIMENO FELIU, J.M., Dir. y GUERRERO MANSO, M.C., Coord.): *Observatorio de los contratos públicos 2017*, 1ª ed., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 267.
- MARTÍNEZ, GUTIERREZ, R.: “Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas” en AA.VV. (GAMERO CASADO, E., Dir. y GALLEGO CÓRCOLES, I., Dir): *Tratado de contratados del sector público*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1910-1948.

Artículos de revistas jurídicas

- ARISTEGUI CARREIRO, J.L.: “La contratación pública electrónica un año después de la entrada en vigor de la LCSP 2017” en *Gabilex Revista del gabinete jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. extraordinario, 2019, págs. 466 a 476.

- SÁNCHEZ GARCÍA. A.: "Posibilidades y límites de las medidas de cooperación y coordinación interadministrativa en materia de contratación pública electrónica" en *Revista Gabilex del Gabinete jurídico de Castilla la Mancha*, núm. 25, 2021, págs. 71 a 82.